

**OBSERVATIONS ET CONCLUSIONS DU
GOUVERNEMENT BELGE**

Table des Matières

	<i>Page</i>
INTRODUCTION	7
OBSERVATIONS EN RÉPONSE A L'EXCEPTION PRÉLIMINAIRE N° 1.	19
Section I — Les pourparlers privés - Genèse du désistement	23
Section II — Réfutation de l'interprétation donnée aux faits par le Gouvernement espagnol	25
Section III — Réfutation des arguments de droit du Gouvernement espagnol	33
Considérations générales	33
A. Le désistement d'instance ne devait, suivant le droit inter- national, s'accompagner d'aucune réserve pour qu'une nouvelle instance pût être introduite	34
B. Le comportement du Gouvernement belge n'a entraîné pour lui aucune espèce de forclusion	44
C. La présentation de la nouvelle requête n'est pas incom- patible avec le Traité Hispano-Belge de 1927	45
OBSERVATIONS EN RÉPONSE A L'EXCEPTION PRÉLIMINAIRE PRINCIPALE N° 2	49
Section I — L'interprétation donnée par la Cour à l'article 36 § 5 de son Statut est inapplicable à la présente affaire	53
Section II — L'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice produit effet dans les rapports entre la Belgique et l'Espagne s'agissant du Traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage du 19 juillet 1927	64
A. Le Traité Hispano-Belge du 19 juillet 1927 est un traité en vigueur	65
B. L'Espagne compte, aussi bien que la Belgique, parmi « les parties au présent Statut » au sens de l'article 37	77
C. Les travaux préparatoires de l'article 37	85
Section III — L'exception préliminaire principale n° 2 est incompatible avec l'attitude antérieure du Gouvernement espagnol	89

	<i>Page</i>
OBSERVATIONS EN RÉPONSE A L'EXCEPTION PRÉLIMINAIRE SUBSIDIAIRE N° 2	95
OBSERVATIONS EN RÉPONSE A L'EXCEPTION PRÉLIMI- NAIRE N° 3	103
<i>Chapitre I</i> — Considérations générales sur cette exception	103
Déformation de la thèse belge	103
Discussion ambiguë de la thèse belge	103
Confusion de l'instance radiée et de l'instance pendante	104
Rétablissement du sens véritable des conclusions belges	105
Erreur de base de la thèse espagnole	107
Attitude du Canada	108
Fausse allégation que le Gouvernement belge tenterait de se substituer au Gouvernement canadien	110
Le droit propre de la Belgique à intervenir	111
Réalité des intérêts belges dans la Barcelona Traction — Renvoi	114
<i>Chapitre II</i> — La protection diplomatique dans le cas de lésion de per- sonnes morales	115
La protection internationale des investissements étrangers	115
Insuffisance du critérium du statut national	116
Commentaire des thèses espagnoles au sujet de la protec- tion diplomatique	117
<i>Chapitre III</i> — La protection des actionnaires et autres associés dans la pratique du droit international public	124
Section I — Précédents juridictionnels et arbitraux	124
Généralités	124
Cas de sociétés et d'associés de même nationalité	125
Cas où la nationalité formelle de la société recouvre des intérêts étrangers	128
Affaire de la Delagoa Bay Railway Co.	130
Importance de ce précédent	132
Réfutation des erreurs espagnoles	134

	<i>Page</i>
Affaire de l'El Triunfo Co	136
Affaire Cerruti & Co.	138
Affaire Ziat — Ben Kiran	139
Affaire Shufeldt Co.	141
Affaire Spillane et Cie	142
Affaire Alsop Co.	143
Affaire Standard Oil, Sun Oil et Pierce Oil	144
Affaire de l'Im Alone	145
Affaire des Navires pétroliers allemands	146
Affaire du Rio Grande	148
Affaire de la Societa Mineraria e Metallurgica di Pertusola	150
Affaire de la Sofimelec	150
Affaires diverses	150
a) Affaire Baasch et Römer	151
b) Affaire Jacob M. Henriquez Co.	151
c) Affaire Brewer Moller Co.	152
d) Affaire Kundhardt & Co.	153
Affaire de l'Orinoco Steamship Co.	153
 Section II — Précédents gouvernementaux et autres.— Refus de protection	 156
Affaire Tlahualilo Co.	157
Affaire de la Romano-Americana Co.	158
Affaire Mexican Eagle Co.	160
Affaire Canevaro	161
Affaire Vacuum Oil Co.	162
Affaire Limanova	162
Refus de protection	162
Cas pratiques	163
 Section III — Le droit international conventionnel	 164
Levée du voile social et notion du contrôle	164

	<i>Page</i>
Influence du contrôle dans les traités de paix	165
Levée du voile social dans les traités et conventions internationales	166
Mesures de protection préventives	171
<i>Chapitre IV</i> — Conclusions se dégageant de ces précédents et leur application au différend de la Barcelona Traction	172
Les critères de la protection diplomatique en cas de lésion des personnes juridiques	172
Appréciation du système du Gouvernement espagnol	173
Règles de droit coutumier	174
Principes gouvernant le <i>jus standi</i> de la Belgique dans l'exercice de son droit de protection diplomatique en faveur de ses ressortissants, actionnaires de la Barcelona Traction	175
Principes de la nationalité et de l'effectivité	176
Notion de l'effectivité	178
Droit de protection diplomatique des actionnaires	179
Aucune préférence ni aucune exclusivité en faveur de l'État national de la société lésée	182
Intervention conjointe de plusieurs États à des titres différents	184
Protection des actionnaires contre un État qui n'est pas l'État national de la société	186
Rejet de la condition de la dissolution de la société lésée	189
Le rôle de l'équité dans la protection diplomatique des actionnaires	193
<i>Chapitre V</i> — Réfutation des allégations espagnoles quant à la réalité des intérêts belges dans la Barcelona Traction	195
Section I — Actions nominatives appartenant à Sidro	195
Section II — Actions au porteur appartenant à Sidro	203
Section III — Participation d'actionnaires belges autres que Sidro	205
Section IV — Réponse aux allégations espagnoles concernant le caractère belge de la Sidro	206
<i>Chapitre VI</i> — Jonction au fond de l'exception n° 3	209

OBSERVATIONS EN RÉPONSE A L'EXCEPTION PRÉLIMINAIRE N° 4	215
Section I — Des limites juridiques de la règle du « local redress »	217
Section II — De la méthode à suivre pour contrôler l'observation de la règle du « local redress »	223
Section III — L'épuisement des voies de recours internes relativement au jugement déclaratif de faillite et aux jugements complémentaires.	226
a) Les recours de l'Ebro et des autres sociétés auxiliaires.	226
b) Les recours de Barcelona Traction contre le jugement de faillite	229
1° La réalité de l'opposition de Barcelona Traction	231
2° L'absence de tardiveté de l'opposition	232
3° L'absence de responsabilité de Barcelona Traction dans les retards	236
c) Contestation par Barcelona Traction et National Trust de la compétence du Juge de Reus	240
d) L'abstention de Barcelona Traction et des cointéressés à l'égard des autres recours mentionnés dans les <i>Exceptions préliminaires</i>	246
Section IV — L'épuisement des voies de recours internes relativement aux décisions judiciaires subséquentes de la procédure de faillite ayant conduit à l'aliénation du portefeuille de la Barcelona Traction	251
a) Les recours relatifs à la mainmise par les organes de la faillite sur l'administration des sociétés auxiliaires	251
b) Les recours relatifs à la décision de convoquer l'assemblée générale des créanciers en vue de la nomination des syndics	252
c) Les recours internes relativement à l'annulation des actions des sociétés auxiliaires et leur remplacement par des faux titres	253
d) Les recours relatifs à la mise en vente des faux titres.	253
e) Les recours relatifs à l'adjudication à FECSA du portefeuille de Barcelona Traction	255

Section V — Examen d'ensemble des causes d'échec des divers recours exercés, leur signification au point de vue de la quatrième exception et l'inopérance des décisions judiciaires intervenues au cours des derniers mois	256
Section VI — Justification de l'absence de recours contre les actes des autorités administratives	264
CONCLUSIONS	
Conclusions en réponse à l'exception préliminaire n° 1	271
Conclusions en réponse à l'exception préliminaire principale n° 2	273
Conclusions en réponse à l'exception préliminaire subsidiaire n° 2	275
Conclusions en réponse à l'exception préliminaire n° 3	277
Conclusions en réponse à l'exception préliminaire n° 4	279
LISTE DES ANNEXES ET APPENDICES AUX OBSERVATIONS ET CONCLUSIONS DU GOUVERNEMENT BELGE	281

INTRODUCTION

INTRODUCTION

(1) Le Gouvernement espagnol, faisant usage de la faculté réservée aux Etats défendeurs par l'article 62 du Règlement de la Cour internationale de Justice, a présenté à la Cour le 15 mars 1963 des *Exceptions préliminaires* tendant les unes à faire écarter la *Requête* belge du 14 juin 1962 du chef d'incompétence de la Cour, les autres à la faire déclarer irrecevable.

Le Gouvernement belge, par application du même article du Règlement et dans le délai qui lui a été imparti par l'Ordonnance de M. le Président du 16 mars 1963, a l'honneur de soumettre à la Cour les présentes Observations et Conclusions tendant à obtenir de la Cour qu'elle se déclare compétente et reçoive la *Requête*.

(2) Le Gouvernement belge tiendra compte dans sa réponse qu'aux termes de l'article 62 du Règlement de la Cour, le débat au fond se trouve suspendu du fait de la présentation d'*Exceptions préliminaires* par le Gouvernement espagnol.

Il doit toutefois constater que le Gouvernement espagnol, tout en se déclarant conscient de cette nécessité et en assignant à son écrit comme objet exclusif « de présenter certaines exceptions préliminaires, sans entrer dans les questions de fond », (§ 5, p. 7) s'en est aussitôt écarté en annonçant l'intention de « commenter certains faits exposés dans le *Mémoire* belge ». Il consacre en fait à ce commentaire toute la première partie de son écrit, à savoir la partie dénommée « Historique ».

(3) Cette digression est, il est vrai, motivée par la considération que le Gouvernement espagnol « se trouve dans l'obligation » de procéder à ces commentaires « d'autant qu'ils servent à situer le problème sur le terrain moral qui est le sien ».

Bien qu'il puisse paraître singulier de voir développer les aspects moraux d'une affaire dans la phase de la procédure limitée aux *Exceptions préliminaires*, le Gouvernement belge eût volontiers suivi le Gouvernement espagnol dans cette voie.

Sur le plan moral, en effet, l'affaire se présente comme extrêmement simple : en 1948 existait un vaste réseau d'entreprises représentées par des titres appartenant à une société de statut canadien, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, dont les actions étaient principalement la propriété de ressortissants belges; la valeur totale de ces actions était à l'époque considérable; l'avoir de cette société a aujourd'hui disparu à la suite d'une série de mesures aboutissant pratiquement à une confiscation sans indemnité; vainement d'innombrables recours furent introduits contre lesdites mesures; tous échouèrent ou furent paralysés.

Sur le plan de la morale internationale, comme sur celui du droit international, il s'agit donc essentiellement de savoir si cette confiscation sans indemnité ni recours efficace est ou non légitime. Le Gouvernement belge eût été heureux de lire les explications que, sans attendre le débat au fond, le Gouvernement espagnol eût estimé pouvoir donner à ce sujet.

Mais les *Exceptions préliminaires* ne contiennent rien de semblable. C'est par une série d'accusations — on pourrait dire de contre-accusations — relatives à de prétendues manipulations financières dont le groupe de la Barcelona Traction se serait rendu coupable, que le Gouvernement espagnol prétend couvrir le terrain moral.

(4) On ne peut douter qu'il s'agisse là d'une simple tentative de diversion lorsqu'on constate que les accusations proférées devraient être considérées comme manquant de pertinence, même pour le débat au fond, puisqu'elles sont relatives pour la plupart à la fondation de la Barcelona Traction, ou à une époque fort antérieure aux faits de la cause, et qu'elles sont sans relation avec eux (1).

(5) Dans ces conditions, le Gouvernement belge a estimé devoir reléguer dans des Annexes les réponses sommaires à diverses allégations relatives :

1° à la prétendue organisation et les prétendues activités en Espagne de la société canadienne Barcelona Traction (E.P., Historique, Section 1) (*Annexe n° 1* aux présentes).

2° à la prétendue origine espagnole des capitaux investis par la Barcelona Traction en Espagne (E. P., Historique, Section 2) (*Annexe n° 2* aux présentes).

3° aux prétendus profits excessifs que se seraient procurés les fondateurs du groupe (E. P., Historique, Section 2) (*Annexe n° 3* aux présentes).

4° au prétendu état de faillite latente de la Barcelona Traction (E. P., Historique, Section 3) (*Annexe n° 4* aux présentes).

La réfutation de certaines autres allégations contenues dans l'« Historique » déniaient l'existence ou l'importance des intérêts belges, ou relatives à la conduite adoptée par la Barcelona Traction au cours de la procédure de faillite, trouvera naturellement sa place dans les observations consacrées aux exceptions préliminaires n° 3 et 4.

Pour le surplus, le Gouvernement belge limitera aux trois remarques ci-après sa réponse aux allégations de l'« Historique ».

(1) Le Gouvernement espagnol a cru devoir faire état également dans ses *Exceptions préliminaires* (p. 6, note 3) de la condamnation prononcée en 1953 par les tribunaux belges à charge d'un haut fonctionnaire poursuivi pour corruption. Cette évocation est d'autant plus déplacée, qu'il a été établi au cours du procès que ledit fonctionnaire n'avait exercé aucune influence quelconque sur la décision du Gouvernement belge d'intervenir en faveur des intérêts belges lésés par la faillite de la Barcelona Traction. Les poursuites dirigées contre lui étaient intentées du reste sur pied de l'article 246 du Code pénal belge réprimant le fait pour un fonctionnaire de recevoir des présents pour faire un acte juste de sa fonction, et non sur pied de l'article 247 réprimant le fait de recevoir des présents pour un acte injuste. Enfin, l'arrêt d'acquiescement dont bénéficièrent en degré d'appel ceux des administrateurs de Sidro qui avaient été mis en cause aurait dû suffire à faire comprendre au Gouvernement espagnol combien il était mal fondé à invoquer cet incident à l'appui de l'hypothèse émise par lui suivant laquelle la Barcelona Traction aurait présenté les faits au Gouvernement belge sous un faux jour.

(6) Voici la première remarque :

Le Gouvernement espagnol prétend appuyer sa version des faits ayant trait à la création des actions, obligations et autres dettes de l'Ebro, sur les « travaux réalisés par la commission internationale d'experts désignée en 1950 par les Gouvernements espagnol, britannique et canadien dans le but d'étudier les activités exercées en Espagne par la Barcelona Traction », et il ajoute : « Le fait d'avoir faussé la dépendance réelle de l'Ebro à l'égard de la Barcelona Traction a conduit inévitablement à toute une série de contradictions et simulations d'une gravité extrême » (E.P. p. 32, § 42).

Or, il résulte des explications données dans le *Mémoire belge* (pp. 84 à 88, §§ 184 à 194) et tout spécialement du texte même du rapport reproduit dans l'Annexe n° 168 :

1° que les experts, dont la consultation se fit dans des conditions qui furent, à bon droit, critiquées par le Gouvernement belge, n'avaient pas eu pour mission « d'étudier les activités exercées en Espagne par la Barcelona Traction », comme l'affirme inexactement le procès-verbal du 11 juin 1951 signé par les représentants diplomatiques de Grande-Bretagne et du Canada et le Ministre espagnol de l'Industrie et du Commerce, mais bien d'établir le montant des investissements étrangers faits en Espagne par le groupe de la Barcelona Traction;

2° que les experts anglais et canadien eurent la faiblesse d'insérer néanmoins dans leur rapport séparé une phrase suivant laquelle Ebro n'avait pas répondu d'une manière adéquate aux demandes des autorités du change « à moins qu'il n'y eut d'autres correspondances ou des conversations (inconnues des experts) qui combleraient cette lacune apparente »;

3° mais qu'ils se refusèrent énergiquement à se prononcer sur les fraudes et tromperies que leur collègue espagnol M. Andany (1) prétendait leur faire constater, ajoutant qu'il était possible que « par suite de la traduction de l'espagnol en anglais les mots « fraude » et « tromperie » auraient acquis une portée plus grande que celle qu'on voulait leur donner ».

C'est donc sans droit aucun que le Gouvernement espagnol prétend faire endosser par ce collège d'experts les accusations formulées par M. Andany et reprises dans les *Exceptions préliminaires*.

(7) Le Gouvernement espagnol n'hésite pas d'autre part à attribuer à cette prétendue falsification des rapports réels existant entre les diverses sociétés, l'obtention par Barcelona Traction d'un régime fiscal exceptionnellement favorable. C'est en invoquant — à tort, suivant les *Exceptions préliminaires* — « l'inexistence d'un rapport juridique et social quelconque entre l'Ebro, la Barcelona Traction et les autres sociétés instrumentales,

(1) Des renseignements sur la personnalité de cet expert espagnol ont été donnés dans le *Mémoire* à la page 83, § 187.

et, par conséquent, en alléguant qu'elle ne réalisait pas d'affaires en Espagne » (E.P. p. 19, § 22) (1) que la société aurait obtenu « d'une part l'exemption fiscale accordée au Canada aux compagnies de services publics réalisant des affaires à l'étranger et que d'autre part elle échappa toujours à l'empise du fisc espagnol ».

Or, cette accusation d'évasion fiscale n'est pas neuve — et ceci est la deuxième remarque faite au sujet de l'« Historique ». Elle a été formulée à quatre reprises :

1° Elle a fait l'objet, pendant les années 1914 à 1919, d'une enquête judiciaire à laquelle il fut procédé par un juge spécial, désigné à la demande expresse de l'Administration espagnole des Finances, avec mission d'examiner toute l'activité de cette société. Cette procédure se termina sans qu'aucune condamnation fut prononcée contre la Barcelona Traction.

2° Le 22 octobre 1931, par ordre de la Direction générale des Revenus publics, un inspecteur des Finances fut spécialement chargé « d'effectuer toutes les recherches et vérifications qui seraient nécessaires pour éclairer la situation légale de la société « Barcelona Traction, Light & Power » vis-à-vis du fisc espagnol, ainsi que ses relations avec les sociétés espagnoles « Riegos y Fuerza del Ebro », « Unión Eléctrica de Cataluña », « Tranvías de Barcelona », « Barceonasa de Electricidad », « Ferrocarriles de Cataluña » et autres ». Cet inspecteur termina son enquête plus d'un an après et remit à la Délégation des Finances un rapport daté du 30 décembre 1932 (E.P. annexe 64, vol. d'annexes p. 455), qui contient un exposé complet des éléments de fait sur lesquels le Gouvernement espagnol s'appuie actuellement pour justifier son allégation de fraude. Et cependant, à l'époque, l'Administration fiscale, dûment saisie de ce rapport, n'estima pas pouvoir taxer la Barcelona Traction.

3° De même, par arrêt du 28 mai 1934 (2), le Tribunal Suprême d'Espagne reconnut que la Barcelona Traction, société domiciliée à Toronto, n'était pas taxable en Espagne du chef des intérêts dont elle débitait à Toronto le compte courant de l'Ebro Irrigation & Power, autre société canadienne, mais ayant, elle, une succursale en Espagne; le Tribunal fut d'avis que la loi fiscale ayant un caractère territorial, la Barcelona Traction n'y était pas assujettie. Des extraits de cette décision figurent en *appendice n° 4* à l'annexe n° I.

4° Enfin, en 1951, soit postérieurement à la faillite, l'Ebro fit l'objet d'une inspection fiscale dans ses bureaux de Barcelone, aux fins de vérifier les déclarations d'impôts qu'elle avait faites au cours des treize derniers exercices. Bien que l'Administration ne put plus, à l'époque, prétendre ignorer quoi que ce fut des prétendues machinations ou dissimulations frauduleuses du groupe de la Barcelona Traction en Espagne, alléguées par M. Andany et proclamées par le Gouvernement espagnol qui avait annoncé publiquement son intention d'engager les poursuites pertinentes, l'inspection ordonnée

(1) Voir aussi au volume des Annexes aux *Exceptions préliminaires* l'annexe n° 39, page 388, intitulée « Mécanisme de la fraude fiscale de la Barcelona Traction ».

(2) *Jurisprudencia Administrativa*, t. 157, pages 659 et ss. et spécialement page 665, Editorial Reus (Madrid).

n'établir à la charge de la compagnie aucune espèce de fraude et n'aboutir qu'à quelques légères rectifications qui entraîneraient, pour ces treize années, une imposition supplémentaire de trois millions de pesetas (1) (ce fait a déjà été mentionné au § 194, p. 88 du *Mémoire belge*).

Ainsi, à quatre reprises au moins, les instances espagnoles compétentes ont apprécié en pleine connaissance de cause la situation fiscale de la Barcelona Traction et de son groupe, et ont virtuellement écarté les accusations que le Gouvernement espagnol formule devant la Cour.

(8) Il n'en va pas autrement — et c'est la troisième remarque — des appréciations et insinuations émises quant aux conditions dans lesquelles furent créées les sociétés canadiennes Barcelona Traction, Ebro et autres et leur financement assuré.

Ces conditions firent l'objet, dès 1913, d'un examen attentif de la part d'une autorité judiciaire présentant des garanties particulières d'indépendance, à savoir le Parquet de la Seine saisi à l'époque d'une plainte (2) à l'occasion de l'émission d'obligations de la Barcelona Traction sur le marché français. Dans le réquisitoire aux fins de non-lieu du Procureur de la République daté du 22 novembre 1913 et qui se trouve intégralement reproduit à l'annexe n° 5 on peut lire notamment ce qui suit :

« On ne conçoit pas dans le droit financier français qu'une société puisse se constituer avec un capital d'actions d'apport et non d'actions de numéraire. Il n'en va pas de même dans la législation canadienne. Une société canadienne peut être créée sans argent : le numéraire est fourni par des émissions d'obligations. En outre, cette manière de procéder licite et courante, heureuse singulièrement les principes français en matière de sociétés anonymes par actions, mais elle est telle et la constitution à Toronto de la Compagnie Barcelona Traction n'en est qu'une simple et banale application.

« Par ailleurs, il n'y a pas lieu de s'étonner — comme l'a fait le plaignant — que les diligences de constitution de la Compagnie Barcelona Traction aient été remplies par des employés de Banque ou des clercs de sollicitors. Cette façon d'opérer est courante en Angleterre et dans les colonies du Royaume-Uni et elle est exclusive de tout dessein de fraude ou de collusion.

« Cela dit, si l'on se rapporte encore aux notices et aux prospectus d'émission de la Barcelona Traction, on constate que le public aux capitaux duquel il est fait appel, est informé que les fonds obtenus par l'émission serviront de Working Capital (fonds de roulement), sauf une part destinée à payer de nouvelles acquisitions, indépendantes des apports, notamment l'acquisition d'une voie ferrée vers Tarrasa et Sabadell.

(1) Les sociétés auxiliaires payaient à l'époque environ 20 millions de pesetas annuellement. Une rectification de 3 millions de pesetas portant sur treize exercices peut être considérée comme insignifiante.

(2) On verra à la page 8 de l'annexe n° 5 que le Procureur de la République suspecte nettement les mobiles qui pourraient avoir dicté cette plainte et la campagne dont la Barcelona Traction fit l'objet à la même époque.

» On constate, de plus — et cette remarque est de grand intérêt — que les notices et prospectus après avoir énoncé : « Il n'y a aucun avantage stipulé au profit des fondateurs ; et administrateurs », ajoutent immédiatement : « Mais les actions sont émises en représentation de concessions et de propriété », c'est-à-dire qu'elles constituent des titres d'apport.

» Ainsi la constitution du capital en actions d'apport n'est nullement dissimulée. Il est loisible au public de réfléchir et d'apprécier si la société fonctionnant avec les seules ressources du capital obligataire offre les mêmes sûretés que les autres ».

(9) Au cours de cette même instruction fut produit un rapport d'expertise comptable de M. Pons, qui fut entendu sous serment. Le Procureur de la République Française, dans son réquisitoire, commenta ce rapport dans les termes suivants :

« ... M. Pons s'est rendu à Barcelone et il s'est livré à des investigations approfondies. Il écrit : « Les travaux effectués ou en cours d'exécution sont, peut-on dire, gigantesques et tels qu'ils apparaissent, ils sont entrepris plutôt dans un but d'intérêt général qu'en vue de l'exploitation d'une industrie privée. L'importance de la ville de Barcelone et de la population de la province, le nombre des industries qui s'y trouvent et la puissance des usines qu'elles exploitent, la possibilité d'étendre encore dans les provinces voisines le rayon d'action actuel, semblent de nature à justifier ces travaux. En tous cas, ce qu'il convient de noter, c'est que la méthode adoptée en raison des habitudes traditionnelles de l'industrie européenne, apparaît toutefois, quand on l'examine dans ses résultats probables, comme la mieux appropriée pour écarter dans la plus large mesure possible, l'aléa généralement inséparable d'entreprises de cette nature. En s'assurant la maîtrise ou le contrôle de la « *Compañía Barcelonesa de Electricidad* » et de différentes compagnies secondaires, en passant avec la « *Energía Eléctrica de Cataluña* » des conventions qui suppriment toutes concurrences et délimitent leur rayon d'action respectif, en s'assurant la fourniture de l'énergie électrique nécessaire au chemin de fer de Sarria, à la société « *Ferrocarriles de Cataluña* » et sans doute aussi à la Compagnie des Tramways de Barcelone, la société Barcelona Traction a concentré en ses mains une clientèle importante qu'elle a d'ailleurs développée, déjà dans des conditions telles qu'elle peut escompter dès à présent la consommation d'une grande partie de sa production. En procédant ainsi, elle a procuré à son entreprise des éléments susceptibles d'en faciliter le succès définitif. Les résultats déjà acquis, les travaux exécutés et ceux en cours d'exécution, les mesures prises pour en assurer l'achèvement, témoignent de l'énergie et de l'activité apportées à la réalisation du but poursuivi... »

Et plus loin, le Procureur cite en ces termes un extrait de la déposition faite sous serment par le même expert M. Pons :

« ... Je puis donc affirmer avec confiance que la Barcelona Traction qui a obtenu la maîtrise et le contrôle de ces différentes sociétés dont l'existence ne peut être mise en doute, ne saurait être considérée comme une fausse entreprise. C'est tout au contraire, à mon avis, une des plus grosses entreprises d'électricité qu'il y ait actuellement en Europe ». (1)

(1) Cette appréciation élogieuse fut fréquemment confirmée dans la suite par diverses autorités, tant espagnoles qu'étrangères, notamment par celles citées aux pages 22 et 23 du *Mémoire*, § 38.

(10) En présence de ces premières explications, un lecteur impartial se refusera sans doute, même s'il estime devoir ajourner son jugement final sur les questions débattues, à entériner le certificat d'objectivité que le Gouvernement espagnol a cru devoir donner à son exposé. (E.P. p. 10, § 11.)

Il apparaîtra au contraire que nombre de ses développements ne constituent qu'une tentative de renverser les rôles et de substituer au procès de certaines décisions espagnoles judiciaires ou administratives, le procès des dirigeants de la Barcelona Traction, quand ce n'est pas celui du Gouvernement belge lui-même.

(11) Sur le plan moral également, le Gouvernement espagnol proteste avec vivacité contre l'atteinte portée à l'honneur de la magistrature espagnole par « les injures contenues dans le Mémoire belge à l'égard de l'administration judiciaire espagnole ». (E.P. p. 52, § 66) (1).

Il convient de remarquer toutefois que les appréciations émises dans le *Mémoire* au sujet de l'attitude de certains organes judiciaires espagnols ont été maintenues dans les limites de ce que paraissait commander l'analyse objective des décisions rendues par eux (2). Contrairement aux accusations émises dans les *Exceptions préliminaires*, elles forment partie intégrante du fond de l'affaire et n'auraient pas pu être omises. Il sera loisible au Gouvernement espagnol, lors du débat au fond, de démontrer, s'il le peut, que les griefs belges ne sont pas fondés.

(12) De façon générale, on ne peut que regretter le ton fréquemment agressif que le Gouvernement espagnol a cru devoir donner à ses *Exceptions préliminaires*, ton qui n'est certes pas habituel dans les documents soumis à la Cour par les parties.

C'est ainsi que le *Mémoire* belge est décrit comme « une tentative de faire passer pour noir ce qui manifestement est blanc » (3); il est reproché au Gouvernement belge de « rester dans l'équivoque en espérant pouvoir » jouer sur les deux tableaux „» (3); il défend une cause « inouïe » avec des arguments « aberrants » (3).

(13) Mais nulle part le ton n'est plus violent que dans l'exposé de la première exception, celle dans laquelle le Gouvernement espagnol s'insurge contre l'introduction par le Gouvernement belge d'une nouvelle Requête dans une affaire qui avait fait l'objet d'une instance précédente dont il s'était désisté.

(1) Voir aussi E.P., pages 6 et 7, § 4, où le récit belge est dit « inqualifiable » et les accusations qu'il contient « aussi diffamatoires qu'infondées ». D'autre part, à la page 9 on accuse le Gouvernement belge de persister à « reprendre à son compte ... la légende ourdie par la société intéressée » ou encore (page 46) « de donner sa caution à l'in vraisemblable récit monté de toutes pièces par la Barcelona Traction ».

(2) Quant aux mobiles des dénis de justice, le Gouvernement belge en est évidemment réduit à des hypothèses auxquelles il est loisible au Gouvernement espagnol d'opposer d'autres explications, sans que la Cour doive du reste se prononcer à cet égard pour apprécier le bien-fondé des griefs belges.

(3) E. P., pages 175, 180, 179 et 225; voir aussi les pages 80 et 84 où l'on reproche au Gouvernement belge un « manquement à son devoir » et d'avoir adopté dans la correspondance diplomatique « une attitude hautaine, typique de ceux qui savent parfaitement qu'ils sont en défaut »; après avoir, à la même page 84 élevé « une protestation formelle contre de tels procédés du Gouvernement belge contraires... non seulement aux règles de droit international général et conventionnel, mais aussi aux normes de la *comitas gentium* relatives aux rapports diplomatiques entre pays amis », on conclut, à la page 85, en attirant l'attention de la Cour sur « la conduite inadmissible qui a été suivie à cet égard par le Gouvernement belge ».

A l'en croire, le Gouvernement belge s'est servi d'une « manœuvre procédurale » « pour présenter son cas dans un jour plus favorable » (1); il s'agit d'une « opération complexe désistement-réintroduction » (1) destinée à « masquer le repli stratégique auquel on voulait procéder » (1); la nouvelle *Requête* belge constitue « un abus du droit d'ester en justice devant la Cour » (1) et le Gouvernement belge « aurait agi beaucoup plus honnêtement s'il avait ouvertement reconnu l'erreur qu'il avait commise dans la première phase de la procédure » (1).

A vrai dire, on pouvait s'attendre à cette véhémence après les notes adressées par le Ministre des Affaires étrangères à l'Ambassadeur de Belgique à Madrid les 9 octobre 1961 et 5 mars 1962 (Annexes n^{os} 269 et 271 au *Mémoire*) et après sa lettre du 7 juillet 1962 adressée aux Président et Membres de la Cour (Annexe 273 au *Mémoire*).

Rien de moins justifié cependant que cette manifestation d'indignation.

(14) La réfutation des moyens de droit et de fait invoqués par le Gouvernement espagnol à l'appui de son exception n^o 1 trouvera naturellement sa place dans la première partie des Observations, qui suit immédiatement. Mais le Gouvernement belge croit devoir relever dès à présent l'inexactitude flagrante de l'allégation sur laquelle repose tout cet échafaudage, à savoir que c'est « de sa propre initiative uniquement que le Gouvernement belge a mis fin à l'affaire » (2).

Car, comme le défendeur l'admet et le déclare même catégoriquement à plusieurs reprises (E.P., pp. 93, 96 et 98), le désistement du Gouvernement belge fut demandé par M. March au cours des pourparlers qui eurent lieu entre les groupes privés espagnol et belge. M. March demanda ce désistement comme « condition préalable à sa participation à tous pourparlers avec le groupe belge » (E.P. p. 110). Ce n'est donc pas « du côté belge », pour employer une des expressions imprécises dont la Partie défenderesse a parsemé ses *Exceptions*, que le désistement fut demandé, mais ce fut au contraire M. March qui l'exigea.

(15) D'autre part, si, comme le soutient aujourd'hui le Gouvernement espagnol, M. March a cru que le retrait définitif de la *demanda* (3), auquel il subordonnait l'ouverture des négociations privées, ne mettrait pas seulement définitivement fin à l'instance pendante devant la Cour, mais aurait pour effet de priver définitivement le groupe belge de toute possibilité de protection internationale ultérieure par son Gouvernement, en suite de quoi il lui serait possible de fixer unilatéralement à un taux dérisoire le montant de l'indemnité dont le groupe belge aurait à se contenter, il se garda bien de faire apparaître un calcul aussi inavouable ou de formuler clairement la portée qu'il entendait donner à son exigence, vu qu'ainsi comprise elle n'aurait eu aucune chance d'être acceptée.

Mais le Gouvernement espagnol en tout cas n'a pas pu se tromper sur la signification des termes employés dans la déclaration de désistement du Gouvernement belge telle qu'elle lui fut notifiée, ni y voir une renonciation du Gouvernement belge aux droits qui avaient été à la base de sa *Requête*. Qu'en fait il ait pleinement compris à l'époque que

(1) E. P., pages 7, 176, 176, 135 et 178.

(2) E.P., p. 89, § 3. Les italiques ne sont pas au texte.

(3) Voir au § 28 le sens précis de ce terme dans la procédure espagnole.

L'échec des négociations amènerait inévitablement le Gouvernement belge à introduire une nouvelle instance résulte clairement, comme il sera précisé ultérieurement, de l'entretien que le Ministre des Affaires étrangères d'Espagne eut en juillet 1961 avec l'Ambassadeur de Belgique à Madrid au moment où le Gouvernement belge conçut des inquiétudes quant au succès des négociations privées (1).

On ne comprend pas dès lors la surprise indignée avec laquelle le Gouvernement espagnol feint d'accueillir l'annonce par le Gouvernement belge du dépôt de la nouvelle *Requête*.

(16) A vrai dire, l'irritation témoignée dans les *Exceptions préliminaires* semble s'accroître du fait que le Gouvernement belge, en introduisant à nouveau sa demande pour la protection des intérêts belges atteints par les mesures prises contre la Barcelona Traction, n'a pas reproduit l'ancien écrit, mais en a en grande partie modifié la rédaction et en a notamment modifié les conclusions.

Il est à peine besoin de dire que ce mécontentement est lui aussi totalement injustifié. Comme il a été indiqué et sera plus amplement démontré, le Gouvernement belge n'a en rien été inspiré dans son désistement par le désir de modifier la première présentation de sa réclamation — vu qu'il s'efforça au contraire d'éviter d'avoir à se désister de l'instance. Mais dès l'instant où l'accord négocié entre les groupes privés s'est révélé impossible par suite de l'intransigeance de M. March, et où par conséquent une nouvelle instance devait être introduite, il est clair que le Gouvernement belge avait le droit, sinon le devoir, de ne pas ignorer complètement dans son nouvel écrit les critiques que la première *Requête* avait antérieurement suscitées de la part du Gouvernement espagnol.

Celui-ci devrait être, au contraire, le premier à se féliciter que le nouveau *Mémoire* lui ait fourni les éclaircissements et renseignements complémentaires réclamés par lui, ce qui lui a permis de développer et préciser davantage à son tour certaines de ses exceptions préliminaires.

(17) Mais ceci dit, il convient de souligner que la *Requête* belge du 14 juin 1962 a inauguré une nouvelle procédure autonome, totalement indépendante de la cause antérieurement inscrite au rôle de la Cour et ultérieurement radiée en exécution de l'Ordonnance du 10 avril 1961.

C'est pourquoi le Gouvernement belge a omis dans sa *Requête* et son *Mémoire*, et évitera dans les présentes Observations toute référence aux pièces et documents de la procédure précédente.

C'est pourquoi aussi il ne peut considérer comme valable l'intégration en bloc de l'ancien écrit d'exceptions que paraît signifier la déclaration du Gouvernement espagnol suivant laquelle il le « tier t pour reproduit » (E.P. p. 7, § 5).

(1) Voir ci-dessous § 35 et *Annexe n° 9*.

Certes, il était loisible au Gouvernement espagnol de se référer dans ses *Exceptions* à tel document imprimé autrefois par lui dans les Annexes aux anciennes *Exceptions*, voire même à tel paragraphe des anciennes *Exceptions* ou à d'autres pièces de l'ancienne procédure et à cette fin, pour sa facilité plus que pour celle de la Cour, de joindre en bloc les anciens volumes à titre d'annexes additionnelles aux annexes qui accompagnent les *Exceptions* nouvelles (1). En revanche, il importe de ne pas mélanger les actes d'une procédure radiée à ceux d'une procédure pendante. L'article 41, 2, et l'article 62, 2, du Règlement de la Cour indiquent clairement et limitativement quelles sont les pièces de procédure que les parties ont le droit de présenter et dans quel ordre; ils prévoient, pour une instance introduite par voie de requête et faisant l'objet d'exceptions préliminaires, un mémoire, un acte introductif des exceptions et un exposé écrit d'observations et conclusions, sans parler ici des documents qui doivent être éventuellement présentés lorsque la procédure reprend au fond. Tous ces actes de procédure sont liés les uns aux autres et ne peuvent être mêlés à d'autres actes qui n'existent plus.

Si ces principes étaient perdus de vue, le système de présentation des *Exceptions préliminaires* et de leurs annexes à l'aide de références aux pièces de la procédure radiée conduirait à une confusion inextricable et ferait obstacle à une bonne instruction de la cause.

(1) Il a été partiellement remédié aux difficultés résultant du dépôt en bloc des Annexes aux *Exceptions préliminaires* de 1960 par l'impression du volume auxiliaire dans lequel se trouvent reproduits les documents qui faisaient l'objet d'une simple référence dans le volume d'annexes de 1963. Mais on regrette de devoir constater que le volume auxiliaire contient à son tour, aux pages 925 à 940, une longue liste de documents autrefois publiés et cette fois non reproduits mais auxquels le Gouvernement espagnol prétendrait également se référer. Il n'en a pas été tenu compte dans la préparation des présentes Observations.

OBSERVATIONS EN REPOSE
A
L'EXCEPTION PRELIMINAIRE N° I

OBSERVATIONS EN RÉPONSE A L'EXCEPTION PRÉLIMINAIRE N° 1

(18) Par l'exception préliminaire n° 1, le Gouvernement espagnol demande à la Cour de dire et juger « Qu'elle est incompétente pour recevoir ou pour juger la réclamation formulée dans la requête belge de 1962, toute juridiction de la Cour pour décider des questions se référant à cette réclamation, soit à la compétence, à la recevabilité, ou au fond, ayant pris fin par les lettres des Gouvernements belge et espagnol en date, respectivement, du 23 mars et du 5 avril 1961, et dont la Cour a pris acte dans son Ordonnance du 10 avril 1961 » (E.P., p. 263).

Les deux lettres citées sont, d'une part, celle par laquelle le Gouvernement belge a déclaré « renoncer à poursuivre l'instance » introduite par sa requête du 15 septembre 1958, et d'autre part, celle par laquelle le Gouvernement espagnol déclarait ne pas s'y opposer.

Le Gouvernement belge s'est déjà expliqué très complètement au sujet des circonstances et des motifs de ce désistement dans son *Mémoire*, car l'attitude adoptée par le Gouvernement espagnol au cours des négociations diplomatiques permettait de prévoir l'objection qui fait l'objet de l'exception n° 1. Il juge dès lors superflu d'en reprendre ici l'exposé détaillé, d'autant plus qu'il a déjà répondu par avance, dans son *Mémoire*, aux principaux arguments développés par le Gouvernement espagnol.

(19) La thèse espagnole repose essentiellement sur l'affirmation que le Gouvernement belge « par sa propre conduite » aurait « amené le Gouvernement espagnol à consentir au désistement de l'affaire avec la conviction de consentir *au retrait définitif de la demande belge de la Cour* » (E. P., p. 262) (1). Dans sa thèse, l'expression « retrait définitif » signifie que le Gouvernement belge aurait non seulement renoncé définitivement à poursuivre l'instance pendante devant la Cour, ainsi que les termes employés le comportaient clairement, mais, en outre, amené le Gouvernement espagnol à croire que la Belgique renonçait d'avance à son droit de protéger diplomatiquement et judiciairement les ressortissants belges lésés par la faillite de la Barcelona Traction et ses conséquences, même si les négociations nouées entre groupes privés en vue d'aboutir à l'indemnisation de ces ressortissants demeuraient sans aucun résultat.

(20) La position actuelle du Gouvernement espagnol est singulièrement en retrait par rapport à celle qu'il avait adoptée au cours des négociations diplomatiques.

Il avait prétendu que l'autorité de la chose jugée qui s'attachait à l'Ordonnance par laquelle la Cour avait constaté le désistement et rayé l'affaire du rôle faisait obstacle à toute nouvelle demande.

Ce système, manifestement insoutenable, avait été développé dans la note du Gouvernement espagnol du 5 mars 1962. Il a été réfuté au § 300 (p. 141) du *Mémoire* et est à présent, et à juste titre, abandonné.

(1) Les italiques ne sont pas au texte.

Le Gouvernement espagnol avait soutenu aussi que la déclaration faite le 23 mars 1961 par le Gouvernement belge constituait un désistement d'action, comportant une renonciation définitive au droit d'exercer par la voie d'une demande adressée à la Cour, sa protection diplomatique en faveur des actionnaires de la Barcelona Traction.

Dans son *Mémoire* (§ 299), le Gouvernement belge avait souligné que cette prétention n'avait pu être présentée par le Gouvernement espagnol qu'à la faveur d'une véritable *dénaturation* des termes et du sens de cette déclaration, ainsi que de l'ensemble des faits de la cause.

Le Gouvernement espagnol n'a pas osé non plus reprendre cet argument à l'appui de son exception n°1 (1).

(21) Avant de démontrer (v. Section IV) l'inanité complète de l'argumentation juridique échafaudée par le Gouvernement espagnol sur la version qu'il donne des faits, le Gouvernement belge n'aura pas de peine à établir que cette version elle-même est tout simplement *insoutenable*, car elle repose sur une inadmissible déformation des faits qu'elle prétend refléter (Sections II et III).

Il ne sera pas nécessaire, à cette fin, de reprendre dans le détail toutes les erreurs et les interprétations inexactes que contient le long récit consacré par le Gouvernement espagnol aux faits qui se sont succédé d'octobre 1960 à avril 1961. La plupart de ceux-ci sont d'ailleurs sans relevance dans les relations entre les deux Gouvernements, car ils se sont produits sur le plan de négociations privées entre des particuliers dont les déclarations ne peuvent « engager la responsabilité » (2) de leurs Gouvernements respectifs. Aussi est-ce dans une annexe aux présentes Observations que la Cour trouvera le récit détaillé par M. Frère, président de la Sidro et principal négociateur, des négociations menées par lui, sans succès, avec le groupe March (*Annexe n° 6*).

Le Gouvernement belge désire toutefois, avant de rencontrer les thèses développées à l'appui de l'exception préliminaire n° 1, faire apparaître dès à présent le peu de crédit que mérite le récit présenté par les *Exceptions préliminaires*, en montrant par quelques exemples les libertés que leurs auteurs se permettent non seulement avec les faits, mais avec les écrits.

a) Au § 11 (p. 92) de ses *Exceptions préliminaires*, le Gouvernement espagnol affirme que « Le Comte de Motrico ne s'était jamais occupé, auparavant, en quelque qualité que ce soit, officielle ou privée, de la question de la Barcelona Traction Company ». Or, comme l'expose M. Frère, à plusieurs reprises depuis 1949, et notamment quand il était Ambassadeur en Argentine et ensuite à Washington, le Comte de Motrico s'était mis en contact avec des représentants du groupe Sofina-Sidro et diverses autres personnes, pour traiter de l'affaire Barcelona Traction (v. le mémorandum déjà cité de M. Frère — *annexe n° 6*, § 6).

(1) Par suite d'une inadvertance sans doute, il est cependant encore mentionné dans l'introduction aux *Exceptions préliminaires* (p. 7, § 4), alors qu'il disparaît complètement dans les développements de l'exception n° 1 et dans les conclusions.

(2) Pour reprendre une expression employée par le Gouvernement espagnol (E.P., p. 117, § 79).

b) C'est encore une contrevérité que l'on trouve énoncée au § 15 (p. 94) où il est dit : « M. Frère a fait savoir à l'intermédiaire (1) qu'il était prêt à accepter les conditions de M. March. Ce n'est qu'alors, au début de janvier 1961, que M. March a finalement accepté de rencontrer M. Frère lors d'un déjeuner avec l'intermédiaire ».

Il est significatif que le Gouvernement espagnol, qui entre dans les plus petits détails et produit des documents innombrables, ne mentionne même pas la lettre écrite le 22 octobre 1960 par M. Hernández, collaborateur de M. Frère, au comte de Motrico. Ce document apporte en effet un démenti formel à son affirmation : M. Hernández y repousse catégoriquement comme inacceptables les conditions que M. March fixait pour l'ouverture des négociations et que le Comte de Motrico lui avait fait connaître le 20 octobre (v. *appendice 2 à l'annexe n° 6*).

C'est devant l'impossibilité de mettre les parties d'accord sur les conditions préalables à la négociation, que le Comte de Motrico a insisté pour que M. Frère consente à rencontrer personnellement M. March afin de confronter leurs positions respectives, sans engagement ni d'une part ni de l'autre (v. à ce sujet le mémorandum de M. Frère, *annexe n° 6*, § 10 et *appendices 3 et 4*). Telle fut l'origine du déjeuner, à l'Ambassade d'Espagne à Paris, du 12 janvier 1961. On voit combien elle est différente de la version que le Gouvernement espagnol veut en donner.

c) Cherchant à minimiser l'importance des lettres échangées par après les 23 et 24 février 1961 entre l'Ambassadeur d'Espagne à Paris et M. Frère, le Gouvernement espagnol commence par en expliquer l'origine par le désir de M. Frère de « résumer... les pourparlers intervenus jusqu'alors, afin de pouvoir montrer un document à son groupe pour justifier de son activité » (E. P., p. 95, § 19).

Le mémorandum de M. Frère (*annexe n° 6*, §§ 12 et 13) replace les faits dans leur véritable contexte.

Mais le Gouvernement espagnol ne s'arrête pas là : pour mieux étayer son affirmation (p. 97, § 24) que « l'intermédiaire lui a adressé une réponse brève, se bornant à accuser réception... », il n'hésite pas à produire à son annexe 69 la traduction de la lettre du Comte de Motrico, traduction grossièrement inexacte et incomplète qui en dénature la portée. Voici les deux textes, plus exactement les deux traductions, l'une en regard de l'autre :

*Traduction donnée par le
Gouvernement espagnol :*

Mon cher ami,

J'ai reçu votre lettre du 23 février, dans laquelle vous reflétez ce qui a été traité lors des divers entretiens que nous avons eus afin de déterminer la manière d'arriver à une négociation directe entre les deux parties à l'objet d'arriver à un accord dans l'affaire de la Barcelona Traction.

Traduction de l'original :

Mon cher ami,

Votre lettre d'hier m'a causé une sincère satisfaction car elle reflète fidèlement ce qui a été traité dans les divers entretiens tenus afin de déterminer dans quelles conditions une négociation directe entre les deux parties pourrait avoir lieu pour fixer de bonne foi et de commun

(1) C'est par ce terme que le Gouvernement espagnol indique le rôle joué par le Comte de Motrico.

J'attends avec intérêt de vos prochaines nouvelles.

accord l'indemnisation aux actionnaires de la Barcelona Traction ».

Veuillez agréer, mon cher ami, mes salutations bien amicales.

Dans l'attente de vos nouvelles,... (1)

d) Ne pouvant trouver dans les documents émanant de la Sidro ou du Gouvernement belge une seule expression qui vienne appuyer sa version des faits, le Gouvernement espagnol leur attribue des propos qui n'ont jamais été les leurs. C'est ainsi qu'au § 26 (p. 98), commentant une prétendue proposition belge du 4 mars 1961, le Gouvernement espagnol affirme « *Les termes de ces propositions... ont évidemment été rédigés par M. Frère en consultation étroite avec le Gouvernement belge.* En outre, il ressort de l'utilisation de formules telles que " la terminaison définitive du litige, " le retrait définitif devant la Cour de La Haye à un titre irrévocable », et " du retrait total du litige », que l'on avait parfaitement compris que la condition que posait M. March était que le retrait définitif de l'affaire de la Barcelona Traction Company du rôle de la Cour intervienne avant le commencement des conversations » (2).

Le Gouvernement belge, surpris par ces prétendues citations d'écrits attribués à M. Frère, qu'il ne parvenait pas à identifier, et après avoir interrogé les représentants de la Sidro qui ne purent l'éclaircir davantage, pria M. le Greffier de la Cour, par lettre du 24 mai 1963, de bien vouloir demander à l'Agent du Gouvernement espagnol la production des pièces dont ces citations étaient extraites.

Quel ne fut pas l'étonnement du Gouvernement belge en constatant que le document finalement produit (*Annexe n° 7*), dont les dites citations étaient extraites, n'était que la traduction d'un papier rédigé en espagnol, sans en-tête, non daté ni signé, couvert de ratures et surcharges manuscrites non signées ni paraphées. Ce papier, à en croire une annotation manuscrite, aurait été remis par le Comte de Motrico à M. Zuloaga, attaché à l'Ambassade d'Espagne à Paris, en même temps que représentant de M. March en cette ville...

Quant aux mots mis entre guillemets au § 29 (p. 99) des *Exceptions préliminaires* : « la proposition faite précédemment par le Gouvernement belge », ils se retrouvent dans une relation écrite en français, apparemment apocryphe, d'une communication téléphonique faite le 8 mars 1961, à une heure indéterminée, par le Comte de Motrico à M. Zuloaga qui se trouvait également à Paris. La dite relation a été communiquée au Gouvernement belge, après le dépôt des *Exceptions préliminaires*, dans les mêmes conditions que le document mentionné à l'alinéa qui précède (On en trouvera photocopie à l'*annexe n° 8*, document n° 1, les autres documents figurant à la dite annexe ayant été communiqués en même temps par le Gouvernement espagnol comme se référant au § 29 des *Exceptions préliminaires*).

Ce sont là de nouvelles erreurs, omissions ou altérations qui viennent s'ajouter à celles, déjà graves, que le Gouvernement belge avait relevées dans son *Mémoire* (paragraphes 302 à 304) et que le Gouvernement espagnol passe sous silence dans son écrit d'exceptions préliminaires.

(22) Avant de passer à l'examen synthétique des faits qui ont précédé et accompagné son désistement d'instance du 24 mars 1961, le Gouvernement belge doit encore relever une autre méthode d'argumentation à laquelle la Partie défenderesse a recours.

(1) Les italiques ne sont pas au texte. Le texte original est produit en photocopie à l'*annexe n° 6*, appendice n° 6.

(2) Les italiques ne sont pas au texte.

A défaut de faits ou actes du Gouvernement belge ou de ses organes qui auraient pu induire en erreur, sur les intentions véritables de ce Gouvernement, le Gouvernement espagnol, celui-ci impute purement et simplement *in globo* au Gouvernement belge les actes, écrits ou attitudes de ses ressortissants qui ont participé aux négociations, confondant le plan privé avec le plan public.

Le Gouvernement belge est convaincu, quant à lui, et il précisera plus loin les faits sur lesquels il fonde sa conviction, que rien dans l'attitude des particuliers belges n'appuie la thèse du Gouvernement espagnol.

Mais il entend néanmoins souligner qu'en cherchant à opposer au Gouvernement belge les actes de ses ressortissants privés, le Gouvernement espagnol adopte une position, 1^o sans aucun fondement en droit international; 2^o en contradiction avec ses affirmations répétées que les actes et les paroles de son Ambassadeur à Paris dans la négociation n'engagent pas le Gouvernement espagnol; 3^o en contradiction formelle avec la position qu'il a adoptée dans la correspondance diplomatique où il a déclaré que « ces conversations privées constituent un fait totalement étranger aux relations entre les deux gouvernements... » et que « le Gouvernement belge sait que les actes des particuliers ne sont pas imputables à l'État et ne peuvent avoir d'influence sur la viabilité d'une réclamation » (Note verbale du 5 mars 1962, annexe n^o 271 au *Mémoire* belge, p. 1060).

SECTION I

Les pourparlers privés-génèse du désistement

(23) Il est incontestable que des pourparlers se sont engagés, à partir du mois d'octobre 1960, entre les représentants de la Sidro et le groupe March, en vue de l'ouverture de négociations au sujet d'un accord qui assurerait l'indemnisation des actionnaires de la Barcelona Traction. Les représentants de la Sidro en avaient pris l'initiative dans des circonstances et pour des raisons au sujet desquelles le Gouvernement espagnol formule des allégations totalement inexactes auxquelles il sera répondu plus loin (§ 37).

(24) La conséquence normale des négociations, en ce qui concerne l'instance pendante devant la Cour, eût été, vu leur but, la *suspension* de cette procédure à la demande conjointe des parties. En cas d'échec des négociations, l'instance eût pu être continuée sans le moindre inconvénient.

Mais, le 20 octobre 1960, le Comte de Motrico, dans une note écrite de sa main (*Annexe n^o 6, appendice 1*) et remise à M. Hernandez, avait exprimé ce qu'il disait être le point de vue de M. March comme suit: « 1) D'un point de vue moral le retrait définitif de la requête (demanda) est une condition préalable à l'ouverture de la négociation. 2) Une fois remplie cette exigence, l'autre partie s'engage à entamer immédiatement une négociation de bonne foi pour *essayer* de trouver une solution qui fixe une indemnité aux actionnaires. 3) Une réserve absolue est indispensable pour le déroulement de ces conversations. Aucune publicité ne sera autorisée jusqu'à *éventuelle* obtention d'un accord définitif » (1).

Ainsi, en échange du « retrait définitif de la demande » du Gouvernement belge, M. March offrait simplement d'*entreprendre* une « négociation pour *essayer* de trouver une solution » au différend entre les deux groupes privés.

(1) Les italiques ne sont pas au texte.

(25) L'exigence formulée par M. March (1) était, en soi, anormale, car le fait de négocier, sans que personne pût prédire si la négociation aboutirait ou non, ne pouvait justifier qu'une suspension de la procédure, qui aurait permis de reprendre celle-ci en cas d'échec sans devoir introduire une nouvelle instance.

C'est ce que ne manqua pas de souligner immédiatement M. Hernandez dans la lettre adressée par lui au Comte de Motrico le 22 octobre 1960, c'est-à-dire dès réception de la « note de base » de M. March (v. *appendice 2 à l'annexe n° 6*). C'est ce document, comme on l'a vu (*supra*, § 21), que le Gouvernement espagnol a omis de produire.

De son côté, comme il fallait s'y attendre, quand le Gouvernement belge fut, pour la première fois (2), mis au courant de la négociation, il proposa de recourir plutôt à la procédure de la suspension d'instance, mieux appropriée aux circonstances.

M. March ayant repoussé la suspension et insistant encore pour obtenir un désistement préalable, les négociateurs belges s'efforcèrent d'obtenir des garanties formelles quant à l'issue des négociations (3) — garanties qui permettraient alors de demander au Gouvernement belge d'aller au delà de la simple suspension et de consentir au désistement préalable de l'instance.

Devant l'impossibilité d'obtenir de telles garanties de M. March directement et par écrit, M. Frère accepta l'offre que le Comte de Motrico lui avait faite de lui confirmer par écrit les assurances formelles qu'il lui avait données verbalement, « après avoir entendu à plusieurs reprises les deux parties en cause », quant au succès certain et rapide des négociations envisagées.

Telle est l'origine véritable de l'échange de lettres entre l'Ambassadeur d'Espagne et M. Frère des 23 et 24 février 1961, reproduit, bien qu'incomplètement, à l'annexe 69 des *Exceptions préliminaires* (4).

C'est au vu de ces lettres (5), qui lui furent montrées au début du mois de mars 1961, et en considération de l'éminente personnalité de celui dont émanaient ces assurances, que le Gouvernement belge consentit à envisager l'éventualité du désistement préalable de l'instance. Mais à ce moment encore il proposa que ce désistement ne fût rendu effectif, par l'acceptation du Gouvernement espagnol, qu'une fois qu'un accord entre les parties privées serait réalisé. C'est ce qui ressort à l'évidence du projet d'aide-mémoire du 2 mars 1961 (v. *appendice 7 à annexe n° 6 et cf.*, d'une façon générale, *Mémoire*, § 290).

Par cette proposition, le Gouvernement belge croyait pouvoir répondre au souci de prestige de M. March (6), tout en donnant à son désistement, en cas d'échec des nég-

(1) On notera que des expressions utilisées par M. Frère dans la lettre qu'il écrivait à M. Hernandez, le 2 décembre 1960, qui a déjà été mentionnée ci-dessus, il résulte clairement que M. Frère a compris l'exigence de M. March comme étant d'« arrêter la procédure ».

(2) Au cours d'un entretien que M. Frère eut avec le Ministre du Commerce extérieur le 26 janvier 1961.

(3) C'est dans ce cadre qu'il faut replacer le projet de lettres à échanger entre le Comte de Motrico et M. Hernandez (voir annexe n° 68 aux E.P.), et c'est à tort que le Gouvernement espagnol (E.P., p. 95) cherche à en tirer parti pour appuyer sa thèse, ainsi qu'on le verra plus loin (§ 29 ci-dessous, note (1)).

(4) Voir à cet égard le mémorandum de M. Frère (*appendice 6 à l'annexe n° 6*).

(5) L'influence décisive qu'exercèrent ces assurances formelles sur M. Frère d'abord, sur le Gouvernement belge ensuite, est soulignée par le Gouvernement espagnol lui-même (E.P., p. 97, § 23).

(6) Le Gouvernement belge avait interprété l'exigence formulée par M. March comme inspirée par un sentiment d'amour-propre (*Mémoire, loc. cit.*).

ciations, un effet pratique analogue à celui qu'aurait eu une simple suspension de l'instance.

C'est dire que l'idée de renoncer à l'action ne l'avait même pas effleuré !

SECTION II

Réfutation de l'interprétation donnée aux faits par le Gouvernement espagnol

(26) A. — Mais voici que le Gouvernement espagnol soutient qu'en formulant cette exigence préalable, M. March entendait obtenir du Gouvernement belge que celui-ci *renonçât définitivement* à accorder sa protection diplomatique aux actionnaires belges de la Barcelona Tracção. Et cela sans que ceux-ci aient obtenu la moindre indemnité, ni qu'ils aient la moindre certitude d'en obtenir une à l'amiable, M. March ayant eu soin de préciser qu'il offrait simplement d'*entreprendre* une négociation pour *essayer* de trouver une solution au différend.

(27) M. March par son exigence telle qu'il l'avait formulée aurait donc entendu obtenir du Gouvernement belge que celui-ci renonçât non seulement à l'instance en cours, mais encore, par avance, à tout recours pour le cas où aucun arrangement amiable n'aurait pu être conclu. Le calcul ainsi prêté à M. March eût été, on l'a vu, inavouable. Il était, en outre, contraire au bon sens le plus élémentaire de supposer que le Gouvernement belge aurait pu s'y prêter.

(28) Le Gouvernement espagnol a vainement tenté de répondre (E.P., § 129) à ces observations déjà indiquées dans le *Mémoire* du Gouvernement belge (§ 307).

C'est en réalité une pétition de principe que de vouloir prouver que M. March a réellement exprimé l'intention qui lui est prêtée aujourd'hui, en invoquant les termes mêmes employés par lui pour décrire la condition préalable, à savoir « retrait définitif de la requête (demanda) », alors que c'est précisément la signification de ces mots qui est contestée. Le Gouvernement belge soutient en effet que ces termes ne pouvaient avoir, en bon sens, d'autre portée que celle qu'impliquait leur sens grammatical, c'est-à-dire « retrait » (et non « renonciation ») et « demanda », c'est-à-dire « écrit introductif d'instance » ou « requête » (1) (comme le Gouvernement espagnol traduit d'ailleurs lui-même le mot « demanda » dans le communiqué du Service juridique du Ministère des Affaires étrangères espagnol produit à l'annexe n° 74 des *Exceptions préliminaires*, ainsi que dans d'autres documents).

Ensuite, l'affirmation selon laquelle c'est le Gouvernement belge et non pas le Gouvernement espagnol qui a tant insisté pour faire adopter son projet de désistement, est en contradiction formelle avec le fait que le Gouvernement belge a *tout tenté* pour éviter un désistement pur et simple et pour obtenir une simple suspension de la procédure ou, à la rigueur, un désistement qui ne serait accepté qu'après accord entre les parties privées.

(1) Tel est bien le sens qu'il a en procédure espagnole (Cf. article 524 de la Loi de procédure civile, qui stipule que « le procès ordinaire commencera par une « demanda » dans laquelle, après avoir exposé succinctement, en les numérotant, les faits et les fondements de droit, on fixera avec clarté et précision l'objet de la prétention... »).

Enfin, l'explication selon laquelle, pesant les « très incertaines chances de succès devant la Cour », les intéressés belges et le Gouvernement belge les auraient, de gaieté de cœur, jetées par dessus bord en échange de ... « la perspective d'obtenir quelque chose au moins au cours de pourparlers directs avec M. March » ne correspond nullement à l'esprit dans lequel les intéressés belges se sont engagés dans la voie de la négociation (voir *annexe 6*, §§ 1 à 6).

(29) La vérité, c'est que lorsque le Gouvernement belge a été informé par les dirigeants de la Sidro de l'exigence préalable formulée par M. March, il n'a pas douté un seul instant, ainsi que le prouve son attitude rappelée ci-dessus, que ce qui était demandé c'était un désistement de l'instance engagée, par opposition à la simple suspension de celle-ci qu'il s'empressa de proposer lui-même comme étant la solution normale.

Le « retrait définitif de la requête » a bien en effet pour contre-pied la suspension de l'instance, puisque la suspension permet de reprendre l'instance ultérieurement, tandis que le désistement y fait obstacle, précisément parce qu'il a un caractère *définitif* quant à l'instance en cours.

Si M. March avait entendu, ainsi que le Gouvernement espagnol le soutient maintenant, exiger, en employant les mots « *retiro definitivo de la demanda* », la renonciation du Gouvernement belge à toute protection diplomatique ultérieure des actionnaires de la Barcelona Traction, même en cas d'échec des négociations, il aurait dû s'exprimer d'une manière claire, précise et formelle et non pas user de termes qui, en bon sens, ne pouvaient désigner qu'un désistement d'instance, par opposition à une simple suspension de la procédure.

Le retrait de la demande, en effet, c'est le désistement de la procédure engagée, et non point la renonciation à un droit. Ce point sera repris ultérieurement.

Il suffit, quant à présent, de constater que M. March n'a nullement exigé, comme condition préalable de la négociation, cette renonciation absolument exorbitante, dont le Gouvernement espagnol fait état aujourd'hui sans en apporter la moindre preuve (1).

(1) Les *Exceptions préliminaires* (p. 95, § 18) essayent de tirer parti des projets de lettres envoyés par M. Hernandez au Comte de Motrico au mois de janvier 1961 (voir p. 24 ci-dessus, note (3)), pour tenter d'établir que ce serait en ce sens que l'exigence formulée par M. March aurait été interprétée par ces deux personnes. Encore une fois, il s'agit d'une citation incomplète. En effet, si le projet de lettre de M. Hernandez mentionne, comme le dit le Gouvernement espagnol, le « retrait définitif et préalable de l'action », ces mots sont immédiatement qualifiés par l'expression qui suit et qui est omise dans la citation du Gouvernement espagnol: « entreprise par le Gouvernement belge contre le Gouvernement espagnol devant la Cour de La Haye ». De plus, M. Hernandez ajoute un peu plus loin que, si des garanties de succès de la négociation étaient arrêtées, les représentants de la Barcelona Traction devraient « demander au Gouvernement belge de mettre fin à la procédure actuellement engagée à La Haye ». Ceci prouve que, même dans cette hypothèse, il avait seulement à l'esprit le désistement de l'instance en cours, comme il l'a confirmé verbalement au Comte de Motrico dans un entretien postérieur.

(30) B. — Il est tout aussi extraordinaire de prétendre que le Gouvernement belge aurait, « par sa propre conduite » (E. P., p. 262), incité le Gouvernement espagnol à croire qu'il renonçait définitivement à protéger les actionnaires belges de la Barcelona Traction.

Puisque le désistement intervenait *uniquement* en vue de faciliter des *négociations* transactionnelles, il tombe sous le sens qu'il ne pouvait d'aucune manière impliquer la renonciation par le Gouvernement belge à la protection de ses ressortissants, si elle se révélait à nouveau nécessaire, à la suite de l'échec des négociations projetées.

Si le Gouvernement espagnol croyait que le Gouvernement belge renonçait définitivement à son droit, pourquoi donc a-t-il tant tergiversé et discuté lorsque le Gouvernement belge lui a demandé simplement d'attendre l'expiration du délai fixé par la Cour avant de prendre attitude sur un désistement qui, selon la thèse du Gouvernement espagnol, aurait mis irrévocablement fin au litige international ? (1)

Le Gouvernement espagnol souligne lui-même que la déclaration de désistement d'instance précise qu'elle est faite « à la demande de ressortissants belges dont la protection a motivé l'introduction de la requête », mais il fait valoir que cette formule « établit expressément un lien entre le désistement d'instance et les pourparlers que menaient, hors du prétoire, les ressortissants belges » (E. P., p. 135, § 113).

Il est difficile de voir quel argument on peut en déduire. Il est évident que les mots relevés dans la déclaration belge marquaient clairement que le désistement d'instance n'avait pas été motivé par un manque de confiance de la part du Gouvernement belge dans le bien-fondé de sa réclamation, mais, bien au contraire, par l'unique désir de ne pas s'opposer à une négociation entre les groupes privés, sans exclure la possibilité de l'introduction d'une nouvelle instance si cette négociation échouait.

Le Gouvernement espagnol savait d'ailleurs que les ressortissants belges avaient sollicité de leur Gouvernement que l'on mit fin seulement à la procédure, sans aucunement renoncer au fond du droit. Le Gouvernement espagnol le reconnaît dans un autre passage (p. 132, § 105), où il commente lui-même comme suit la formule employée : « Le motif indiqué est une requête des ressortissants belges, qui souhaitaient qu'il soit mis fin à la procédure ».

(31) Une renonciation par le Gouvernement belge à toute protection des actionnaires belges de la Barcelona Traction est d'ailleurs radicalement démentie par l'attitude même du Gouvernement belge, qui a tout tenté pour que M. March se contentât, sinon d'une suspension de la procédure, au moins d'un désistement « conditionnel », c'est-à-dire d'un désistement dont l'acceptation eût été conditionnée par le succès des négoc-

(1) Les explications que donne sur ce point le Gouvernement espagnol (E.P., p. 107, § 48) sont d'ailleurs contradictoires : alors que, selon la thèse du Gouvernement espagnol, le Gouvernement belge renonçait définitivement à tout droit ou prétention, le Gouvernement espagnol se préoccupait de ne pas reconnaître, même d'une façon indirecte, « le droit du Gouvernement belge d'intervenir dans l'affaire de la Barcelona Traction Company » ! Cette préoccupation de ne pas reconnaître le *ius standi* du Gouvernement belge ne pouvait évidemment se concevoir que si le désistement dont il s'agissait portait seulement sur l'*instance*. Si le Gouvernement espagnol le considérait comme un désistement d'action — ainsi qu'il le soutient — l'explication qu'il donne de son attitude n'a plus de sens.

ciations privées, ce qui aurait permis de reprendre au besoin l'instance en cours sans qu'il fallût en introduire une nouvelle (v. la proposition datée du 2 mars 1961 et transmise, avec l'accord du Gouvernement belge, par M. Frère au Comte de Motrico (*appendice 7 à l'annexe n° 6*) (1).

Cette insistance du Gouvernement belge est un élément capital pour juger combien la thèse du Gouvernement espagnol est en contradiction flagrante avec les faits et la logique.

Elle donne aussi un démenti formel aux insinuations malveillantes auxquelles se livre le Gouvernement espagnol à diverses reprises.

(32) Ainsi, par exemple, le Gouvernement espagnol ironise sur le peu de confiance que le Gouvernement belge devait avoir dans le succès de son action (v. notamment E. P., p. 93, § 12, et p. 143, § 129). Ce serait pour cette raison que le Gouvernement belge, à la suite des dirigeants de la Sidro, aurait fait des efforts désespérés pour que des négociations s'engagent.

Comment, en ce cas, expliquer les hésitations du Gouvernement belge à consentir à l'abandon de l'instance plutôt qu'à sa suspension? Si c'étaient les négociations qui, avant tout, importaient au Gouvernement belge, pourquoi les retarder ou même les compromettre en s'efforçant de maintenir une action en cours que l'on savait — à en croire le Gouvernement espagnol — perdue d'avance?

(33) Le Gouvernement espagnol va même jusqu'à émettre la supposition que les dirigeants de la Sidro — et le Gouvernement belge lui-même — avaient peut-être l'arrière-pensée de provoquer l'échec des négociations pour introduire ensuite une nouvelle demande, plus solidement présentée au point de vue juridique (2).

Ici, la contradiction avec les faits est plus flagrante encore, car si cette supposition avait correspondu à la réalité, le Gouvernement belge n'aurait évidemment pas songé à proposer la simple suspension de l'instance, ni, encore moins, insisté pour un désistement « conditionné », puisque l'un et l'autre rendaient irréalisable le calcul machiavélique que, tout gratuitement, le Gouvernement espagnol lui prête aujourd'hui.

(34) En fait, tant les intéressés belges que le Gouvernement belge n'ont jamais parlé d'autre chose que du désistement de l'instance, comme cela était d'ailleurs de bon sens.

Certes, au début, le Gouvernement belge avait espéré que le Gouvernement espagnol accepterait que le désistement ne sortît ses effets que si les groupes privés réussissaient à se mettre d'accord sur l'indemnisation des actionnaires de la Barcelona Traction.

(1) Ainsi qu'on l'a signalé au § 21d ci-dessus, les *Exceptions préliminaires* présentent et commentent aux §§ 25 et 26 cette proposition sans égard pour sa portée véritable.

(2) A vrai dire, cette explication avancée à titre hypothétique dans l'introduction aux *Exceptions préliminaires* n'est pas reproduite dans les pages consacrées au développement de l'exception n° 1, parce que totalement inconciliable avec les faits qui s'y trouvaient relatés, voire même avec l'interprétation qui en est donnée à cet endroit. Cela n'empêche pas, du reste, le Gouvernement espagnol d'ériger l'hypothèse en affirmation dans la partie des *Exceptions préliminaires* consacrée à l'exception préliminaire n° 3, ce qui l'amène à imputer au Gouvernement belge une « opération complexe désistement réintroduction » qui est, on vient de le voir, sans le moindre rapport avec la réalité.

C'est sur ce point que le Gouvernement belge a cédé. Il a fini par renoncer à obtenir l'assurance que la procédure ancienne continuerait si les négociations échouaient. Il a toutefois encore essayé en vain d'obtenir que le retrait de l'instance ne devienne définitif qu'à terme, et à cette fin il a demandé l'assurance que, tout au moins, le Gouvernement espagnol ne notifierait pas son acceptation du désistement avant l'échéance d'un délai de six semaines. Il voulait par là éviter toute publicité avant que les négociations n'eussent abouti.

Le fait que le Gouvernement belge ait un moment envisagé, si cette proposition était acceptée, la possibilité que l'acte de désistement belge fasse mention d'un « avis commun des parties » au sujet du délai demandé à la Cour, ne signifiait nullement que le Gouvernement belge voulût « associer » (1) le Gouvernement espagnol à son désistement unilatéral d'instance. De toute manière, il est incompréhensible que le Gouvernement espagnol prétende (E. P., p. 262) y avoir trouvé une confirmation de sa « conviction » que « la Belgique proposait de retirer définitivement de la Cour sa demande ».

Le Comte de Motrico, auquel avaient été communiquées toutes ces propositions successives, savait donc parfaitement que jusqu'au dernier moment le Gouvernement belge avait essayé de ne pas mettre *définitivement* fin à la procédure en cours. Il est donc tout à fait inexact que le Comte de Motrico aurait été « amené à comprendre » (E. P., p. 116, § 72), et aurait ensuite informé le Gouvernement espagnol que « le désistement signifiait le retrait définitif de la demande belge de la Cour » (E. P., p. 261). Au contraire, la lettre citée par le Gouvernement espagnol à la page 104 des *Exceptions préliminaires* montre que le Comte de Motrico, en employant les termes « retrait définitif de la requête », avait parfaitement compris ce que l'on se proposait de part et d'autre. Ces termes n'étaient pas de nature à induire le Gouvernement espagnol en erreur.

(35) C. — Le comportement du Gouvernement belge a été, on vient de le voir, *sans la moindre équivoque* : tant ses écrits ou communications que ses actes indiquaient clairement qu'il entendait seulement mettre fin à la procédure en cours.

Dans ces conditions, on ne saurait retenir l'affirmation que le Gouvernement espagnol « avait *toutes les raisons de croire* que le Gouvernement belge effectuait le retrait définitif de la demande présentée par lui à la Cour », ou encore qu'« il semblait *impen-*

(1) En vue d'étayer son affirmation que le Gouvernement belge a voulu associer l'Espagne à son désistement, le Gouvernement espagnol commet encore deux erreurs : en premier lieu, dans son § 48, il présente une version tout à fait déformée des circonstances dans lesquelles l'Ambassadeur de Belgique a soumis au Ministre des Affaires étrangères d'Espagne, le 22 mars 1961, les projets d'acte de désistement. En réalité, l'Ambassadeur avait reçu deux projets d'acte de désistement qu'il présenta ensemble au Ministre. Celui-ci écarta le projet qui faisait une mention de l'avis commun des parties; l'autre devint le texte définitif envoyé à la Cour le 24 mars 1961. En second lieu, il est tout à fait inexact que, comme l'allègue le Gouvernement espagnol en conclusion (E.P., p. 262), « C'est à la demande expresse du Gouvernement belge que, le 5 avril 1961, le Gouvernement espagnol informa la Cour qu'il ne s'opposait pas au désistement du procès ». Comme le Gouvernement belge l'a précisé dans son *Mémoire* (§ 291), lors de la visite qu'il fit au Ministre espagnol des Affaires étrangères, le 4 avril 1961, l'Ambassadeur de Belgique se borna à lui dire qu'« il n'y avait plus lieu de tenir compte du désir exprimé... dans ses lettres des 22 et 23 mars 1961 ».

sable (1) que le Gouvernement belge puisse seulement envisager de réserver son droit de réintroduire l'affaire » (E. P., p. 142, § 126) (2).

Mais, à peine de voir s'écrouler d'elle-même son interprétation des faits le Gouvernement espagnol ne peut évidemment admettre qu'il avait considéré, en raison du comportement du Gouvernement belge, la portée du désistement comme simplement équivoque. Car s'il en était ainsi, et si, comme le Gouvernement espagnol l'affirme, il était décidé à n'accepter qu'un désistement belge comportant une renonciation définitive au droit (v. E. P., p. 144, § 131), il avait le devoir, en vue d'écarter l'équivoque, de faire connaître ses intentions véritables au Gouvernement belge ainsi que la condition — tout à fait exorbitante — à laquelle il entendait subordonner son acceptation.

Cette abstention, ce silence complet du Gouvernement espagnol, sont d'autant plus incompréhensibles que, comme le Gouvernement belge l'a souligné dans son *Mémoire* (§ 294), la distinction, que reconnaît le Gouvernement espagnol lui-même (3), entre le « désistement » — simple renonciation aux actes du procès — et la renonciation à l'action, est familière à tous les juristes espagnols. A cela s'ajoute que le Gouvernement espagnol a eu, à plusieurs reprises au mois de mars 1961, l'occasion, lors des entretiens de l'Ambassadeur de Belgique avec le Ministre des Affaires étrangères d'Espagne, de demander toutes précisions sur les intentions du Gouvernement belge et de lui faire connaître les siennes. Le Gouvernement espagnol pouvait d'autant moins se dispenser de le faire, que les seules informations qu'il possédait sur les pourparlers privés provenaient du Comte de Motrico qui, s'il n'engageait pas le Gouvernement espagnol bien qu'il fût

(1) Le Gouvernement belge a déjà eu l'occasion de mentionner ce qu'avait de peu convaincant l'étonnement que le Gouvernement espagnol tint spécialement à marquer à la Cour par sa lettre du 7 juillet 1962, quand M. le Greffier lui eut notifié la nouvelle requête belge (*Mémoire*, p. 129, § 284). Cette manifestation d'étonnement est elle-même surprenante. En effet un an auparavant, le 13 juillet 1961, l'Ambassadeur de Belgique avait eu un entretien avec le Ministre des Affaires étrangères d'Espagne pour lui faire part des sérieuses préoccupations que causait au Gouvernement belge l'état des négociations entre parties privées. Comme l'Ambassadeur voulait indiquer au Ministre que si les négociations n'aboutissaient pas le Gouvernement belge se verrait contraint de retourner devant la Cour, le Ministre le devança en disant : « J'ai compris. Je sais ce qui peut être envisagé, mais mieux vaut pas de menace, il faut que les négociations continuent. » (Rapport du Vicomte Berryer à M. P.H. Spaak, du 14 juillet 1961, *annexe n° 9*). Ces propos prennent toute leur valeur lorsque l'on sait que leur auteur est titulaire d'une chaire de droit international public à l'Université de Madrid.

(2) Les italiques ne sont pas au texte.

(3) Le Gouvernement espagnol ne peut en effet pas contester le caractère très marqué de la distinction entre le « désistement procédural » et la « renonciation à l'action », et reconnaître que dans ce dernier cas la preuve doit être faite de façon claire (E.P., p. 125, § 93). Il en est réduit à citer une décision isolée de jurisprudence qui ne vise pas un cas de désistement, mais une hypothèse où des héritiers n'avaient pas repris l'instance introduite par leur auteur et avaient essayé ensuite de recommencer un nouveau procès.

ambassadeur à Paris, engageait encore moins le Gouvernement belge avec lequel il ne fut jamais en contact (1) (2).

En conclusion, si le Gouvernement espagnol a cru voir dans le comportement belge une certaine équivoque et a omis de l'écartier comme il en avait les moyens et le devoir, il ne peut maintenant, devant la Cour, accuser le Gouvernement belge de l'avoir, par son comportement, induit en erreur.

(36) D. — Les considérations qui précèdent ont déjà, on l'espère, établi ce qu'avait de totalement invraisemblable, et même de contradictoire, la version des faits que présente le Gouvernement espagnol. Il est cependant une allégation de ce Gouvernement que le Gouvernement belge désire ne pas laisser sans réponse, vu l'insistance avec laquelle elle est maintenue : c'est le caractère prétendument « surprenant » de l'initiative prise par les intéressés belges en vue de rechercher sur le plan privé une solution amiable du litige, « démarche... si surprenante », dit le Gouvernement espagnol (E. P., p. 93, § 12), « qu'elle ne pourra manquer de retenir l'attention de la Cour ».

Pour faire comprendre les motifs de cette initiative, il suffira d'un très bref rappel de l'état de l'affaire au moment où elle intervint.

(37) La confiscation sans indemnité des biens de la Barcelona Traction s'était réalisée en quelques étapes de 1948 à 1952. Tous les recours exercés en Espagne étaient demeurés sans résultat, et c'est seulement à partir de 1955 que l'accession de l'Espagne aux Nations Unies avait permis d'entreprendre un recours international. Introduit le 15 septembre 1958, retardé par les exceptions préliminaires du Gouvernement espagnol, il ne pouvait aboutir à une décision définitive sur le fond qu'après plusieurs années encore.

Sans doute, les actionnaires de la Barcelona Traction conservaient à ce moment, comme aujourd'hui d'ailleurs, la conviction profonde que justice leur serait rendue un jour en réparation de la confiscation dont ils avaient été victimes. Mais il était bien naturel aussi qu'avec le temps un sentiment d'impatience fût souhaiter qu'une solution transactionnelle fût recherchée parallèlement à la procédure internationale.

(1) Ces informations semblent avoir été bien imprécises, puisque le Gouvernement espagnol parle (E.P., p. 142, § 126) de « l'impression qu'il s'était faite des intentions de la Belgique d'après les dires du Comte de Motrico » (les italiques ne sont pas au texte). Ceci est d'ailleurs bien normal, puisque les relations que le Comte de Motrico a faites au Ministre espagnol au sujet des négociations se limiteraient, suivant ses dires, à un coup de téléphone le 17 mars 1961 et à une courte lettre le 18 mars (E.P., p. 104, §§ 42 et 43).

(2) Ne pouvant produire d'autre preuve à l'appui de son allégation que « On ne pouvait que s'attendre à ce que le Gouvernement espagnol interprète la notification belge de désistement comme un retrait définitif et sans réserve de l'affaire de la Barcelona Traction Cy. » (E.P., p. 142, § 127), le Gouvernement espagnol en est réduit à invoquer trois documents qui émanent de lui-même. Parmi ceux-ci figure un « Communiqué du Service juridique du Ministère des Affaires étrangères d'Espagne du 20 mars 1961 concernant le désistement dans l'affaire de la Barcelona Traction ». Suivant le Gouvernement espagnol, le Service juridique du Ministère aurait lui-même compris qu'on avait affaire en l'espèce à une renonciation du Gouvernement belge à son droit. Une lecture quelque peu attentive de ce document peu clair est bien loin de confirmer la conclusion que le Gouvernement espagnol prétend en tirer. Quoi qu'il en soit, il est essentiel de noter que le Service juridique a donné son avis sans même connaître le projet d'acte de désistement du Gouvernement belge, ce qui enlève à sa note pratiquement tout intérêt.

On trouve des échos de ce sentiment à l'assemblée générale de la Sidro en octobre 1959, au cours de laquelle le Président de cette société fut invité à prendre l'initiative d'un contact direct avec M. March, principal bénéficiaire de la confiscation (v. *annexe n° 6*, § 3).

La question fut aussi évoquée à l'assemblée générale de la Sofina en avril 1960, puis encore à celle de la Sidro en octobre de la même année (v. *annexe n° 6*, § 3).

Le Président de la Sidro crut d'autant plus volontiers pouvoir répondre à cette invitation qu'un autre litige ancien — qui opposait depuis de longues années le Gouvernement espagnol aux actionnaires étrangers de la Chade (1) et n'était pas sans relation avec celui relatif à la Barcelona Traction — venait finalement de se régler à l'amiable, à la suite de négociations poursuivies avec les autorités espagnoles en dépit de l'opposition persistante de M. March. Ce fait, qui coïncidait avec l'obtention par le Gouvernement espagnol d'un *délai supplémentaire pour répondre au Mémoire belge de 1959*, porta les dirigeants de la Sofina et de la Sidro à penser que le moment était probablement favorable pour sonder le terrain en vue d'un règlement amiable du litige Barcelona Traction (v. *mémorandum de M. Frère, annexe n° 6*, § 4).

Il n'y a rien de surprenant non plus à ce que ces dirigeants, au lieu de s'adresser directement à M. March, aient jugé plus opportun de recourir à l'intervention du Comte de Motrico. De multiples raisons (v. à ce sujet le *mémorandum de M. Frère, annexe n° 6*, §§ 5 et 6), recommandaient tout particulièrement de s'adresser à cette haute personnalité pour faire prendre un bon départ à une négociation éventuelle. Les relations anciennes du Comte de Motrico avec M. March lui permettaient d'entrer facilement en contact avec lui, tandis qu'une vieille amitié le liait à l'ingénieur espagnol, M. José Manuel Hernandez Suarez, représentant le groupe de la Sofina en Argentine; sa qualité d'ambassadeur d'Espagne à Paris constituait par ailleurs une garantie que les négociations auraient un caractère sérieux et que l'exécution de l'accord éventuel ne susciterait aucune objection du côté des autorités espagnoles.

C'est à l'occasion d'un séjour qu'il fit en Europe en septembre-octobre 1960, que M. Hernandez reprit contact avec le Comte de Motrico, lequel, entre-temps, avait été nommé ambassadeur à Paris. Il lui demanda son avis au sujet d'une négociation éventuelle avec le groupe March. La réponse du Comte de Motrico fut immédiate. Il s'adressa à M. March et, peu de temps après, il remit de la main à la main à M. Hernandez, le jour où celui-ci quittait Paris, la « note base » du 20 octobre 1960, l'accompagnant de pronostics rassurants qu'il confirma par écrit ultérieurement (voir § 24 ci-dessus).

(38) Pendant que les pourparlers préliminaires se développaient, la procédure suivait son cours, et le Gouvernement belge préparait sa réponse aux *Exceptions préliminaires* du Gouvernement espagnol.

Les discussions provoquées par l'exigence préalable de M. March retardèrent les négociations sur le fond du litige au point que celles-ci, après plus de cinq mois, n'avaient pas encore pu commencer au moment où allait expirer le délai dont disposait le Gouvernement belge pour déposer sa réponse.

(1) Il a été question à diverses reprises dans le *Mémoire belge* (§§ 54, 68 et 69) de cette société et du litige qui l'opposait aux autorités espagnoles.

A ce moment — c'est-à-dire à la mi-mars 1961 — le Gouvernement belge se trouvait en présence d'une option entre deux partis à prendre : ou bien déposer son écrit d'*Observations en réponse aux Exceptions préliminaires* et poursuivre ensuite la discussion sur la procédure d'un désistement éventuel, ou bien, sans insister davantage pour obtenir satisfaction au sujet d'un engagement du Gouvernement espagnol de ne pas notifier ses intentions à la Cour avant un délai de six semaines (v. *Mémoire*, § 290), déclarer sa volonté de renoncer à poursuivre l'instance, afin de permettre l'ouverture immédiate des négociations.

C'est ce dernier parti qui fut adopté pour des raisons aisées à comprendre. Les négociations, d'après les affirmations écrites du Comte de Motrico, étaient assurées d'un succès rapide. Or, il tombait sous le sens, d'autre part, que le dépôt des Observations du Gouvernement belge risquait grandement de troubler un climat qui paraissait favorable aux négociations, étant donné que le Gouvernement belge était contraint d'y rencontrer avec vivacité les accusations et les appréciations parfois injurieuses développées par le Gouvernement espagnol dans ses *Exceptions préliminaires*. L'énorme souci de prestige de M. March, et la susceptibilité qu'il affectait d'éprouver à l'égard des accusations dont il faisait l'objet dans le *Mémoire* belge, faisaient craindre que la présentation du nouveau document belge n'engageât dans une impasse les pourparlers préliminaires qui s'avaient déjà laborieux.

Telles sont les raisons qui incitèrent le Gouvernement belge, après mûre réflexion, à favoriser l'ouverture des négociations en se désistant de l'instance.

SECTION III

Réfutation des arguments de droit du Gouvernement espagnol

Considérations générales.

(39) Après avoir consacré plus de la moitié de son long exposé à la description des « circonstances qui ont entouré le désistement » et à l'influence que ces circonstances exerceraient, à l'en croire, sur le caractère et sur les effets de celui-ci, le Gouvernement espagnol entreprend une démonstration juridique pour tenter de démontrer que le désistement de la première procédure rendrait la seconde irrecevable.

Il a déjà été signalé plus haut que le Gouvernement espagnol s'est trouvé contraint d'opérer, dans ses *Exceptions préliminaires*, un repli par rapport à la position qu'il avait adoptée au cours des négociations diplomatiques (v. § 20 ci-dessus). Pour autant que l'on puisse dégager avec certitude les lignes générales de son exposé de droit (1), sa thèse actuelle tient en trois points :

1°) Quelle qu'ait pu être l'intention réelle du Gouvernement belge, il aurait dû, pour pouvoir introduire une nouvelle instance, se réserver expressément ce droit lors de sa déclaration de désistement ;

(1) Exposé dont les conclusions (E.P., pp. 261 à 263) sont passablement confuses, mêlant ensemble plusieurs argumentations que l'on s'efforcera de séparer dans la réponse.

2°) Quelle qu'ait pu être l'intention réelle du Gouvernement belge, son comportement a conduit le Gouvernement espagnol à croire que la déclaration de désistement « se rapportait au retrait définitif de l'affaire ». « Le Gouvernement belge est partant forclus (estopped) de prétendre que sa communication de désistement ne constituait pas un retrait définitif de sa demande devant la Cour » ;

3°) Le droit de réintroduire une affaire après son désistement est incompatible avec le traité hispano-belge de 1927.

Nous rencontrerons successivement ces trois ordres d'idées.

A. — *Le désistement d'instance ne devait, suivant le droit international, s'accompagner d'aucune réserve pour qu'une nouvelle instance pût être introduite.*

(40) Selon le Gouvernement espagnol, celui qui se désiste doit réserver expressément son droit d'action, pour pouvoir introduire une nouvelle instance après le désistement de la première.

Le Gouvernement belge a déjà réfuté d'avance, dans son *Mémoire* (§§ 293 à 298), la plupart des arguments invoqués par le Gouvernement espagnol.

Il croit y avoir amplement démontré :

1° — que le désistement est, par sa nature même, un acte de procédure : c'est l'acte par lequel un demandeur déclare retirer ou abandonner la demande portée par lui devant une juridiction déterminée. C'est essentiellement la renonciation à une *instance engagée*. Le désistement est, par sa nature propre peut-on dire, un *désistement d'instance*. Comme tel, il reste sans influence sur les droits respectifs des parties. En particulier, il n'implique ni n'entraîne aucune renonciation par le demandeur à tout ou partie des droits qu'il invoquait dans l'instance dont il se désiste.

2° — qu'occasionnellement, le désistement de l'instance peut s'accompagner d'un abandon du *droit d'agir* contre le défendeur. Il en est ainsi notamment lorsqu'un accord est intervenu entre les parties et que cet accord rend l'action sans objet, ou encore lorsque le demandeur, reconnaissant le bien-fondé des moyens opposés à son action, décide non seulement d'abandonner l'instance engagée, mais de renoncer à ses prétentions contre le défendeur. C'est dans des cas de ce genre que l'on emploie l'expression « désistement d'action », pour indiquer l'effet absolu que produit alors le désistement (1).

L'abandon du droit d'agir ne peut donc jamais se déduire du seul fait qu'une partie déclare se désister de l'instance ou de la demande. Cette déclaration, comme ses termes l'indiquent, exprime seulement la volonté d'abandonner la procédure engagée. Elle s'oppose à ce que *cette* procédure soit reprise ou poursuivie. Mais elle ne fait nullement obstacle à l'introduction d'une nouvelle instance. Pour qu'elle l'empêche, il faut qu'elle s'accompagne soit d'une reconnaissance explicite du bon droit de l'adversaire (c'est alors, en somme, une variété d'acquiescement : un acquiescement à la défense au fond opposée

(1) L'expression est impropre, puisque la renonciation au droit d'agir est toujours extérieure au désistement proprement dit, qui demeure dans tous les cas un acte de procédure. Aussi ne peut-on que louer le droit espagnol de ne pas recourir à l'expression « désistement d'action » (voir *Mémoire* belge, p. 136, § 294).

à la demande), soit d'une renonciation explicite également. Or, c'est un principe général de droit, reconnu dans tous les pays, et dont nul ne niera qu'il ait été accueilli en droit international, que ni l'acquiescement ni la renonciation ne se présument (1).

Le Gouvernement belge a également fait valoir, dans son *Mémoire* :

a) que la distinction entre le désistement d'instance et le « désistement d'action » est reconnue en droit international (2) (3).

b) que les dispositions de l'article 69 du Règlement de la Cour internationale de Justice sont conformes aux règles admises par le code de procédure ou la jurisprudence de la plupart des pays (4), et en particulier tant par le droit espagnol que par le droit belge. Le désistement que cet article organise est essentiellement un désistement d'instance,

(1) Ces principes fondamentaux sont complètement méconnus par le Gouvernement espagnol lorsqu'il prétend (E.P., p. 126, § 94) dégager les conclusions de l'examen des systèmes de droit interne en la matière. Cette méconnaissance est d'autant plus étonnante qu'il reconnaît que le droit espagnol les admet clairement.

(2) Aux références déjà indiquées dans le *Mémoire*, il convient d'ajouter la recommandation du professeur G. Scelle, dans son *Rapport sur la procédure arbitrale* du 21 mars 1950 (N.U. *Commission du droit international*, A/CN.4/18 n° 55, p. 44), de « ne pas confondre le désistement d'action et le désistement d'instance. Dans le désistement d'action, le demandeur reconnaît le bon droit du défendeur et, par conséquent, le litige s'éteint par accord simultané des parties ».

(3) Le *Mémoire* du Gouvernement belge invoquait sur ce point le *Dictionnaire de la terminologie du Droit international* et l'article 22 du Règlement modèle de procédure arbitrale (§ 295). Le Gouvernement espagnol (E.P., §§ 98 et 99) cherche à détourner l'attention de la portée de ces textes, dont le sens est pourtant clair. Le texte du *Dictionnaire* se passe de commentaires. Quant à l'autre, dans sa première partie, il prévoit le *désistement d'action*, qui se produit lorsque le demandeur « reconnaît le bien-fondé de la prétention du défendeur »; dans sa deuxième partie, il prévoit le *dessaisissement du tribunal*, sans reconnaissance du bien-fondé de la prétention du défendeur. Le dessaisissement du tribunal doit être fait « par accord des deux parties »; il n'éteint pas le droit sur le fond. Fox & Simpson (*International Arbitration, Law and Practice*, 1959, p. 219), remarquent : « The requirement of consent by the defendant to the *discontinuance of the proceedings* by the claimant is presumably designed to safeguard the interests of a defendant State which is unwilling to see the termination of the arbitration without securing from the tribunal a pronouncement in its favor ». Le Gouvernement espagnol ne pouvant s'attaquer à ces textes eux-mêmes, se contente de prêter, à tort, au Gouvernement belge l'intention d'en tirer une présomption, selon lui injustifiée, que celui qui se désiste sans reconnaître expressément le bien-fondé de la thèse du défendeur, se réserve le droit d'introduire une nouvelle instance. En réalité, le Gouvernement belge ne soutient rien de semblable, ainsi qu'il est exposé à la note (1) de la page suivante.

(4) Le Gouvernement espagnol, de son côté, cherche vainement à tirer parti (§§ 89 à 93 des E.P.) de quelques législations isolées selon lesquelles le désistement impliquerait au contraire l'abandon de son droit par le demandeur. Il y aurait beaucoup à dire au sujet de ces législations, qui n'ont nullement la portée que leur donne le Gouvernement espagnol, et qui, surtout, n'apportent aucun argument en faveur de la thèse espagnole, parce qu'il n'est pas un seul de ces pays où le désistement de l'instance entraîne l'impossibilité d'introduire une instance nouvelle sans qu'un *texte légal le prévoit formellement*, ce qui n'est assurément pas le cas dans le Règlement de la Cour. Le Gouvernement belge, en se référant dans son *Mémoire* à la législation de quelques pays représentatifs, entendait seulement dégager certains principes généralement acceptés. Ses conclusions sur ce point ne sont pas infirmées par les considérations contenues dans les *Exceptions préliminaires*. Aussi croit-il tout à fait superflu d'entrer dans une discussion détaillée des législations particulières, étant donné en outre que, comme le reconnaît le Gouvernement espagnol lui-même (E.P., § 100), ce qui compte dans le cas actuel c'est essentiellement la nature du désistement tel qu'il est prévu par le Règlement de la Cour, auquel le Gouvernement belge déclare expressément se référer.

dont le *seul* effet est de mettre fin à la procédure (1). Si même le désistement s'accompagnait de reconnaissances ou de renonciations explicites à certains droits, encore celles-ci n'exerceraient-elles aucune influence sur le caractère purement procédural du désistement (§§ 296 à 298).

(41) A cet exposé, qui traduit fidèlement, semble-t-il, la portée de l'article 69 du Règlement de procédure de la Cour, le Gouvernement espagnol oppose une appréciation purement personnelle, qu'il présente néanmoins comme étant une règle de droit : « Le Gouvernement espagnol *estime qu'il existe en droit une présomption* selon laquelle le désistement est *censé* écarter le droit de réintroduire l'affaire, à moins que ce droit ne soit expressément réservé au moment du désistement » (E. P., § 106) (2).

(42) Il s'agit là d'une simple affirmation, purement arbitraire, et qui heurte directement les règles admises par le *droit international général* au sujet de l'interprétation et de l'effet de la volonté des parties, à savoir :

1°) les renonciations ne se présument pas et

2°) la volonté d'un sujet de droit international produit, dans les limites autorisées par le droit des gens, les effets que le sujet a voulus. Si donc un État s'est expressément désisté de l'instance, on ne peut attribuer à cette volonté l'effet de produire aussi une renonciation au droit litigieux qui n'a pas été voulue.

Rien ne permet d'affirmer l'existence, *en droit international général*, d'une présomption selon laquelle un désistement devrait être présumé s'accompagner d'une renonciation à l'action. Bien au contraire, si rien n'est précisé dans l'acte de désistement, celui-ci sera considéré comme ayant seulement l'effet naturel qui s'attache à cet acte de procédure, c'est-à-dire un *abandon de l'instance engagée*. Nombreuses sont les opinions doctrinales en ce sens (3); par contre, le Gouvernement belge ne connaît pas un seul auteur qui se soit prononcé en sens contraire, et en tous cas il semble que le Gouvernement espagnol lui-même ne soit pas arrivé à trouver une seule autorité qui appuie sa thèse.

La longue dissertation consacrée par le Gouvernement espagnol à la prétendue ambigüité du terme « désistement » est d'autant plus dépourvue de pertinence qu'en fait, le Gouvernement belge a précisé dans son acte de désistement que, faisant usage de la

(1) Le Gouvernement belge doit contredire ici l'argumentation espagnole qui consiste à présenter constamment et très inexactement la thèse belge comme prétendant que le désistement d'instance comporte *une présomption* que l'auteur du désistement s'est réservé le droit d'introduire une nouvelle instance. Il n'aura pas échappé à la Cour que ce que le Gouvernement belge soutient est que le désistement organisé par l'article 69 est une simple renonciation à poursuivre une instance en cours, renonciation qui ne vise ni ne touche le droit prétendu sur la base duquel l'instance avait été introduite.

(2) Les italiques ne sont pas au texte.

(3) Pinto, *L'Organisation judiciaire internationale, La Cour internationale de Justice, in Juris-classeur de droit international*, fasc. 217, p. 10, § 49 : « Le désistement de l'Etat demandeur, même accepté par son adversaire, n'interdit pas l'ouverture d'une nouvelle instance sur requête, à moins d'un accord contraire entre les parties. Il s'agit alors d'une transaction ». Bos, *Les Conditions du procès en droit international public, Bibliotheca Visseriana XIX*, 1957, p. 261, n° I : « La transaction et non pas le désistement met fin au procès ». Et Salvioi, *Tutela dei diritti e interessi internazionali*, 1941, p. 371 : « *con la rinuncia agli atti del giudizio lo Stato dichiara di voler porre fine al rapporto processuale senza una sentenza di merito, ma non perde per ciò stesso il diritto di far valere l'azione in un nuovo processo* ».

faculté que lui donne l'article 69 du Règlement de la Cour, il renonçait à poursuivre l'instance introduite par sa *Requête*. D'autre part, dans sa lettre au Ministre des Affaires étrangères d'Espagne du 25 mars 1961, l'Ambassadeur de Belgique précise que le Gouvernement belge notifiera au Greffe de la Cour « le désistement d'instance qui lui a été demandé ». Donc, même s'il fallait considérer le terme « désistement », employé seul, comme équivoque — *quod non* — le doute est éliminé en l'espèce puisque les expressions employées par le Gouvernement belge ou son Ambassadeur sont tout à fait précises.

(43) Le Gouvernement espagnol prétend aussi trouver des arguments en faveur de sa thèse dans le *Règlement et dans la pratique de la Cour*. Il fait valoir, en effet (E. P., p. 126, § 95), que même si l'on devait admettre, en droit interne, une présomption en vertu de laquelle le désistement d'instance ne comporterait pas de renonciation à l'action, « il n'en résulterait nullement que cette présomption pourrait jouer dans une procédure devant la Cour internationale de Justice, dont la compétence n'est nullement régie par les mêmes règles ». Et il ajoute (p. 129, § 100) que : « si la Belgique veut démontrer qu'il existe en droit une présomption touchant le sens qu'il convient de donner au libellé de son avis de désistement, elle doit le faire par référence au Règlement de la Cour elle-même ». A cela il faut opposer encore une fois (1) que la Belgique n'invoque aucune présomption. La thèse belge est tout à fait différente : 1) l'acte déposé par le Gouvernement belge au Greffe de la Cour est un acte de *désistement d'instance* pur et simple, et 2) aucune présomption ne peut donc être fondée sur cet acte pour conclure à l'existence d'une renonciation du Gouvernement belge à son droit. Le Gouvernement espagnol cherche à renverser les rôles : c'est lui et non le Gouvernement belge qui invoque une présomption.

(44) Le Règlement et la jurisprudence de la Cour confirment d'ailleurs l'exactitude de la thèse belge, en dépit des prétentions du Gouvernement espagnol sur ce point (E. P., §§ 100 à 105).

Il sera facile tout d'abord d'écartier un argument avancé par le Gouvernement espagnol à l'appui de sa « présomption », par la constatation que cet argument est dépourvu de sens dans les cas où l'article 69 dudit Règlement est d'application. Le Gouvernement espagnol soutient en effet que si l'on n'admet pas la présomption qu'il allègue, « l'État défendeur qui consent à un désistement pur et simple doit être présumé accepter une situation qui l'exposerait, pour un temps presque illimité à l'introduction d'une nouvelle procédure » (E. P., p. 127, § 97). Mais c'est précisément pour protéger l'État défendeur contre cette éventualité que le désistement d'instance est soumis, lorsque l'instance est nouée, à l'acceptation ou à la non-opposition de la partie défenderesse (Art. 69, al. 2, du Règlement de procédure de la Cour). Comme le désistement d'instance n'enlève pas au demandeur le droit de reproduire ses prétentions dans une nouvelle instance, le défendeur peut avoir intérêt à faire vider la première instance en la poussant jusqu'au jugement. Il lui suffira, en ce cas, de s'opposer au désistement du demandeur ; d'après le Règlement de la Cour, celle-ci, sans pouvoir retenir l'examen des motifs du refus, est alors obligée de laisser l'instance se poursuivre. En revanche, si la partie défenderesse accepte le désistement ou ne s'y oppose pas, cela signifie qu'elle est prête à assumer le risque d'une réintroduction de l'instance mentionnée dans l'exception espagnole. Le défendeur qui ne s'est pas opposé au désistement ne peut, en effet, invoquer à l'encontre d'une nouvelle instance le principe *non bis in idem*.

(1) Voir p. 35, note 3 et p. 36, note 1.

(45) Pour bien saisir la portée de l'article 69 du Règlement de la Cour, seul invoqué dans la déclaration de désistement du Gouvernement belge, il convient d'établir une nette distinction entre l'hypothèse prévue par cet article et celles qui font l'objet de l'article 68, fréquemment mentionné dans les *Exceptions préliminaires*. Pour la clarté de l'exposé, les textes français et anglais de ces deux articles du Règlement sont reproduits ci-après. Le sous-titre qui les introduit indique expressément les deux catégories d'actes juridiques que ces articles concernent :

« *Des arrangements amiables
et des désistements* »

» Article 68.

» Avant le prononcé de l'arrêt, si les parties tombent d'accord sur la solution à donner au litige et le font connaître par écrit à la Cour ou si, d'un commun accord, elles lui font connaître par écrit qu'elles renoncent à poursuivre l'instance, la Cour, ou le Président si la Cour ne siège pas, rend une ordonnance leur donnant acte de leur arrangement amiable ou prenant acte de leur désistement et dans chaque cas prescrivant la radiation de l'affaire sur le rôle.

» Article 69.

» 1. Si, au cours d'une instance introduite par requête, la partie demanderesse fait connaître par écrit à la Cour qu'elle renonce à poursuivre la procédure, et si, à la date de la réception par le Greffe de ce désistement, la partie défenderesse n'a pas encore fait acte de procédure, la Cour, ou le Président si la Cour ne siège pas, rend une ordonnance prenant acte du désistement et prescrivant la radiation de l'affaire sur le rôle. Copie de ladite ordonnance est adressée par le Greffier à la partie défenderesse.

» 2. Si, à la date de la réception du désistement, la partie défenderesse a déjà fait acte de procédure, la Cour ou, si elle ne siège pas, le Président fixe un délai dans lequel la dite partie doit déclarer si elle s'oppose au désistement. Si, dans le délai fixé, il n'est pas fait opposition au désistement, celui-ci est réputé acquis et la Cour ou, si elle ne

« *Settlement and discontinuance* »

» Article 68.

» If at any time before judgment has been delivered, the parties conclude an agreement as to the settlement of the dispute and so inform the Court in writing, or by mutual agreement inform the Court in writing that they are not going on with the proceedings, the Court, or the President if the Court is not sitting, shall make an order officially recording the conclusion of the settlement or the discontinuance of the proceedings; in either case the order shall direct the removal of the case from the list.

» Article 69.

» 1. If in the course of proceedings instituted by means of an application, the applicant informs the Court in writing that it is not going on with the proceedings, and if, at the date on which this communication is received by the Registry, the respondent has not yet taken any step in the proceedings, the Court, or the President if the Court is not sitting, will make an order officially recording the discontinuance of the proceedings and directing the removal of the case from the list. A copy of this order shall be sent by the Registrar to the respondent.

» 2. If, at the time when the notice of discontinuance is received, the respondent has already taken some step in the proceedings, the Court, or the President if the Court is not sitting, shall fix a time-limit within which the respondent must state whether it opposes the discontinuance of the proceedings. If no objection is made to the discontinuance

siège pas, le Président rend une ordonnance en prenant acte et prescrivant la radiation de l'affaire sur le rôle. S'il est fait opposition, l'instance se poursuit. »

before the expiration of the time-limit, acquiescence will be presumed and the Court, or the President if the Court is not sitting, will make an order officially recording the discontinuance of the proceedings and directing the removal of the case from the list. If objection is made, the proceedings shall continue. »

Le Règlement de la Cour fait donc, par ces deux articles, une distinction très nette entre les « arrangements amiables » (texte anglais : « settlement »), d'un côté, qui sont visés à l'article 63 (1^{re} hypothèse), et de l'autre les « désistements » (texte anglais : « discontinuance ») dont traitent l'article 68 (2^e hypothèse) et l'article 69.

Il y a « arrangement amiable » lorsque les parties « tombent d'accord sur la solution à donner au litige » (texte anglais : « conclude an agreement as to the settlement of the dispute »); il y a « désistement » lorsque, comme il est prévu dans l'article 68, l'on « renonce à poursuivre l'instance » (texte anglais : « not going on with the proceedings »), ou, comme il est prévu dans l'article 69, l'on « renonce à poursuivre la procédure » (texte anglais, même expression : « not going on with the proceedings »).

Le désistement, à son tour, peut être de deux espèces : le désistement « d'un commun accord » (texte anglais : « by mutual agreement ») qui émane des deux parties et est donc bilatéral (article 68, 2^e hypothèse), et le désistement « unilatéral », qui émane de la seule partie demanderesse (article 69).

Il est évident que si les rédacteurs du Règlement ont pris soin de mentionner séparément les « arrangements amiables » et les « désistements », c'est à cause de la différence qui existe entre leurs effets : l'arrangement amiable est un « accord » entre les deux parties qui met fin au litige : il éteint donc le droit, tandis que le désistement est un acte de procédure qui met fin à « l'instance » (art. 68) ou à « la procédure » (art. 69), les deux termes étant équivalents. Que l'effet et la portée du désistement soient limités à la procédure est dit, avec la même clarté, dans le texte français et dans le texte anglais; selon ce dernier texte, le seul effet du désistement est que la partie demanderesse ou les parties « are not going on with the proceedings ». L'arrangement amiable, en éteignant le droit litigieux, fait obstacle à une nouvelle instance fondée sur ce même droit; tandis que le désistement éteint seulement l'« instance » en cours, c'est-à-dire « la procédure » (« the proceedings »), mais laisse intact le droit litigieux et ne fait pas en lui-même obstacle à ce que la partie intéressée le fasse valoir à nouveau en justice, c'est-à-dire dans une nouvelle procédure, introduite par une nouvelle requête (Règlement, art. 32).

L'article 68 du Règlement traite à la fois des arrangements amiables et du désistement *bilatéral*. Aux termes de cet article, l'un et l'autre doivent être portés par écrit à la connaissance de la Cour. Il est donc évident que si les parties « d'un commun accord font connaître par écrit à la Cour qu'elles renoncent à poursuivre l'instance », mais ne font pas connaître aussi à la Cour, par leurs communications écrites, « qu'elles tombent d'accord sur la solution à donner au litige », leurs communications consacrent seulement un désistement d'instance et non pas un arrangement amiable. Par conséquent, l'acte ou les actes (s'il y a deux communications séparées) mettent seulement fin à la procédure et non pas au droit litigieux. La Cour ne peut pas en déduire, et aucune présomption en ce sens ne peut être tirée de l'acte, qu'il y ait eu aussi un règlement amiable comportant renonciation à l'action.

Il se peut assurément que les parties au procès, soit avant ou après la notification à la Cour du *désistement d'instance*, aient aussi conclu un « règlement amiable », qui « donne une solution au litige ». Cela est arrivé, par exemple, dans l'affaire *Borchgrave*, à laquelle l'exception espagnole se réfère (pp. 130-131, § 103). Mais cette possibilité ne permet aucunement de voir dans un acte bilatéral de désistement *d'instance*, sans aucune mention d'une solution donnée au fond du litige, une *presumption* qu'une telle solution aurait été obtenue. S'il a seulement été donné connaissance à la Cour d'un désistement d'instance, sans que les parties ne demandent à la Cour, dans leurs écrits, de leur donner acte de l'« arrangement amiable » intervenu entre elles, c'est à la partie qui se prévaut d'un règlement amiable qu'il incombe d'en prouver l'existence, et cette preuve doit être faite par des éléments *extérieurs à l'acte de désistement d'instance* lui-même.

(46) Le Gouvernement espagnol essaie néanmoins (E. P., p. 130, § 102) de trouver dans l'article 68 quelque argument pour appuyer sa thèse. À cette fin, après avoir résumé correctement cette disposition en ces termes : « Il est question, dans l'article 68, à la fois de la conclusion d'un accord en vue de régler un différend et du désistement d'instance intervenant de commun accord », le Gouvernement espagnol confond l'« arrangement » (settlement) qui met fin au litige, et le « désistement de commun accord » ou simple accord en vue de mettre bilatéralement fin à l'instance. Il dit en effet : « Il est évident que, dans la plupart des cas où un *désistement* (1) intervient après *accord* (1) entre les États, l'avis de désistement traduira un *accord* (1) dont le but sera de régler le litige *une fois pour toutes* ».

C'est ici que gît la confusion : si l'avis donné à la Cour par les parties traduit un accord mettant fin au litige une fois pour toutes, ce n'est plus, dans la terminologie du Règlement, un « avis de désistement », mais un avis d'« arrangement » dont la Cour donnera acte aux parties. En revanche, si les parties se sont bornées d'un commun accord à dire à la Cour qu'elles renonçaient à poursuivre l'instance, rien ne permet de croire qu'elles se soient aussi mises d'accord pour mettre fin au litige.

Fondée sur un tel contresens, la conclusion espagnole est forcément tout à fait inexacte : « En tous cas, il est clair que, quelle que puisse être la nature du "commun accord", qui aboutit au désistement, (compromis, reconnaissance du bien-fondé de la demande ou de l'argumentation de la défense, considérations d'ordre politique, etc.) la Cour s'attend, aux termes de l'Article 68, à recevoir des parties un avis l'informant "qu'elles renoncent à poursuivre l'instance". Il est donc impossible de déduire du simple usage de cette formule une présomption selon laquelle l'intention n'aurait pas été de mettre fin à la procédure une fois pour toutes ». Il est évident au contraire que si les parties ont conclu un *arrangement* mettant fin au litige et le portent à la connaissance de la Cour, celle-ci ne « s'attend » pas à recevoir un simple *désistement* bilatéral d'instance !

(47) Les arguments que le Gouvernement espagnol fonde — à tort — sur l'article 68, ne sont pas concevables dans l'hypothèse où c'est l'article 69 qui est d'appli-

(1) Ces italiques ne sont pas au texte.

Une simple lecture de l'article 69 révèle immédiatement qu'il ne traite aucunement des arrangements amiables. Il a trait seulement aux *désistements unilatéraux d'instance* (dans le cas d'instances introduites par voie de requête). Si donc un acte de désistement est notifié par le seul demandeur et se réfère expressément à l'article 69 du Règlement, cet acte n'est, et il ne peut être, qu'un acte de désistement d'instance. Lorsqu'il est accepté, il est accepté en tant que désistement unilatéral d'instance, et la Cour se borne à en prendre acte et à prescrire la radiation de l'affaire sur le rôle (1). A moins qu'il ne contienne quelque indication en sens contraire, un tel acte ne comporte ni preuve, ni présomption d'un accord quelconque, à *fortiori* d'un accord par lequel le demandeur aurait renoncé au droit litigieux.

La preuve que le Règlement de la Cour n'a prévu dans l'article 69 que le désistement d'instance, c'est que, comme on l'a vu (§ 44 ci-dessus), cet article donne au défendeur qui a déjà fait acte de procédure la faculté de s'opposer au désistement d'instance qui lui est offert aux termes du même article. Pareille opposition serait évidemment inconcevable si, comme le soutient le Gouvernement espagnol, le désistement prévu à l'article 69 présupposait habituellement la conclusion entre les parties d'un arrangement amiable.

(48) Si l'on s'en rapporte aux termes de l'acte belge de désistement, on constate qu'aucune équivoque quelconque ne peut exister sur le fait qu'il se limitait à l'instance. Non seulement la déclaration contient une référence expresse à l'article 69 du Règlement de la Cour, mais le Gouvernement belge prend soin de préciser que « il renonce à poursuivre l'instance introduite » par sa Requête; et le Gouvernement espagnol, dans sa réponse, prend acte lui-même que, par sa communication à la Cour, l'Agent du Gouvernement belge « renonce à poursuivre l'instance ». Mais il y a plus : la déclaration contient une indication quant aux raisons qui firent agir le Gouvernement belge : « à la demande de ressortissants belges dont la protection a motivé l'introduction de la Requête relative à l'affaire de la Barcelona Traction... ». Le Gouvernement espagnol, qui savait que le désistement devait être suivi immédiatement de négociations privées,

(1) Dans le *Mémoire* belge on a souligné (p. 139; § 297) que même lorsque la Cour est informée par une partie que le désistement notifié est motivé par un accord, « l'action de la Cour n'a aucunement le caractère d'un arrêt incorporant l'accord éventuellement intervenu entre les parties sur le fond » en lui donnant force obligatoire, et que (p. 140, § 298) « la Cour s'est cantonnée dans cet aspect purement procédural du désistement ». Le Gouvernement espagnol, étant forcé de reconnaître que la Cour s'est toujours bornée à prendre acte seulement du désistement d'instance, même lorsque les parties avaient déclaré renoncer à l'action, s'efforce d'en tirer argument en posant la question : « comment est-il possible de prétendre que l'avis de désistement de la Belgique devait, en droit, être considéré par le Gouvernement espagnol comme ne constituant pas une "renonciation à l'action," » (E.P., pp. 129-130, § 101).

L'argument est bien étrange et témoigne d'une méprise complète. Les remarques contenues dans le *Mémoire* belge avaient en effet pour objet de réfuter la thèse avancée dans les notes diplomatiques espagnoles, et maintenant abandonnée (v. *supra*, § 20) selon laquelle l'ordonnance de la Cour donnant acte du désistement belge et de son acceptation « aurait mis fin au litige » et s'opposait à la recevabilité de la présente instance. Ces remarques ne concernaient donc nullement l'interprétation des articles 68 et 69 du Règlement.

De plus, la Belgique ne prétend pas que l'avis de désistement prêtait à interprétation et qu'en l'espèce il devait être considéré comme ne constituant pas une *renonciation à l'action*. Le Gouvernement belge se borne à dire que l'acte du 23 mars est, en droit comme en fait, un désistement d'instance et que si le Gouvernement espagnol veut soutenir qu'il s'accompagnait en l'espèce d'une renonciation au droit, c'est à lui qu'il appartient de le prouver — ce qu'il ne parvient pas à faire.

n'a pas pu raisonnablement imaginer (1) qu'en vue de ces mêmes négociations les intéressés belges avaient demandé, et que le Gouvernement belge avait consenti, à les priver définitivement de la protection de leur Gouvernement, seul capable de leur obtenir une réparation par la voie judiciaire.

(49) La présomption dont se prévaut le Gouvernement espagnol — selon laquelle le désistement impliquerait en principe l'abandon du droit d'agir — ne trouve donc aucun appui ni dans le droit interne de la plupart des pays, ni dans le droit international, ni, encore bien moins, dans le Règlement de procédure de la Cour.

Or, si on écarte cette présomption, on cherche vainement la raison d'ordre juridique ou même simplement logique permettant de justifier la thèse, soutenue par ce même Gouvernement, que pour conserver le droit d'introduire une nouvelle instance, le Gouvernement belge aurait dû se réserver expressément ce droit dans sa déclaration de désistement.

Le Gouvernement espagnol n'en maintient pas moins (E. P., p. 133, § 107) que « il semble que l'on ait toutes les raisons d'exiger de l'État demandeur qu'il indique clairement s'il prétend mettre fin à la procédure » sans préjudice „ de son droit de la reprendre ultérieurement ».

Ces raisons n'existent pas, pour le motif très simple que l'expression « désistement d'instance », de même que l'expression anglaise « not going on with the proceedings », sont des expressions techniques, des « mots d'art » (*words of art*), qui ont un sens bien défini et non équivoque. L'*instance* est la situation juridique créée par un débat devant un organe judiciaire. Concrètement, elle se présente comme une série d'actes qui ont lieu dans le procès (2); c'est pour cette raison que le Règlement de la Cour dans les articles 68 et 69 parle indifféremment de renonciation « à poursuivre l'instance » (art. 68) ou à « poursuivre la procédure » (art. 69), et que le texte anglais traduit ces deux expressions par les mêmes mots : « not going on with the proceedings ». L'*instance* est

(1) L'effort tenté par le Gouvernement espagnol d'exploiter en faveur de son interprétation du désistement sa version des pourparlers entre particuliers qui l'ont précédé, se heurte au surplus à une objection fondée sur un principe de droit que ce Gouvernement lui-même a posé au § 65 (p. 52) de ses *Exceptions préliminaires*, à savoir l'absence de lien juridique entre le plan des particuliers et le plan des États, et par voie de conséquence l'absence d'effets juridiques de négociations privées sur le plan des relations entre les deux Gouvernements. Le Gouvernement belge estime lui aussi que la protection diplomatique est un droit propre de l'État, qu'il est libre d'exercer comme il l'entend tant qu'il n'y a pas formellement renoncé. Des négociations entre les particuliers, même un accord entre eux, et à *fortiori*, une simple perspective de négociation, n'éteignent pas ce droit, comme le relève le Gouvernement espagnol lui-même au susdit paragraphe. Il est évident qu'il est toujours loisible à l'État demandeur de suspendre l'exercice de sa protection, même lorsque celle-ci s'exerce par la voie judiciaire internationale; la circonstance qu'il le fait en vue de favoriser la recherche d'une solution amiable entre les parties privées intéressées ne peut avoir pour effet, vu la séparation juridique très nette entre le plan privé et le plan des États, que le Gouvernement espagnol souligne lui-même, de limiter ou d'éteindre son droit absolu d'en reprendre l'exercice lorsqu'il l'estime opportun. Ce n'est pas la moindre des contradictions de la thèse espagnole que ce Gouvernement, après avoir posé aussi exactement le principe en droit, en tire des conclusions contraires à toute logique, pour finir dans la suite de son exposé par le perdre complètement de vue et tomber dans « la confusion » qu'il reproche bien à tort au Gouvernement belge d'avoir « sciemment entretenue entre les intérêts des particuliers et le droit des États » (E.P., *ibid.*).

(2) Au cours des discussions sur la préparation du Règlement révisé du 11 mars 1936, le juge Fromageot a déclaré (*Publications de la C.P.J.I.*, 1936, Série D, 3^e addendum au n^o 2, pp. 354-355) : « l'instance, c'est par définition la série des actes d'une procédure ayant pour objet de saisir le tribunal d'une contestation, d'instruire la cause et d'obtenir jugement ».

donc un rapport juridique qui n'existe que dans le cadre du procès et dans le domaine de la procédure. Elle est entièrement distincte du rapport de droit substantiel à l'occasion duquel est survenu le différend qui a donné lieu au procès.

Cette nature et ce caractère de l'*instance* sont reconnus par le Règlement de la Cour, comme l'atteste la terminologie que l'on y emploie. Toutes les règles concernant l'instance sont groupées dans le Titre II du Règlement, qui a pour objet la « Procédure en matière contentieuse » (*Contentious proceedings*). Il y a *instance* lorsque « une affaire est portée devant la Cour » (Règlement, art. 32). La notification d'un compromis ou la requête, qui sont les premiers actes de procédure, sont les actes d'« introduction de l'instance » (Règlement, Titre II, Sec. 1, I. *Règles générales, De l'introduction de l'instance*, Articles 32 et 33); les actes d'introduction d'instance ont pour effet de « saisir la Cour » (art. 34), de « porter l'affaire devant la Cour » (art. 35). Lorsque la Cour agit comme juge de recours contre une sentence rendue par quelque autre juridiction, il y a une « instance en recours » (Règlement, art. 67). Il tombe sous le sens, dans ces conditions, que le désistement d'instance se situe et produit seulement ses effets dans le cadre de la procédure contentieuse, sans qu'il soit aucunement nécessaire de préciser ce point.

Dès lors, si le demandeur a déclaré qu'il se désiste « de l'instance », il est tout à fait superflu de lui faire ajouter la réserve qu'il se désiste de l'instance « sans préjudice ». Le fait que le désistement est « sans préjudice » va de soi; il résulte du fait même que l'on se désiste seulement de l'« instance ».

L'exception espagnole croit devoir faire observer (p. 133, § 107) que si le désistement d'instance intervient après que l'État défendeur a déposé sa réponse, le demandeur, qui connaît désormais les arguments de l'adversaire, aurait la possibilité d'adapter la « présentation de sa propre thèse », que l'équilibre entre les parties « se trouve ainsi rompu, et dans une certaine mesure, l'avantage appartient au demandeur »; pour ces raisons, l'État demandeur serait obligé de préciser qu'il se désiste sans préjudice, afin que le défendeur soit mis en garde.

L'argument est spécieux. Le fait même que le désistement du demandeur est présenté comme un *désistement d'instance* avertit nécessairement le défendeur que l'instance pourra être éventuellement réintroduite (1). Et si le défendeur craint qu'une « différente présentation » de la thèse du demandeur puisse lui nuire, il n'a qu'à faire opposition au désistement d'instance unilatéral, et alors « l'instance se poursuit » (Règlement, art. 69).

(1) L'exception espagnole souligne (p. 132, § 104) que le Gouvernement anglais « lorsqu'il s'est désisté de son instance dans l'affaire de l'*incident aérien* a jugé prudent d'introduire, dans son avis de désistement, une "réserve expresse de ses droits," », et prétend que le Gouvernement anglais aurait introduit cette réserve parce que la formule « renonce à poursuivre l'instance » (procédure) est une formule équivoque. La vérité est différente. Le Gouvernement du Royaume-Uni a introduit cette formule parce qu'il avait déclaré dans son désistement, que cette décision avait été prise « having regard to the decision of the Court of May 26, 1959, that it had no jurisdiction in respect of the case concerning the Aerial Incident of July 27, 1955 (Israel v. Bulgaria) ». Le Gouvernement anglais reconnaissait donc que son désistement était dû au fait que si l'instance avait été poursuivie, la Cour se serait en toute probabilité déclarée incompétente. Et si le Gouvernement anglais a tenu à déclarer expressément qu'il réservait son droit sur le fond, c'est parce qu'il reconnaissait qu'il ne pouvait pas le faire valoir devant la Cour.

Pour être complet, le Gouvernement belge doit relever que dans son mémorandum précité (*Annexe n° 6, § 27*), M. Frère mentionne que la déclaration de désistement Royaume-Uni/Bulgarie a été suggérée à la partie belge comme modèle... par la partie espagnole. Dans ce cas, l'argument esquissé au § 52 des *Exceptions préliminaires* se retourne directement contre celui qui l'invoque!

B. — *Le comportement du Gouvernement belge n'a entraîné pour lui aucune espèce de forclusion.*

(50) Le Gouvernement espagnol, ne se faisant sans doute guère d'illusion sur la fragilité de ces premiers moyens, a cru trouver un terrain plus solide en alléguant qu'à tout le moins le Gouvernement belge, « par sa conduite » a en quelque sorte trompé le Gouvernement espagnol en l'incitant à croire qu'il abandonnait définitivement son droit de protéger les actionnaires belges de la Barcelona Traction. Il n'est pas exagéré de dire que plus de la moitié des 60 pages que comporte l'exception n° 1, est consacrée à tenter d'étayer cette thèse *en fait*.

On a vu que ces accusations sont non seulement dénuées de toute justification en fait, mais encore entachées de contradictions et contraires au bon sens.

Mais les conséquences juridiques que le Gouvernement espagnol prétend en déduire — à supposer pour un instant qu'elles aient quelque appui dans la réalité des faits, ce qui n'est pas — sont par elles-mêmes dénuées de tout fondement, ce qui enlève aux considérations de fait toute pertinence.

(51) De la version des faits qu'il a ainsi construite, le Gouvernement espagnol prétend en effet tirer une conséquence *en droit* : le Gouvernement belge ne peut plus, quelles qu'aient été ses véritables intentions, soutenir devant la Cour qu'il *n'a pas renoncé* à son droit.

Or, on est surpris de constater que cette conclusion, qui, si elle se vérifiait, serait d'une gravité extrême, n'est appuyée, expliquée ou développée dans les *Exceptions préliminaires* par aucun raisonnement juridique (1) : elle est et reste une simple affirmation.

Sans doute, si on lit attentivement le texte, non seulement de l'exception n° 1, mais aussi des notes diplomatiques espagnoles, peut-on reconnaître au passage, invoquées de manière toute incidente, des notions juridiques aussi diverses que la bonne foi, l'abus de procédure, le précepte que « nul ne peut aller contre ses propres actes », l'erreur, etc. Enfin, un seul mot, « estopped », mentionné entre parenthèses dans les conclusions du Gouvernement espagnol (E. P., p. 262), fait penser que celui-ci aurait peut-être l'intention de plaider devant la Cour la théorie anglo-saxonne de l'estoppel.

Point n'est besoin de souligner que ces indications, aussi sommaires que vagues, ne répondent aucunement à la prescription de l'article 62, 2, du Règlement de la Cour, qui dispose :

« 2. L'acte introductif de l'exception contient l'*exposé* de fait *et de droit* sur lequel l'exception est fondée... ».

(52) On ne peut attendre du Gouvernement belge qu'il entreprenne ici la réfutation d'argumentations juridiques qui n'ont fait l'objet d'aucun développement dans l'écrit du Gouvernement espagnol et qui s'y trouvent seulement non même pas esquissées, mais à peine évoquées d'un mot.

(1) On ne peut considérer comme tel le simple renvoi à deux arrêts de la Cour internationale de Justice (E.P., p. 145, § 133), qui sont relatifs à des espèces tout à fait différentes et dont on n'indique pas les arguments que l'on prétendrait vouloir en tirer.

Le Gouvernement belge se contentera de répondre par une seule observation aux arguments auxquels le Gouvernement espagnol fait ainsi incidemment allusion.

Tous ces arguments se rattachent à des règles qui, elles-mêmes, supposent que la *bonne foi* de celui qui les invoque ait été surprise.

Or, le simple exposé des faits de la cause, et les pièces produites par le Gouvernement belge, démontrent à l'évidence que, dans cette affaire, l'attitude du Gouvernement espagnol depuis le début du litige et jusqu'à ce jour, n'est pas celle du « plaideur de bonne foi ». Il n'hésite pas, en effet, à invoquer aujourd'hui l'équivoque qu'il aurait constatée en 1961 et qu'il s'abstint soigneusement de dissiper dans l'espoir de pouvoir l'exploiter ultérieurement pour se débarrasser d'un procès gênant.

C. — *La présentation de la nouvelle requête n'est pas incompatible avec le traité hispano-belge de 1927.*

(53) Le Gouvernement espagnol prétend que même si le traité de 1927 était applicable, la réintroduction de l'affaire de la Barcelona Traction Company n'entrerait pas dans le cadre de ses dispositions (E. P., p. 146, § 134), car le traité n'envisage pas qu'une partie puisse être amenée à saisir deux fois la Cour de la même question (E. P., p. 146, § 136).

Il ne serait pas possible de faire dans un même litige, un double usage des voies de recours prévues dans ce traité. Il faudrait « en cas de désistement fondé sur l'article 68 ou le paragraphe 2 de l'article 69 du Règlement... un accord exprès (des parties), figurant soit dans les termes mêmes du désistement, soit dans un accord subsidiaire conclu entre les parties », pour que le « droit de réintroduire » soit compatible avec le régime juridique du traité (*Ibid.*, p. 147, § 137).

(54) Le Gouvernement belge observe une fois de plus que la tentative des *Exceptions préliminaires* d'assimiler le cas prévu à l'article 68 du Règlement de la Cour à celui qui est visé à l'article 69 est dénuée de tout fondement. L'article 68, qui prévoit un accord des parties sur la solution à donner au litige, ou un accord des parties pour renoncer à la procédure judiciaire en cours, a une portée tout à fait différente de l'article 69 qui vise une décision unilatérale de l'État qui a saisi la Cour par voie de requête de se désister de l'instance en cours, décision dont l'autre partie peut empêcher les effets si elle s'oppose au désistement.

La seule question qui puisse donc se poser dans la présente affaire, est celle de savoir si le fait que la compétence de la Cour est fondée sur le traité de 1927 constitue un obstacle à une nouvelle requête, en supposant que celle-ci soit recevable, eu égard aux dispositions du Statut et du Règlement de la Cour.

(55) Pour le Gouvernement belge la réponse à cette question est certainement *négative* et ceci pour les deux raisons suivantes :

Tout d'abord, le Gouvernement belge reconnaît que le traité hispano-belge prévoit un ensemble de procédures pour parvenir au règlement des litiges qui peuvent surgir entre les parties et que la plupart d'entre elles ne peuvent être engagées que s'il y a accord à cette fin entre les parties. Cependant ce que le Gouvernement espagnol appelle

« le principe de consultation » (p. 147, § 137) est certainement exclu, s'agissant des dispositions qui prévoient le droit de requête unilatérale devant la Cour (art. 17, 4, et art. 23), dispositions qui ont pour objet d'empêcher qu'une partie puisse mettre obstacle à une instance judiciaire en vue du règlement d'un différend. Tout ce que le traité exige c'est qu'une des parties n'use de cette voie (au moins dans le cadre de l'article 17, 4, car la chose est plus douteuse s'agissant de l'article 23) qu'après avoir proposé à l'autre la conclusion d'un compromis, et après l'expiration de certains délais. C'est ainsi qu'a procédé le Gouvernement belge.

Ceci étant, le but du traité est clair : il s'agit d'assurer le règlement de « tous les litiges ou conflits » (art. 1^{er}), de « tous les litiges entre les Hautes Parties contractantes de quelque nature qu'ils soient au sujet desquels les Parties se contesteraient réciproquement un droit » (art. 2).

Il paraîtrait étrange, eu égard au nombre de questions juridiques sur lesquelles l'Espagne et la Belgique sont en désaccord, que la procédure devant la Cour saisie par voie de requête soit désormais exclue sauf « accord exprès » entre les parties. Le Gouvernement espagnol s'est refusé dans la note du 5 mars 1962 à la conclusion du compromis proposé par le Gouvernement belge dans sa note du 5 décembre 1961 (annexes 270 et 271 au *Mémoire* du Gouvernement belge, t. IV, p. 1053 et 1055). Dans ces conditions, le Gouvernement belge, désirant voir trancher le litige qui l'oppose au Gouvernement espagnol, n'a pu procéder que par voie de requête à la Cour. Il ne peut être à la discrétion du Gouvernement espagnol de laisser subsister un différend, contrairement à l'engagement formel qu'il a pris dans un traité en vigueur.

(56) D'autre part, le Gouvernement belge relève que l'article 31 du Règlement de la Cour stipule que « Les dispositions des sections 1, 2 et 4 du présent titre sont établies sous réserve de l'adoption par la Cour des modifications ou additions particulières qui lui seraient proposées d'un commun accord par les Parties et que la Cour estimerait appropriées à l'affaire et aux circonstances ».

L'article 69 relatif au désistement d'instance se trouve dans la section I susvisée. Pour que les effets normaux de ce texte puissent être modifiés dans le cas où la compétence de la Cour est invoquée sur la base du traité hispano-belge, il faudrait que les conditions stipulées à l'article 31 du Règlement de la Cour soient remplies, c'est-à-dire qu'une proposition ait été faite d'accord entre les parties et que cette proposition ait reçu l'agrément de la Cour.

Rien de tel n'a eu lieu dans la présente affaire.

Il faut en conclure qu'aucune considération fondée sur le traité hispano-belge de 1927 n'affecte la portée juridique du désistement d'instance, tel qu'il est prévu suivant l'article 69 du Règlement de la Cour.

OBSERVATIONS EN REPOSE A
L'EXCEPTION PRELIMINAIRE
PRINCIPALE N° 2

OBSERVATIONS EN
RÉPONSE A L'EXCEPTION PRÉLIMINAIRE PRINCIPALE N° 2

(57) La *Requête* du Gouvernement belge est fondée sur les dispositions, spécialement les articles 2 et 17, du Traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage, signé à Bruxelles le 19 juillet 1927 entre la Belgique et l'Espagne (*Requête* p. 2, *Mémoire* p. 123). Ce traité, entré en vigueur le 23 mai 1928, conclu pour une durée de dix ans, contient une clause de dénonciation (Art. 24) à laquelle les parties n'ont pas eu recours. Il a donc été renouvelé par tacite reconduction, conformément aux dispositions de l'art. 24 pour des périodes de dix années, successivement les 23 mai 1938, 23 mai 1948 et 23 mai 1958. A cette dernière date le Gouvernement espagnol était informé par les notes des 16 mai 1957, 8 juillet 1957 et 6 février 1958 de la décision du Gouvernement belge de recourir à la procédure judiciaire prévue par le traité. Il n'a pas jugé devoir indiquer que, de son point de vue, telle disposition du traité avait cessé d'être en vigueur.

Ce traité qui, ainsi, fait droit entre la Belgique et l'Espagne, a pour objet « de résoudre, selon les principes les plus élevés du droit international public, les différends qui viendraient à s'élever entre les deux pays » (*preamble*). L'article premier dispose :

« Les Hautes Parties contractantes s'engagent réciproquement à régler par voie pacifique et d'après les méthodes prévues par le présent Traité tous les litiges ou conflits, de quelque nature qu'ils soient, qui viendraient à s'élever entre la Belgique et l'Espagne et qui n'auraient pu être résolus par les procédés diplomatiques ordinaires ».

Au nombre des méthodes prévues se trouve le « règlement judiciaire », expressément mentionné dans le titre du traité et dont l'utilisation est organisée dans les articles 2, 4, 9, 17, 21, 22 et 23.

Ce traité, conclu entre deux Etats qui étaient, en 1927, parties au Statut de la Cour permanente de Justice internationale, a formellement prévu la possibilité de recourir à celle-ci pour la procédure judiciaire envisagée. Il a utilisé toutes les facilités découlant de l'existence de la Cour, notamment en stipulant que, faute de compromis, la contestation pourrait être portée par chaque partie par voie de requête unilatérale devant la Cour (Art. 17, al. 4) et que les contestations relatives à l'interprétation ou à l'exécution du traité seraient, sauf accord contraire, soumises directement à la Cour par voie de simple requête (Art. 23).

Le détail des dispositions du traité fait apparaître la préoccupation des parties d'assurer le règlement pacifique de « tous les litiges ou conflits de quelque nature qu'ils soient » qui viendraient à s'élever entre elles (Art. 1^{er}) et le souci que ce règlement ne soit pas rendu impossible par le refus de l'une d'elles de s'y prêter.

L'Espagne, comme la Belgique, a signé plusieurs traités bilatéraux de ce type, traités qui répondent à la préoccupation de procéder suivant « les principes les plus

élevés du droit international public », pour reprendre la formule du traité de 1927. Cette volonté a subsisté depuis lors dans les rapports entre l'Espagne et la Belgique puisque ni l'une ni l'autre n'ont fait usage de la faculté de dénonciation ouverte par l'art. 24, § 2.

(58) Par ailleurs, l'Espagne et la Belgique sont membres des Nations Unies. Comme telles, elles sont liées par l'article 2.3 de la Charte aux termes duquel :

« Les Membres de l'Organisation règlent leurs différends internationaux par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationale ainsi que la justice ne soient pas en danger ».

Le Gouvernement belge a relevé dans la *Requête* (p. 18, § 38) et dans son *Mémoire* (p. 124, § 267) que, depuis que l'Espagne est devenue le 14 décembre 1955 membre des Nations Unies, le Statut de la Cour internationale de Justice fait droit dans ses rapports avec la Belgique, membre originaire de l'Organisation. Par conséquent, ces deux Etats peuvent se prévaloir dans leurs rapports mutuels de l'article 37 du Statut ainsi conçu :

« Lorsqu'un traité ou une convention en vigueur prévoit le renvoi à une juridiction que devait instituer la Société des Nations ou à la Cour permanente de Justice internationale, la Cour internationale de Justice constituera cette juridiction entre les parties au présent Statut ».

Le traité du 19 juillet 1927 entre la Belgique et l'Espagne n'ayant pas été dénoncé, le Statut de la Cour internationale de Justice étant obligatoire pour ces deux Etats, il en résulte, de l'avis du Gouvernement belge, qu'il est en droit de saisir régulièrement la Cour internationale de Justice du différend qui l'oppose au Gouvernement espagnol par voie de requête, conformément aux dispositions de l'article 17, al. 4, du traité de 1927. Le rapport de juridiction obligatoire existe entre la Belgique et l'Espagne devant la Cour internationale de Justice, qui est donc compétente pour connaître du litige.

(59) L'exception préliminaire principale n° 2 présentée par le Gouvernement espagnol tend à faire juger par la Cour :

« Qu'elle est incompétente pour connaître ou décider des demandes formulées par la requête et le mémoire du Gouvernement belge, l'article 17 du Traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage n'ayant pas créé entre l'Espagne et la Belgique un lien de juridiction obligatoire devant la Cour internationale de Justice qui puisse permettre au Gouvernement belge de soumettre une requête à cette Cour ». (E. P., p. 264).

Pour le Gouvernement espagnol, le lien de juridiction obligatoire prévu par l'article 17, al. 2 et 4, du Traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage de 1927 conclu entre l'Espagne et la Belgique, « s'étend à la soumission de différends à la Cour permanente de Justice internationale, dissoute en 1946, et non à la Cour internationale de Justice ». « L'admission de l'Espagne aux Nations Unies en 1955 n'a pas eu pour effet de substituer la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice à celle de la Cour permanente de Justice internationale dissoute antérieurement à l'entrée de l'Espagne aux Nations Unies ». « Cette situation n'est pas non plus modifiée par l'art. 37 du Statut de la Cour internationale de Justice, disposition qui ne lie que les Etats originaires de la Charte ayant participé à la Conférence de San Francisco et non

des Etats qui, comme l'Espagne, sont devenus membres des Nations Unies à une époque postérieure à la dissolution de la Cour permanente de Justice internationale *. (*Ibid.*, p. 264). La disposition par laquelle l'Espagne avait accepté la juridiction obligatoire de la Cour permanente aurait cessé d'être en vigueur lors de la dissolution de cette Cour et ne pourrait être considéré comme comportant acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice, par application de l'article 37 du Statut de ladite Cour. (*Ibid.*, § 2, p. 150).

(60) L'argumentation présentée par le Gouvernement espagnol à l'appui de ses conclusions repose largement sur l'interprétation donnée par la Cour de l'article 36, § 5, de son Statut dans l'arrêt du 26 mai 1959, au sujet de l'affaire relative à l'incident aérien du 27 juillet 1955 entre Israël et la Bulgarie (*C.I.J.*, *Recueil* 1959, pp. 127 et suiv.), que des références explicites à cet arrêt soient faites (§ 5, p. 153; § 7, p. 155; § 8, p. 156; § 10, p. 157; § 11, p. 158; § 12, p. 159; § 16, p. 163; § 18, p. 167; § 19, p. 167), ou que les *Exceptions préliminaires* utilisent aux fins de la présente affaire des formules contenues dans cet arrêt (*cf. not. Recueil* 1959, p. 138 et E. P., § 7, p. 155).

La Cour a jugé, dans l'arrêt du 26 mai 1959, que l'article 36, § 5, du Statut ne peut la conduire « à admettre que, par l'effet de celui-ci, la déclaration bulgare de 1921 fonde sa compétence pour connaître de l'affaire dont elle a été saisie par la requête présentée par le Gouvernement d'Israël le 16 octobre 1957 ». (*C.I.J.*, *Recueil* 1959, p. 145).

Suivant l'article 36, § 5, du Statut, « les déclarations faites en application de l'article 36 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale pour une durée qui n'est pas encore expirée seront considérées, dans les rapports entre parties au présent Statut, comme comportant acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice pour la durée restant à courir d'après ces déclarations et conformément à leurs termes ».

L'arrêt se fonde essentiellement, pour refuser de donner effet en 1959 à la déclaration de la Bulgarie datant de 1921, sur le fait que l'article 36, § 5, suppose que soit en vigueur, à la date à laquelle l'Etat en cause est devenu partie au Statut de la Cour, la déclaration en question. Or, lorsque la Bulgarie a été admise aux Nations Unies en 1955, la déclaration bulgare de 1921 « était devenue caduque et n'était plus en vigueur » par l'effet de la dissolution de la Cour permanente de Justice internationale en 1946 (*C.I.J.*, *Recueil* 1959, pp. 137 et 143).

Le Gouvernement belge se bornera à relever, quant à présent, que la Cour n'a été appelée à se prononcer dans cette affaire que sur l'acceptation de la juridiction obligatoire par le mécanisme des déclarations unilatérales, mais concordantes, prévues par l'article 36.2 du Statut. Le lien de juridiction obligatoire ne repose dans ce cas que sur l'existence de ces déclarations et sur les termes du Statut de la Cour.

Il s'ensuit que la situation juridique sur laquelle la Cour s'est déjà prononcée est profondément différente de celle à propos de laquelle le Gouvernement espagnol présente une exception d'incompétence.

(61) Les *Exceptions préliminaires*, par ailleurs, prétendent que la Belgique, en affirmant la validité de l'article 17 du Traité hispano-belge, prendrait une attitude contraire

à celle qu'elle a antérieurement adoptée lors de la réadaptation de l'Acte général de Genève de 1928.

Sans d'ailleurs présenter de conclusions sur ce point, le Gouvernement espagnol déclare que « La Belgique va donc à l'encontre du principe qui s'exprime dans l'adage : *non concedit venire contra factum proprium* ». (E. P., § 3, p. 153).

(62) Le Gouvernement belge répondra à l'argumentation de l'*Exception préliminaire* n° 2 en établissant successivement :

1°) que l'interprétation donnée en 1959 par la Cour de l'article 36, § 5, de son Statut, est inapplicable à la présente affaire, qui met en jeu l'application de l'article 37,

2°) que l'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice produit effet à l'égard de l'Espagne, s'agissant du Traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage du 19 juillet 1927,

3°) que le Gouvernement espagnol en opposant l'exception préliminaire principale n° 2 se met en contradiction avec l'attitude qu'il a précédemment adoptée.

SECTION I

L'interprétation donnée par la Cour à l'article 36, § 5, de son Statut, est inapplicable à la présente affaire.

(63) Dans l'affaire relative à l'*incident aérien du 27 juillet 1955*, la Cour a été appelée à se prononcer sur la portée de l'article 36, § 5, de son Statut.

A aucun moment la Cour n'a mentionné dans l'arrêt l'article 37 du Statut pour en tirer quelque argument ou procéder à un rapprochement. La seule allusion qui y soit faite se rapporte aux travaux préparatoires de la Conférence de San Francisco. Elle concerne un rapport du Comité IV-1, approuvé par celui-ci le 11 juin 1945. La Cour relève :

« Ce rapport, après avoir énoncé que le comité propose des solutions pour certains des problèmes soulevés par la création de la nouvelle Cour, expose sous *litt. a*) ce qui est stipulé dans l'article 37, sous *litt. b*) ce qui est stipulé à l'alinéa 4 (qui deviendra 5) de l'article 36... » (*C.I.J., Recueil 1959*, p. 141).

Mais le résumé du rapport présenté par la Cour, l'analyse qu'elle en fait, comme l'extrait qu'elle en donne ensuite, ne se rapportent qu'à l'article 36, § 5.

Ainsi — et sans qu'il soit même nécessaire d'invoquer l'article 59 du Statut de la Cour — la portée de l'article 37 n'a pas été, dans cette affaire, abordée par l'arrêt.

(64) L'idée maîtresse de l'argumentation à cet égard du Gouvernement espagnol est que l'interprétation de l'article 36, § 5, du Statut de la Cour, comme celle de l'article 37, soulèvent « le même problème, c'est-à-dire les conditions du transfert à la nouvelle Cour de la juridiction obligatoire acceptée dans le cadre de l'ancienne Cour » et que par son interprétation de l'article 36, § 5, du Statut, la Cour a « donné à cette disposition l'interprétation qu'il y a lieu de donner également à l'article 37, interprétation devant nécessairement s'inspirer des mêmes principes et directives retenus par la Cour en ce qui concerne l'article 36, § 5 ». (*E. P.*, § 15, p. 163).

Mais, faute de pouvoir se référer à des opinions de la Cour concernant l'article 37 de son Statut, le Gouvernement espagnol étend arbitrairement la portée de ce qui est dit à propos d'un autre texte, l'article 36, § 5, au risque même de procéder à des citations erronées ou tendancieuses.

Ainsi, au § 5 (*E. P.*, p. 153), il est dit : « Il est difficilement contestable que les articles 37 et 36, § 5, du Statut de la Cour ont le caractère de *normes transitoires*. Comme l'a dit la Cour... il s'agit là d'articles dont le but a été de ménager la transition entre l'ancienne et la nouvelle Cour en maintenant quelque chose du régime ancien ». Si l'on se rapporte au texte de l'arrêt (*C.I.J., Recueil 1959*, p. 139, 1^{er} alinéa *in fine*), on

constate que celui-ci ne mentionne pas plusieurs articles, mais bien une seule disposition, l'article 36, § 5, et que, loin de faire allusion à l'article 37, la Cour parle formellement, au début du paragraphe (*C.I.J., Recueil 1959*, p. 138 *in fine*), des « déclarations » prévues par l'article 36.

De même, pour discuter des effets de l'article 37 à l'égard respectivement des Etats signataires et non signataires de la Charte, le Gouvernement espagnol cite (§ 7, p. 155) l'arrêt du 26 mai 1959 [p. 138], mais sans mentionner que tout le raisonnement de la Cour vise non « un traité ou une convention en vigueur », mais des déclarations fondées sur l'article 36, § 2, du Statut de la Cour permanente de Justice internationale.

Ainsi les rapprochements que prétend faire le Gouvernement espagnol entre les articles 36, § 5, et 37 ne se trouvent pas dans l'arrêt. Au surplus, ils ne correspondent pas à l'objet propre de ces dispositions et ceci explique les lacunes et les contradictions de l'argumentation des *Exceptions préliminaires*.

(65) Si l'on considère l'origine des deux dispositions en question, il faut relever que le § 5 de l'article 36 a été introduit dans le Statut de la Cour internationale de Justice pour régler le transfert à la nouvelle Cour de l'effet juridique de déclarations concernant la Cour permanente, tandis que le Statut de cette dernière contenait déjà un article 37 ainsi rédigé :

« Lorsqu'un traité ou convention en vigueur vise le renvoi à une juridiction à établir par la Société des Nations, la Cour constituera cette juridiction ».

L'article 36, § 5, du Statut de la Cour internationale de Justice n'est, suivant la formule de l'arrêt du 26 mai 1959, qu'une « disposition transitoire » par laquelle il a été pourvu à une « situation transitoire » (*C.I.J., Recueil 1959*, p. 139).

L'article 37 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale créait au contraire, un cas de compétence obligatoire pour la Cour sur la base d'un traité en vigueur qui comportait engagement de recourir à une juridiction autrement dénommée. Il assurait l'effectivité de l'engagement de recourir à la juridiction par un engagement complémentaire de recourir à la Cour permanente de Justice internationale, juridiction effectivement établie. Il étendait ainsi la portée de l'article 36, § 1^{er}, qui reconnaissait la compétence de la Cour pour « tous les cas spécialement prévus dans les traités et conventions en vigueur ». Due à une suggestion du Conseil de la Société des Nations, au moment où celui-ci écartait le principe de la juridiction obligatoire générale de la Cour, cette disposition a assuré cette juridiction obligatoire pour les cas prévus dans les traités de paix de 1919, les traités de minorité, etc., et ceci même à l'égard d'Etats non parties au Protocole de signature du 16 décembre 1920. Ainsi, dans l'affaire du navire *Wimbledon*, la requête formée devant la Cour permanente de Justice internationale s'est fondée sur l'article 386 du Traité de Versailles et sur l'article 37 du Statut.

En 1945, le maintien de l'article 37 avec cette portée, a été admis sans discussion (Proposition des Etats-Unis au Comité de juristes de Washington, *Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale*, t. 14, p. 357; Déclaration du Président du Comité, *ibid.*, p. 170), mais on a manifesté, en outre, la préoccupation de maintenir leur efficacité aux traités qui avaient prévu la juridiction obligatoire de la Cour permanente de Justice internationale, d'où les modifications apportées au texte de l'article 37 dans les conditions qui seront rappelées plus bas (*cf. infra*, §§ 106 et suiv.).

Dès lors, s'il n'est pas contestable que le texte définitif de l'article 37, comme la disposition du § 5 de l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice, ont été rédigés en considération de la disparition de la Cour permanente de Justice internationale, l'article 37 a une portée plus générale, puisqu'il a pour but de consacrer la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice lorsque, dans un traité ou une convention en vigueur, est prévu l'engagement de recourir à une juridiction autrement dénommée, soit : « juridiction que devait instituer la Société des Nations », soit « Cour permanente de Justice internationale ».

Sans doute, cette compétence obligatoire n'est-elle prévue — à la différence de l'article 37 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale (1) — qu'entre « les parties au présent Statut », mais précisément l'Espagne et la Belgique, membres des Nations Unies, sont parties au Statut de la Cour en vertu de l'article 93, § 1, de la Charte.

L'argumentation espagnole suivant laquelle la « question d'interprétation soulève dans les deux dispositions — article 36, § 5, et article 37 du Statut — le même problème, c'est-à-dire les conditions du transfert à la nouvelle Cour de la juridiction obligatoire acceptée dans le cadre de l'ancienne Cour » et qui en déduit que « la réponse doit être la même » (E. P., § 13, p. 162) néglige l'origine et la portée véritable de l'article 37.

Cette erreur fondamentale explique les vices du raisonnement du Gouvernement espagnol quand il tente vainement de ramener aux données de l'affaire israëlo-bulgare les conditions d'application de l'article 37 du Statut de la Cour.

(66) Dans ses conclusions, le Gouvernement espagnol soutient que l'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice « ne lie que les Etats originaires de la Charte ayant participé à la Conférence de San Francisco et non des Etats qui, comme l'Espagne, sont devenus membres des Nations Unies à une époque postérieure à la dissolution de la Cour permanente de Justice internationale » (E. P., p. 264). C'est ainsi qu'il interprète la formule « les parties au présent Statut ».

Cet argument s'appuie sur la distinction faite par la Cour, dans l'arrêt du 26 mai 1959, entre les Etats représentés à San Francisco qui savaient quelle était leur situation d'après les « déclarations » qu'ils avaient souscrites, et agissaient « en connaissance de cause », et les autres Etats qui ont pu être ultérieurement admis aux Nations Unies (*Recueil 1959*, p. 136). Le Gouvernement espagnol prétend se borner à transposer l'argumentation de la Cour en visant, pour sa part, « les clauses juridictionnelles antérieurement conclues avec d'autres Etats Membres des Nations Unies » par « les Etats représentés à San Francisco ». (E. P., § 7, p. 155).

(1) Lors de la requête formée dans l'affaire du *Wimbledon*, l'Allemagne n'était pas partie au Statut de la Cour permanente.

Avant d'examiner la thèse du Gouvernement espagnol, il convient de relever que si la Cour a, dans l'arrêt du 26 mai 1959, opposé la situation des Etats « signataires du Statut » à celle des Etats non signataires, c'est à raison de la coïncidence « suffisante » de la dissolution de l'ancienne Cour et de l'institution d'une Cour nouvelle. Mais elle a formellement évoqué le cas d'un Etat non signataire devenant partie au Statut avant la dissolution de la Cour permanente. Tout en constatant que ce cas ne s'est pas présenté, elle a admis que le transfert d'une Cour à l'autre des acceptations de la juridiction obligatoire émanant d'Etats non signataires se présenterait alors de façon particulière. (*C.I.J., Recueil 1959*, p. 137).

Ainsi la Cour n'a pas dit que l'article 36, § 5, serait un accord *inter se* entre Etats signataires de la Charte. Si, en fait, elle considère le plus souvent la situation de ceux-ci, c'est à raison des conséquences de la disparition de la Cour permanente sur les déclarations d'autres Etats (*cf. C.I.J., Recueil 1959*, p. 139).

Le Gouvernement espagnol estime cependant pouvoir soutenir, en invoquant l'arrêt du 26 mai 1959, que l'article 37 constitue un accord entre les Etats originaires « ayant participé à la Conférence de San Francisco » (E. P., p. 264; § 4, p. 153; § 7, p. 155). Mais, en fait, cette thèse n'est pas suivie jusqu'au bout par les *Exceptions préliminaires*.

(67) En effet, affirmant au départ que « l'application de l'article 37 doit se limiter aux „ traités et conventions en vigueur ” conclus entre Etats originaires (*sic*) des Nations Unies, c'est-à-dire représentés à la Conférence de San Francisco (1) et signataires de la Charte et du Statut de la Cour » (E. P., § 4, p. 153), une réserve est immédiatement apportée : le Gouvernement espagnol admet que si, avant la dissolution de la Cour permanente de Justice internationale, des Etats non signataires avaient été admis aux Nations Unies, « il est évident que l'article 37 aurait déployé ses effets à leur égard » (*Ibid.*, § 4, p. 153).

Il est clair que cette réserve est incompatible avec le principe posé par le Gouvernement espagnol suivant lequel l'article 37 ne lierait que les Etats originaires, puisque c'est alors la date d'admission aux Nations Unies et celle de la dissolution de la Cour permanente qui seraient prises en considération pour déterminer l'application de cette disposition.

Les *Exceptions préliminaires* font également valoir que l'Espagne n'a pas « demandé à adhérer à la communauté de la juridiction de La Haye, conformément à l'article 35, §§ 2 et 3 du Statut de la Cour, sans devenir membre des Nations Unies ». Elles indiquent que l'Espagne aurait pu le faire à titre permanent ou seulement pour un différend particulier, et ajoutent « Elle ne l'a pas fait, et dans ces conditions il est certain que l'Espagne n'a pas été soumise à la juridiction de la nouvelle Cour avant son admission aux Nations Unies » (E. P., § 6, p. 154).

On doit observer que les Etats devenus parties au Statut et que mentionne le Gouvernement espagnol — la Suisse, la Principauté de Liechtenstein — ont présenté leur demande, en application de l'article 93.2 de la Charte, après la dissolution de la Cour permanente de Justice internationale. Si l'Espagne avait procédé de même, si

(1) La formule employée, littéralement entendue, exclurait la Pologne, cependant Membre originaire des Nations Unies aux termes de l'article 3 de la Charte.

elle avait été « soumise à la juridiction de la nouvelle Cour avant son admission aux Nations Unies », il paraît résulter des termes employés par le Gouvernement espagnol que celui-ci admettrait que l'article 37 s'applique à elle.

En effet, c'est comme « conséquence » tout à la fois du fait que l'Espagne n'était pas membre des Nations Unies lors de la dissolution de la Cour permanente de Justice internationale et du fait qu'elle n'est pas devenue partie au Statut avant son admission aux Nations Unies, que les *Exceptions préliminaires* affirment la caducité, faute d'objet, de l'article 17 du traité hispano-belge (E. P., § 6, p. 154).

Ces considérations et aussi la mention du cas où la dissolution de la Cour permanente aurait été antérieure à l'entrée en vigueur de la Charte (E. P., § 12, p. 159) montrent bien que la prétention que l'article 37 ne s'appliquerait qu'aux « Membres originaires des Nations Unies » (*Ibid.*, § 11, p. 158), ou aux Etats signataires qui ont rédigé et ratifié la Charte (*Ibid.*, § 10, p. 157), qui forme une des bases de l'argumentation espagnole, est accompagnée d'affirmations complémentaires qui lui font perdre toute rigueur juridique. Il n'est pas possible de trouver dans les *Exceptions préliminaires* une formule définissant de façon précise ce qu'il faut entendre par « les parties au présent Statut » aux termes de l'article 37. La notion de l'accord *inter se* entre les membres originaires, énoncée au § 11 (p. 158), est inconciliable avec l'idée que l'article 37 jouerait à l'égard de l'Etat admis aux Nations Unies avant le 18 avril 1946, date de la dissolution de la Cour, ou à l'égard d'un Etat devenu partie au Statut de la Cour sans être membre des Nations Unies.

(68) Ces contradictions se retrouvent dans ce qui est la clef de l'argumentation du Gouvernement espagnol : la prétendue caducité de l'obligation de juridiction obligatoire.

Suivant l'arrêt du 26 mai 1959, la déclaration bulgare de 1921 comportant acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour, a cessé d'être en vigueur par l'effet de la dissolution de la Cour permanente de Justice internationale en 1946. Elle est devenue caduque avant l'admission de la Bulgarie aux Nations Unies, « on ne peut pas dire qu'à ce moment-là cette déclaration était encore en vigueur » (*Recueil 1959*, p. 144). D'où la conclusion à laquelle arrive la Cour que « la seconde condition énoncée par l'article 36, § 5, n'est donc pas remplie en l'espèce » (*Recueil 1959*, p. 144 *in fine*).

Mais il faut rappeler l'argument majeur donné par la Cour à l'appui de son raisonnement : « Le support juridique que cette acceptation trouvait dans l'article 36, § 2, du Statut de la Cour permanente de Justice internationale avait cessé d'exister par suite de la disparition de ce Statut » (*Recueil 1959*, p. 143 *in fine*).

Sans relever cette considération essentielle, qui indique le fondement et les limites de la caducité de l'acceptation, acte unilatéral de l'Etat, dont l'effet juridique est déterminé par la disposition contenue dans le Statut de la Cour permanente de Justice internationale à l'exclusion de tout autre engagement conventionnel, le Gouvernement espagnol a emprunté à l'arrêt du 26 mai 1959 l'idée de caducité. Il l'a fait tout à la fois pour tenter de justifier la thèse suivant laquelle l'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice ne lierait que les « Etats originaires » et aussi pour soutenir que la condition énoncée par l'article 37 — existence d'un traité ou d'une convention en vigueur — ne serait pas remplie (E. P., § 8, p. 156), cette disposition exigeant « impérativement que les traités ou conventions en question soient *effectivement en vigueur* pour être

appliqués », et ceci à « l'époque où le recours à la nouvelle Cour a lieu » (E. P., § 19, p. 167).

(69) Mais si l'on examine l'exposé du Gouvernement espagnol, on constate un singulier flottement dans la détermination de ce qui serait privé d'effets du fait de la disparition de la Cour permanente. Tour à tour, il est question d'un « ensemble d'obligations » caduques (E. P., § 11, p. 159); d'une « obligation éteinte » (*Ibid.*, § 13, p. 161); d'une « obligation non valable » (*Ibid.*, § 18, p. 167); de « la disposition de l'article 17 du traité de 1927, par laquelle l'Espagne avait accepté la juridiction obligatoire de la Cour permanente... » (*Ibid.*, § 2, p. 150); de « l'article 17 » du traité de 1927 (*Ibid.*, § 2, p. 150; § 6, p. 154; § 8, p. 156; § 16, p. 163); de « la clause de l'article 17 » (*Ibid.*, § 19, p. 168); de « l'article 17, al. 4, du Traité de 1927 » (*Ibid.*, § 3, p. 150); d'une « clause » abrogée (*Ibid.*, § 19, p. 167); des « clauses des traités qui attribuaient compétence à la Cour permanente » (*Ibid.*, § 4, p. 153; § 7, p. 155; § 8, pp. 156 et 157); des « clauses de juridiction » (*Ibid.*, § 19, p. 167); des « traités » (*Ibid.*, § 8, p. 156; § 9, p. 157; § 12, p. 159); des « engagements » (*Ibid.*, § 8, p. 156).

Enfin, le Gouvernement espagnol déclare que « ... le traité de 1927 peut être considéré en vigueur en ce qui concerne certaines de ses clauses, notamment celles qui ont trait à la commission de conciliation... » (*Ibid.*, § 8, p. 156) et il rappelle expressément le « renouvellement tacite du traité en 1948 » (*Ibid.*, § 16, p. 163).

Cependant, à aucun moment n'est examiné le point de savoir si la prétendue caducité atteint l'engagement général de recourir au règlement des différends selon « les principes les plus élevés du droit international public », « d'après les méthodes prévues par le traité », ou encore les diverses dispositions relatives à l'utilisation du règlement judiciaire, rappelées plus haut (*cf. supra*, § 57).

En somme, les *Exceptions préliminaires* parlent sans cesse de caducité sans indiquer nettement quelles dispositions précises auraient cessé de lier l'Espagne et la Belgique.

(70) La même incertitude règne dans l'argumentation touchant la cause de cette prétendue caducité.

Alors que dans l'affaire israélo-bulgare la Cour indique dans le passage capital déjà cité : « Le support juridique que cette acceptation trouvait dans l'article 36, § 2, du Statut de la Cour permanente de Justice internationale avait cessé d'exister par suite de la disparition de ce Statut » (*C.I.J., Recueil 1959*, p. 143 *in fine*), le Gouvernement espagnol, sans rechercher quel peut être l'effet juridique de la mention dans un traité d'une institution internationale disparue, se borne à affirmer que la caducité existe « lors de la dissolution » de la Cour permanente (E. P., § 4, p. 153), « du fait de la dissolution » (*Ibid.*, § 8, p. 156), « à la date de la dissolution » (*Ibid.*, § 16, p. 163).

Les seules tentatives d'explication qui apparaissent se trouvent tout d'abord au § 6 (p. 154) : « l'article 17 du traité est devenu caduc faute d'objet au moment même de la dissolution de la Cour permanente de Justice internationale », puis au § 11 (p. 159) où il est question « de motifs de caducité aussi nets que la disparition de l'objet auquel elles (ces obligations) se référaient et du fait qu'une situation s'était produite qui rendait impossible leur accomplissement ».

Mais le Gouvernement espagnol néglige alors le fait que l'article 17 stipule l'obligation de recourir à l'arbitrage, il néglige aussi l'obligation contenue dans l'article 1^{er} du traité hispano-belge de « règlement suivant les méthodes prévues » par le traité, c'est-à-dire, notamment, l'obligation de règlement judiciaire. Il omet enfin de tenir compte de la pratique internationale concernant le sort des obligations conventionnelles se référant à une institution internationale disparue (*cf. infra*, § 87).

(71) Cette ébauche d'explication n'est même pas conciliable avec les autres développements présentés par le Gouvernement espagnol.

Celui-ci cherche, en effet, à justifier une limitation des effets de l'article 37 aux « „ traités et conventions en vigueur ” conclus entre Etats originaires des Nations Unies » (E. P., § 4, p. 153) en alléguant que les clauses de juridiction obligatoire qui visent la Cour permanente seraient frappées de caducité à la dissolution de celle-ci. Mais quelle aurait été la portée pratique de l'article 37 si la dissolution de la Cour permanente avait précédé l'entrée en vigueur de la Charte ?

Le Gouvernement espagnol prévoit l'objection. Il croit y répondre en déclarant que dans cette hypothèse cette dissolution n'aurait pas frappé de caducité les clauses de juridiction obligatoire entre Etats signataires de la Charte, car ceux-ci « avaient donné leur accord pour que la caducité des clauses de juridiction obligatoire et des traités qui prévoyaient la compétence de la Cour permanente de Justice internationale soit suspendue jusqu'à l'entrée en vigueur de la Charte. La dissolution de la Cour permanente de Justice internationale ne pouvait donc avoir aucun effet à l'égard de ces Etats... » (E. P., § 12, p. 159).

Il n'est pas besoin de souligner que la distinction faite par le Gouvernement espagnol est totalement étrangère au texte de l'article 37 et qu'aucune base ne peut lui être trouvée dans les travaux préparatoires; or, si, suivant le droit des gens, la disparition d'une institution internationale rendait nécessairement caduque toute obligation conventionnelle qui s'y réfère, une disposition explicite eût été nécessaire pour que le Statut de la Cour internationale apportât une exception à ce principe, même entre Etats signataires de la Charte.

(72) L'argumentation des *Exceptions préliminaires* n'est pas plus rigoureuse touchant les effets attribués par le Gouvernement espagnol à la soi-disant « caducité ».

Tout le raisonnement du Gouvernement espagnol paraît fondé sur l'idée de caducité de l'obligation souscrite en 1927, et par caducité le Gouvernement espagnol paraît bien entendre « extinction » de l'engagement conventionnel (*cf. E. P.*, § 8, p. 156; § 11, p. 159; § 13, p. 161).

Pour lui « l'article 17, al. 4, a cessé d'exister » (E. P., § 3, p. 150), ce n'est plus une clause « en vigueur » au sens de l'article 37 (*Ibid.*, § 19, p. 168).

Cependant, au § 13 (p. 161) des *Exceptions préliminaires*, une autre conception se fait jour : l'article 37 organiserait le transfert à la Cour internationale de Justice, « à la condition que les parties aient accepté cette juridiction ». Ce serait « automatiquement le cas pour les Etats originaires de la Charte et du Statut, mais non pour les autres Etats dont l'acceptation est nécessaire en vue du transfert avec effet rétroactif de la juridiction de la Cour permanente à la Cour internationale de Justice ». Pour

ces derniers il serait nécessaire et suffisant qu'intervienne, non « un nouveau traité de juridiction », mais « un accord entre les Etats originaires et non originaires de la Charte et du Statut », « un accord » en vue de « redonner vie à l'obligation éteinte » (*Ibid.*, p. 161, cf. § 11, p. 158). Plus loin (E. P., § 17, p. 164) il est fait grief au Gouvernement belge de n'avoir pas provoqué une discussion entre les deux Gouvernements sur la question de savoir si l'article 17 du traité de 1927 « est de nouveau entré en vigueur après l'admission de l'Espagne aux Nations Unies ».

Ainsi le Gouvernement espagnol ne semble plus considérer que la disparition de la Cour permanente ait anéanti le lien de juridiction obligatoire de façon totale et définitive. Il admet qu'il puisse revivre par une procédure nouvelle, sans qu'un « traité de juridiction » soit nécessaire.

Sans doute affirme-t-il que « sa volonté expresse » eût été nécessaire pour qu'il fût lié à nouveau par l'article 17 du traité de 1927, mais, de façon assez curieuse, les *Exceptions préliminaires* indiquent que cela aurait pu avoir lieu « par exemple, lors du renouvellement tacite du Traité en 1948 » (§ 16, p. 163), donc à une époque où l'Espagne n'était pas partie au Statut.

Faute par l'Espagne de « souscrire à une obligation nouvelle et autonome, distincte de l'ancienne abrogée par la dissolution de la Cour permanente pour les Etats non originaires des Nations Unies et qui aurait valu pour la nouvelle Cour, » « une reconnaissance de cette dernière aurait tout au plus, indépendamment de la soumission explicite, pu intervenir par un acte d'acquiescement en mesure de valider un acte en soi non valable... Un tel acquiescement transformant une obligation non valable en un engagement valable n'a jamais été donné par l'Espagne » (E. P., § 18, p. 167).

(73) Il n'est pas besoin d'insister sur les contradictions nouvelles que révèlent ces affirmations.

Si l'article 37 produit un certain effet à l'égard d'Etats non membres originaires des Nations-Unies — ce que paraît maintenant accepter le Gouvernement espagnol — rien dans son texte ne permet de faire une distinction entre sa portée à l'égard des Etats membres originaires et à l'égard des premiers.

L'opposition entre un « accord » et un « traité de juridiction » pour attribuer compétence à la Cour ne correspond à aucune règle touchant l'acceptation de la juridiction obligatoire. L'article 37 a pour effet de rendre tout nouvel accord inutile, quelle qu'en soit la forme.

Le lien établi par le Gouvernement espagnol entre cette manifestation de volonté nécessaire et le renouvellement tacite du traité de 1927 en vertu de l'article 24 est tout aussi étrange : ou quelque chose subsiste de l'obligation de juridiction prévue dans le traité de 1927 et la thèse de la caducité s'effondre, ou certains textes n'obligent plus et il n'y a pas de motif pour lier la conclusion d'un nouvel accord à une date qui n'a de sens que dans la vie du traité.

Aussi étonnante est la notion d'une « obligation non valable » transformée en « engagement valable » par un acte d'acquiescement. On conçoit que le Gouvernement espagnol ait le sentiment que sa thèse de la caducité de l'article 17, § 4, du traité de 1927, si elle implique que toutes les autres dispositions du traité continuent à être en vigueur,

laisse subsister des obligations parfaitement claires de règlement judiciaire, notamment suivant les articles 1^{er}, 2, 17, § 1. Mais le but de l'article 37 a été précisément d'éviter des situations aussi paradoxales entre Etats parties au Statut de la Cour internationale de Justice. Il a pour effet de rendre inutile tout nouvel accord, ou tout acquiescement, quelle qu'en soit la forme.

Ces atténuations à la thèse de caducité, qui contredisent d'autres affirmations du Gouvernement espagnol, se révèlent donc également inadmissibles.

L'article 37, qui ne distingue pas entre les parties au Statut de la Cour, ne peut voir son application conditionnée par un accord ou une manifestation de volonté ultérieure dont il n'est nulle part question.

(74) En conclusion, le Gouvernement belge estime que la tentative des *Exceptions préliminaires* de démontrer que l'interprétation de l'article 36, § 5, du Statut de la Cour donnée dans l'affaire de *l'incident aérien* entre Israël et la Bulgarie, doit être celle de l'article 37 (E. P., § 15, p. 163) se heurte au fait essentiel que l'article 36, § 5, concerne des déclarations unilatérales dont la portée juridique dépendait du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, tandis que l'article 37 se rapporte aux engagements conventionnels en vigueur entre Etats parties au Statut.

(75) Le Gouvernement espagnol s'est efforcé, en outre, de distinguer la situation de l'Espagne, membre non originaire des Nations Unies, de celle de la Thaïlande, également membre non originaire, telle qu'elle a été déterminée, quant à l'obligation de juridiction obligatoire, dans l'arrêt du 26 mai 1961 (*Affaire du temple de Préah Vihéar (Cambodge c/ Thaïlande), Exceptions préliminaires, Arrêt du 26 mai 1961 : C.I.J., Recueil 1961, p. 17*) : « ...l'Espagne — contrairement au cas de la Thaïlande — n'a jamais manifesté la volonté de souscrire à une obligation nouvelle et autonome, distincte de l'ancienne abrogée par la dissolution de la Cour permanente pour les Etats non originaires des Nations Unies et qui aurait valu pour la nouvelle Cour » (E.P., § 18, p. 167).

En soutenant qu'il n'y a pas d'analogie entre l'affaire Cambodge-Thaïlande et celle qui oppose l'Espagne à la Belgique, le Gouvernement espagnol réaffirme que l'affaire Israël-Bulgarie « accuse certaines ressemblances avec elle ». Cependant il a cru nécessaire de chercher à écarter l'argumentation de l'opinion dissidente collective dans l'affaire Israël-Bulgarie, opinion dont les conclusions ont été rappelées et acceptées par plusieurs membres de la Cour dans leurs opinions individuelles de l'affaire Cambodge-Thaïlande. Le Gouvernement espagnol prend ainsi, à la fin de l'exposé sur l'exception préliminaire n° 2, une position nouvelle, s'agissant des rapports entre les articles 36.5 et 37 du Statut. Si le « but général à atteindre » rapprocherait les deux textes, « le transfert de la juridiction obligatoire de l'ancienne à la nouvelle Cour paraît donner lieu à plus de possibilités d'interprétation différente dans le cas de l'article 36, § 5, que dans celui de l'article 37 ». « ...on peut interpréter les termes " pour la durée restant à courir d'après les déclarations », (c'est-à-dire les déclarations de reconnaissance de la juridiction obligatoire) comme voulant faire abstraction d'un élément qui ne se trouve pas explicitement indiqué dans l'article 36, § 5, à savoir la dissolution de la Cour et l'entrée en vigueur du nouveau Statut » (E. P., § 19, p. 167). Ainsi l'article 36, § 5, peut être interprété dans le sens que c'est « le fait de la durée » qui reste à courir, « ... qui est déterminant ... ».

Par contre, l'article 37 du Statut exigerait impérativement que les « traités ou conventions » en question soient *effectivement en vigueur* pour être appliqués. Or, suivant le Gouvernement espagnol, « il n'y a pas de doute que la clause de l'article 17 du traité hispano-belge de 1927 n'a pas été en vigueur au moment de l'introduction » de la *Requête* belge (E. P., § 19, p. 168).

(76) Le Gouvernement espagnol soutient donc essentiellement que, quelle que soit l'interprétation que l'on puisse adopter pour l'article 36, § 5, du Statut de la Cour, l'article 37 est en tous cas inapplicable dans l'espèce car une des conditions prévues par ce texte — l'existence d'un traité ou convention en vigueur — ne serait pas remplie. « Si le traité de 1927 peut être considéré en vigueur en ce qui concerne certaines de ses clauses, notamment celles qui ont trait à la commission de conciliation... l'article 17 de ce traité ...doit être considéré comme caduc du fait de la dissolution de la Cour permanente de Justice internationale » (E. P., § 8, p. 156). Or, l'article 37 « exige impérativement que les " traités ou conventions », en question soient *effectivement en vigueur* pour être appliqués... Des clauses de juridiction ne sont toutefois plus en vigueur, s'il est nécessaire de leur rendre rétroactivement une efficacité après avoir été abrogées à la suite de la dissolution de l'ancienne Cour et avant l'entrée en vigueur du Statut de la nouvelle Cour » (*Ibid.*, § 19, p. 167).

(77) Le Gouvernement belge se bornera à constater que, dans l'*Affaire du temple de Préah Vihéar* entre le Cambodge et la Thaïlande, l'arrêt du 26 mai 1961, sans remettre en cause l'interprétation de l'article 36, § 5, donnée dans l'arrêt du 27 juillet 1959 et s'agissant d'un Etat non-membre originaire des Nations Unies, a reconnu la compétence de la Cour en se fondant sur l'interprétation de la déclaration thaïlandaise du 20 mai 1950, renouvelant la déclaration antérieure du Gouvernement thaïlandais acceptant la juridiction obligatoire de la Cour permanente de Justice internationale. La Cour a considéré cette déclaration comme « un acte nouveau et indépendant qui doit être traité comme tel » (*Recueil 1961*, p. 29).

Le Gouvernement belge n'entend pas soutenir que l'Espagne ait pris une attitude comparable à celle de la Thaïlande au regard de la Cour; pour lui, c'est un traité en vigueur, lu « à la lumière de l'article 37 du Statut de la Cour », qui fonde la compétence.

Il constate que l'arrêt du 26 mai 1961 lui-même n'apporte aucun élément susceptible de contribuer directement à l'interprétation de l'article 37 qui n'y est pas mentionné. Cependant, les développements consacrés par les *Exceptions préliminaires* à cette affaire (§§ 18 et suiv., p. 164) autorisent le Gouvernement belge à présenter les observations suivantes au sujet des opinions individuelles et dissidentes.

(78) Plusieurs juges, ayant exprimé leur accord sur la solution de l'arrêt de 1961, ont mentionné qu'ils n'acceptaient pas la solution donnée dans l'arrêt Israël/Bulgarie et, notamment, une interprétation de l'article 36, § 5, du Statut réservant les effets de cette disposition aux Etats membres originaires des Nations Unies (Déclarations de MM. Alfaro, *Recueil 1961*, p. 35; Wellington Koo, *ibid.*, p. 36; Sir Gerald Fitzmaurice et M. Tanaka, *ibid.*, p. 37; opinion individuelle de Sir Percy Spender, p. 42). Certaines de ces déclarations renvoient à l'opinion dissidente collective de Sir Hersch Lauterpacht, M. Wellington Koo et Sir Percy Spender dans l'affaire Israël/Bulgarie (*Recueil 1959*, pp. 156 et suivantes). Or, cette opinion dissidente fait le rapprochement entre l'article 36, § 5, qui, dans le texte anglais, use de l'expression « *still in force* » et les articles 36, § 1, et 37 qui parlent l'un et l'autre des traités en vigueur (« *treaties in force* ») et relève : « Aucune

des deux Parties n'a suggéré que ces dernières dispositions visent la validité des traités en question sur la base d'un autre critère que *l'échéance du terme pour lequel ils ont été conclus* (1). Nous ne pouvons interpréter ces mots d'une manière qui, non seulement est contraire au sens admis par l'usage du texte anglais... mais encore s'écarte du sens évident — et non contesté — des mêmes mots dans les passages du Statut qui précèdent et qui suivent immédiatement » (*Recueil 1959*, p. 163; cf. pp. 157 et 166).

L'opinion dissidente collective tire encore argument du fait qu'on n'a pas prétendu que la dissolution de la Cour permanente mette fin aux traités et conventions visés à l'article 37 du Statut (*Ibid.*, p. 163).

Elle a relevé, par ailleurs, que les relations juridiques entre Etats « offrent de nombreux exemples de dispositions contractuelles en sommeil et dont l'application est suspendue dans l'attente de la réalisation d'un événement du fait d'une partie ou de quelque circonstance extérieure » (*Ibid.*, p. 169).

Enfin, critiquant la thèse suivant laquelle l'article 36, § 5, serait un accord limité aux membres originaires, l'opinion dissidente collective fait état des travaux de la Conférence de San Francisco et déclare qu'ils montrent que l'application du § 5 de l'article 36 et celle de l'article 37 n'était pas destinée à être limitée aux Etats qui ont pris part à la Conférence de San Francisco (*Ibid.*, p. 180). En outre les rédactions successives de l'article 37, sur lesquelles le Gouvernement belge reviendra plus loin (§ 109), ont été spécialement rapportées.

Ainsi, dans le but de définir la portée de l'article 36, § 5, l'opinion dissidente collective, sous divers aspects, invoque la portée de l'article 37, dont elle constate qu'elle est admise sans contestation.

(79) Pour justifier la thèse suivant laquelle « le raisonnement de l'opinion dissidente collective dans l'affaire de l'incident aérien (*Recueil 1959*, pp. 136 et suivantes) ne joue pas pour l'interprétation de l'article 37 du Statut de la Cour », le Gouvernement espagnol ignore systématiquement les observations très pertinentes qui s'y trouvent contenues et qui intéressent directement l'interprétation de l'article 37. Or ces observations conduisent nécessairement à la conclusion que le Gouvernement belge peut, sur la base de l'article 37 du Statut de la Cour, fonder sa *Requête* contre le Gouvernement espagnol sur un traité en vigueur.

(1) Les italiques ne sont pas au texte.

SECTION II

*L'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice
produit effet dans les rapports entre la Belgique et l'Espagne,
s'agissant du Traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage
du 19 juillet 1927.*

(80) Le Gouvernement espagnol demande à la Cour de prononcer son incompétence pour « connaître ou décider » des demandes du Gouvernement belge, l'article 17 du Traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage n'ayant pas créé entre l'Espagne et la Belgique un lien de juridiction obligatoire devant la Cour internationale de Justice qui puisse permettre au Gouvernement belge de soumettre une requête à cette Cour.

A l'appui de ses conclusions, le Gouvernement espagnol fait valoir :

— que le lien de juridiction obligatoire prévu par l'article 17, al. 2 et 4, du Traité de 1927 s'étend à la soumission de différends à la Cour permanente de Justice internationale, dissoute en 1946 et non à la Cour internationale de Justice,

— que l'admission de l'Espagne aux Nations Unies en 1955 n'a pas eu pour effet de substituer la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice à celle de la Cour permanente de Justice internationale dissoute antérieurement à l'entrée de l'Espagne aux Nations Unies,

— que cette situation ne serait pas modifiée par l'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice, disposition « qui ne lie que les Etats originaires de la Charte ayant participé à la Conférence de San Francisco et non des Etats qui, comme l'Espagne, sont devenus membres des Nations Unies à une époque postérieure à la dissolution de la Cour permanente de Justice internationale » (E. P., Conclusions, p. 264).

Le Gouvernement belge établira que l'article 37 du Statut de la Cour lie tous les Etats parties au Statut de la Cour, quelles que soient la date ou les conditions dans lesquelles ils le sont devenus et que, dans l'espèce, un traité en vigueur, le traité hispano-belge de 1927, crée le lien de juridiction obligatoire devant la Cour internationale de Justice entre l'Espagne et la Belgique du fait de l'article 37 du Statut.

(81) L'article 37 est ainsi rédigé : « Lorsqu'un traité ou une convention en vigueur prévoit le renvoi à une juridiction que devait instituer la Société des Nations ou à la Cour permanente de Justice internationale, la Cour internationale de Justice constituera cette juridiction entre les parties au présent Statut ».

Le texte anglais dispose : « Whenever a treaty or convention in force provides for reference of a matter to a tribunal to have been instituted by the League of Nations or to the Permanent Court of International Justice, the matter shall, as between the parties to the present Statute, be referred to the International Court of Justice ».

Cet article est au nombre de ceux qui, dans le Statut de la Cour internationale de Justice, ont été établis en partant du texte du Statut de la Cour permanente de Justice

internationale dont l'article 37 disposait : « Lorsqu'un traité ou convention en vigueur vise le renvoi à une juridiction à établir par la Société des Nations, la Cour constituera cette juridiction ».

L'objet de ces deux textes est de fonder la compétence obligatoire de la Cour — Cour permanente de Justice internationale dans le texte de 1920, Cour internationale de Justice dans le texte de 1945 — dans le cas d'un traité ou convention en vigueur attribuant compétence à une juridiction autrement dénommée. Il s'agit, dans les deux cas, d'assurer l'effectivité de l'engagement de recourir à la juridiction par un engagement complémentaire visant une Cour effectivement établie et en mesure d'assurer, dans les rapports entre les Etats en cause, le règlement du différend suivant la méthode qu'ils se sont engagés à utiliser dans un traité en vigueur.

Le texte du Statut de la Cour a évidemment pour effet d'ajouter quelque chose à l'engagement conventionnel qui prévoit le recours à une juridiction autrement dénommée, mais une telle subordination d'un accord particulier à un traité ayant une portée générale et constitutionnelle se trouve consacrée dans des dispositions bien connues; ainsi, l'article 103 de la Charte fait prévaloir les obligations des membres des Nations Unies en vertu de la Charte sur leurs obligations en vertu de tout autre accord international et l'on admet qu'il en est ainsi même à l'égard des obligations liant les Etats membres aux Etats non-membres (Kopelmans, *L'Organisation des Nations Unies*, p. 172; Goodrich et Hambro, *The Charter of the United Nations*, 2nd ed., p. 519).

La supériorité du Statut a, de même, été affirmée par la Cour permanente de Justice internationale : « Il ne lui (à la Cour) appartient pas, sur la proposition des Parties, de déroger aux dispositions du Statut » (*C.P.J.I.*, Série A, n° 22; p. 12). Or, précisément, l'article 37 tel qu'il a été rédigé en 1920, puis en 1945, répond à la préoccupation d'établir, par une disposition ayant valeur constitutionnelle, la compétence d'attribution de la Cour permanente de Justice internationale, puis de la Cour internationale de Justice pour la mise en application de clauses de juridiction conventionnelles qui, littéralement entendues, ne se réfèrent pas à l'une ou l'autre juridiction.

(82) Pour déterminer la portée de l'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice, il convient de suivre le principe d'interprétation selon lequel « un texte juridique doit être interprété de manière qu'une raison d'être et un sens puissent être attribués à chacun de ses mots » (Arrêt du 22 juillet 1952, *Anglo-Iranian Oil Co.*, *Recueil*, p. 105).

Deux conditions sont posées par l'article 37 pour qu'apparaisse la compétence d'attribution de la Cour internationale de Justice. Tout d'abord, il requiert l'existence « d'un traité et d'une convention en vigueur » qui « prévoit le renvoi à une juridiction que devait instituer la Société des Nations ou à la Cour permanente de Justice internationale ». D'autre part, il produit ses effets « entre les parties au présent Statut ».

Le Gouvernement belge établira que ces deux conditions étant réunies dans l'espèce, la Cour est compétente pour connaître et décider de ses demandes.

A. Le traité hispano-belge du 19 juillet 1927 est un traité en vigueur.

(83) Les instruments internationaux visés par l'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice sont, tout d'abord, les traités conclus après la première guerre mondiale qui renvoient pour le règlement des différends au tribunal ou à la juridiction

à établir par la Société des Nations (*cf. Rapport de Léon Bourgeois*, 27 octobre 1920, P.V. Conseil S.D.N., 10^e session, p. 161, *Documents*, p. 44). Lorsque ces traités sont « en vigueur », l'article 37 fait de leur disposition concernant la juridiction qui devait être créée par la Société des Nations une « source de compétence » pour la Cour internationale de Justice (*cf. Fachiri, Permanent Court of International Justice*, p. 62).

L'article 37 se rapporte, d'autre part, aux traités ou conventions « en vigueur » qui prévoient le renvoi à la Cour permanente de Justice internationale. Il s'agit là des accords internationaux très nombreux, conclus jusqu'en 1940, entre des Etats qui ont voulu se lier par l'engagement de juridiction obligatoire (*cf. Systematic survey of treaties for the pacific settlement of disputes, 1928-1948*, Publication des Nations Unies, 1949).

En mentionnant les traités et conventions « en vigueur », il est évident que l'article 37 renvoie « aux règles ordinaires du droit international » (*cf. C.P.J.I., Série A, n° 23*, p. 20), règles qui déterminent les conditions d'extinction des traités.

Dans tout cas concret il convient donc de rechercher s'il a été ou non mis fin au traité en cause conformément au droit international, en vue de déterminer si l'article 37 du Statut est susceptible de s'y appliquer.

(84) Pour se prévaloir de la juridiction obligatoire de la Cour dans la présente affaire, le Gouvernement belge se fonde sur le traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage, conclu le 19 juillet 1927 entre la Belgique et l'Espagne. Ce traité contient des dispositions complexes destinées à assurer le règlement de tous les différends. Il prévoit, en particulier, le recours à la procédure judiciaire, qui joue un rôle essentiel dans le système accepté par les parties.

Ce traité, aux termes de l'article 24, est conclu pour une durée de dix ans à partir de l'échange des ratifications intervenu le 23 mai 1928. Mais le même article dispose : « S'il n'est pas dénoncé six mois avant l'expiration de ce délai, il sera considéré comme renouvelé pour une période de dix années et ainsi de suite ». Le Gouvernement belge constate que la procédure de dénonciation prévue à l'article 24 n'est intervenue, ni de son fait, ni du fait du Gouvernement espagnol. Dans ces conditions, le traité a été renouvelé par périodes successives de dix années et la période en cours actuellement a commencé le 23 mai 1958.

Le Gouvernement belge considère qu'en vertu de l'article 24, le renouvellement concerne le traité tel qu'il a été conclu en 1927, et que, conformément au système de la tacite reconduction, aucune manifestation de volonté n'était nécessaire pour en prolonger les effets. Par contre, une initiative expresse des Etats parties aurait été requise pour y mettre un terme.

Le Gouvernement espagnol ne paraît pas contester la portée de l'article 24 : il fait allusion au « renouvellement tacite du Traité en 1948 » (E. P., § 16, p. 163) et il admet expressément que « le traité de 1927 peut être considéré en vigueur en ce qui concerne certaines de ses clauses, notamment celles qui ont trait à la commission de conciliation... » (*Ibid.*, § 8, p. 156).

(85) Le Gouvernement espagnol n'a pas jugé nécessaire d'expliquer de façon plus précise quels articles ou même fragments d'articles il considère comme en vigueur. La diversité des expressions employées par lui pour définir ce qui serait frappé de caducité (*cf. supra* § 69) ne permet pas de se faire une idée bien claire de ce que sont ses vues à cet égard. En tous cas, il paraît admettre comme allant de soi la divisibilité des dispositions

d'un traité. Or, cette idée est loin d'être admise de façon absolue. Le professeur Charles Rousseau, dans son exposé devant la Cour internationale de Justice, le 14 août 1951, lors de l'affaire des *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, a insisté sur le principe de l'intégrité ou de l'indivisibilité du traité : « Ce principe s'applique également en ce qui concerne l'extinction des traités : lorsqu'un traité tombe, il tombe tout entier; il ne subsiste pas à l'état fragmentaire » (*C.I.J., Avis consultatif du 28 mai 1951, Mémoires*, p. 428).

Les auteurs, qui admettent la divisibilité, insistent sur la nécessité de considérer la nature du traité en cause et de tenir compte de la diversité des questions qui peuvent être réglées dans le même instrument. Lord MacNair marque très justement que la question essentielle consiste à déterminer ce qui, dans le traité, constitue « un tout » qui doit alors être indivisible (*The law of treaties*, p. 475). Sir Hersch Lauterpacht, dans son opinion individuelle dans *l'Affaire relative à certains emprunts norvégiens (C.I.J., Recueil 1957, p. 57)*, a indiqué l'idée qu'un principe général de droit rend « légitime de séparer une condition nulle du reste de l'acte et de traiter ce dernier comme valable pourvu que, eu égard à l'intention des Parties et à la nature de l'acte, la condition en question n'en constitue pas un élément essentiel utile non debet per inutile vitiari ».

Le Gouvernement espagnol n'a pas recherché si les dispositions qu'il prétend caduques constituent ou non un tout avec celles qu'il reconnaît être en vigueur, il ne tente pas de déterminer quelle est la place de la juridiction obligatoire dans le système du traité de 1927. Le Gouvernement belge, pour sa part, constate que la seule énumération des articles qui mentionnent la Cour (*cf. supra* § 57) montre que le recours au juge est une pièce essentielle du système du traité, que non seulement la Cour peut être saisie par requête des différends juridiques, mais encore de « toutes contestations relatives à l'interprétation et à l'application du traité » (Art. 23). Par ailleurs le titre du traité, les termes des articles 1 et 2, montrent combien les diverses procédures de règlement ont été combinées avec soin, de telle sorte qu'en extraire ce qui concerne la Cour revient à démanteler le système tout entier. C'est le cas même où l'indivisibilité du traité doit être reconnue.

Il faut d'ailleurs relever que certains auteurs, qui acceptent la caducité de clauses juridictionnelles isolées visant la Cour permanente à raison de la dissolution de celle-ci, soutiennent au contraire que les traités d'arbitrage, de conciliation et de règlement judiciaire contenant des clauses juridictionnelles restent en vigueur (1).

Le Gouvernement belge pourrait donc borner là sa démonstration : le traité de 1927 étant en vigueur de l'aveu du Gouvernement espagnol, la première condition posée par l'article 37 est remplie.

(86) Le Gouvernement belge désire cependant pousser plus loin son examen. Il recherchera donc quels peuvent être les effets sur la validité d'un traité de la disparition de la juridiction devant laquelle était prévu, par une clause de ce traité, un droit de requête unilatérale au profit des parties.

Cette situation n'est pas sans rappeler celle où un traité vise une juridiction non encore établie. Tel était le cas pour les clauses contenues dans le Traité de Versailles

(1) Rosabianca Cecchetto, *La posizione dell' Italia rispetto all' articolo 37 dello statuto della Corte internazionale di Giustizia (Rivista di diritto internazionale, 1956, p. 339 et p. 342)*; Jean-Pierre Cot, *Annuaire français de Droit international, 1959, p. 305*; Lucius C. Caffisch, *The recent judgment of the International Court of Justice in the case concerning the Aerial Incident of July 27, 1955 (Israël v. Eulgarie), American Journal of International law, 1960, p. 862.*

renvoyant à la juridiction à créer par la Société des Nations. Ce traité était incontestablement « en vigueur » avant que la juridiction instituée par la Société des Nations, à laquelle il renvoyait, ait été en état de fonctionner. La Cour permanente de Justice internationale n'a effectivement été constituée que le 15 février 1922. Certaines difficultés pouvaient évidemment résulter de cette situation. C'est ainsi que, dès le 16 septembre 1920, à propos de l'affaire du *Dorrit*, qui soulevait le problème de l'interprétation des dispositions du Traité de Versailles relatives au régime du canal de Kiel, l'Allemagne proposait, sans résultat, d'appliquer l'article 386 du Traité de Versailles qui prévoyait le recours « à la juridiction instituée dans ce but par la Société des Nations ».

A la suite d'un nouvel incident né du refus de passage par le canal de Kiel du vapeur *Wimbledon*, cette proposition fut renouvelée le 20 avril 1921, mais sans résultat. Une nouvelle demande en ce sens, faite le 28 janvier 1922, devait être acceptée le 15 novembre 1922 et les Gouvernements intéressés ont alors saisi la Cour de la contestation (1).

La Réplique s'expliquant sur la procédure suivie, relève que la première suggestion « ne correspondait, au moment où elle a été présentée, à rien qui fût immédiatement réalisable ». Tandis que la dernière proposition correspondait « à des possibilités de réalisation immédiate ou prochaine » : à ce moment en effet, le Statut de la Cour permanente de Justice internationale était en vigueur, les juges étaient élus et la première session de la Cour allait débiter.

Ainsi le fait que la juridiction prévue par une clause de juridiction obligatoire n'ait pas été constituée est apparu comme un obstacle temporaire à la réalisation de l'objectif poursuivi. On n'a pas prétendu que cette clause aurait perdu toute valeur obligatoire pour les Etats en cause.

(87) Le problème des effets de la disparition d'une institution internationale sur les traités en vigueur qui confient certaines fonctions à cette institution s'est posé dans des cas nombreux après la dissolution de la Société des Nations et de la Cour permanente de Justice internationale.

Une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies du 12 février 1946 a posé des principes pour le transfert aux organes des Nations Unies de pouvoirs et fonctions qu'exerçaient la Société des Nations et ses organes aux termes de « traités, conventions, accords et autres instruments internationaux ». L'Assemblée de liquidation de la Société des Nations a recommandé aux gouvernements des membres de la Société de faciliter la prise en charge par les Nations Unies ou les institutions spécialisées des fonctions et pouvoirs confiés à la Société des Nations (*Résolution du 18 avril 1946*, S.D.N.J.O., *suppl. spécial* n° 194, p. 278).

Qu'il y ait eu transfert immédiat de certaines fonctions ou que l'on se soit borné à établir la procédure pour examiner les modalités du transfert de ces pouvoirs ou fonctions, ces résolutions expriment la commune conviction des Etats qui y ont participé que la disparition des institutions internationales qui y étaient visées n'entraînait pas, *ipso facto*, la caducité des traités qui les mentionnaient.

(1) C. P. J. I., Série C, N° 3, 3^e session, vol. suppl. pp. 20, 33, 39, 63.

Un mémorandum du Secrétariat des Nations Unies, destiné au Conseil économique et social, a suggéré que dans les conventions techniques les changements nécessaires soient introduits par un protocole signé par les parties (*U.N. Doc. n° E/116, 1946*). Le Conseil économique et social a accepté cette idée lors de sa 3^e session en déclarant que les parties au protocole appliqueraient celui-ci *inter se* et qu'il serait en vigueur pour chaque convention quand la majorité des parties à la convention seraient devenues parties au protocole (*Res. 12 (III), p. 13*).

(88) Ce système a été appliqué aux conventions sur les stupéfiants qui comportaient l'intervention des organes de la Société des Nations. Un protocole de transfert a été adopté le 11 décembre 1946 (*Résolution 54 [1]*). A ce propos, le rapport de la 6^e Commission disposait (*Assemblée générale, P.V. 6^e Commission, 1^{re} session, 2^e partie, p. 208*) :

« On pourra soulever la question de savoir si les Etats parties aux instruments originaux et qui ne seront pas parties au protocole resteront néanmoins soumis en vertu des instruments originaux à des obligations quelconques à l'égard des Etats parties aux instruments originaux qui deviennent parties au protocole. La réponse semble être affirmative. Il est évident que l'organisation actuelle du système de contrôle international établi par les actes originaux est appelée à disparaître entièrement, du moins à partir de la date à laquelle le protocole entrera en vigueur. Certaines parties des actes originaux deviendront ainsi lettre morte, du moins pour tout Etat qui n'est pas partie au protocole. Mais on peut faire valoir que les auteurs du projet de protocole ont évidemment postulé que, malgré la dissolution de la Société des Nations, les dispositions des instruments originaux qui n'ont pas été amendés par le protocole sont toujours en vigueur. Ce postulat semble exact ».

Ainsi, le maintien en vigueur des divers traités relatifs aux stupéfiants n'a pas été contesté en dépit de la disparition de la Société des Nations.

Pour d'autres conventions, le transfert n'a été organisé que plus tard. Il a été opéré lors de la deuxième session de l'Assemblée générale pour les conventions de 1921 et 1933 sur la traite des femmes et des enfants et la convention de 1923 sur le trafic des publications obscènes (*Résolution 126 [III]*).

En ce qui concerne la convention relative à l'esclavage, du 25 septembre 1926, ce n'est qu'au cours de la huitième session de l'Assemblée générale qu'a été établi un protocole en vue de réaliser le transfert à l'Organisation des Nations Unies des fonctions exercées par la Société des Nations (*Résolution 794 [VIII]*).

Un mémorandum présenté par le Secrétaire général avait indiqué dès 1951 (*La répression de l'esclavage, Conseil économique et social, Comité spécial de l'esclavage, N.U 1951, p. 27, 1951, XIV.2*) : « Il convient ici d'indiquer brièvement la situation actuelle de la convention relative à l'esclavage. Il est hors de doute que cette convention continue à lier entre eux les Etats qui y sont parties. Elle renferme cependant certaines dispositions qui ont trait à des personnes ou à des institutions qui n'existent plus. Tels sont les articles 7, 10, 11 et 12 qui mentionnent le Secrétaire général de la S.D.N. et l'article 8 qui mentionne la Cour permanente de Justice internationale » (p. 106).

La nécessité d'un protocole a été, dans l'espèce, discutée (*cf. § 109, La répression de l'esclavage; Assemblée générale, 8^e session, 6^e commission, P.V., p. 48*) mais, le maintien en vigueur de la convention n'a pas été contesté.

La 9^e session de l'Assemblée générale a examiné le même problème, s'agissant de la convention de 1936 concernant l'emploi de la radiodiffusion dans l'intérêt de la paix. La résolution 841 (IX), adoptée le 17 décembre 1954, constate expressément que le Secrétaire général a assumé les fonctions de garde mentionnées dans la convention conformément à la résolution 24 (I), que la convention est toujours en vigueur, mais que certaines dispositions de la convention établissent des pouvoirs et des fonctions dont la prise en charge par l'Organisation des Nations Unies, sur la base de l'accord entre les Etats parties à ladite convention, peut donner un plein effet à l'application de toutes les dispositions de la convention en question. Un protocole devant avoir — entre autres — cet effet a donc été prévu.

Ainsi, s'agissant de conventions techniques, la disparition des institutions internationales dont était prévue l'intervention n'a pas été considérée comme affectant les obligations des parties. Ces conventions sont restées en vigueur et l'on a parfois longtemps tardé à conclure un protocole pour opérer le transfert aux organes des Nations Unies des fonctions dévolues à des institutions disparues.

(89) La Commission intérimaire a étudié le problème des traités pour le règlement pacifique des différends internationaux faisant appel au concours des organes de la Société des Nations ou à la Cour permanente de Justice internationale. Il résulte des travaux faits à cette occasion que l'on n'a pas considéré que la mention d'une institution internationale disparue dans une convention entraîne la caducité de celle-ci.

Une note préparée par le Secrétariat des Nations Unies (5 mai 1948, A/AC. 18/57) exposant les pouvoirs conférés à la Cour permanente de Justice internationale par des conventions particulières déclare : « la Cour a établi une liste de cent soixante-quinze traités pour le règlement pacifique des différends internationaux, dont la plupart sont encore en vigueur (1), qui attribuent compétence à la Cour permanente de Justice internationale ». Et dans le développement qui suit sont cités des traités conclus par des Etats qui, à cette date, n'étaient pas membres des Nations Unies, le Japon et même l'Espagne (p. 5).

La même opinion a prévalu s'agissant de l'Acte général pour le règlement pacifique des différends internationaux à la suite d'une initiative de la Belgique proposant aux Nations Unies de restituer à l'Acte général d'arbitrage de 1928 « son efficacité première » (A/AC 18/18).

Le Gouvernement espagnol prétend cependant tirer du comportement de la Belgique à cette occasion un argument en faveur de la thèse suivant laquelle la dissolution de l'ancienne Cour aurait « enlevé son objet à la disposition de l'article 17, al. 4, du Traité de 1927 » et que de ce fait l'article 17, al. 4, « aurait cessé d'exister » (E. P., § 3, p. 150). Il va même jusqu'à dire que le Gouvernement belge prendrait dans la présente affaire une attitude qui serait contraire à celle qu'il a antérieurement adoptée (*Ibid.*, p. 153).

(90) Si l'on veut bien considérer les conditions dans lesquelles est intervenue la proposition belge, on constate que la résolution 111 (II) de l'Assemblée générale (§ 2c)

(1) Les italiques ne sont pas au texte.

a chargé la Commission intérimaire d'étudier les méthodes destinées à favoriser le développement de la coopération internationale dans le domaine politique. La Commission intérimaire a invité ses membres à lui adresser des propositions à ce sujet. C'est dans ces conditions que la Belgique a présenté la proposition ci-dessus rappelée.

Les *Exceptions préliminaires* rapportent un extrait du rapport de la Sous-Commission spéciale constituée par la Commission intérimaire, ainsi qu'une note annexe. Mais on doit constater qu'à plusieurs reprises, il est affirmé dans ces documents que l'Acte général est *en vigueur* et ceci sans distinguer entre les articles et les organes que ceux-ci visent ; par contre, le problème posé est de transférer « aux organes des Nations Unies, y compris la Cour internationale de Justice, des *fonctions* conférées par l'Acte général aux organes de la Société des Nations et à la Cour permanente de Justice internationale ».

Si l'on se rapporte maintenant au rapport de la Commission intérimaire, que mentionnent également les *Exceptions préliminaires*, on lit dans le texte français publié par les Nations Unies (*Assemblée générale, Documents officiels, troisième session, supplément n° 10, § 46*) : « De l'avis du représentant de la Belgique... sa proposition ne supprime ni ne modifie l'Acte général tel qu'il a été établi en 1928, mais au contraire *le laisse intact* ainsi que, par voie de conséquence *tous les droits* que les parties à cet Acte pourraient encore en tirer. La proposition de la Belgique atteindrait son but par un Acte général révisé qui ne lierait que les Etats disposés à y adhérer. Des relations contractuelles entièrement nouvelles et indépendantes seraient ainsi créées pour atteindre certains objectifs définis aux §§ 1 de l'article 11 et 1a) de l'article 13 de la Charte. Grâce à quelques modifications, le nouvel Accord général restaurerait, au bénéfice des Etats qui y adhéreraient, l'efficacité première du dispositif créé par l'Acte de 1928, Acte qui, *bien que toujours théoriquement valide, est devenu en grande partie inapplicable* ».

Suivent deux exemples qui éclairent parfaitement ce qui était devenu « inapplicable » et auquel il fallait porter remède :

« Il a été constaté, par exemple, que les dispositions de l'Acte qui ont traité à la Cour permanente de Justice internationale avaient perdu beaucoup de leur efficacité à l'égard des parties qui ne sont pas membres de l'Organisation des Nations Unies ou qui ne sont pas parties au Statut de la Cour internationale de Justice » (1).

Un autre exemple concerne le rôle dévolu au Président en exercice du Conseil de la Société des Nations qui devait, suivant le texte nouveau, être confié au Président de l'Assemblée générale.

On ne voit pas sur quelle base le Gouvernement espagnol peut affirmer que, de l'opinion de la Commission et de celle de la Belgique, « les douze articles de l'Acte de 1928 renvoyant à l'ancienne Cour avaient en tous cas cessé d'exister au moment même de la dissolution de cette dernière » (E. P., p. 152).

La résolution 268 A [III] consacre l'assentiment de l'Assemblée générale aux propositions de la Belgique. Elle est ainsi rédigée :

(1) Cette remarque montre clairement que pour le rapporteur l'article 37 produit ses effets à l'égard d'Etats qui ne sont pas membres originaires des Nations Unies.

« Restitution à l'Acte général du 26 septembre 1928 de son efficacité première »

« Considérant que l'efficacité de l'Acte général se trouve diminuée du fait que les organes de la Société des Nations et la Cour permanente de Justice internationale, auxquels il se réfère, ont aujourd'hui disparu.

« Considérant que les amendements indiqués ci-après sont de nature à restituer à l'Acte général son efficacité première.

« Considérant que ces amendements ne joueront qu'entre les Etats ayant adhéré à l'Acte général ainsi révisé et, partant, ne porteront pas atteinte aux droits des Etats qui, parties à l'Acte tel qu'il a été établi le 26 septembre 1928, entendraient s'en prévaloir dans la mesure où il pourrait encore jouer ».

Ainsi, l'Assemblée générale n'a pas mis en doute que, même si l'efficacité de l'Acte général de 1928 pouvait être diminuée par la disparition de certaines institutions internationales, il restait un « traité en vigueur ». Telle était la position du Gouvernement belge à cette occasion comme dans la présente affaire.

(91) La portée juridique de l'Acte général de 1928 a été d'ailleurs rappelée dans diverses circonstances.

Mr. C. W. Jenks, dans un rapport provisoire qu'il a présenté à l'Institut de droit international, a déclaré que « l'Acte général primitif semble toujours être en vigueur pour un certain nombre d'Etats » (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1957, t. 47, I, p. 54).

Dans son opinion dissidente dans l'affaire des emprunts norvégiens, M. Basdevant a relevé que les deux parties avaient mentionné l'Acte général au cours de la procédure; il déclare : « cet acte est entre elles un de ces « traités et conventions en vigueur » qui établissent la compétence, de la Cour et que vise l'article 36, § 1, du Statut; pour l'application de cet acte, l'article 37 du Statut a substitué la Cour internationale de Justice à la Cour permanente de Justice internationale » (*Recueil 1957*, p. 74).

Par ailleurs, l'Acte général d'arbitrage a été invoqué par le Cambodge pour fonder la compétence de la Cour dans l'affaire du temple de Préah Vihear. La Thaïlande a contesté cette prétention pour diverses raisons mais, à aucun moment, elle n'a soutenu la caducité de l'Acte entre Etats parties. S'expliquant sur la révision de l'Acte par les Nations Unies, le Gouvernement thaïlandais a clairement indiqué que celle-ci était motivée par l'efficacité douteuse de cet instrument au regard d'Etats qui n'y ont pas adhéré « durant l'existence de la Société des Nations et avant la dissolution de la Cour permanente » (*Exceptions préliminaires, C.I.J. Mémoires*, vol. I, p. 143; exposé de Mr. Hyde, 10 avril après-midi, *Procédure orale, ibid.*, vol. II, pp. 23-25).

A l'occasion de cette affaire, les parties ont rappelé la signature de l'accord de règlement franco-siamois du 17 novembre 1946 qui remettait en vigueur le traité du

7 décembre 1937. Or, c'est dans l'article 21 de ce traité qu'il était convenu d'appliquer au règlement des différends l'Acte général d'arbitrage de 1928. L'accord de règlement lui-même se référait pour la constitution d'une Commission de conciliation à la procédure prévue par l'Acte général (art. III). La Commission, comme les parties, se sont constamment référées aux dispositions de ce document, sans qu'il apparaisse que, ce faisant, elles aient entendu utiliser un texte ayant perdu toute valeur juridique à l'égard des Etats parties et, pour ainsi dire, resusciter provisoirement un document périmé (cf. *Mémoire du Gouvernement du Cambodge, Annexes, ibid.*, vol. I, pp. 21, 22, 37, 38, 44, etc.).

(92) La question des effets de la disparition d'un organe international visé par une convention internationale sur la validité de celle-ci a été examinée en France par la Cour de Cassation à propos de la Convention du 28 octobre 1933, qui donnait force probante légale au certificat d'identité et de qualité de réfugié russe contresigné par le représentant du haut-commissaire de la Société des Nations.

Le pourvoi contestait l'arrêt attaqué qui accordait la dispense de caution *judicatum solvi* prévue par la convention. Il faisait valoir que la disparition du haut-commissaire de la Société des Nations entraînait un obstacle matériel à l'application de la Convention, puisqu'il était impossible de faire authentifier les certificats d'identité délivrés par les offices de réfugiés. Faute des rouages administratifs organisés dans la Convention, celle-ci deviendrait caduque.

La Chambre civile a rejeté le pourvoi; elle a relevé que l'arrêt attaqué avait accueilli d'autres moyens permettant de reconnaître la qualité de réfugié et qu'il avait « nécessairement écarté l'allégation de caducité » de la Convention de Genève sous prétexte de la cessation du fonctionnement de la Société des Nations (*Cass. civ.* 19 janvier 1948, *Ditte C. Joudro*, S. 1948.I.165; *Clunet* 1946, p. 48).

Ainsi la disparition d'un organe international, visé dans une disposition conventionnelle, n'est pas considérée comme entraînant la caducité de cette disposition, même si l'efficacité de celle-ci peut être réduite, sa mise en application rendue plus difficile. A plus forte raison, n'affecte-t-elle pas la validité de l'instrument qui contient cette disposition.

(93) La doctrine a reconnu que, dans certaines circonstances, un traité pouvait être suspendu dans ses effets sans cesser d'être en vigueur (Fiore, *Nouveau droit international public*, Paris, 1885, t. II, pp. 412 et 418; G. Schwarzenberger, *International Law*, t. I, 1957, p. 534; Hackworth, *Digest*, t. II, pp. 338, 341, 355, 359, etc.; Rousseau, *Principes généraux du droit international public*, nos 358 et ss.; Chailley, *Répertoire de droit international*, v° Traités, n° 362; Scelle, *Précis de droit des gens*, t. II, p. 419).

Dans son opinion dissidente dans l'affaire de la *Compagnie d'Electricité de Sofia*, le président Anzilotti (C.P.J.I., A/B, n° 77, p. 93) a déclaré, à propos du conflit entre les obligations résultant de déclarations faites en vertu de l'article 36 du Statut de la Cour permanente et de celles nées d'un traité postérieur : « ...la mise en vigueur du Traité ne supprimait pas entièrement la raison d'être des déclarations. Cette raison d'être cessait tant que le traité serait en vigueur, elle recommencerait aussitôt que le traité aurait pris fin... Dans ces circonstances, ce n'est pas l'abrogation des déclarations, mais

leur suspension temporaire qu'il y a lieu de considérer comme un effet de la mise en vigueur du traité ».

(94) Dans le *Rapport sur la validité temporelle des traités*, présenté à la Commission du droit international par Sir Gerald Fitzmaurice, se trouve une analyse très complète des conditions respectives de l'extinction et de la suspension des obligations nées des traités. Le rapport énonce les cas d'extinction des traités et relève que, dans certaines conditions, il n'y a que suspension. Il énumère ainsi l'article 17 (*Annuaire C.D.I.*, 1957, vol. II, p. 32) : « I) *Extinction totale de l'une des parties à un traité bilatéral* » ; « II) *Réduction à un ou à zéro du nombre des parties au traité* » ; « III) *Extinction totale, disparition ou destruction ou transformation complète de l'objet physique auquel se rapporte l'obligation conventionnelle* » ; « IV) *Survénance d'une situation rendant l'exécution impossible* ou d'un empêchement dû à la force majeure lorsqu'il s'agit de cas autres que ceux visés sous les rubriques I) à III) ci-dessus, à condition : a) que l'impossibilité soit totale, complète et permanente ou qu'elle ait toutes les apparences de l'être; b) que la situation rende l'exécution littéralement et réellement impossible, en ce sens qu'elle crée un obstacle ou une entrave insupportable équivalant à un empêchement dû à la force majeure et n'est pas simplement de nature à rendre l'exécution difficile, onéreuse ou vexatoire.

« Dans le cas où l'une de ces conditions n'est pas remplie, les circonstances peuvent justifier la suspension de l'exécution de l'obligation, mais le traité lui-même ne cessera pas d'être en vigueur » (1).

Dans son commentaire (§ 99, *op. cit.*, p. 57) le rapporteur mentionne, comme exemple d'impossibilité juridique, le cas, cité par Fauchille, d'un pays allié à deux Etats qui viennent à se faire la guerre entre eux, et à ce propos il déclare : « soit dit en passant il semble que même dans ce cas les traités en question ne prendraient pas fin; leur exécution, en l'occurrence, serait simplement rendue impossible et se trouverait, dans cette mesure, suspendue ».

Il énumère encore : « V) *Survénance d'une situation rendant le traité littéralement inapplicable du fait de la disparition complète du champ d'application du traité*, de telle sorte qu'il ne demeure rien à quoi le traité puisse s'appliquer; à condition : a) que la disparition soit totale et permanente; b) qu'il ressorte manifestement du traité que le champ d'application dont il s'agit doit nécessairement continuer (*sic*) d'exister, en ce sens que toute tentative d'application ultérieure serait un anachronisme historique ou équivaldrait à une quasi-impossibilité; c) qu'il soit impossible d'atteindre raisonnablement les buts implicitement visés par le traité, dans les limites qui lui sont propres, en procédant à une réévaluation des obligations qu'il comporte sur la base des circonstances nouvelles, autrement dit, que les buts eux-mêmes aient disparu pour les deux parties.

« Dans les cas où l'une de ces conditions n'est pas remplie, les circonstances peuvent justifier la suspension de l'exécution de l'obligation, mais le traité lui-même ne cessera pas d'être en vigueur » (*Annuaire C.I.D.*, 1957, vol. II, p. 32) (1).

D'autres cas d'extinction ou de suspension sont enfin indiqués par l'article 17 du projet de Sir Gerald Fitzmaurice, dont : « VI) *Survénance d'une situation illégale*

(1) Les italiques ne sont pas au texte du rapport.

résultant de l'incompatibilité avec une nouvelle règle ou une nouvelle interdiction du droit international, formulée postérieurement à la conclusion du traité... ».

De ce qui précède, il faut retenir que l'impossibilité d'exécution, sauf cas très exceptionnels, ne constitue pas une cause d'extinction du traité ou d'une disposition du traité. Elle ne produit que *la suspension de l'exécution de l'obligation*.

Suivant l'article 16.2 du projet de Sir Gerald Fitzmaurice, dans certains cas, « le droit international n'opère pas pour mettre fin au traité en tant qu'instrument, mais, soit pour suspendre, temporairement ou indéfiniment, l'exécution des obligations résultant du traité, soit pour donner à une partie le droit de suspendre l'exécution desdites obligations ». Et, dans les commentaires de cet article, on relève ce passage : « Même si la suspension se prolonge indéfiniment, elle n'équivaut pas en droit à l'extinction du traité. Il s'agit là, à strictement parler, d'une suspension de l'obligation ou de l'exécution, mais non du traité lui-même qui, en tant qu'instrument, demeure intact et continue d'exister ». Et une note précise : « La survivance du traité en tant qu'instrument, même si son exécution est indéfiniment suspendue, peut produire un certain nombre d'effets qui, bien qu'indirects, peuvent être importants » (*Op. cit.*, p. 55, § 90) (1).

Le texte proposé à la Commission du droit international par Sir Humphrey Waldock, rapporteur spécial, (art. 21, *Deuxième rapport sur le droit des traités*, A/CN. 4/156/Add. 1, 10 avril 1963), confirme les vues du précédent rapporteur spécial :

« 2. Chaque partie a la faculté de demander qu'il soit mis fin à un traité si, après l'entrée en vigueur dudit traité, son exécution est devenue impossible,

b) Par suite de la disparition complète et permanente de l'arrangement ou du régime juridique auquel se rapportaient directement les droits et obligations créés par le traité.

3. Si, dans l'un des cas visés au paragraphe 2, *il y a des raisons sérieuses de douter que la cause de l'impossibilité d'exécution sera permanente, seule l'application du traité peut être suspendue, mais il ne peut être mis fin au traité*. Dans ce cas, l'application du traité reste en suspens jusqu'à ce que l'impossibilité d'exécution ait cessé ou, le cas échéant, jusqu'au moment où, selon toute apparence, elle est devenue permanente » (2).

(95) Des considérations qui précèdent il résulte que la situation, au regard du traité hispano-belge de 1927, lors de la disparition de la Cour permanente de Justice internationale, était la suivante : l'Espagne n'étant pas partie au Statut de la Cour internationale, l'exécution de certaines dispositions du traité, dans leurs termes mêmes, devenait impossible. Tel était le cas de l'article 17, § 4. Mais il a été immédiatement certain que la possibilité d'utiliser la « méthode » judiciaire prévue au traité restait ouverte pour l'Espagne, à raison de la création de la Cour internationale de Justice et de son accessibilité pour tous les Etats.

(1) Pour désigner la situation résultant, à l'égard d'un État non partie au Statut de la Cour internationale de Justice, de la dissolution de la Cour permanente de Justice internationale, on a déclaré qu'une disposition n'était « plus applicable » (*cf. infra* § 98). Cette expression rappelle celle de l'article 19 du Pacte de la Société des Nations visant « les traités devenus inapplicables », traités qui restaient cependant en vigueur.

(2) Les italiques ne sont pas au texte.

En effet, la première réunion de la Cour internationale de Justice s'est tenue le 3 avril 1946, avant même que la vingt-et-unième Assemblée de la Société des Nations ait décidé la dissolution de la Cour permanente de Justice internationale (Résolution du 18 avril 1946). Dès le 1^{er} mai 1946, le Président de la Cour internationale de Justice adressait au Secrétaire général des Nations Unies une lettre relative à l'application de l'article 35, § 2, du Statut de la Cour (*Conseil de Sécurité, P.V.O.*, 1^{re} année, seconde série, n° 1, 50^e séance, p. 7).

Suivant ce texte,

« Les conditions auxquelles elle (la Cour) est ouverte aux autres Etats (non parties au Statut) sont, sous réserve des dispositions particulières des traités en vigueur, réglées par le Conseil de Sécurité, et, dans tous les cas, sans qu'il puisse en résulter pour les parties aucune inégalité devant la Cour ».

Le Secrétaire général en saisissait, dès juillet 1946, le Conseil de Sécurité. Dans un mémorandum, il précisait qu'il ne s'agissait pas du cas des Etats non-membres devenant parties au Statut de la Cour suivant l'article 93.2 de la Charte. Il rappelait, d'autre part, les mesures prises par le Conseil de la Société des Nations en vertu de l'article 35 du Statut de la Cour permanente et il reproduisait les articles du Statut de la Cour internationale de Justice qui « peuvent concerner la question dont le Conseil est saisi ». Au nombre de ces articles se trouvait l'article 37 (*Conseil de Sécurité, P.V.O.*, 1^{re} année, seconde série, supp. n° 1, pp. 8 et suivantes).

Le Conseil a alors renvoyé la question au Comité d'experts. Le rapport sur les conditions d'accès à la Cour internationale de Justice d'Etats non parties au Statut, fait au Conseil par le Comité, indique que ce dernier organisme a été saisi par la Pologne d'un projet de résolution ainsi conçu : « Conformément à l'esprit des résolutions adoptées par l'Assemblée générale à Londres, les 9 et 10 février 1946, la résolution ci-dessus (celle que le Conseil était appelé à adopter sur les conditions d'accès à la C.I.J. d'Etats non parties au Statut de la Cour) ne s'applique pas aux Etats dont les régimes ont été installés avec l'aide de forces militaires des pays qui ont lutté contre les Nations Unies, tant que ces régimes seront au pouvoir ».

Ce projet, qui visait l'Espagne, n'a pas été adopté par le Comité. Comme le constate le rapporteur : « Les autres membres du Comité ont estimé qu'il valait mieux ne pas limiter, en principe, pour les membres des Nations Unies, les possibilités de régler pacifiquement, par la voie judiciaire, les différends entre Etats » (*Conseil de Sécurité, P.V.O.*, 1^{re} année, 2^e série, supp. n° 6, Annexes au P.V.O. de la 76^e séance du 16 octobre 1946, pp. 155 et suivantes).

Au sein du Conseil de Sécurité, la proposition polonaise a été écartée. Le délégué américain, votant avec la majorité, a déclaré : « Nous estimons que la compétence de la Cour internationale en tant qu'organe judiciaire des Nations Unies, doit être aussi étendue que possible, lorsqu'il s'agit de connaître des différends d'ordre juridique entre Nations » (*Conseil de Sécurité, P.V.O.*, 1^{re} année, 2^e série, n° 19, 76^e séance, p. 470). Et le délégué du Royaume-Uni a précisé : « Le gouvernement du Royaume-Uni estime donc que rien ne s'oppose à ce qu'on donne à tous les Etats non parties au Statut la possibilité d'accepter qu'un différend d'ordre juridique soit porté devant la Cour, pour être réglé conformément à l'esprit de la Charte et de la justice internationale » (*Ibid.*, p. 474).

(96) De ces débats et documents, il ressort que la majorité des Nations Unies désirait faciliter l'accès à la Cour pour les Etats non membres des Nations Unies et non parties au Statut. Au nombre de ces Etats se trouvait notamment l'Espagne.

Les buts visés par le traité de 1927 pouvaient donc, dès 1946, être atteints en dépit de la disparition de la Cour permanente de Justice internationale. L'impossibilité d'exécution était ainsi dépourvue des caractères qui peuvent entraîner l'extinction du lien contractuel.

Tout au plus peut-on admettre que certaines dispositions du traité ne pouvaient être mises à exécution suivant leurs termes mêmes, puisque la Cour permanente avait disparu. Non seulement les engagements généraux de règlement suivant certaines méthodes subsistaient intégralement, mais, dans le cadre même de l'article 17, s'agissant des différends juridiques, le recours à l'arbitrage restait entièrement ouvert. Quant au droit d'agir par la voie judiciaire, par le moyen de la requête, il était, suivant l'expression de Georges Scelle (*Précis de droit des gens*, t. II, p. 419), « momentanément paralysé ». Au moment où l'impossibilité d'exécution a disparu il a repris « toute sa vitalité ». En effet, l'impossibilité d'exécution n'a jamais eu les caractères qui, suivant Sir Gerald Fitzmaurice, entraînent l'extinction de l'obligation : les circonstances ont pu justifier « la suspension de l'exécution de l'obligation », le traité lui-même n'a pas cessé d'être en vigueur (*cf. supra*, § 94).

Il était donc en vigueur lorsque l'Espagne, admise en 1955 comme membre des Nations Unies, est devenue, de ce fait, partie au Statut de la Cour. A son égard, l'effet de l'article 37 n'a pas été de ressusciter une convention devenue caduque (*cf. E. P.*, § 8, p. 156 et § 19, p. 167), mais de rendre l'exécution intégrale possible, en adaptant aux circonstances nouvelles un engagement demeuré en vigueur.

*B. L'Espagne compte, aussi bien que la Belgique,
parmi « les parties au présent Statut » au sens de l'article 37.*

(97) Suivant l'article 37, le transfert de compétence à la Cour internationale de Justice est prévu « entre les parties au présent Statut ».

L'article 93 de la Charte, combiné avec l'article 4, permet de déterminer quelles sont les parties au Statut de la Cour : ce sont les membres des Nations Unies, membres originaires au sens de l'article 3 et membres admis en application de l'article 4 et, d'autre part, les Etats qui, ayant bénéficié de la procédure spéciale de l'article 93.2, sont devenus parties, aux conditions déterminées par l'Assemblée générale sur recommandation du Conseil de Sécurité.

La formule « parties au présent Statut » se trouve dans plusieurs articles du Statut. Il résulte du contenu des articles 5 (1), 35, 36 (2) que cette expression vise tous les Etats parties au Statut, à quelque moment qu'ils le soient devenus. Dans leur opinion dissidente collective, Sir Hersch Lauterpacht, M. Wellington Koo et Sir Percy Spender (*Affaire relative à l'incident du 27 juillet 1955 (Israël-Bulgarie), Exceptions préliminaires, Arrêt du 26 mai 1959, C.I.J., Recueil 1959, p. 178*) ont mentionné l'article 37 comme se référant aussi à toutes les parties au Statut. Et il n'y a, en effet, aucune raison de donner dans cet article une autre portée à cette expression.

Le Gouvernement espagnol, sans prêter attention à ces diverses dispositions, a prétendu que la portée de l'expression « les parties au présent Statut » dans l'article 37 doit être conforme à celle que la Cour a donnée à l'expression « parties au présent Statut » contenue dans l'article 36, § 5 du Statut dans l'affaire Israël-Bulgarie, les deux textes concernant le même problème, c'est-à-dire « les conditions du transfert à la nouvelle Cour de la juridiction obligatoire acceptée dans le cadre de l'ancienne Cour » (E. P., § 15, p. 163). Sans revenir sur l'assimilation arbitraire tentée par le Gouvernement espagnol (*cf. supra*, §§ 66 et 67), il convient de relever que dans l'arrêt du 26 mai 1959 la Cour a considéré que le texte de l'article 36, § 5, pris dans son ensemble, impliquait nécessairement une qualification des parties visées par cette disposition. Autrement dit, selon l'interprétation de la Cour, le contexte limite ici aux parties dont les déclarations faites en application de l'article 36 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale étaient en vigueur au moment où ces Etats ont été liés par le Statut de la Cour internationale de Justice, les effets de cette disposition. L'arrêt précité n'a donc pas donné de l'expression « parties au présent Statut » une interprétation générale et valable chaque fois qu'elle se retrouve dans le Statut. Il s'est borné à déterminer à quels Etats parmi les parties au Statut pouvait s'appliquer l'article 36, § 5 (1).

L'article 37, par contre, établit le transfert de compétence au profit de la Cour internationale de Justice entre les parties au Statut chaque fois qu'un traité en vigueur prévoit le renvoi à la Cour permanente de Justice internationale. Or, il vient d'être établi qu'un tel traité peut rester en vigueur alors que les Etats contractants ne sont pas devenus parties au Statut de la Cour internationale de Justice avant la dissolution de la Cour permanente de Justice internationale (*cf. supra*, §§ 86 et ss.); ainsi, à la différence de l'article 36, § 5, le contexte de l'article 37 n'impose aucune qualification particulière des « parties » visées par cette dernière disposition.

Telle est bien, au surplus, l'interprétation qui a été donnée de l'article 37 dans la pratique.

(98) L'interprétation donnée par le Gouvernement espagnol lui-même, au cours des négociations diplomatiques intervenues dans cette affaire, sera exposée ultérieurement (*Cf. infra*, §§ 112 et ss.).

Quant à la pratique des autres Etats, un premier précédent intéressant deux Etats dont l'un, la Suède, n'est devenu membre des Nations Unies que le 8 novembre 1946 et l'autre, la Finlande, n'a été admis — comme l'Espagne — que le 14 décembre 1955, manifeste la conviction que l'article 37 du Statut fait droit à l'égard d'Etats devenus parties au Statut de la Cour internationale de Justice postérieurement à la dissolution de la Cour permanente de Justice internationale.

Ces deux Etats ont conclu le 29 janvier 1926 une convention relative au règlement pacifique des différends contenant une clause de juridiction obligatoire renvoyant à la Cour permanente de Justice internationale.

(1) Il faut noter que le texte français de l'article 36.5 dispose « dans les rapports entre parties au présent Statut » tandis que l'article 37 déclare que la Cour « constituera cette juridiction entre les parties au présent Statut ». L'emploi de l'article défini marque qu'il s'agit de toutes les parties, sans exclusion ni réserve.

En 1953, alors que la Finlande n'était pas partie au Statut de la Cour internationale de Justice, ils ont conclu un accord (9 avril 1953, *Recueil des traités des Nations Unies*, t. 198, p. 66) « relatif à un supplément à la convention du 29 janvier 1926 ».

Les deux Gouvernements « constatent » que l'article 1^{er} de la Convention de 1926 « n'est plus applicable du fait que la Cour permanente de Justice internationale, mentionnée au dit article, a cessé d'exister et que la Finlande n'a pas adhéré au Statut de la Cour internationale de Justice actuelle... ».

Les deux Gouvernements admettent donc implicitement que si les deux Etats étaient déjà parties au Statut de la Cour, même s'ils l'étaient devenus — telle la Suède — postérieurement à la dissolution de la Cour permanente de Justice internationale, le problème ne se poserait pas.

Relevons que pour les deux Gouvernements l'article de la convention renvoyant à la Cour permanente de Justice internationale « n'est plus applicable ». Ils ne considèrent pas que cette disposition soit « caduque », et l'article 4 de l'accord confirme cette interprétation. Par ailleurs, en visant la situation de la Finlande, et celle-là seulement, ils reconnaissent qu'en ce qui concerne la Suède l'article 37 produit effet.

Par cet accord, les deux Gouvernements déclarent que les stipulations de la Convention de 1926 relatives à la Cour permanente de Justice internationale s'appliqueront par substitution à la Cour internationale de Justice. Mais l'engagement ainsi conclu est limité *ratione temporis* et cette limitation, contenue dans l'alinéa 2 de l'article 4, est ainsi conçue :

« Au cas où la Finlande adhérerait au Statut de la Cour internationale de Justice, le présent accord cessera d'être en vigueur dès le jour de l'adhésion ».

Ainsi les deux Etats admettent que cet accord relatif à « un supplément à la convention », qui en « constitue une partie intégrante », deviendra sans objet le jour où la Finlande, devenant partie au Statut de la Cour, sera liée, comme la Suède, par l'article 37. Ils reconnaissent donc que les effets de l'article 37 se produiront à cette date à l'égard de la Finlande, s'agissant de la Convention de 1926, sans qu'un accord particulier soit nécessaire.

De ce précédent il résulte clairement que les deux Etats ont considéré que l'article 1^{er} de la Convention de 1926, qui n'est « plus applicable » à la suite de la disparition de la Cour permanente de Justice internationale, reste cependant « en vigueur ». Il en résulte également que la substitution de la Cour internationale de Justice à la Cour permanente de Justice internationale est opérée en vertu de l'article 37 du Statut pour tout Etat partie au Statut, quelle que soit la date à laquelle il l'est devenu. Un accord spécial pour prévoir la substitution, entraînant l'application de l'article 35.2 du Statut de la Cour (*cf. Annuaire C.I.J.*, 1953-1954, p. 234), n'a de raison d'être qu'autant qu'un des Etats en cause au moins n'est pas partie au Statut.

Des accords ayant le même objet ont été passés par la Finlande avec le Danemark le 24 septembre 1953 (*Recueil des traités des Nations Unies*, t. 188, p. 283) et avec la Norvège le 11 mai 1953 (*Annuaire C.I.J.*, 1953-1954, p. 234). L'effet de l'article 37 du Statut à l'égard d'un Etat admis aux Nations Unies postérieurement à la dissolution de la Cour permanente de Justice internationale a été admis sans contestation par tous ces Etats.

(99) On peut relever dans le même sens la position prise par le Cambodge dans l'affaire du temple de Préah Vihear.

Pour fonder la compétence de la Cour, le Cambodge a, entre autres, invoqué le traité franco-siamois de 1937, renvoyant pour le règlement des différends aux dispositions de l'Acte général de 1928. Le traité de 1937 a été remis en vigueur entre la France et le Siam par l'accord de règlement du 17 novembre 1946. Or, la Thaïlande n'est pas membre originaire des Nations Unies; elle n'a été admise que le 17 décembre 1946. Au cours de la procédure orale, parlant pour le Cambodge, le professeur Reuter a indiqué : « le Siam ne pouvait ignorer que, selon la Charte, la Cour internationale de Justice était substituée à la Cour permanente de Justice internationale et que son nouvel engagement conduisait à une nouvelle compétence de la Cour internationale de Justice » (*Procédure orale*, 12 avril, matin, *C.I.J. Mémoires*, vol. II, p. 77).

Ainsi, pour le conseil du Cambodge, il va de soi que l'article 37 produit effet pour tout Etat qui devient partie à la Charte et donc au Statut de la Cour.

(100) Le Gouvernement espagnol prétend que la pratique de la nouvelle Cour confirme sa manière de voir car, selon lui, l'article 37 n'a été appliqué « qu'en vertu de clauses judiciaires contenues dans des traités en vigueur entre Membres originaires des Nations Unies » (E.P., § 13, p. 162).

Il mentionne l'affaire *Ambatielos* (*Compétence, Arrêt du 1^{er} juillet 1952, C.I.J., Recueil 1952*, p. 39). Mais dans ce cas la Cour ne s'est pas prononcée sur l'interprétation de l'article 37 et rien dans l'arrêt ne limite sa portée aux membres originaires des Nations Unies.

Quant à l'avis relatif au Statut du Sud-Ouest africain, aucun élément ne peut y être trouvé en faveur de la thèse espagnole; la Cour relève que « suivant l'article 7 du Mandat, les différends qui viendraient à s'élever entre l'Etat mandataire et un autre membre de la Société des Nations et relatifs à l'interprétation ou à l'application des dispositions du Mandat, devaient être soumis, au cas où ils n'auraient pas été réglés par des négociations, à la Cour permanente de Justice internationale. Vu l'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice et l'article 80, § 1^{er}, de la Charte, la Cour est d'avis que cette disposition du Mandat est encore en vigueur et qu'en conséquence l'Union Sud-Africaine est tenue de reconnaître comme obligatoire la juridiction de la Cour dans les termes prévus par ces dispositions » (*Recueil C.I.J., 1950*, p. 138).

La Cour ne fait aucune distinction entre les membres de la Société des Nations et ne limite d'aucune manière la portée de l'article 37.

Les termes du dispositif de l'avis lui-même (*Ibid.*, p. 143) se réfèrent à l'article 7 du Mandat et à l'article 37 du Statut de la Cour, n'autorisent aucune interprétation limitant aux membres originaires des Nations Unies la portée de cette disposition. Et sur ce point les juges dissidents admettent la solution de l'avis (cf. l'opinion individuelle de Lord Mac Nair, *ibid.*, p. 158; l'opinion individuelle de J.E. Read, *ibid.*, p. 169).

Le silence gardé par les *Exceptions préliminaires* sur l'arrêt du 21 décembre 1962 *Affaires du Sud-Ouest africain* (*Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud*), *Exceptions préliminaires, C.I.J., Recueil 1962*, p. 319) est particulièrement significatif. L'article 37 du Statut était invoqué pour fonder la compétence de la Cour et sa portée a été longuement discutée. La Cour a confirmé la solution de l'avis de 1950. Ni dans

l'arrêt, ni dans les opinions dissidentes, n'apparaît l'idée que l'article 37 ne ferait droit qu'entre les membres originaires des Nations Unies.

La Cour a considéré que l'instrument contenant la clause renvoyant à la Cour permanente — le Mandat sur le Sud-Ouest africain — était un acte institutionnel auquel la Société des Nations était partie. Elle a donc insisté sur l'idée que la Société des Nations et la Cour permanente existaient encore lorsque l'Afrique du Sud — devenue membre originaire des Nations Unies le 7 novembre 1945 — a accepté qu'en vertu de l'article 37, la juridiction obligatoire de la Cour internationale soit substituée à celle de la Cour permanente à laquelle elle avait précédemment accepté de se soumettre en vertu de l'article 7 du Mandat (*Recueil 1962*, p. 335).

La portée de ces observations apparaît clairement lorsque la Cour indique plus loin que « les Etats qui étaient Membres de la Société à l'époque de sa dissolution continuent à avoir le droit d'invoquer la juridiction obligatoire de la Cour ainsi qu'ils avaient le droit de le faire avant la dissolution de la Société » (*Ibid.*, p. 338).

De ce passage il ressort qu'à supposer qu'un Etat membre de la Société des Nations ait été admis aux Nations Unies avant le 18 avril 1946, il pourrait, sur la base de l'article 37 du Statut de la Cour, se prévaloir de l'article 7 du Mandat. Ainsi la Cour ne réserve pas aux membres originaires le bénéfice de l'article 37.

Le fait que dans cette affaire, comme dans l'affaire *Ambatielos*, seuls des membres originaires aient été en cause ne change rien à cette constatation.

(101) Il faut enfin rappeler que dans l'opinion dissidente collective de Sir Hersch Lauterpacht, M. Wellington Koo et Sir Percy Spender dans l'*Affaire relative à l'incident aérien du 27 juillet 1955* (*Recueil 1959*, p. 163), il a été relevé que dans les articles 36, § 1, et 37 du Statut il est question des « traités en vigueur ». Après quoi, les trois juges ajoutent : « Aucune des deux Parties n'a suggéré que ces dernières dispositions visent la validité des traités en question sur la base d'un autre critère que l'échéance du terme pour lequel ils ont été conclus » et ils soulignent (*Ibid.*, p. 163 *in fine*) que l'on n'a « pas prétendu » que la dissolution de la Cour mettrait fin aux clauses de juridiction obligatoire pour les traités visés à l'article 37 du Statut. Ayant relevé que l'article 37 fournit le « lien consensuel » pour la succession de la Cour internationale de Justice à la juridiction de la Cour permanente, ils déclarent : « Sans doute, une fois le texte de la Charte établi par la décision de la Conférence, les Etats qui y ont adhéré par la suite n'avaient d'autre choix que d'en accepter toutes les dispositions » (*Ibid.*, p. 172, *cf.* p. 178). Citant les documents de la Conférence de San Francisco dont il sera question plus bas, l'opinion dissidente collective ajoute : « Cela montre que l'application de l'article 37 devrait être automatique » entre Membres de l'Organisation, « sans faire de distinction quant à la date de leur adhésion aux Nations Unies » (*Ibid.*, p. 180 et, dans le même sens, p. 181).

Cette opinion, qui s'appuie sur l'attitude des parties dans cette affaire, montre que les juges dissidents ont tiré argument de l'interprétation non contestée de l'article 37 pour justifier l'interprétation qu'ils entendaient donner de l'article 36.5. Elle s'oppose directement à la thèse du Gouvernement espagnol suivant laquelle le raisonnement de l'opinion dissidente ne jouerait pas pour l'interprétation de l'article 37 (E. P., p. 168). Il est clair que, tout au contraire, l'interprétation de l'article 37, admise par la Bulgarie comme par Israël, a été une des bases de l'argumentation présentée par les trois juges.

(102) Il est intéressant de relever que l'*Annuaire de la Cour internationale de Justice*, établi conformément à la décision du 13 mars 1947, a, dans le chapitre relatif aux textes régissant la compétence de la Cour, rappelé les termes de l'article 37 du Statut, et déclaré qu'un nombre important de traités et conventions conclus avant la guerre « confèrent compétence — dans la mesure où ils sont encore en vigueur aujourd'hui — à la Cour internationale de Justice ». La seule réserve faite est la suivante : « A cet égard, le problème se pose, toutefois, de savoir si ces textes sont opposables aux Etats qui ne sont pas membres des Nations Unies ni parties au Statut de la Cour » (*Annuaire 1946-47*, p. 191). Aucune distinction n'est faite, à cette date, entre les membres originaires et non originaires des Nations Unies.

En outre, l'*Annuaire* mentionne à ce sujet la disposition des traités de paix permettant de maintenir ou remettre en vigueur les traités passés avec les puissances ex-ennemies, comme présentant « ici un intérêt » et cite, à titre d'exemple, l'article 44 du traité conclu avec l'Italie. Ce passage serait incompréhensible s'il ne signifiait qu'un traité maintenu ou remis en vigueur peut entraîner la compétence de la Cour internationale de Justice à l'égard d'un Etat non-membre originaire des Nations Unies.

(103) La même interprétation de l'article 37 ressort de la pratique des organisations internationales.

(a) Le Gouvernement espagnol a cru pouvoir tirer argument du rapport de la délégation de la Conférence internationale du Travail pour les questions constitutionnelles lors de la révision de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail (E. P., § 14, p. 161). Mais le passage cité ne parle pas des « signataires au Statut », comme le prétend le Gouvernement espagnol (*cf.* § 14 *in fine*), mais des « parties » au Statut. La nécessité d'insérer une clause de juridiction visant la Cour internationale de Justice était justifiée dans ce cas par le fait qu'il n'y a pas de lien entre la participation à l'Organisation internationale du Travail et la qualité de membre des Nations Unies.

(b) On peut observer que le *Systematic Survey of Treaties for the Pacific Settlement of International Disputes 1928-1948*, publié par les Nations Unies, rappelle dans son introduction l'importance de l'article 37 et ne fait aucune distinction entre les membres originaires et non originaires des Nations Unies. Beaucoup de traités cités intéressent ces derniers et notamment l'Espagne.

(c) Au moment où la Suisse a demandé à devenir partie au Statut de la Cour, le Comité d'experts du Conseil de Sécurité a décidé « qu'il n'est pas nécessaire de faire usage, dans la première condition suggérée, des termes du Protocole de signature du Statut de la Cour permanente de Justice internationale (16 décembre 1920, Série D, n° 1, p. 7) par lesquels les signataires du Protocole déclarent accepter la juridiction de la Cour dans les termes et conditions prévus par le Statut. De l'avis du Comité, l'acceptation des dispositions du Statut entraîne l'acceptation de toute compétence d'attribution dévolue à la Cour aux termes du Statut » (*Conseil de Sécurité*, 1^{re} année, 2^e série, suppl. n° 8, annexe 13 (S/191), p. 160) (1). Ce rapport, adopté par le Conseil de Sécurité, a été inséré en annexe de la Résolution 91 [1] de l'Assemblée générale. Ses termes, établis à propos de la participation au Statut d'un Etat non membre des Nations Unies, s'appliquent évidemment à un Etat qui devient partie au Statut comme membre admis aux

(1) Les italiques ne se trouvent pas dans l'original.

Nations Unies, après avoir souscrit la déclaration d'acceptation des obligations de la Charte conformément à l'article 158 du règlement de l'Assemblée générale et à l'article 58 du règlement provisoire du Conseil de Sécurité.

Il faut en déduire que l'article 37 — qui crée une compétence d'attribution pour la Cour — fait droit à l'égard d'un Etat admis aux Nations Unies comme l'a été l'Espagne.

(104) (d) Le Gouvernement espagnol paraît vouloir tirer argument en faveur de sa thèse suivant laquelle l'article 37 n'assurerait pas automatiquement le transfert de juridiction à la Cour permanente de Justice internationale, du fait que « le transfert de compétence de la Cour permanente de Justice internationale a été aussi prévu expressément lors de la révision des conventions collectives suivantes : ... » (E. P., p. 162, note 1).

Il s'agit là des conventions techniques qui stipulaient l'intervention des organes de la Société des Nations. Après la constitution de l'Organisation des Nations Unies et en conséquence des décisions rappelées plus haut (§§ 87 et ss.), des protocoles ont été élaborés, prévoyant des amendements à ces divers instruments pour tenir compte de l'organisation internationale nouvelle. Ces protocoles contiennent en annexe les textes destinés à remplacer les articles mentionnant les organes de la Société des Nations (Résolutions 54 (I) sur les stupéfiants; 126 (III) sur le trafic des femmes et des enfants et sur le trafic des publications obscènes; 794 (VIII) sur l'esclavage; Résolution 841 (IX) sur l'emploi de la radiodiffusion dans l'intérêt de la paix). Il est exact qu'au nombre de ces articles figurent ceux qui mentionnaient la Cour permanente de Justice internationale alors qu'entre Etats parties au Statut de la Cour internationale de Justice cette disposition n'était pas strictement nécessaire (*cf.* notamment art. 32 de la Convention du 19 février 1925; art. 25 de la Convention du 13 juillet 1931; art. 17 de la Convention du 26 juin 1936 sur les stupéfiants). Mais il faut relever, d'une part, que ces protocoles modifient tous les articles concernant des organes disparus, même lorsque les fonctions correspondantes étaient déjà exercées par les organes des Nations Unies; d'autre part, que ces protocoles sont ouverts à la signature d'Etats, parties à la Convention principale, qui peuvent ne pas être membres des Nations Unies ou parties au Statut de la Cour et à l'égard desquels l'article 37 est sans effet juridique.

S'agissant de la convention du 25 septembre 1926 relative à l'esclavage (*cf. supra* § 88), la nécessité d'un protocole a été discutée, précisément parce que certaines délégations considéraient que l'application intégrale de la convention était déjà pratiquement assurée. Les considérations exposées au sujet de la clause de juridiction méritent d'être rappelées.

L'article 8 de la Convention de 1926 dispose :

« Les Hautes Parties contractantes conviennent que tous les différends qui pourraient s'élever entre elles au sujet de l'interprétation ou de l'application de la présente convention seront, s'ils ne peuvent être réglés par des négociations directes, envoyés pour décision à la Cour permanente de Justice internationale. Si les Etats entre lesquels surgit un différend ou l'un d'entre eux n'étaient pas parties au protocole du 20 décembre 1920 relatif à la Cour permanente de Justice internationale, ce différend sera soumis à leur gré et conformément aux règles constitutionnelles de chacun d'eux, soit à la Cour permanente de Justice internationale, soit à un tribunal d'arbitrage constitué conformément à la convention du 18 octobre 1907..., soit à tout autre tribunal d'arbitrage ».

Dans le mémorandum présenté par le Secrétaire général au Comité spécial de l'esclavage (New York, 1951, 1951-XIV-2), il était dit à propos de ce texte : « L'article 8 de la convention qui mentionne la Cour permanente de Justice internationale est applicable aujourd'hui, puisqu'il rentre dans la catégorie des cas prévus par l'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice ainsi conçu... » (§ 110, pp. 28, 29).

Au cours des débats devant la sixième Commission sur le protocole relatif au transfert à l'Organisation des Nations Unies des fonctions exercées par la Société des Nations, le représentant d'Israël a déclaré qu'à son avis « les amendements à l'article 8 de la Convention ne peuvent guère améliorer la situation juridique actuelle, puisqu'en vertu de l'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice, la Cour possède déjà, en ce qui concerne la Convention relative à l'esclavage, la compétence qu'avait auparavant la Cour permanente de Justice internationale à l'égard de toutes les Parties au Statut de la Cour internationale de Justice. La procédure prévue à la deuxième phrase de l'article 8 de la Convention continue à être applicable à l'égard des Etats qui ne sont pas visés par la première phrase » (*P. V. Assemblée générale*, 8^e session, 6^e commission, 370^e séance, p. 53). Pour les partisans de l'élaboration d'un protocole, il s'agissait d'une simple formalité destinée à préciser certains points techniques (*ibid.*, p. 53).

Le protocole finalement adopté, « notamment afin de permettre aux Etats non-membres, Parties à la convention, de donner leur consentement au transfert » (*Rapport de la sixième Commission*, 19 octobre 1953, Assemblée générale, 8^e session, Annexes, point 30 de l'ordre du jour, pp. 3 et 4), remplace à l'article 8 les mots « au protocole du 16 décembre 1920... » par les mots « au Statut de la Cour internationale de Justice ». Mais il est clair que cette formule n'ajoute rien à l'effet de l'article 37 et que l'on n'a pas entendu modifier l'obligation relative à la juridiction de la Cour à l'égard d'Etats non signataires de la Charte, mais parties au Statut en 1953, comme la Suède et la Suisse, ou qui devaient le devenir ultérieurement, comme la Bulgarie, l'Espagne, la Finlande, etc.

Ainsi, à aucun moment, il n'a été dans l'intention des rédacteurs des protocoles d'ajouter quelque chose aux effets juridiques de l'article 37 à l'égard des parties au Statut de la Cour, quelle que soit la date à laquelle les Etats intéressés aient été liés par celui-ci.

Il ne peut, non plus, être tiré argument de la révision de l'Acte général pour le règlement pacifique des différends internationaux (Résolution 268 A III) dans le sens de la thèse du Gouvernement espagnol (E.P., p. 162, note (1) *in fine*). Ici un instrument nouveau comprenant un texte révisé a été établi par le Secrétaire général sur instructions de l'Assemblée qui a adopté les amendements nécessaires. C'est ce nouvel instrument, constituant un tout, qui a été ouvert à l'adhésion des Etats. La préoccupation de rendre à nouveau possibles les procédures comportant intervention des organes de la Société des Nations a commandé cette révision. La substitution de la Cour internationale de Justice à la Cour permanente de Justice internationale a été faite sans que soit en question la portée d'application de l'article 37 (*cf. supra* §§ 90 et ss.).

(105) En conclusion, l'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice a été entendu par la pratique comme étendant ses effets à toutes les parties au Statut sans distinguer suivant la date à laquelle elles le sont devenues. L'interprétation conforme au sens naturel des termes a été admise. Dans ces conditions s'impose la conclusion que l'Espagne, à dater de son admission aux Nations Unies, doit être considérée comme « partie au présent Statut », liée par la disposition de l'article 37 établissant la compétence obligatoire de la Cour. A son égard, « l'article 37 fournit le lien consensuel pour la succession de la Cour internationale de Justice à la juridiction de la Cour permanente... »

(Opinion dissidente collective, *Recueil 1959*, p. 171 *in fine* et opinion individuelle de M. Jessup, *Recueil 1962*, p. 415).

C. *Les travaux préparatoires de l'article 37.*

(106) Les travaux préparatoires de l'article 37 du Statut ont été invoqués par le Gouvernement espagnol lui-même à l'appui de ses conclusions. Mais loin d'avoir la portée qu'il leur attribue, ils confirment au contraire l'interprétation de l'article 37 qui vient d'être déduite de ses termes mêmes et de la pratique internationale.

Tout d'abord, il faut remarquer que les observations présentées par le Venezuela (*Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale*, vol. 4, p. 282) sur les recommandations adoptées à la Conférence de Dumbarton Oaks, que citent les *Exceptions préliminaires* (§ 13, p. 160), peuvent difficilement, à raison de leur date même, être qualifiées de « commentaire » puisqu'elles sont antérieures à toute discussion internationale sur ce sujet.

D'autre part, les quelques indications des *Exceptions préliminaires* relativement aux travaux de la Conférence de San Francisco ne rendent pas compte des conditions de l'élaboration de l'article 37 et confondent la situation des Etats non-parties au Statut — qui n'est pas en cause dans la présente affaire — avec la situation des Etats non-membres originaires.

Il convient de rappeler de façon un peu plus complète l'histoire de ce texte.

Au cours de la révision, article par article, du Statut de la Cour permanente de Justice internationale par le Comité de juristes de Washington, deux problèmes se posent à propos de l'article 37 : on propose de le compléter pour tenir compte de traités éventuels visant « une juridiction à établir par les Nations Unies » (*Ibid.*, t. 14, pp. 170, 357), mais surtout il est considéré en liaison avec la question du remplacement éventuel de l'ancienne Cour permanente de Justice internationale par une nouvelle Cour. La préoccupation générale est de maintenir les traités qui renvoient à la Cour permanente et un des arguments essentiels en faveur de la survie de la Cour comme une entité, et non pas seulement de l'utilisation des textes du Statut, est précisément le souci d'assurer le maintien de ces traités (Intervention de Mr. Fitzmaurice, Royaume-Uni, à la 8^e séance du Comité, *ibid.*, p. 185). Si une nouvelle Cour est créée, on paraît estimer, à cette date, que ces traités devront être négociés à nouveau (Sir Frederic Eggleston, Australie, *ibid.*, p. 186).

Le Dr Gomez Ruiz (Venezuela) suggère d'amender l'article 37 afin que les références que font ces traités à la Cour permanente de Justice internationale soient considérées comme des références à la nouvelle Cour, mais il lui est répondu par Sir Frederic Eggleston que la disposition proposée ne peut lier les parties aux traités « qui ne seraient pas parties au nouveau Statut ». C'est alors que M. Fitzmaurice propose une révision de l'article 37 qui doit rencontrer cette objection (*Ibid.*, p. 187) : elle consiste à ajouter, la formule suivante au texte de l'article 37 : « ... When a treaty or convention in force provides for reference to... the Court will, as between parties to this Statute, be such Tribunal » (1). C'est à peu près celle qui sera finalement retenue.

(1) Les italiques existent dans le texte.

(107) A la conférence de San Francisco, la question de la création d'une nouvelle Cour, comme la rédaction de l'article 37, ont été confiées par le Comité IV/1 à un sous-comité. Celui-ci s'est prononcé pour la création d'une Cour nouvelle et a donc dû envisager le cas des traités contenant une clause de juridiction obligatoire renvoyant à la Cour permanente de Justice internationale. Il l'a fait dans les termes suivants :

« En ce qui concerne les *Membres des Nations Unies*, on pourrait prévoir à l'article 37 du Statut révisé que toute mention de l'ancienne Cour, dans les traités conclus entre Membres des Nations Unies, sera considérée comme se rapportant à la nouvelle Cour. Toutefois, cette disposition ne modifiera pas, en soi, la situation entre *Membres des Nations Unies* et *Etats non-Membres*, et dans des cas de ce genre, c'est l'ancienne Cour qui resterait celle que vise le traité. Cependant, on créerait ainsi une situation impossible, puisque, en principe, il pourrait se faire qu'un différend concernant un traité donné et intéressant à la fois des Etats membres et des Etats non-membres des Nations Unies doive être renvoyé à deux Cours différentes qui pourraient rendre des décisions divergentes. Dans la pratique, le problème serait résolu par la disparition de l'ancienne Cour de Justice, à la suite de la suggestion formulée ci-dessus. Toutefois, la mise à exécution d'une telle proposition pourra prendre un certain temps. Il y aurait, par conséquent, intérêt à ce que les Etats parties aux différents traités en cause, ouvrent entre eux des négociations afin d'arriver à un accord général pour que tous les différends éventuels soient renvoyés à la nouvelle Cour. L'Assemblée générale de la nouvelle Organisation pourrait être invitée à mener ces négociations *au nom de ses Membres* ou tout au moins à créer les moyens de les faciliter » (*Ibid.*, vol. 13, pp. 531-32) (1).

Ainsi, à ce stade, le sous-comité est préoccupé par l'existence possible de deux Cours de Justice fonctionnant simultanément.

C'est pour éviter cette situation qu'il envisage des négociations entre Etats membres et non-membres avec intervention éventuelle de l'Assemblée générale.

(108) Le rapport du Comité IV/1, approuvé le 11 juin 1945, a insisté, sur la continuité dans l'organisation judiciaire internationale, sur le fait que, dans un certain sens, « la nouvelle Cour peut être considérée comme le successeur » de l'ancienne, ce qui apparaîtra explicitement « notamment dans ses articles 36, alinéa 4 (devenu par la suite alinéa 5), et 37 » (*Ibid.*, pp. 418-19). Le rapport continue : « a) Il est stipulé à l'article 37 du projet de Statut que seront considérées entre *Membres de l'Organisation* comme s'appliquant à la Cour nouvelle, les dispositions des traités ou conventions en vigueur qui prévoient le renvoi de différends à l'ancienne Cour »(1); «...c) On devrait également régler de quelque manière les cas où compétence a été attribuée à l'ancienne Cour pour connaître des différends s'élevant, soit entre des Etats qui seront parties au nouveau Statut et d'autres Etats, soit entre ces autres Etats. Il semble désirable que des négociations soient entreprises afin d'obtenir que ces acceptations de compétence s'appliquent à la nouvelle Cour. Cette question ne saurait être réglée ni par la Charte, ni par le Statut. Mais l'Assemblée générale pourrait ultérieurement se trouver en mesure de faciliter les négociations utiles » (*Ibid.*, p. 149).

Dans l'arrêt du 26 mai 1959, la Cour a examiné ce texte. Elle a déclaré que le paragraphe c), ci-dessus reproduit, « visait, sinon exclusivement, du moins certainement

(1) Les italiques ne sont pas au texte du rapport.

et principalement les déclarations émanant des Etats absents de la négociation de San Francisco. La Cour s'appuie, pour donner son interprétation, sur l'emploi du terme « acceptation ». Elle en déduit que l'article 36, § 5, ne concerne pas les déclarations de ces Etats (*Recueil 1959*, p. 141). Mais ni les termes du rapport, ni l'interprétation donnée par la Cour, ne permettent d'accepter la prétention du Gouvernement espagnol suivant lequel l'article 37 ne s'appliquerait pas entre « Etats membres originaires et Etats non-membres originaires des Nations Unies » (E. P., § 13, p. 160). La suite des travaux préparatoires montre bien la portée que l'on a entendu donner à l'article 37.

(109) Le projet de texte de l'article 37 adopté par le Comité IV/1 est ainsi conçu :

« Lorsqu'un traité ou convention en vigueur entre les parties à ce Statut prévoit le renvoi à une juridiction que devait instituer la Société des Nations, ou à la Cour permanente de Justice internationale créée par le protocole du 16 décembre 1920, amendé le 14 septembre 1929, l'affaire sera portée devant la Cour internationale de Justice » (1).

Mais le 12 juin, le Comité consultatif de juristes propose à ce texte un amendement d'une très grande importance, amendement qui sera accepté par le Comité IV/1. En substance, les termes « entre les parties à ce Statut » qui limitent la portée des mots « traité ou convention », sont supprimés à cet endroit et reportés à la fin de l'article qui est en train de prendre ainsi sa forme définitive (*Ibid.*, vol. 19, p. 407). Cette modification est ainsi justifiée par le Comité IV/1 :

« Le Comité consultatif de juristes, après avoir examiné l'article 37, recommande quelques modifications d'après lesquelles un traité ou convention en vigueur qui prévoit le renvoi d'une question à une juridiction instituée par la Société des Nations ou à la Cour permanente de Justice internationale, devrait être interprété par les parties au présent Statut comme prévoyant ce renvoi à la Cour internationale de Justice. L'article, tel qu'il a été d'abord approuvé par le Comité, ne prévoit cette interprétation que pour les traités passés entre parties au présent Statut. Le Comité est d'avis qu'il serait opportun d'éliminer cette restriction puisque l'article 37 du Statut s'applique maintenant à tous les traités; la négociation d'un nouveau traité pour le renvoi d'une question à la Cour sera donc inutile » (*Ibid.*, vol. 13, p. 462) (1).

On est surpris de voir le Gouvernement espagnol citer ce texte à l'appui de sa thèse, mais le commentaire qu'il en donne est tout aussi étonnant (E.P., § 13, p. 161, 2^e alinéa).

Il affirme que « malgré la recommandation du Comité IV/1 », le texte définitif n'aurait pas éliminé la référence aux parties au Statut. D'autre part, que, s'agissant « ou non de traités ou de conventions entre Membres des Nations Unies », le renvoi à la nouvelle Cour supposait que « les parties aient accepté cette juridiction » ce qui serait « automatiquement le cas pour les Etats originaires de la Charte et du Statut, mais non pour les autres Etats dont l'acceptation est nécessaire en vue du transfert avec effet rétroactif de la juridiction de la Cour permanente à la Cour internationale de Justice ».

(1) Les italiques ne sont pas au texte.

Le Gouvernement espagnol néglige ainsi le fait, mentionné plus haut, que le Comité consultatif de juristes a proposé, non de supprimer l'expression « entre parties au présent Statut », mais de la reporter en fin d'article, ce qui en modifie la portée. En effet, désormais un traité auquel participe un Etat non partie au Statut tombe sous l'emprise de l'article 37 entre des Etats parties au Statut, ce qui était exclu dans la rédaction précédente. Il suffit de songer à l'Acte général de 1928 pour percevoir l'intérêt pratique de la modification.

Par ailleurs, pour les Etats non membres originaires, il ne s'agit pas d'un « transfert avec effet rétroactif » mais d'une obligation qui résulte de la qualité de partie au Statut. En réalité, ici encore, le Gouvernement espagnol part de la thèse erronée que l'engagement de règlement judiciaire concernant un Etat non-membre originaire a été frappé de caducité du fait de la disparition de la Cour permanente. Or, aucun élément des travaux préparatoires ne vient appuyer la thèse d'une distinction à opérer entre les parties au Statut.

(110) Par contre, des travaux préparatoires il ressort clairement que le texte définitif de l'article 37 a été rédigé de manière à éviter tout malentendu. Il vise tous les traités et conventions en vigueur prévoyant le renvoi à une juridiction que devait instituer la Société des Nations ou à la Cour permanente de Justice internationale. La substitution décidée par l'article 37 se manifeste entre tous les Etats parties au Statut, sans que soit faite de distinction suivant les conditions dans lesquelles ils le sont devenus.

Le but même de la rédaction finalement adoptée est de supprimer « la négociation d'un nouveau traité pour le renvoi d'une question à la Cour ». La prétention de l'Espagne qu'un nouvel accord serait nécessaire (E. P., § 9, p. 157 et § 13, p. 161) va à l'encontre de la position prise par le Comité de juristes, approuvé par le Comité IV/1.

Ainsi, le transfert de compétence est opéré *ipso jure* entre parties au Statut; il ressort, de plus, des observations du Comité de juristes que, quelles que soient les parties au traité, la mention qui s'y trouve de la Cour permanente de Justice internationale n'empêche pas le traité de rester « en vigueur » à l'égard d'Etats non-parties au Statut. Ainsi, les travaux préparatoires confirment pleinement les conclusions présentées plus haut par le Gouvernement belge sur la base des termes mêmes de l'article 37 et de l'interprétation qui en a été donnée dans la pratique.

SECTION III

*L'Exception préliminaire principale n° 2
est incompatible avec l'attitude antérieure du Gouvernement espagnol.*

(111) Suivant les *Exceptions préliminaires*, « à aucun moment au cours des négociations diplomatiques », le Gouvernement espagnol n'a « reconnu la juridiction de la Cour internationale de Justice pour la soumission du différend déféré par la Belgique à la Cour ». Le problème du sort de la clause de juridiction obligatoire comprise dans le traité de 1927 n'aurait « pas fait l'objet d'une discussion entre les deux Gouvernements respectifs ». Le Gouvernement belge aurait « dû prendre une initiative » pour « discuter la remise en vigueur » de cette clause et sa modification. Faute de quoi, le Gouvernement espagnol n'aurait « pas pu marquer son désaccord » avec l'interprétation donnée par le Gouvernement belge lors des négociations diplomatiques (E. P., § 17, p. 164).

(112) L'examen de la correspondance diplomatique échangée depuis 1951 montre que, si le Gouvernement espagnol a soulevé de nombreuses objections aux demandes du Gouvernement belge, il l'a toujours fait en s'attachant aux caractères du différend lui-même, sans contester les obligations de règlement pacifique lui incombant, obligations dont il a, de lui-même, défini la portée.

Dès 1951, le Gouvernement belge a estimé qu'il convenait de recourir au traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage conclu entre l'Espagne et la Belgique le 19 juillet 1927 (Note belge du 6 décembre 1951 demandant l'arbitrage : Annexe n° 258 au *Mémoire du Gouvernement belge*, vol. IV, p. 999). Il a ainsi manifesté clairement qu'il considérait que le traité le liait.

Il appartenait donc au Gouvernement espagnol de faire connaître ses objections éventuelles.

Dans sa réponse du 22 décembre 1951 (Annexe n° 259, *ibid.*, p. 1.001), le Gouvernement espagnol définit les conditions auxquelles, de son point de vue, il y aurait eu un différend « susceptible d'être résolu conformément à la procédure réglementée par le traité précité ». Quelques jours plus tard (Note espagnole du 3 janvier 1952), répondant à une nouvelle note belge du 31 décembre 1951, le Gouvernement espagnol indique ce qui, selon lui, constitue la « prémisse qui détermine la convenance de recourir à la procédure arbitrale ou judiciaire prévue par ledit traité (article 2) » (Annexe n° 261, *ibid.*, p. 1008).

En 1957, alors que l'Espagne, à raison de son admission aux Nations Unies, est devenue partie au Statut de la Cour depuis le 14 décembre 1955, le Gouvernement espagnol n'hésite pas à reconnaître les obligations de règlement judiciaire résultant pour lui du traité de 1927.

Le 16 mai 1957, le Gouvernement belge fait connaître au Gouvernement espagnol son intention de soumettre le différend à la Cour internationale de Justice (Annexe n° 263,

ibid., p. 1026). Il rappelle formellement que « le traité est susceptible de venir à expiration le 23 mai 1958 si, du moins, il est dénoncé par l'une ou l'autre des Hautes Parties contractantes avant le 22 novembre 1957 ».

Dans sa réponse (Note du 10 juin 1957, Annexe n° 264, *ibid.*, p. 1027), le Gouvernement espagnol n'émet aucun doute sur le caractère obligatoire du traité, ne fait aucune réserve sur l'effet des dispositions relatives au recours judiciaire. Il se borne à dire que « Ce désir de soumettre le différend supposé à une instance internationale implique qu'ait été résolu préalablement le problème de savoir si le Gouvernement belge est habilité ou non pour assumer la protection de la " Barcelona Traction »,... ».

Le silence gardé, touchant l'expiration possible des effets du traité, montre que le Gouvernement espagnol accepte pleinement qu'il continue à porter ses effets.

Puis, lorsque le Gouvernement belge a formellement annoncé son intention de saisir la Cour internationale de Justice et soumis au Gouvernement espagnol un projet de compromis (Note du 8 juillet 1957, Annexe n° 265, *ibid.*, p. 1030), la note espagnole du 30 septembre 1957 déclare : « Cette appréciation ne retient pas la raison véritable sur laquelle le Gouvernement espagnol se fonde pour refuser de soumettre cette affaire à la Cour internationale de Justice... » (Annexe n° 266, *ibid.*, p. 1035). Plus loin, elle affirme : « Si la Barcelona Traction bénéficiait de la nationalité belge, cette situation permettrait d'invoquer le droit conventionnel hispano-belge, qui déterminerait — en pareille hypothèse — son statut juridique en Espagne, conjointement aux règles générales du droit international; et cette nationalité permettrait aussi d'invoquer le traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage hispano-belge signé le 19 juillet 1927, pour déférer à une autorité internationale le prétendu litige entre le Gouvernement espagnol et le Gouvernement belge... » (*Ibid.*, p. 1038).

Dans la même note, le Gouvernement espagnol va être encore plus explicite sur ce qu'il entend par « une autorité internationale ». A propos de son objection fondamentale aux demandes du Gouvernement belge, objection tirée de la nationalité de la réclamation, il déclare : « *Et ce silence* (du Gouvernement belge) *ne peut être attribué à ce qu'il n'existait pas une juridiction obligatoire pour les deux pays jusqu'à la date de l'entrée de l'Espagne à l'O.N.U., car lorsque la note du 31 décembre 1956 a été présentée, il y avait plus d'un an que cette entrée avait eu lieu* » (*Ibid.*, p. 1040, 4^e alinéa) (1).

Ainsi, le Gouvernement espagnol constate explicitement qu'à dater de l'entrée de l'Espagne aux Nations Unies un lien de juridiction obligatoire existe avec la Belgique. Le Gouvernement espagnol ne pouvait exprimer plus complètement sa conviction qu'il était soumis à la juridiction de la Cour si les conditions de recevabilité étaient remplies. Ce sont des objections d'une autre nature, tirées des circonstances propres de l'affaire, qui sont opposées à la demande du Gouvernement belge de saisir la Cour par voie de compromis (*Ibid.*, pp. 1040 et ss.). La seule référence au traité de 1927, qui figure dans les conclusions concrétisant la position du Gouvernement espagnol, est la suivante : « 6^o. — Le Traité susvisé n'est pas susceptible d'être invoqué pour la solution d'un litige qui n'a pu surgir pour les raisons signalées » (*Ibid.*, p. 1042).

(1) Les italiques ne sont pas au texte.

(113) Il ressort à l'évidence de ces divers documents diplomatiques émanant du Gouvernement espagnol, qu'il a toujours reconnu être engagé par le traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage conclu le 19 juillet 1927 avec la Belgique. Il n'a jamais prétendu que telle ou telle disposition de ce traité aurait cessé d'être en vigueur. Il a enfin expressément et spontanément affirmé qu'il existait une juridiction obligatoire pour les deux pays après la date de l'entrée de l'Espagne dans l'Organisation des Nations Unies (Note espagnole du 30 septembre 1957 précitée, Annexe n° 266, *ibid.*, p. 1040, 4^e alinéa).

Le Gouvernement espagnol a donc spontanément, et d'une façon non équivoque, interprété les textes conventionnels auxquels l'Espagne est partie, le traité de 1927 et le Statut de la Cour, et reconnu l'existence de ses obligations par rapport à la Belgique au regard de la juridiction de la Cour.

(114) Au cours des négociations entre Gouvernements ce n'est que dans la note du Gouvernement espagnol du 5 mars 1962, postérieurement au désistement d'instance du Gouvernement belge, que l'on voit apparaître la prétention que le Gouvernement espagnol n'a « jamais admis » que les stipulations du traité de 1927 puissent s'étendre à l'actuelle Cour internationale de Justice (Annexe n° 271 au *Mémoire* du Gouvernement belge, t. IV, p. 1059).

Cette affirmation surprenante, reprise dans l'exception préliminaire n° 2, signifie que le Gouvernement espagnol, après avoir déclaré, en 1957, que le Gouvernement belge aurait pu recourir à la Cour en tant que juridiction obligatoire, oppose à celui-ci l'absence de lien de juridiction obligatoire, lorsque, faute d'autre procédure acceptée par l'Espagne, le Gouvernement belge s'est décidé à saisir la Cour par voie de requête.

Le Gouvernement belge a pu, à bon droit, se fonder sur la déclaration « claire et non équivoque » contenue dans la note du Gouvernement espagnol en date du 30 septembre 1957 pour considérer que la juridiction obligatoire de la Cour n'était pas en l'espèce susceptible d'être contestée.

Enfin, lorsque le Gouvernement espagnol affirme (E. P., § 17, p. 164) que « le problème de savoir si la clause de juridiction obligatoire de la Cour permanente de Justice prévue dans l'article 17 du traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage belgo-espagnol du 19 juillet 1927 est de nouveau entrée en vigueur après l'admission de l'Espagne aux Nations Unies n'a pas fait l'objet d'une discussion entre les deux Gouvernements respectifs », il perd de vue que toute discussion eût été inconcevable, puisqu'à aucun moment le Gouvernement espagnol n'a fait la moindre réserve sur les dispositions du traité concernant la juridiction obligatoire et que le 30 septembre 1957 le Gouvernement espagnol reconnaissait lui-même, de la façon la plus formelle, qu'à dater de l'admission de l'Espagne aux Nations Unies il existait une juridiction obligatoire pour les deux pays.

La prétention formulée par le Gouvernement espagnol que le Gouvernement belge aurait dû « prendre une initiative auprès du Gouvernement espagnol en vue de discuter la remise en vigueur de l'article 17, en demandant simultanément sa modification en vue de la rendre utilisable pour les recours à adresser à la Cour internationale de Justice par les deux parties signataires du traité de 1927 », ainsi que l'affirmation que « cette négociation n'a pas eu lieu, faute d'être suggérée par une des deux parties contractantes » (E. P., § 17, p. 164), sont si peu compatibles avec les termes employés dans la note

espagnole du 30 septembre 1957 reconnaissant l'existence d'une juridiction obligatoire entre les parties, que l'on s'étonne de voir le Gouvernement espagnol présenter une telle argumentation.

(115) En conclusion, le Gouvernement belge constate qu'au cours de la correspondance diplomatique échangée dans cette affaire, le Gouvernement espagnol a, de lui-même, reconnu que, depuis l'admission de l'Espagne aux Nations Unies, la Cour internationale de Justice constituait la juridiction compétente pour les cas où le traité de 1927 conclu avec la Belgique renvoyait à la Cour permanente de Justice internationale.

Pour ce motif, le Gouvernement belge considère que l'exception n° 2 soulevée par le Gouvernement espagnol concernant la compétence de la Cour est irrecevable: *Venire contra factum proprium non valet.*

OBSERVATIONS EN REPOSE A
L'EXCEPTION PRELIMINAIRE
SUBSIDIAIRE N° 2

OBSERVATIONS EN
RÉPONSE A L'EXCEPTION PRÉLIMINAIRE SUBSIDIAIRE N° 2

(116) A titre subsidiaire et pour le cas où la Cour se déclarerait compétente en vertu de l'article 37 de son Statut, le Gouvernement espagnol allègue que « le Traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage entre l'Espagne et la Belgique ne se rapporte qu'à des différends nés postérieurement à son entrée en vigueur ainsi qu'à des faits et situations postérieurs à la date de son entrée en vigueur » (E. P., Conclusions, p. 265). Il prétend, d'autre part, que le lien de juridiction créé en vertu de l'article 37 du Statut de la Cour « devait être considéré comme un nouveau traité, entré en vigueur à la date de la soumission de l'Espagne au Statut de la Cour », soit le 14 décembre 1955 (*Ibid.*, p. 265). Ce nouveau traité comprendrait non seulement la clause principale relative à la juridiction de la Cour, mais aussi des clauses accessoires (épuisement des négociations diplomatiques, établissement d'un compromis, etc.) (E. P., § 6, 3^e al., p. 173). Il comporterait « remise en vigueur » des dispositions « relatives au mécanisme de l'application de la juridiction *ratione temporis* que le traité de conciliation, d'arbitrage et de juridiction hispano-belge prévoit » (E. P., § 3, p. 171). Ces dispositions constitueraient une clause de non-rétroactivité dont l'effet serait de rendre la Cour internationale de Justice incompétente *ratione temporis* (E. P., p. 265) car le différend entre l'Espagne et la Belgique serait né antérieurement à 1955, les faits et situations qui sont à son origine « seraient antérieurs » à cette époque (E.P., § 4, p. 172).

Les *Exceptions préliminaires* concluent donc à l'incompétence de la Cour internationale de Justice *ratione temporis* (E. P., p. 265).

(117) Il convient de relever que cette argumentation apparaît pour la première fois dans les *Exceptions préliminaires*. Au cours des négociations diplomatiques, l'Espagne n'a fait aucune objection à la compétence de la Cour internationale de Justice tirée de la date du différend (*cf. supra*, §§ 111 et ss.). A cet égard encore on peut s'étonner de la teneur de l'exception préliminaire subsidiaire n° 2.

(118) Quoi qu'il en soit, quatre objections peuvent être faites à la thèse soutenue par le Gouvernement espagnol. Elles concernent le principe même d'un « nouveau traité », le contenu de celui-ci, les rapports entre ce « nouveau traité » et le traité de 1927, enfin la portée attribuée à la prétendue réserve *ratione temporis* contenue dans le traité de 1927.

Tout d'abord, la prétention qu'il y aurait à partir du 14 décembre 1955 un nouveau traité (E. P., § 3, p. 171), une nouvelle convention (*Ibid.*, pp. 172, 173), entre l'Espagne et la Belgique n'est appuyée sur aucun argument. Elle n'est pas compatible avec les termes de l'article 37 dont l'objet est de permettre à une clause d'un traité en vigueur de produire tous ses effets. C'est le traité lui-même, « lu à la lumière de l'article 37 », qui continue à s'appliquer (*Affaire Ambatielos [compétence]*, Arrêt du 1^{er} juillet 1952 : C.I.J., *Recueil* 1952, p. 39). Dans l'*Avis du Sud-Ouest africain*, la Cour déclare expres-

sément que l'Union Sud-Africaine « continue à être soumise aux obligations internationales énoncées... au mandat pour le Sud-Ouest africain... et la référence à la Cour permanente de Justice internationale devant être remplacée par la référence à la Cour internationale de Justice, conformément à l'article 7 du Mandat et à l'article 37 du Statut de la Cour » (*C.I.J., Recueil 1950*, p. 143). Il n'est pas question d'un nouveau traité.

Ainsi que le montrent les travaux préparatoires rapportés plus haut (*cf. supra* §§ 106 et ss.), le but de l'article 37 a été précisément d'éviter, entre les parties au Statut de la Cour, la négociation de nouveaux traités pour les Etats qui étaient liés par des clauses de juridiction obligatoire renvoyant à la Cour permanente de Justice internationale.

L'effet de l'article 37 du Statut de la Cour a été de rendre possible l'exécution intégrale d'un engagement demeuré en vigueur en l'adaptant aux circonstances nouvelles. Cette opération juridique est réalisée par l'entrée en vigueur de l'article 37 dans les rapports entre les deux parties en cause, entrée en vigueur qui résulte de l'admission de l'Espagne aux Nations Unies.

On peut, au surplus, observer que, suivant le droit international, le traité se caractérise par l'emploi d'une procédure formelle qui fait totalement défaut en l'espèce : parler d'un traité ou d'une convention dont le texte n'est pas élaboré par les parties en cause ne correspond à aucune pratique internationale établie.

(119) S'agissant du contenu du prétendu traité, le Gouvernement espagnol se lance dans une construction plus aventureuse encore. Ce prétendu traité, en effet, ne comprendrait pas seulement les clauses de juridiction obligatoire, mais aussi « toutes les autres dispositions relatives au mécanisme de l'application de la juridiction *ratione temporis* » (E. P., § 3, p. 171). En outre, « toutes les clauses accessoires relatives à la juridiction de la Cour permanente de Justice internationale doivent suivre le sort de la clause principale et être considérées à leur tour comme nouvelles » (*Ibid.*, § 6, p. 173).

Il en résulterait que la clause de non-rétroactivité devrait jouer « si l'une des parties voulait introduire unilatéralement une requête devant la Cour internationale de Justice » (*Ibid.*, § 6, p. 173).

Prétendre que le contenu d'un soi-disant traité peut être déterminé par l'une des parties intéressées, au cours de la procédure de règlement d'un différend, est contraire aux principes les mieux établis du droit international. La Belgique ne peut être liée par des dispositions arbitrairement déterminées par le Gouvernement espagnol. Elle demande l'application de deux traités en vigueur, le traité de 1927 et le Statut de la Cour internationale de Justice. Elle n'est pas liée par ce que l'Espagne aurait pu désirer voir figurer dans un traité de juridiction obligatoire nouveau qui serait entré en vigueur en 1955.

Le but de l'article 37 est de permettre pratiquement l'application d'un traité en vigueur contenant des engagements de règlement pacifique; il n'a pas pour objet de prévoir des accords futurs ainsi que le font, par exemple, les articles 75, 77 et 79 de la Charte relatifs au régime de tutelle.

Il eût été concevable qu'un traité prévoyant la juridiction obligatoire de la Cour ait été conclu entre l'Espagne et la Belgique, conformément aux vues exprimées dans les *Exceptions préliminaires*, mais, en fait, il n'en a pas été ainsi. La compétence obligatoire de la Cour internationale est fondée sur l'article 37 de son Statut qui l'autorise à se substi-

tuer à la Cour permanente de Justice internationale dont la juridiction est prévue par le traité de 1927. C'est le traité de 1927, traité en vigueur, dont les dispositions, sous cette réserve, s'appliquent dans les rapports entre les parties.

(120) Le système défendu par le Gouvernement espagnol le conduit à admettre que dans les rapports entre l'Espagne et la Belgique coexisteraient deux traités parallèles (E. P., § 6, p. 173) : d'une part, le traité de 1927 n'aurait jamais cessé d'être en vigueur en ce qui concerne les clauses qui ne se réfèrent pas à la Cour permanente de Justice internationale; d'autre part, un nouveau traité créerait la juridiction obligatoire de la Cour. Il comprendrait, en outre, d'autres dispositions, notamment le texte du protocole final et des articles 1 et 2 du traité de 1927.

Ce système, loin d'assurer la pleine efficacité du traité de 1927, ce qui est le but de l'article 37 du Statut de la Cour, introduit une rupture tout à fait arbitraire dans la mise en œuvre des procédures de règlement pacifique. Il convient d'ailleurs d'observer que les *Exceptions préliminaires* se bornent à esquisser une ventilation des clauses entre l'ancien traité et le nouveau et se gardent bien de déterminer dans le détail ce qui se rattacherait à l'un et à l'autre, par exemple de s'expliquer sur ce que deviendrait le préambule du traité de 1927 qui, comme l'article 1^{er}, exprime nettement la commune volonté de recourir à des méthodes diverses, pouvant s'adapter aux divers types de conflits, en suivant leur évolution.

Ainsi, la thèse du Gouvernement espagnol aboutit à substituer au traité de 1927 un système étrange comprenant un texte contractuel écrit, dont une partie — non définie — des dispositions aurait perdu son efficacité, et un régime prétendu conventionnel, mais dont les termes ne seraient pas établis par écrit et dépendraient de l'opinion et de l'interprétation arbitraire de l'un des Etats en cause. Cette conception repose sur la prétention de caducité de certaines dispositions résultant de la disparition de la Cour permanente de Justice internationale (cf. E. P., § 6, p. 173 et § 4, p. 172) et sur l'idée que l'article 37 aurait permis l'entrée en vigueur d'une « nouvelle convention » entre la Belgique et l'Espagne (*Ibid.*, § 5, p. 172).

L'effet de la dissolution de la Cour permanente de Justice internationale a été examiné plus haut du point de vue des principes du droit et de la pratique internationale (cf. *supra*, §§ 87 et ss.). En réalité, l'article 37 du Statut de la Cour permet l'exécution intégrale d'un engagement dont l'exécution a été provisoirement impossible, sans créer de nouveau régime conventionnel.

La mise en vigueur, en 1955, dans les rapports entre la Belgique et l'Espagne, du Statut de la Cour internationale de Justice, a permis l'application intégrale dans leurs rapports mutuels du traité de 1927 qui était en vigueur, mais aucun nouveau traité n'est intervenu, dont l'entrée en vigueur se situerait au 14 décembre 1955 et comporterait une clause *ratione temporis* autonome. L'argumentation espagnole repose donc sur une analyse erronée des objectifs et du procédé de l'article 37 du Statut de la Cour.

(121) Enfin, une dernière objection fondamentale doit être faite à la position du Gouvernement espagnol.

Le Gouvernement espagnol prétend incorporer, dans le prétendu traité de 1955, une disposition *ratione temporis* qui se trouverait dans le traité de 1927. Partant des textes du préambule et des articles 1 et 2, qui parlent des différends qui « viendraient » à s'élever, du texte du protocole final, invoquant également la « pratique générale » de la Belgique et de l'Espagne en cette matière (E. P., § 2, p. 170), il arrive à la conclusion que « la mise en œuvre des procédures de requêtes ne peut se faire qu'à l'égard des situations et des faits survenus *postérieurement* » à l'entrée en vigueur du traité, « ainsi qu'à l'égard des litiges nés après son entrée en vigueur » (*Ibid.*, § 3, p. 171; Conclusions, p. 265).

Pour apprécier la valeur de l'argumentation ainsi présentée, il convient tout d'abord de procéder à l'examen des dispositions du traité de 1927 relatives à son application dans le temps.

Le quatrième paragraphe de l'article 24 dispose que le présent traité abroge le traité d'arbitrage, conclu entre les parties contractantes le 23 janvier 1905. Ainsi, le régime perfectionné du traité de 1927 se substitue directement à des engagements de règlement pacifique reflétant la pratique admise au début du siècle. Le traité de 1927 vise les différends qui « viendraient » à s'élever (*Préambule*, art. 1 et 2). La portée de ces textes est éclairée par le protocole final dont il convient de considérer l'ensemble, ce qu'a omis de faire le Gouvernement espagnol.

Ce protocole débute ainsi :

« Aucune contestation n'existant actuellement entre les deux Etats, les Parties contractantes en signant le présent Traité n'ont fait aucune déclaration concernant l'application rétroactive du Traité, puisque cette question ne se pose pas ».

Rien ne permet d'affirmer qu'une clause de non-rétroactivité aurait été insérée si une contestation avait existé entre les parties. En tous cas, à la date où le traité a été signé, en 1927, il était inutile de pourvoir à une situation de ce genre. Mais il faut relever que le souci des deux Etats d'assurer le règlement de tous les différends pouvant surgir entre eux, les a conduits à introduire une double précision dans le même protocole, dont le Gouvernement espagnol n'a pas cru bon de faire état.

Le texte en est le suivant :

« ...toutefois, il est entendu que les engagements que stipule ce Traité seront applicables aux contestations portant sur l'interprétation de tout Traité antérieur encore en vigueur, dont, après la signature du présent Traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage, il serait fait par l'une des Parties une application que l'autre Partie jugerait non conforme à ses droits ».

Ainsi, la portée du traité de 1927 n'est pas limitée par la date du traité à propos duquel une contestation pourrait surgir.

Le protocole final va plus loin encore : les engagements que stipule le traité de 1927 seront également applicables « si l'application incriminée d'un traité antérieur avait commencé dès avant la signature du présent Traité et se poursuivait après ladite signature ».

Donc, même si l'origine du litige est antérieure à la signature du traité de 1927, celui-ci est applicable.

Les deux hypothèses ainsi visées sont fréquemment exclues des engagements de juridiction obligatoire (*Systematic Survey*, pp. 23 et 28). Ici, elles tombent sous l'empire du traité et notamment de la procédure judiciaire.

Ceci montre la volonté des parties, qui n'avaient entre elles en 1927 aucun différend, d'assurer le jeu des procédures de règlement dans toutes les hypothèses possibles.

Dans ces conditions, la soi-disant « pratique générale » de la Belgique et de l'Espagne, rapportée par les *Exceptions préliminaires* (§ 2, p. 170) n'a rien à faire dans la présente affaire. Seul importe le texte du traité en vigueur et celui-ci exprime l'intention commune de voir tous les différends entre l'Espagne et la Belgique être réglés conformément aux méthodes prévues. Partant de la constatation qu'en 1927 n'existe aucun différend, le protocole final couvre toutes les hypothèses pouvant vraisemblablement surgir dans l'avenir.

Même si l'on acceptait la thèse présentée par le Gouvernement espagnol du « nouveau traité » entré en vigueur à la date de la soumission de l'Espagne au Statut de la Cour, on ne voit pas d'ailleurs comment le protocole final pourrait y être incorporé puisqu'il part de la constatation qu'aucune contestation n'existe actuellement entre les deux Etats et qu'en fait, depuis 1948, le Gouvernement belge avait saisi le Gouvernement espagnol de réclamations pour déni de justice au détriment des intérêts belges.

(122) L'argumentation du Gouvernement espagnol dans cette exception préliminaire subsidiaire néglige totalement le texte de l'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice qui fonde la compétence de celle-ci. Cette disposition lève l'obstacle à l'exécution intégrale d'un traité en vigueur. C'est donc dans les termes mêmes de ce traité en vigueur que l'on doit rechercher les limitations éventuelles de la compétence juridictionnelle *ratione temporis*. L'article 37, par lui-même, n'établit aucune réserve *ratione temporis*. Dans l'espèce, le traité de 1927, ne contenant aucune réserve *ratione temporis* qui soit opposable à la *Requête* belge, il faut en déduire que la prétention du Gouvernement espagnol suivant laquelle le différend ne pourrait être soumis à la juridiction de la Cour internationale de Justice « parce qu'il est né et se rapporte à des situations et faits antérieurs à la date à laquelle la juridiction de la Cour a pu déployer ses effets dans les relations entre la Belgique et l'Espagne » est dépourvue de tout fondement.

(123) En conclusion, la tentative du Gouvernement espagnol d'écarter la compétence de la Cour par une prétendue clause de non-rétroactivité est contraire à l'objet de l'article 37 du Statut de la Cour, à la notion même de traité international et aux dispositions *ratione temporis* contenues dans le traité de 1927 lui-même.

OBSERVATIONS EN RÉPONSE A

L'EXCEPTION PRÉLIMINAIRE N° 3

OBSERVATIONS
EN RÉPONSE A L'EXCEPTION PRÉLIMINAIRE N° 3

CHAPITRE I

Considérations générales sur cette exception

Déformation de la thèse belge.

(124) Dans sa troisième exception préliminaire, le Gouvernement espagnol, comme il l'a déjà fait au cours de la correspondance diplomatique, conteste au Gouvernement belge la qualité pour agir, *jus standi*, soit le droit d'intervenir en faveur de ressortissants belges (personnes physiques et personnes morales), lésés par un délit international dont les autorités espagnoles sont rendues responsables.

Le Gouvernement belge a déjà signalé dans la partie introductive des présentes Observations et Conclusions le ton particulièrement acerbe adopté par les *Exceptions préliminaires*. Cette grande agressivité ne peut toutefois pas masquer le caractère éminemment juste et équitable de la réclamation de la Belgique. Les faits, dans leur solide réalité, se ramènent à ceci: en 1948, les actionnaires belges possédaient la grande majorité des titres de la Barcelona Traction. Leur valeur réelle était considérable, à raison de l'importance des investissements que le groupe de la Barcelona Traction avait effectués dans les sociétés auxiliaires travaillant en Espagne; aujourd'hui, sur l'initiative d'un seul homme, qui, par l'effet d'une faillite irrégulière du commencement à la fin, a réussi à s'emparer, à son seul profit, de tous ces avoirs, les titres des actionnaires belges sont devenus virtuellement des chiffons de papier. Tout le procès tourne autour de ce point.

En revanche, on ne saurait trop insister ici sur le fait que la méthode dialectique suivie dans les *Exceptions préliminaires*, spécialement dans l'Exception N° 3, a pour résultat d'embrouiller les débats judiciaires et de transformer en inextricable nœud gordien le problème, relativement simple, soumis à la Cour.

Cette méthode consiste principalement à déformer constamment et de manière flagrante la thèse belge

Discussion ambiguë de la thèse belge.

(125) La Partie défenderesse semble vouloir ignorer presque tout des conclusions de la *Requête* du 14 juin 1962 de la Belgique actuellement soumise à la Cour. Elle prétend en rester à une demande dont la Belgique s'est désistée. Sur les soixante pages que comporte l'exposé de son exception préliminaire N° 3, elle en affecte plus du tiers (pp. 175 à 197) à la discussion et à la réfutation d'une thèse périmée dans une procédure terminée qui ne peut plus sortir aucun effet juridique.

Les Exceptions préliminaires semblent vouloir, par cette méthode, échapper au problème central actuellement posé à la Cour; elle ne peuvent toutefois complètement ignorer les conclusions présentées à celle-ci par le *Mémoire* du Gouvernement belge, le 30 octobre 1962.

Le Gouvernement défendeur est ainsi amené à discuter les motifs de droit invoqués par le Gouvernement demandeur en faveur de la protection diplomatique des actionnaires belges d'une société étrangère. La question est posée avec une telle netteté dans le *Mémoire* belge qu'il ne peut pas l'é luder (1).

Mais il l'aborde de la manière la plus ambiguë. Voici comment il s'exprime : « Admettons donc qu'il faille laisser de côté la Barcelona Traction comme objet direct des soins du Gouvernement belge, qu'il faille *faire semblant de ne pas s'apercevoir* (2) que toute la demande belge, même révisée et rééditée, n'est qu'une demande de protection de ladite société, en entier ou limitée au *pro rata* du capital belge investi, et qu'il faille suivre le Gouvernement belge dans ses protestations selon lesquelles sa protection s'exercerait *exclusivement et directement* en faveur de personnes de nationalité belge » (3).

Il y revient encore jusque dans ses conclusions en contestant la qualité pour agir du Gouvernement belge, « étant donné que *la société Barcelona n'a pas la nationalité belge* et que dans le cas d'espèce, l'on ne saurait admettre une action diplomatique ou judiciaire internationale en faveur des *prétendus actionnaires belges* de la société pour le préjudice que *cette dernière* affirme avoir subi » (4).

Confusion de l'instance radiée et de l'instance pendante.

(126) Il est donc manifeste que le Gouvernement espagnol mêle les deux instances. Ses arguments se réfèrent tantôt à la première, tantôt à la seconde demande belge. Or, il n'y a actuellement pendante devant la Cour qu'une seule instance, celle qui a été introduite le 14 juin 1962; la première est radiée du rôle de la Cour.

C'est la conséquence inéluctable du désistement d'instance. Il en résulte, quant à la saisine de la Cour, une cloison étanche entre la requête belge du 15 septembre 1958 et celle du 14 juin 1962. Celle-ci est, du point de vue procédural, une *res nova*. Le droit du demandeur qui s'est désisté de l'instance d'intenter un nouveau procès en formulant des conclusions différentes de celles de sa demande antérieure: est juridiquement indiscutable; il n'est que la conséquence logique d'un désistement qui ne touche pas au fond de l'action; il est couramment admis et exercé devant les tribunaux de tous les États qui, ainsi que c'est le cas dans le Règlement de la Cour (art. 69, al. 2), admettent le désis-

(1) Ce point est fondamental et il est indiqué de reproduire le passage du *Mémoire* belge où il est exposé (p. 150, § 314) : « En résumé, la question juridique qui se pose à l'occasion de l'examen du *ius standi* du Gouvernement belge dans la présente affaire est celle de la protection diplomatique et judiciaire *non des sociétés commerciales étrangères comme telles, mais des personnes physiques et morales* qui, ayant investi des fonds dans lesdites sociétés, ont subi des pertes en tant qu'*actionnaires de ces sociétés* par suite des actes illicites dont ces dernières ont fait l'objet ». (Les italiques ne sont pas au texte).

(2) Ces italiques ne sont pas au texte.

(3) E.P., p. 231.

(4) *Ibid.*, p. 268. Les italiques ne sont pas au texte.

tement d'instance. Toute partie à un litige a le droit élémentaire de donner à sa demande l'ampleur et la justification qui lui paraissent les plus adéquates à la sauvegarde de ses intérêts. Moralement, le Gouvernement belge est d'autant plus justifié à faire usage de ce droit que son désistement a été *sollicité par le groupe espagnol*, qui en a fait la condition *sine qua non* de l'ouverture de négociations et qui, aussitôt le désistement acquis, a chanté victoire en faisant tomber la trappe où il croyait sans doute tenir sa contrepartie.

Le Gouvernement défendeur ne semble voir dans la présente cause qu'un *camouflage de la précédente*. Il y fait de nombreuses et violentes allusions. Il soutient en trouver la preuve dans les contradictions que présenterait le *Mémoire* belge. Il expose que le Gouvernement belge, après avoir profité, pour modifier ses conclusions, de l'opération « désistement-réintroduction » qui d'ailleurs n'existe pas (1), « a pu avancer encore une fois une demande de *restitutio in integrum* de la société Barcelona Traction », et que le Gouvernement belge a conclu que « l'État espagnol est tenu, à l'égard de la Belgique d'assurer, si possible, l'annulation du jugement de faillite de la Barcelona Traction ». Le Gouvernement espagnol en déduit ironiquement que « le Gouvernement belge doit évidemment penser que les destinataires d'une telle demande sont disposés à admettre qu'en la présentant il ne prendrait pas fait et cause pour la société en question » (2).

Donc, la nouvelle demande belge tendrait, selon le Gouvernement espagnol, comme la précédente, à la protection effective de la société canadienne comme telle par la Belgique, et non pas à la protection des actionnaires belges de la Barcelona Traction.

Rétablissement du sens véritable des conclusions belges.

(127) Cette interprétation des conclusions du *Mémoire* belge déforme celles-ci de manière inadmissible.

Tout d'abord, il importe peu de savoir ce que la partie défenderesse est « disposée à admettre », mais ce que le Gouvernement belge a effectivement déclaré dans ses conclusions.

Dans la première, il demande à la Cour de dire et juger que l'État espagnol est tenu à l'égard de la Belgique de réparer le préjudice causé à « des ressortissants belges, personnes physiques et morales, actionnaires de la Barcelona Traction » (3);

dans la deuxième, il prie la Cour de « dire et juger que cette réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences que ces actes contraires au droit des gens ont eues pour lesdits ressortissants et que l'État espagnol est tenu, dès lors, si possible, d'assurer par voie administrative l'annulation du jugement de faillite et des actes judiciaires et autres qui en ont découlé, en assurant auxdits ressortissants belges lésés tous les effets juridiques devant résulter de cette annulation; déterminer en outre l'indemnité à verser par l'État espagnol à l'État belge à raison de tous les préjudices accessoires subis par les ressortissants belges par suite des actes incriminés, en ce compris la privation de jouissance et les frais exposés pour la défense de leurs droits ».

(1) Il est à peine nécessaire de souligner ce que cette appellation a de fallacieux; il n'y a jamais eu d'opération globale de « désistement-réintroduction », mais deux opérations distinctes se situant à plus d'un an d'intervalle, l'une, le désistement, l'autre, l'introduction d'une nouvelle instance (voir à ce sujet *supra*, p. 28, note 2).

(2) E.P., p. 179.

(3) Les italiques ne sont pas au texte.

Il n'est pas question dans ces textes de la protection de la société canadienne Barcelona Traction comme telle par le Gouvernement belge; le mode de discussion consistant à dégager des bribes de phrases, amputées de leurs débuts et de leurs fins, ne peut évidemment rien prouver à l'appui de la thèse développée dans les *Exceptions préliminaires*.

Le point de départ de toute l'argumentation du Gouvernement défendeur est manifestement erroné. Il ne semble pas vouloir comprendre que le Gouvernement belge n'intervient pas en faveur de la Barcelona Traction comme telle, mais en faveur des véritables lésés qui sont de nationalité belge, et principalement en faveur de la Société Internationale d'Énergie Hydro-Électrique (SIDRO), société belge ayant son siège à Bruxelles et propriétaire de plus de 75 % des actions de la Barcelona Traction.

Tel était le point de vue auquel le Gouvernement belge se plaçait dans sa première note diplomatique du 27 mars 1948. Comment, du reste, le Gouvernement espagnol peut-il feindre de l'ignorer, alors qu'il a reconnu, dans sa note à l'Ambassade de Belgique du 3 janvier 1952, le fait que « cette Ambassade défend la Sidro — comme participant important de la Barcelona Traction — en alléguant qu'elle possède la nationalité belge » (1).

La sanction demandée par le Gouvernement belge pour l'infraction internationale commise par l'Espagne est strictement conforme aux règles universellement reconnues du droit des gens général, ainsi que cela est exposé aux pages 182 et 183 (§§ 371 à 375) du *Mémoire* belge, avec citations de jurisprudence et références doctrinales à l'appui; à ces dernières, il faut encore ajouter celle particulièrement significative en l'espèce du Professeur Guggenheim (2).

La situation de fait est telle que le Gouvernement belge ne peut obtenir le rétablissement intégral *in pristinum* des droits et intérêts de ses ressortissants que par la reconstitution, sous une forme ou une autre, d'une immense entreprise de production électrique qui, preuve en soit l'acharnement que l'on a mis à s'en emparer illégitimement, possédait tous les éléments de prospérité, sous l'égide de la SIDRO, société belge. Celle-ci, tout particulièrement, et les autres actionnaires belges ont un intérêt patent à ce que les entreprises créées et développées en Espagne puissent reprendre, sous leur contrôle, l'activité industrielle qu'elles avaient avant le jugement de faillite du 12 février 1948. Ce sont les réclamations de nationaux belges pour obtenir la réparation de ces droits et intérêts, que le Gouvernement demandeur a faites siennes en les endossant pour introduire l'action actuellement pendant devant la Cour.

Vers la fin de l'exception préliminaire N° 3 (3), l'argumentation s'attaque à la conclusion III du *Mémoire* belge qui prie la Cour de fixer l'indemnité due par l'Espagne à la Belgique au cas où l'effacement des actes incriminés se révélerait impossible. Cette conclusion est également conforme aux règles les plus certaines du droit

(1) Annexes au *Mémoire* belge, vol. IV, n° 261, p. 1006.

(2) Guggenheim, *Traité de droit international public* (1954), vol. II, p. 68 : « Un des premiers principes appliqués est celui de la *restitutio in integrum*, de la remise en état ».

(3) E.P., pp. 230-231.

des gens général, ainsi que l'établit le *Mémoire* belge en s'appuyant principalement sur l'Arrêt rendu par la Cour permanente de Justice internationale le 13 septembre 1928 dans l'*Affaire de l'Usine de Chorzow* (fond); il est intéressant de constater que le Professeur Guggenheim partage cet avis dans les termes suivants : « Lorsque la *restitutio in integrum* s'avère impossible, ou lorsque les parties ne la désirent pas, il y a alors place pour des *dommages-intérêts*, c'est-à-dire pour une prestation de remplacement » (1).

Mais le Gouvernement défendeur se refuse à considérer le texte de cette conclusion III tel qu'il est. Il écrit : « Si l'on doit donc exclure que le Gouvernement belge veuille intervenir pour la protection diplomatique de la Barcelona Traction, il faut alors exclure aussi que la demande présentée à titre subsidiaire dans sa Requête du 15 septembre 1958, en vue d'obtenir *réparation du préjudice subi par la Barcelona Traction* seulement "à concurrence de la part du capital de la Barcelona Traction possédée par des ressortissants belges», et reprise aujourd'hui dans la requête du 14 juin 1962 ... soit elle aussi une action en protection de la société en question » (2). Ainsi, pour étayer son interprétation de la demande formulée par le Gouvernement belge dans la présente instance, le Gouvernement espagnol s'est basé sur une interprétation, du reste inexacte, des conclusions de la *Requête* belge du 15 septembre 1958, alors que la *Requête* introductive de la présente instance, pas plus que le *Mémoire*, n'y fait la moindre allusion.

Erreur de base de la thèse espagnole.

(128) Le Gouvernement espagnol, dans ses *Exceptions préliminaires* comme dans ses notes diplomatiques à la Belgique, commet l'erreur de soutenir que, dans le cas où une société est victime de violations de droit international, la protection diplomatique, avec les éventuelles conséquences qu'elle comporte, ne peut être exercée que par l'État dont la société a le statut.

La Barcelona Traction étant une société incorporée au Canada, il soutient que la protection diplomatique, en la présente espèce, ne peut relever que du seul Etat dont la Barcelona Traction a le statut national, soit le Canada. Il se refuse à considérer les intérêts d'autres Etats dont les actionnaires ont la nationalité, car le voile de la personnalité juridique d'une corporation ou d'une société rendrait en principe le droit de protection de l'Etat dont la société a le statut préférentiel ou même exclusif.

Avant toutefois d'entreprendre la réfutation de cette erreur juridique de base, il faut débarrasser le litige des suppositions, plus invraisemblables les unes que les autres, sur lesquelles se fondent les *Exceptions préliminaires*, ainsi que des raisonnements téméraires, qui ne répondent nullement à la position juridique de la Belgique dans cette cause. Elles prêtent à l'Etat demandeur des intentions qu'il n'a jamais eues, et encore moins formulées(3). Il y est encore revenu sur la prétendue contestation de la nationalité canadienne de la Barcelona Traction par la Belgique, alors que celle-ci l'a constamment

(1) *Op. cit.*, II, pp. 68-69 (les italiques sont au texte).

(2) E.P., p. 230.

(3) E.P., pp. 180, 181, 190, etc.

reconnu, et dans la correspondance diplomatique, et dans son *Mémoire*; il est traité longuement de l'hypothèse où la Barcelona Traction aurait eu une double « nationalité », c'est-à-dire qu'elle aurait possédé « à la fois la nationalité belge et canadienne », considérations qui sont tout à fait en marge des débats; pérenne à relever « l'aspect étonnant et manifestement contradictoire de la nouvelle attitude du Gouvernement belge » c'est ignorer que le *Mémoire* n'a pas pour objet de justifier la protection par la Belgique d'une société canadienne, mais celle de la Sidro en tant qu'actionnaire belge de la Barcelona Traction.

Attitude du Canada.

(129) Partant toujours de l'idée que lorsqu'une personne juridique est victime d'actes internationalement illicites, la protection ne peut être exercée que par l'Etat dont elle a le statut national, il est soutenu que la Belgique s'efforce de tourner un obstacle insurmontable résultant « du fait que la protection diplomatique en faveur de la société en question était exercée par le Gouvernement canadien » (1).

On retrouve, ici, un exemple frappant de l'équivoque déjà précédemment signalée qui vicie toute l'argumentation des *Exceptions préliminaires*, axée tantôt sur la protection de la société canadienne, tantôt sur celle des actionnaires belges.

L'« obstacle insurmontable » évoqué par la Partie défenderesse est complètement inexistant, en fait comme en droit; il est vrai que dans ses notes diplomatiques, celle-ci en a fait grand état, mais toujours en attribuant à la Belgique des thèses qui ne sont pas les siennes et en faisant abstraction de la réalité des faits.

On peut s'en tenir pour l'instant à l'histoire de l'intervention du Gouvernement canadien en faveur de la Barcelona Traction; on constate rapidement qu'en fait le pré-tendu « obstacle insurmontable » n'existe pas. Les *Exceptions préliminaires* donnent aux notes diplomatiques adressées au Gouvernement de Madrid par l'Ambassade de Grande-Bretagne, au nom du Gouvernement du Canada, une importance tout à fait démesurée. Il s'agit « d'une série de notes diplomatiques entre mars 1948 et mars 1950, puis de l'accord en vue de constituer la Commission internationale d'experts et des démarches y afférentes (sic) jusqu'à la déclaration conjointe du 11 juin 1951, et ensuite encore de nouvelles notes et de conversations verbales qui se sont poursuivies jusqu'en 1955 » (2).

En réalité, les notes canadiennes se sont échelonnées du 27 mars 1948, peu après la déclaration de faillite de la Barcelona Traction, au 22 décembre 1951. Depuis 1951 la correspondance diplomatique entre les deux Etats au sujet de la Barcelona Traction

(1) B.P., p. 182.

(2) B.P., p. 182.

cessa à l'exception d'une dernière note de l'Ambassade du Canada du 21 mars 1955 qui ne concernait que l'introduction d'un intermédiaire envoyé par la Sidro auprès des autorités espagnoles et faisait appel aux bons offices de ces dernières en vue d'arriver à un arrangement satisfaisant.

Ces notes du Gouvernement canadien commencent d'ailleurs par se borner à attirer simplement l'attention du Gouvernement espagnol sur les cas de la Barcelona Traction et de l'Ebro, toutes deux sociétés de statut canadien, ainsi que sur la situation spéciale de la National Trust Co., corporation canadienne, en sa qualité de « trustee » des porteurs des emprunts Prior Lien Bonds et First Mortgage Bonds de la Barcelona Traction; elles expriment l'espoir que le Gouvernement espagnol saura trouver les voies et moyens pour éviter toute injustice. Ces premières démarches aboutirent à la réunion du Comité d'experts aux travaux duquel la Belgique ne put pas participer, malgré ses protestations, ainsi qu'il a été exposé dans le *Mémoire* (pp. 84 et suiv., §§ 184 et suiv.).

C'est à partir de l'émission des faux titres de l'Ebro par les syndics de la faillite que le ton des notes britanniques et canadiennes se modifie et qu'une action, jusqu'alors amiable, prend l'allure d'une véritable intervention diplomatique; elle atteint son point culminant dans la note n° 737 du 22 décembre 1951 de l'Ambassade de Grande-Bretagne par laquelle le Gouvernement canadien adresse formellement au Gouvernement espagnol le reproche d'avoir violé le *Traité de commerce et de navigation* du 31 mars 1922 entre la Grande-Bretagne et l'Espagne, applicable au Canada depuis le 1^{er} août 1928; il affirme catégoriquement qu'il y a déni de justice, se déclare disposé à accepter un arbitrage et réserve tous ses droits.

Ultérieurement, cette correspondance diplomatique n'a plus été poursuivie et, depuis 1951, le Gouvernement canadien s'est désintéressé du litige. Actuellement, il n'y a pas d'intervention autre que celle du Gouvernement belge pour sauvegarder les droits des intéressés lésés par la faillite de la Barcelona Traction.

Il faut donc constater que, même si on voulait reconnaître un droit préférentiel ou même exclusif d'intervention à l'Etat national de la compagnie pour la défense de ses intérêts sur le plan international, cet Etat national n'a plus agi depuis douze ans et n'a pas manifesté l'intention d'agir à l'avenir. Sans tenir compte de ces réalités, le Gouvernement espagnol soutient, comme seule réponse à l'argument d'équité invoqué par le Gouvernement belge, qu'il ne serait pas équitable qu'« après avoir dû faire face pendant longtemps (!) à l'intervention du Canada, en qualité d'Etat national protecteur de la société, l'Espagne soit obligée de tolérer encore, pour les mêmes faits, l'intervention de la Belgique en qualité d'Etat protecteur d'une partie des actionnaires de la même société » (1). La conclusion à laquelle aboutit logiquement le raisonnement de la Partie adverse équivaut donc, en substance, à soutenir que, comme l'Espagne n'a pas donné satisfaction au Canada, elle ne peut pas être tenue de donner satisfaction à la Belgique! Une telle conclusion démontre l'erreur, et du point de départ, et de toute l'argumentation du Gouvernement espagnol.

En fait donc, le Gouvernement belge n'a pas du tout eu la préoccupation de tourner cet « obstacle insurmontable » que constituerait la protection diplomatique exercée par le Gouvernement canadien en faveur de la Barcelona Traction, car cette protection, faible et intermittente, a pratiquement pris fin il y a plus de douze années et avait depuis longtemps complètement disparu lors de l'introduction de la Requête belge devant la Cour.

(1) E.P., p. 235, note 1.

En droit, du reste, la prétendue protection préférentielle ou même exclusive que le Gouvernement espagnol soutient appartenir à l'Etat national de la personne juridique ne peut pas être admise. Cette question sera traitée ultérieurement (voir *infra*, pp. 182 et suiv.).

Fausse allégation que le Gouvernement belge tenterait de se substituer au Gouvernement canadien.

(130) Parmi les arguments qui sont invoqués dans les *Exceptions préliminaires* pour contester le *jus standi* de la Belgique, il en est un autre qui est en liaison étroite avec celui que l'on vient de réfuter. Le Gouvernement espagnol allègue que le Gouvernement belge « essaie, en d'autres termes, d'insinuer — tout en se gardant, naturellement de le dire trop ouvertement » (1) certaines thèses qui lui sont gratuitement attribuées

Ainsi, les *Exceptions préliminaires* soulèvent, toujours à titre hypothétique, la tentative du Gouvernement belge de faire admettre une « substitution » de la protection belge à la protection canadienne, sans omettre d'ajouter que « cette substitution constitue l'aspiration aussi constante qu'irréalisable du Gouvernement belge » (2). Elles affirment, en interprétant à leur façon le *Mémoire* belge (pages 153, 154) que le Gouvernement demandeur énonce « quoique sous une forme déguisée » (3), la volonté de s'attribuer un *jus standi* à lui-même par substitution au Gouvernement canadien. De toute évidence, ce n'est pas là la pensée du Gouvernement belge; il est clair et reconnu que ce Gouvernement n'a jamais exprimé de doutes au sujet du statut canadien de la Barcelona Traction et que, dans sa *Requête*, il n'a pas énoncé la prétention de se substituer au Canada pour protéger diplomatiquement la société canadienne.

Ainsi encore, les *Exceptions préliminaires* insistent avec un grand luxe de motifs sur le principe qu'aucun Etat n'est légitimé à intervenir « pour sauvegarder les droits des autres », et que « le transfert de l'Etat national à un autre Etat de la faculté d'exercer la protection diplomatique d'une personne déterminée est donc tout aussi inadmissible sur le plan de la procédure de la protection que sur celui des droits substantiels à protéger » (4).

On est, en vérité, en présence d'un mélange d'arguments empruntés presque entièrement à une instance disparue, fait de citations incomplètes ou détournées de leur véritable sens, de suppositions, de réfutations sans pertinence dans la cause actuelle, d'insinuations sans fondement et aussi de reproches et d'accusations, qui ne peuvent que créer la confusion mais sont inaptes à servir à la recherche sereine et objective de la vérité au prétoire.

(1) E.P., p. 183.

(2) *Ibid.*, p. 183.

(3) *Ibid.*, p. 193.

(4) E.P., p. 195.

(5) E.P., p. 195.

Le Gouvernement belge n'a jamais eu l'idée étrange, en demandant réparation pour les pertes subies par ses nationaux, personnes physiques et juridiques, de se substituer au Canada dans la défense des ressortissants canadiens, ni de se prévaloir du droit conventionnel existant entre l'Espagne et le Canada; il ne s'est pas davantage préoccupé du régime juridique qui existerait, ou n'existerait pas, entre ces deux États en ce qui concerne la forme et les conditions de la protection diplomatique et, éventuellement, de son épilogue juridictionnel: le Gouvernement belge agit en vertu du droit qui lui appartient incontestablement sur le plan international de défendre ses propres ressortissants lésés par un acte contraire au droit international.

Le Gouvernement belge juge inutile de s'attarder plus longuement à combattre ces allégations, hypothèses et argumentations qui ne peuvent que créer ou entretenir des malentendus. Il se refuse à nier l'évidence. Le statut canadien de la Barcelona Traction, il le reconnaît, comme il l'a déjà fait au cours de la procédure diplomatique. Il ne méconnaît pas davantage l'importance du lien de nationalité qui doit exister entre les lésés et l'État intervenant en leur faveur par la voie diplomatique et admet que, sauf accord spécial, aucun État n'est légitimé à intervenir pour sauvegarder les droits d'autres États; les longs développements donnés à cette vérité première lui paraissent aller de soi. Bien loin de contester que la protection internationale des lésés soit à base de nationalité, le Gouvernement belge invoque ce principe et ce droit et en demande l'application dans son intervention contre l'Espagne pour sauvegarder les intérêts de ses ressortissants, personnes physiques et morales, qui ont subi des pertes énormes par la faillite de la Barcelona Traction en Espagne.

Le droit propre de la Belgique à intervenir.

(131) La situation juridique est au fond fort simple. Un dommage considérable, se chiffrant par millions de dollars, a été causé aux biens, droits et intérêts investis dans une société de statut canadien dont le capital-actions appartient presque intégralement à des ressortissants belges, personnes physiques et personnes juridiques. Ce dommage provient d'une faillite entièrement irrégulière, et dans sa déclaration par un tribunal espagnol, et dans son exécution par les autorités chargées de liquider les biens de la société faillie sous l'auspice des tribunaux espagnols; elle a été irrégulière au point que les autorités de la faillite sont allées jusqu'à provoquer l'émission de faux titres pour remplacer ceux dont ils ne pouvaient s'emparer parce qu'ils se trouvaient au Canada, tout cela couvert par des décisions des autorités judiciaires. L'acte internationalement illicite a été commis en Espagne et l'État espagnol en est tenu pour responsable. Il est incontestable qu'en l'espèce la Belgique est lésée par l'atteinte portée aux droits de ses ressortissants contrairement au droit des gens. Elle peut, dès lors, agir contre l'Espagne qui est responsable du dommage, parce que « c'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'État à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État », ainsi que l'a déclaré la Cour permanente de Justice internationale, dans son arrêt du 30 août 1924 concernant l'*Affaire des concessions Mavrommatis* en Palestine (1).

Le Gouvernement belge reste donc dans la ligne la plus classique du droit international en accordant sa protection, non pas à une société de statut canadien comme telle, mais à des ressortissants belges ayant des intérêts importants dans la Barcelona Traction et tout spécialement au principal actionnaire belge, la Sidro, société de statut belge dont les intérêts prépondérants sont également belges. Ce droit de pro-

(1) *Publications de la C.P.J.I.*, série A, n° 2, p. 12.

tection de la Belgique est inhérent à sa qualité d'État souverain ; la Belgique agit directement en faveur de ses ressortissants lésés en se fondant sur le droit international. Elle n'a aucun besoin de se prévaloir d'un droit de substitution à la protection diplomatique du Canada ou de prétendre, comme le Gouvernement espagnol lui en prête à tort l'intention, que la Barcelona Traction est une société belge.

Dans les nombreux cas où un différend entre deux États surgit du fait qu'un préjudice a été causé par l'un d'eux à des ressortissants de l'autre, s'il est un principe qui ne donne pas lieu à contestation en droit international public, parce qu'il est définitivement reconnu, c'est celui qui prescrit que l'État intervenant ne se substitue point à son ressortissant et que, dans l'action internationale, il fait valoir son droit propre. Il en est ainsi bien que selon les conceptions modernes, l'idée de Vattel ait été abandonnée qui voyait dans tout préjudice causé à un particulier par un État étranger une offense au prestige ou à l'honneur de l'État national du lésé. Si, actuellement, l'intervention protectrice de l'État a un caractère plutôt fonctionnel, il n'en reste pas moins que l'État est la seule partie en cause devant la Cour, ainsi qu'elle l'a bien expliqué dans un de ses premiers arrêts, celui du 30 août 1924, dans l'*Affaire des Concessions Mavrommatis* en Palestine, où elle s'est exprimée de la manière suivante :

« Dans l'affaire des concessions Mavrommatis, il est vrai que le différend a d'abord été celui d'un particulier et d'un État, celui de Mavrommatis et de la Grande-Bretagne ; puis le Gouvernement hellénique a pris l'affaire en mains : le différend est alors entré dans une phase nouvelle ; il s'est porté sur le terrain international ; il a mis en présence deux États ; dès lors la possibilité existe qu'il relève désormais de la compétence de 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 État fait à vrai dire, *valoir son droit propre*, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international (1).

» Il n'y a donc pas lieu, à ce point de vue, de se demander si, à l'origine du litige on trouve une atteinte à un intérêt privé, ce qui d'ailleurs arrive dans un grand nombre de différends entre États. Du moment qu'un État prend fait et cause pour un de ses nationaux devant une juridiction internationale, cette juridiction ne connaît comme plaideur que le seul État » (2).

Il est incontestable, en droit international public, que la demande de protection diplomatique de la personne privée qui se prétend lésée ne lie en aucune manière, pas même dans certaines limites, la réclamation internationale de l'État ; celui-ci peut la poursuivre même si le lésé renonce à la réparation ; ainsi que le relève fort exactement le Professeur Guggenheim : « le droit pour l'État à exercer la protection diplomatique existe... indépendamment de la volonté de la personne en faveur de qui elle s'exerce » (3).

(1) Cette formule a été reprise, textuellement, dans l'arrêt du 6 avril 1955 concernant l'affaire *Nottebohm* (deuxième phase). C.I.J. *Recueil*, 1955, p. 24.

(2) *Publications de la C.P.J.I.*, série A, n° 2, p. 12. Les italiques ne sont pas au texte.

(3) *Traité de droit international public*, vol. II, p. 25. Dans le même sens : Raestad, *La protection diplomatique des nationaux à l'étranger* (*Revue de droit international*, vol. XI, 1933, p. 536).

L'État intervenant n'agit pas d'ailleurs comme le représentant légal des lésés auxquels il accorde sa protection; il ne se substitue pas davantage à eux dans le procès international en l'intentant en son propre nom; il n'y a pas une espèce de novation de l'action en faveur de l'État national, car, dans l'ordre international, les obligations de chaque État à propos de torts causés à des personnes privées existent immédiatement envers chaque État intervenant (1), en sorte que, par la protection diplomatique, non seulement le sujet de l'action change, mais aussi le rapport de droit, car il est d'une autre nature que celui du particulier qui a subi un dommage; il est fondé sur le droit qu'à chaque État d'obtenir que ses ressortissants soient traités conformément au droit international. L'État ne peut jamais intervenir qu'en vertu d'un lien juridique qui lui est propre, ce qui est démontré par le fait que les indemnités sont versées d'État à État (2).

La jurisprudence internationale a également dégagé le principe important que les dommages privés subis par une personne physique ou morale par suite d'un acte internationalement illicite ne sont pas identiques au dommage infligé à l'État national par l'atteinte aux droits de son national. L'arrêt du 13 septembre 1928 de la Cour permanente de Justice internationale le constate explicitement, dans l'affaire relative à l'usine de *Chorzow* (demande en indemnité) dans les termes suivants:

« 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'État 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'État subira; il ne peut que fournir une mesure convenable de la réparation due à l'État » (*Publications de la C.P.J.I.*, série A, N° 17, p. 28) (3).

L'État demandeur a donc seul qualité pour agir devant la Cour; il n'est pas le simple mandataire des personnes privées qui ont subi le dommage; il ne se présente pas au nom de tels ou tels particuliers; il fait valoir son droit propre (4).

Bien que la *Requête* actuellement pendante de la Belgique ne concerne que les seuls intérêts belges dans la *Barcelona Traction*, les *Exceptions préliminaires* n'en reviennent pas moins sur « le caractère inadmissible d'une demande polyvalente », dont les bénéficiaires auraient pu être, alternativement, la *Barcelona Traction* comme telle, ou d'autres intéressés (5). Elles le font en considérant tout simplement la conclusion III du *Mémoire* belge comme une diminution de 12 % par rapport à la demande correspondante qui figurait au point III de la précédente *Requête* belge. Et le Gouvernement espagnol de se demander si ce « rabais » aurait l'effet magique « de transformer inopinément la requête belge en une requête recevable » (6).

(1) Kaeckenbeek, *La protection internationale des droits acquis* (*Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, La Haye, 1937, vol. I, p. 371).

(2) La Pradelle et Folitès, *Affaire de l'Alabama* (*Recueil des Arbitrages internationaux*, vol. II, p. 897 sq.).

(3) Les italiques ne sont pas au texte.

(4) Dans l'affaire *Albino Abbiati*, jugée par la Commission Vénézuéla-Etats-Unis, instituée en 1890, la décision déclare, entre autres, que l'État demandeur n'est pas un agent de réclamations (« the plaintiff State is not a claim agent ») (cité dans l'affaire de l'*Orinoco Steamship Co.*, N.U. *Recueil des Sentences arbitrales*, IX, p. 185).

(5) E.P., p. 178.

(6) *Ibid.*, p. 197.

Il n'y a pas de demandes polyvalentes dans les conclusions déposées devant la Cour par la Belgique. Il n'y a qu'une demande dont les conclusions ont une seule et même cause juridique, qui est le déni de justice commis en Espagne, et poursuivent un seul objet, la réparation de ses effets désastreux pour des nationaux belges.

Les conclusions actuelles de la Belgique ne se prêtent à aucune discussion de ce genre. Au demeurant, dans toutes les éventualités, la question des actions polyvalentes ne pourrait être tranchée qu'après examen du fondement des réclamations présentées par le Gouvernement belge; ce n'est pas une question intéressant la recevabilité de l'action, tout État demandeur ayant la faculté de prendre des conclusions principales en prévision de certaines éventualités, et des conclusions subsidiaires pour d'autres.

Réalité des intérêts belges dans la Barcelona Traction. — Renvoi.

(132) Le Gouvernement espagnol comprend sans aucun doute combien la prépondérance écrasante des intérêts belges dans la Barcelona Traction rend légitime, sur le plan du droit et de l'équité, l'intervention du Gouvernement belge au profit des actionnaires belges de cette société.

C'est pourquoi il s'efforce, en vain d'ailleurs de minimiser la participation belge dans le capital de la Barcelona Traction dans le long exposé qu'il consacre à cette question dans l'« Historique » (E. P., pp. 53 à 73). Il ne peut le faire toutefois sans aller à l'encontre de faits établis ni se mettre en contradiction avec la thèse qu'il soutient lui-même au sujet de la protection diplomatique des sociétés.

Toutefois pour ne pas interrompre l'exposé des thèses juridiques en présence concernant le *jus standi* de la Belgique, le Gouvernement belge a estimé préférable de renvoyer au chapitre V ci-dessous la réfutation des allégations du Gouvernement espagnol concernant la réalité des intérêts belges dans la Barcelona Traction.

CHAPITRE II

LA PROTECTION DIPLOMATIQUE
DANS LE CAS DE LÉSION DE PERSONNES MORALES*La protection internationale des investissements étrangers.*

(133) Il est rappelé que la question posée à la Cour par l'exception préliminaire n° 3 à propos de l'examen de la qualité pour le Gouvernement belge d'agir dans la présente instance a été clairement et nettement formulée dans le *Mémoire* de la Belgique (1); c'est celle de la protection internationale diplomatique et judiciaire des personnes physiques et morales qui, ayant investi des fonds dans des sociétés commerciales étrangères, ont subi des pertes en tant qu'associés ou actionnaires de ces sociétés par suite d'actes internationalement illicites dont un État s'est rendu coupable envers elles.

Le Gouvernement espagnol finit par l'aborder à la page 197 (chiffre 9) de ses *Exceptions préliminaires*, mais trop brièvement et pour y voir immédiatement « une intervention abusive » de la protection belge dans l'affaire de la Barcelona Traction et retomber dans la confusion entre la protection d'une société étrangère comme telle et celle des associés ayant une autre nationalité qu'elle.

Il s'agit d'un problème d'une importance capitale dans le monde moderne, qui préoccupe les gouvernements, les économistes et les hommes d'affaires de nombreux pays soucieux d'assurer la sécurité des investissements effectués à l'étranger. Les juristes de leur côté s'en occupent activement et ne laissent pas de le scruter; parmi les plus perspicaces de ces chercheurs, il faut citer le Professeur Reuter, de la Faculté de droit de Paris, qui a formulé les remarques pénétrantes et très actuelles qui suivent :

« Le droit international... doit prendre une position équilibrée; pour cela il faut tenir compte des pratiques et des structures de la société capitaliste, telles qu'elles se sont développées à propos des investissements étrangers dans la plupart des pays du monde aux XIX^e et XX^e siècles. Deux traits notamment doivent rester présents à l'esprit: le caractère vraiment international, en fait, de beaucoup de sociétés, qui réunissent des capitaux appartenant à des pays différents, l'obligation imposée par de nombreux pays aux capitaux étrangers de prendre la forme juridique de la loi locale, bien que les capitaux soient tous étrangers. La matière est à l'heure actuelle en pleine transformation et devrait être étudiée dans le cadre du problème fait aux investissements étrangers » (2).

(1) Page 150, § 314.

(2) *Droit international public*, Paris, 1958, p. 164. Dans le même sens Paul De Visscher, *La protection diplomatique des personnes morales*, R.C.A.D.I., 1961, vol. I, tome 102, p. 468 qui écrit que cette évolution n'est vraisemblablement pas achevée.

Cet aspect du problème semble échapper à la Partie défenderesse pour qui le débat se ramène à une contestation sur le droit de protéger la seule société directement lésée. A chaque tentative de protection des actionnaires par leur propre État national, elle oppose, comme un monolithe, le bloc de la seule protection par l'État national de la société lésée.

En réalité, le domaine de la protection internationale, soit des sociétés comme telles, soit des actionnaires ou autres sociétaires, est actuellement en pleine évolution. La jurisprudence des trois premiers quarts du XIX^e siècle ne pouvait pas tenir compte des situations créées par l'essor des grandes sociétés financières dans lesquelles le statut de droit interne est très souvent différent de la nationalité des actionnaires. Il en est résulté que le principe de la protection internationale des actionnaires tend de plus en plus à s'imposer dans les développements récents de la pratique internationale.

La controverse juridique entre les deux États au sujet de la protection des investissements belges dans la Barcelona Traction résulte de l'intransigeance avec laquelle le Gouvernement défendeur soutient que la qualité pour agir n'appartient qu'à l'État national de la société mise en faillite, en oubliant tout un mouvement doctrinal d'une envergure croissante qui préconise une application réaliste des principes de droit international à la protection des investissements dans des corporations étrangères, en s'appuyant sur des précédents impressionnants dans lesquels le droit de protection des actionnaires et autres associés est nettement affirmé.

Insuffisance du critérium du statut national.

(134) Le critérium du statut national des sociétés pour déterminer l'Etat ayant qualité pour agir par la voie diplomatique ou devant une juridiction internationale, s'est révélé parfois inadéquat, en particulier lorsqu'un gouvernement prend des mesures dommageables à l'égard de ses propres sociétés dans lesquelles des étrangers possèdent des intérêts importants, ou, comme c'est le cas en l'espèce, lorsque ces mesures atteignent des corporations dont l'Etat national du siège ou de l'enregistrement se désintéresse, parce que les entités lésées sont composées d'étrangers ou sont dominées par eux. Dans les deux éventualités, les lésés seraient exposés à être privés de toute protection diplomatique, si un correctif n'était pas apporté à ce critérium.

Quelle que soit la théorie adoptée pour expliquer la personnalité juridique des sociétés et corporations, on ne peut nier que derrière toute personne juridique il y a des êtres humains, seuls véritables intéressés, et que toute l'activité sociale ou corporative se manifeste en réalité par eux et pour eux. On en trouve une expression typique dans la doctrine américaine du « disregard of legal entity » sur laquelle est fondé le jugement américain cité dans le *Mémoire belge* (1), et dans lequel le juge s'est attribué le droit, afin de mieux assurer l'administration de la justice, « de percer le voile de la personnalité juridique ».

De plus en plus l'idée se répand et s'impose que les sociétés et corporations sont de simples formes d'organisation qui doivent permettre aux hommes de jouir de droits de propriété et de s'intéresser à des affaires qui, sinon, leur resteraient pratiquement fermées. Ainsi que le relève avec pertinence Borchard dans son rapport à l'Institut de

(1) *Mémoire*, p. 151, § 315 et note 3.

droit international sur la *protection diplomatique des nationaux à l'étranger* (1), « ce sont des hommes qui retirent du bénéfice de l'organisation constituée sous la forme d'une société ou qui sont lésés par elle et cette conception a prévalu de plus en plus au cours des dernières années dans le droit international. De là la tendance à s'écarter de la règle suivant laquelle l'enregistrement ou le siège, ou le domicile suffiraient à eux seuls pour justifier la protection diplomatique, laquelle tendance se manifeste par le fait qu'on soulève le voile de l'organisation sociétaire (2), qu'on s'enquiert de la nationalité des détenteurs d'actions et même qu'on protège les détenteurs nationaux sans tenir compte du lieu d'enregistrement, du siège ou du domicile de la société dont ces derniers possèdent des actions ».

Le Professeur Hohfeld approuve pleinement la déclaration suivante de la Cour supérieure de l'État de l'Ohio :

« Quand tout a été dit, il n'en reste pas moins qu'en réalité une société n'est pas une personne ou une chose distincte de ses parties constituantes, et que les parties constituantes sont les détenteurs d'actions, tout comme en essence et en réalité les différents associés sont les parties constituantes d'une association » (3).

Des considérations de ce genre sur la persistance des intérêts individuels dans toutes les formes de groupements collectifs n'ont pas laissé d'exercer une influence sur le droit des gens moderne, et expliquent le rôle de plus en plus étendu qui est attribué à la nationalité des actionnaires et autres sociétaires dans le domaine de la protection diplomatique des intérêts groupés dans des entités collectives (4).

Le Gouvernement défendeur n'ignore pas cette nouvelle tendance en droit international, et il lui accorde même une certaine place dans son exposé, mais il s'efforce d'en réduire la portée par des argumentations que l'on réfutera dans la suite de l'exposé et qui se ramènent parfois à de simples pétitions de principes.

Commentaire des thèses espagnoles au sujet de la protection diplomatique.

(135) Le Gouvernement belge ne peut s'abstenir de répondre aux simples affirmations que le Gouvernement défendeur présente comme un exposé des « principes essentiels de la protection diplomatique » et qui sont énumérées dans les *Exceptions préliminaires* sous les litt. allant de a) à i) (pp. 184 à 187). Il le fera bien que ces affir-

(1) *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1931, vol. I, tome XXXVI, p. 297.

(2) Les italiques ne sont pas au texte.

(3) Cité par Borchard (*passim*).

(4) R. David, in *La personnalité morale et ses limites*, p. 7, écrit : « Les observations faites ... nous montrent en effet comment on tend, dans les différents pays, à se dégager du „fétichisme,, des formules pour considérer les réalités concrètes auxquelles il y a lieu de faire face. Les droits du continent européen rejoignent, par cette tendance, la position qui paraît avoir été toujours celle de la *common law*, système plus empirique et moins enclin à la systématisation que les autres. Aucune déduction entièrement sûre ne peut être tirée, aujourd'hui, du fait qu'un certain organisme est qualifié de personne morale. Un régime propre doit être dessiné pour chaque type de „personnes morales,, ».

Le Prof. Grosser. écrit de son côté : « La mystique de la personne morale est révolue ». *Eod. loco*, p. 155.

mations soient présentées en fonction de la société canadienne dont le Gouvernement défendeur persiste à soutenir qu'elle est diplomatiquement protégée par la Belgique alors que, comme on ne saurait assez le répéter, c'est en faveur de la Sidro et des autres actionnaires belges de la Barcelona Traction que l'instance devant la Cour a été engagée.

Il paraît d'autant plus nécessaire au Gouvernement belge de présenter diverses observations à ce sujet qu'elles seront de nature à faciliter l'exacte compréhension de ses propres conceptions dans le cas soumis à l'appréciation de la Cour — cas unique, à sa connaissance, dans les annales judiciaires — d'une faillite prononcée, puis complètement liquidée, sans que le jugement de faillite soit devenu définitif, ainsi que cela est longuement exposé dans la partie du *Mémoire* belge consacrée aux faits du litige.

Le Gouvernement demandeur, afin de simplifier la discussion, suivra l'ordre de l'argumentation adoptée par la Partie défenderesse (1).

Ad. litt. a. Le Gouvernement belge ne conteste pas du tout que la protection diplomatique est une institution destinée à garantir les règles du droit international qui concernent le traitement des étrangers. Il tient à préciser que ces garanties ne s'étendent pas seulement à la personne des étrangers, mais aussi à leurs avoirs de tous genres, propriété mobilière et immobilière, créances, investissements, etc.; il n'est pas nécessaire non plus que les lésés se trouvent personnellement sur le territoire de l'État rendu responsable d'une atteinte au droit international. Ces conditions sont manifestement remplies par la Sidro et autres ressortissants belges qui, actionnaires de la Barcelona Traction, ont été lésés dans leurs investissements par des mesures dirigées en réalité contre eux, au travers de la société canadienne, ainsi que cela est prouvé ailleurs.

Ad. litt. b. Le Gouvernement belge a déjà fréquemment invoqué à l'appui de sa réclamation « son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter, en la personne de ses ressortissants, le droit international », comme le veut le Gouvernement défendeur; et les principes juridiques dont il demande l'application ne sont pas seulement « quelques règles » du droit coutumier, mais les principes du droit international général (2) qui obligent tout État d'accorder aux étrangers un traitement conforme au minimum standard international — *in casu*, de les mettre à l'abri d'une procédure de faillite aussi insolite que celle suivie en Espagne dans l'affaire dont est saisie la Cour. Ces principes résultent notamment des principes généraux du droit reconnus par les États civilisés et des décisions judiciaires ainsi que de la doctrine des publicistes les plus éminents des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit, conformément à l'article 38 du Statut de la Cour.

Ad. litt. c et d. Le Gouvernement belge ne nie pas, et n'a jamais nié dans sa correspondance diplomatique, que le droit international général exige l'existence d'un lien de nationalité entre un État et les sujets de droit auxquels il entend assurer le bénéfice de sa protection diplomatique. C'est sur ce fondement qu'il réclame également la reconnaissance de son propre droit de protection diplomatique en faveur des lésés, personnes physiques et morales de statut national belge. S'agissant en particulier de

(1) E.P., pp. 184 et suiv.

(2) *Conf.* Charles De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, 1963, pp. 219 et suiv.

l'actionnaire le plus important de la Barcelona Traction, il relève que la société Sidro est indiscutablement investie du statut national belge, qu'elle présente un lien effectif de rattachement avec la Belgique et qu'elle remplit ainsi les deux conditions requises pour pouvoir bénéficier de la protection du Gouvernement belge, à savoir, d'une part, d'avoir été constituée sous l'empire des lois belges et d'avoir son siège social en Belgique, et, d'autre part, de comprendre parmi ses actionnaires un nombre important (en l'espèce, la majorité) de personnes de nationalité belge.

Il est incontestable qu'en droit belge, les conditions de constitution, l'existence et le fonctionnement des sociétés sont régis par la loi du siège social. Dans ces limites la société a la nationalité du lieu de son siège social et cette nationalité détermine la loi régissant sa validité et son fonctionnement. C'est en ce sens qu'est interprété l'article 197 des Lois coordonnées relatives aux sociétés, qui dispose que « toute société dont le principal établissement est en Belgique est soumise à la loi belge bien que l'acte constitutif ait été passé en pays étranger » (1). Le siège social apparaît donc comme une preuve *prima facie* de l'appartenance d'une société à un État.

Mais le droit belge ne s'en tient pas là ; il faut que le statut national soit corroboré par l'existence d'intérêts belges réels au sein de cette société, lorsqu'il s'agit de fixer, dans l'ordre du droit public et du droit des gens, le lien économique qui rattache une personne morale à un État. En ce cas, le critère de l'effectivité est retenu. Ce lien est fondé sur des réalités économiques. Si, à cet égard, il convient de prendre en considération toutes les circonstances qui exercent une influence déterminante sur l'activité de la société, il faut cependant, en règle générale, tenir compte, en première ligne, de la nationalité des actionnaires (2).

Ce double critère du siège social et de l'existence ou de la prédominance d'intérêts belges a été consacré par plusieurs textes de droit positif parmi lesquels il faut mentionner, en premier lieu, les lois relatives à la réparation des dommages de guerre aux biens privés, coordonnées par l'Arrêté royal du 30 janvier 1954 (3).

(1) De Smet et Frédéricq, *Le transfert du siège social. Rapport des juristes belges au V^e congrès international de droit comparé (Revue de droit international et de législation comparée, 1958, p. 149).*

(2) Charles De Visscher, *De la protection diplomatique des actionnaires d'une société contre l'Etat sous la législation duquel cette société s'est constituée (Ibid., 1934, p. 643)*, écrit : « S'agit-il ... de fixer dans l'ordre du droit public, le lien économique qui peut exister entre une collectivité personnifiée et un Etat donné, en d'autres termes de lui assigner avec cet Etat un lien de rattachement, qui est non pas identique, mais plus ou moins analogue à celui qui existe entre un Etat et ses citoyens ou ressortissants, on s'aperçoit que jamais une société n'a une nationalité vraiment indépendante de celle de ses membres. »

(3) Art. 3, § 3 : « Sont réputées de nationalité belge, les personnes morales qui justifient :
1^o qu'elles ont été constituées sous l'empire des lois belges ou conformément à la législation de la colonie ;
2^o qu'elles ont leur siège social en Belgique ou au Congo belge ou qu'elles l'ont transféré à l'étranger par application de l'arrêté-loi du 8 février 1940 ou de l'arrêté-loi du 19 février 1942. Toutefois, ces personnes morales ne peuvent prétendre au bénéfice des présentes lois coordonnées, si l'Etat belge démontre qu'entre le moment du sinistre, d'une part, et le 10 novembre 1947, ou, le cas échéant, le jour de la dissolution, d'autre part, la majorité des capitaux soumis au régime de la société appartient à des personnes qui ne sont pas de nationalité belge ou qu'entre les mêmes dates, la majorité des membres d'une association sans but lucratif ne sont pas de nationalité belge. »

Commentant un arrêt rendu par le Conseil d'État belge, le 24 mai 1957, un auteur a observé ce qui suit au sujet du critère de la nationalité en matière de dommages de guerre : « le but de ce critérium spécial de la nationalité des sociétés de capitaux est clair. Puisque l'objet de la législation sur les dommages de guerre est, comme le rappelle l'arrêt, la reconstitution des valeurs économiques belges nécessaires à la reprise des activités de la Belgique, la loi a voulu que le juge au fond se détermine en cette matière en s'attachant surtout à rechercher la *nationalité des intérêts couverts par la société* (1). Plus encore que les critères de droit commun (constitution sous l'empire des lois belges, ou siège social en Belgique), c'est bien en effet le critérium économique qui fournit la solution la plus vraie à la question de la nationalité d'une société de ce genre » (2).

La Cour de cassation belge a relevé aussi qu'au point de vue de la protection des intérêts belges organisée par les lois sur les dommages de guerre « les sociétés dans lesquelles les parts ou actions appartenant en totalité à des sujets de nations ennemies ne fonctionnaient plus que *fictivement* (1) sous le couvert de la loi belge » (3). On ne pouvait préciser plus clairement que le rattachement à la loi belge du siège social, retenu pour déterminer le statut de droit privé de la société n'est pas, à lui seul, déterminant et ne rend pas compte, à lui seul, de la réalité complexe qui caractérise une société commerciale. Au regard de certaines exigences économiques et politiques, ce lien de rattachement apparaît fictif. Pour atteindre cette réalité économique, il faut que vienne s'ajouter le caractère effectivement belge de la société qui permet d'affirmer le véritable lien d'allégeance politique, la nationalité de la société (4).

Sur le plan du droit international public également, le critère de l'appartenance des capitaux a été pris en considération pour la protection des intérêts belges dans des sociétés de droit étranger.

Un exemple particulièrement intéressant en est fourni par le projet de loi portant approbation d'un accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la République tchécoslovaque du 30 septembre 1952, concernant l'indemnisation de certains intérêts belges et luxembourgeois en Tchécoslovaquie, qui n'a pas encore été approuvé par le Parlement belge (Documents parlementaires, Chambre des Représentants, 1952-1953, N° 310).

L'article 2 de cet accord dispose que « sont considérés comme biens, droits et intérêts belges et luxembourgeois ... les biens, droits et intérêts appartenant, à la date de la signature du présent accord, directement ou indirectement, à des personnes physiques de nationalité belge ou luxembourgeoise, ou à des personnes morales ayant leur siège en Belgique ou au Grand-Duché de Luxembourg et comportant un intérêt belge ou luxembourgeois prépondérant ».

(1) Les italiques ne sont pas au texte.

(2) A. Melchior, in *Revue Jur. Droit Administratif et Conseil d'Etat*, 1957, p. 36.

(3) Cass. 15 juillet 1920, *Pasinomie belge*, 1921, I, 59.

(4) Il faut encore citer comme exemple l'arrêté-loi belge du 3 février 1947 organisant l'agrément des entrepreneurs, dont l'article 1^{er} dispose que les travaux offerts, financés ou subventionnés par l'Etat ne peuvent être confiés qu'à des entrepreneurs remplissant la condition « d'être de nationalité belge. S'il s'agit de sociétés, il faut que les deux tiers du capital au moins soient belges ».

On voit combien sont inexactes les affirmations de la Partie défenderesse dans ses *Exceptions préliminaires* (pp. 191-192) lorsqu'elle déclare « que le droit belge ne s'est écarté de ce critère (celui du siège social) dans aucune matière du droit public, ni même dans la législation exceptionnelle du temps de guerre »; il est vrai qu'elles ont, en l'occurrence, été formulées dans l'unique but de mettre le Gouvernement belge au défi de prouver que « la Barcelona Traction possédait aux époques critiques, la nationalité belge »! Or, le Gouvernement demandeur ne l'a jamais prétendu. C'est de la « nationalité » belge d'une personne morale, actionnaire de la société canadienne, qu'il s'agit, de la Sidro.

Ad. litt. f. Le Gouvernement belge prend acte de la concordance des points de vue des deux Gouvernements pour admettre que « Conformément à une pratique internationale ancienne et bien établie, les règles concernant la protection diplomatique s'appliquent aux personnes morales tout autant qu'aux personnes physiques », et que « les règles coutumières et conventionnelles du droit international qui concernent la condition des étrangers autorisent l'État à exiger qu'un certain traitement soit réservé à ses ressortissants, que ce soient des personnes morales ou des personnes physiques » (1).

Mais il n'y a manifestement aucun rapport entre le principe énoncé et la déduction qu'on prétend en tirer, à savoir que la protection des personnes morales en tant que telles exclut celle des particuliers qui s'y trouvent groupés. La règle que les personnes morales sont susceptibles de protection comme les personnes physiques ne signifie nullement que les particuliers qui ont créé une personne morale victime d'une lésion, ne puissent eux-mêmes faire l'objet d'une protection de la part de leur État national. Pour pouvoir bénéficier de la protection, ces particuliers devront évidemment satisfaire à la même condition que celle requise des personnes physiques victimes directes d'un acte dommageable, c'est-à-dire, être ressortissants de l'État protecteur. En outre, pour apprécier si ces ressortissants ont droit à la protection, il faudra se demander, règle de bon sens: ont-ils subi un dommage du fait des actes dénoncés? Si la réponse est affirmative, on ne voit pas pourquoi le droit de protection leur serait refusé. Dans le cas concret, les ressortissants belges ont été effectivement lésés avec cette circonstance aggravante que, comme on le verra plus loin (*infra*, pp. 181 et 182), en réalité toute l'action spoliatrice de l'instigateur de la manœuvre qui a suscité la *Requête* de la Belgique atteignait directement les actionnaires, c'est-à-dire, en l'espèce, les intéressés belges. La Belgique a donc un droit d'action propre, quelle que soit la position adoptée par le Gouvernement canadien, lequel a, au surplus, depuis longtemps délaissé toute réclamation contre l'Espagne.

Le point crucial du litige actuel porte sur la protection des actionnaires ou autres associés étrangers d'une société lésée, et non pas sur la protection de la société comme telle; on s'excuse de le répéter sans cesse, mais c'est parce que la confusion, elle aussi, est constante dans les *Exceptions préliminaires*.

Ad. litt. g et h. Le Gouvernement belge ne peut que confirmer les observations qu'il a faites ci-dessus, *ad litt. c) et d)*, au sujet de la nécessité pour la personne morale d'avoir avec l'État réclamant un lien de nationalité, selon l'ordre juridique interne de cet État (2). Les exigences de l'ordre juridique belge sont pleinement remplies par les lésés, en particulier par la Sidro.

(1) E.P., p. 186. Les italiques sont au texte.

(2) E.P., p. 186.

En revanche, on ne peut considérer comme superflu d'examiner la nature juridique de la nationalité des personnes morales. Il ne s'agit nullement d'une question de « pure spéculation », comme la qualifient les *Exceptions préliminaires* (1). La recherche de la vérité juridique sur ce point est fondamentale en droit international public, afin de déterminer quels sont les États qui ont qualité pour exercer la protection diplomatique pour sauvegarder, en cas d'arbitraire ou de déni de justice, les avoirs concentrés dans des entités collectives ayant un statut national différent de celui d'un grand nombre de personnes qui y sont intéressées.

En réalité, la nationalité d'un individu est incomparablement plus forte et efficace que celle d'une personne morale; elle comporte un faisceau de privilèges et d'obligations fondé sur une allégeance politique qui, essence de la nationalité d'une personne, en fait un membre de l'État, et sur une présomption de loyalisme qui explique le rôle efficace attribué par le droit des gens à l'État national dans le domaine de la protection diplomatique de ses ressortissants, car ils sont l'élément principal de tout État.

Tout autre est la nationalité des personnes morales et sociétés. Elle n'a rien d'indispensable à la vie de l'État, ni même à celle de l'entité corporative. Elle pourrait être ou ne pas être (2). Elle est contingente, relative. Elle ne confère pas au groupement les mêmes obligations qu'à un individu envers l'État auquel il est rattaché. On peut tout au plus parler à ce sujet d'une relation analogue, en droit interne, à la nationalité de la personne humaine. Il faut éviter, comme le dit le doyen Hamel, « un excessif mimétisme juridique » (3). Ce qui compte, ce sont les personnes qui animent le groupe, et elles ne sont jamais complètement absorbées par lui.

Le Gouvernement belge tient, d'ores et déjà, à réfuter la thèse de l'État défendeur selon laquelle la nationalité des personnes morales, quelles qu'elles soient, aurait en toute matière un caractère rigoureusement unitaire; cette thèse est sans fondement, non seulement en droit belge ainsi que cela vient d'être démontré, mais d'une manière générale en droit comparé.

Il est actuellement admis, dans la plupart des pays, que la nationalité *lato sensu* des sociétés et autres personnes morales s'apprécie différemment selon qu'on la considère sous l'angle du droit privé, ou sous celui du droit public et du droit des gens (4).

Il est indispensable, contrairement à ce qu'affirme l'État défendeur, pour déterminer les règles de protection diplomatique applicables au cas présentement soumis à la Cour, de creuser la portée du concept de nationalité appliqué aux personnes juridiques,

(1) *E. P.*, p. 186.

(2) Comp. *Mémoire belge*, p. 150, note 1.

(3) Hamel-Lagarde, *Traité de droit commercial*, (1954), I, p. 505.

(4) Ernst Rabel, *The conflict of laws. A comparative study*, Chicago, 1947, tome 2, p. 17 sq.; Niboyet, *Traité de droit international privé français*, 2^e éd., 1951, tome II, p. 341 sq.; Jean Escarra, E. Escarra et J. Rault, *Traité théorique et pratique de droit commercial. Les sociétés commerciales*, tome I, nos 56 à 63; Charles De Visscher, *De la protection diplomatique*, pp. 642 à 644; Battaglini, *La protezione diplomatica delle società*, Padoue, 1957.

pour le distinguer nettement de celui, beaucoup plus net et précis, qui est appliqué aux personnes physiques. C'est précisément parce qu'il ne veut pas le faire, et se contente d'une facile et trompeuse assimilation, que les *Exceptions préliminaires* peuvent soutenir des thèses aussi catégoriques qui ne répondent pas aux exigences de l'équité.

Ad. litt. e et i. Enfin le Gouvernement belge prend acte avec satisfaction de l'affirmation de la Partie adverse, basée sur un arrêt récent de la Cour internationale de Justice (1) qu'au « lien juridique représenté par la nationalité attribuée à une personne par l'Etat sur la base de son propre droit, doit correspondre, pour qu'on puisse le faire valoir sur le plan international, à un minimum réel, à un *rattachement effectif* entre la personne en question et l'Etat. La nationalité existant sur le plan juridique doit être, *en plus*, une nationalité effective », ainsi que de l'application qui en est faite au cas des personnes morales. Il faut, suivant le Gouvernement espagnol, qu'au lien juridique de la nationalité entre une personne morale et un Etat « corresponde un certain lien réel; c'est-à-dire que la nationalité attribuée sur le plan du droit soit aussi une nationalité effective (2). L'Espagne veut bien concéder que si la nationalité constitue une *condition nécessaire*, elle n'est pas toujours suffisante à elle seule pour que l'Etat national puisse faire valoir ce lien sur le plan international (3).

Ces déclarations seraient de nature, ainsi que le constatent les *Exceptions préliminaires*, à rapprocher le point de vue du Gouvernement belge de celui du Gouvernement espagnol qui « ne semble pas différer sensiblement de la conclusion à laquelle parviennent les développements du nouveau *Mémoire* belge » (4), si les *Exceptions préliminaires* n'en altéraient immédiatement la portée. Car, envisageant exclusivement la protection de la Barcelona Traction, elles s'efforcent de démontrer que le Gouvernement belge n'a pas le droit de contester le caractère effectif de la nationalité canadienne de ladite société du moment que celle-ci n'a pas le statut national belge.

Ainsi le Gouvernement espagnol revient encore à son argumentation selon laquelle les conclusions du nouveau *Mémoire* belge ne sont pas autre chose qu'une présentation un peu différente du premier *Mémoire*, et que celles-là doivent être interprétées par celui-ci. Le Gouvernement belge souligne à nouveau qu'il n'est pas admissible que le débat judiciaire se meuve sur la base de conclusions présentées dans une instance périmée.

Il suffit de rappeler une fois de plus que la seule société commerciale sur laquelle le Gouvernement belge prétend exercer en l'espèce sa protection est la Sidro. Or, rien dans le principe d'effectivité affirmé à deux reprises par le Gouvernement espagnol ne s'oppose à ce qu'il exerce cette protection, puisque cette société est non seulement juridiquement belge par son siège social, mais que ce rattachement national possède de plus, en raison de la nationalité d'un très grand nombre de ses actionnaires, ce caractère d'effectivité dont la nécessité est si fortement mise en relief par l'Espagne.

(1) Arrêt du 6 avril 1955, Cour internationale de Justice, *Recueil* 1955, pp. 25 et suiv.

(2) *E.P.*, p. 185. Les italiques sont au texte.

(3) *E.P.*, p. 187. Les italiques sont au texte.

(4) *E.P.*, p. 188.

CHAPITRE III

LA PROTECTION DES ACTIONNAIRES ET AUTRES ASSOCIÉS
DANS LA PRATIQUE DU DROIT INTERNATIONAL PUBLICSECTION I. *Précédents juridictionnels et arbitraux.**Généralités.*

(136) Les *Exceptions préliminaires* (vers le milieu de l'exposé consacré à l'exception n° 3) abordent l'examen des conclusions de la *Requête* belge du 14 juin 1962. Elles commencent par des « considérations du nouveau Mémoire belge » sur « la protection des actionnaires » (1), sur lesquelles le Gouvernement belge estime qu'il n'y a pas lieu de s'attarder.

Dans l'examen de la jurisprudence et de la pratique internationales, au sujet de la protection des actionnaires et autres associés, la qualité pour agir des Etats demandeurs est plusieurs fois confondue avec les règles de droit applicables au fond de l'action; d'autre part sont invoqués à l'appui de la thèse des *Exceptions préliminaires* tous les précédents dans lesquels les prétentions de l'Etat des actionnaires contre l'Etat ayant causé illégitimement, selon le droit international, des dommages à la société dont ils faisaient partie, ont été écartées, sans examiner si une sentence défavorable rendue par des juges ou arbitres internationaux, ou si l'échec d'une négociation intergouvernementale, étaient dus au défaut de *jus standi* de l'Etat réclamant, ou à l'absence de fondement de la réclamation présentée, à un manque ou une insuffisance de preuves, ou à d'autres exceptions préliminaires que celle du défaut de qualité pour agir, et sans distinguer davantage les cas où l'Etat demandeur a été débouté ou a renoncé à sa réclamation sans que la question de son *jus standi* ait même été abordée par les organes compétents. Et pourtant ces distinctions sont essentielles.

Il est reproché au Gouvernement belge, dans les *Exceptions préliminaires*, d'avoir négligé de nombreux cas où la thèse espagnole de la protection des corporations et sociétés par l'Etat dont elles ont la nationalité a été consacrée par la jurisprudence internationale ou la pratique diplomatique des Etats. Le Gouvernement belge n'a, évidemment, pas entendu donner dans son *Mémoire* un exposé exhaustif de l'évolution du droit international sur la protection internationale des entités collectives. Il s'est borné à retracer cette évolution, dans ses lignes générales, depuis la fin du XIX^e siècle. Mais il suivra la Partie adverse sur le terrain où elle veut porter la discussion. L'analyse qui va suivre traitera de tous les cas cités dans les *Exceptions préliminaires*, en les groupant selon qu'il s'agira de précédents sur la protection de la société comme telle, sur celle des

(1) E.P., p. 197 sq.

actionnaires et autres associés ou sur des interventions d'ordre purement diplomatique, en laissant de côté les cas où il s'agit de personnes isolées.

La Cour pourra ainsi facilement constater que plusieurs des cas cités par la Partie défenderesse sont sans pertinence dans le présent litige et qu'aucune réfutation de la thèse belge n'est rapportée.

Cas de sociétés et d'associés de même nationalité.

(137) Le Gouvernement espagnol invoque tout d'abord, à l'appui de sa thèse suivant laquelle « dans la très grande majorité des cas c'est exclusivement l'existence d'un rattachement juridique de nationalité qui a été requis... et sans attribuer, en particulier, aucun poids à la nationalité des membres de la société » (1), un certain nombre de cas dont la plupart ne sculevaient aucune difficulté, car la société et ses actionnaires avaient la même nationalité. Dans ces conditions la protection diplomatique ne pouvait être exercée que par un seul et même Etat national, comme le *Mémoire* belge l'admet sans équivoque (2).

Il s'agit des affaires suivantes :

L'affaire *Star and Herald* (1886 à 1899) qui s'est terminée par un arrangement; dans ce cas la qualité pour agir du Gouvernement des Etats-Unis contre la Colombie ne soulevait aucun problème, ainsi que le constate Moore en écrivant brièvement « American citizens incorporated in the State of New York, and as such entitled to our protection » (3).

Dans l'affaire *Stirling* (4), le Gouvernement chilien opposait au Gouvernement britannique l'incompétence du tribunal arbitral en soutenant que la convention d'arbitrage du 26 septembre 1893, qui parlait des « réclamations des sujets de Sa Majesté Britannique », ne visait que les personnes physiques. Ce n'est que très indirectement que le Gouvernement chilien invoquait, pour étayer son argumentation, l'hypothèse où la société protégée compterait des actionnaires étrangers.

Le tribunal n'a pas rencontré dans sa sentence cette partie de l'argumentation chilienne et n'examina pas si, parmi les actionnaires de la société britannique, il y avait des étrangers. Il se borna à déclarer que la compagnie, ayant été constituée en Angleterre, était anglaise, et rejeta dès lors l'interprétation restrictive que le Chili voulait donner à la convention. Dans l'affaire *Rosario Nitrate Co.* (5), l'agent du Chili développa les mêmes arguments; et le tribunal se déclara compétent par référence aux motifs de sa décision dans l'affaire *Stirling*.

Dans ces deux affaires la question de la nationalité des associés n'était pas en cause, car le Chili n'allait pas jusqu'à soutenir que dans ces deux sociétés britanniques il y avait en fait des actionnaires étrangers. Le tribunal n'eut donc pas à se prononcer sur ce point.

(1) E.P., p. 187, note 1.

(2) *Mémoire belge*, § 313, p. 153.

(3) *Digest of international law*, VI (1906), § 984, p. 642.

(4) *Reclamaciones presentadas al Tribunal anglo-chileno*, I, pp. 128 et suiv.

(5) *Ibid.*, pp. 306 et suiv.

Dans les affaires *Flack* (1), *Madera Co* (2) et *Interoceanic Railway of Mexico* (3), toutes trois introduites devant la Commission des Réclamations anglo-mexicaine, la première le 6 décembre 1929, la seconde le 13 mai 1931 et la troisième le 18 juin 1931, il a cependant été décidé que la nationalité d'une compagnie devait être considérée en tout cas comme celle du pays où les trois conditions suivantes étaient simultanément réalisées : incorporation, domicile et administration des affaires sociales. Elles furent toutes trois considérées comme britanniques et les requêtes du Gouvernement britannique accueillies dans les trois cas. Aucune allusion à la nationalité des associés n'a été faite dans les cas *Flack* et *Madera Co.* qui ne sont donc d'aucune pertinence dans la présente cause, car il faut présumer que les sociétés et leurs membres avaient la même nationalité. Dans le cas de l'*Interoceanic Railway of Mexico*, la Commission rejeta l'exigence d'un intérêt britannique supérieur à la moitié du capital dans la compagnie pour que celle-ci pût agir devant elle. Vu les termes du compromis, cette décision ne peut être invoquée comme précédent juridictionnel pour le litige actuellement soumis à la Cour (4).

L'affaire de la *Compagnie Générale des Eaux de Caracas*, soumise en 1903-1904 à la Commission Belgique-Vénézuéla, présente cette particularité qu'une exception d'irrecevabilité fut soulevée par le Commissaire vénézuélien qui la fonda sur le fait que la société, qui était indiscutablement de statut belge, n'avait pas prouvé qu'elle était propriétaire de tous les bons au porteur qu'elle avait reçus du Vénézuéla pour prix de toutes ses installations industrielles qu'elle lui avait cédées par un contrat du 31 octobre 1895. La demande tendait au paiement de ces bons. Ledit commissaire faisait valoir qu'au moins une partie de ces bons gouvernementaux était en mains de particuliers et que la société devait préalablement prouver que ces porteurs aussi étaient de nationalité belge. Cette exception préliminaire fut écartée par l'arbitre Filtz, motifs pris « que le caractère belge de la société réclamante n'avait pas été contesté et qu'elle ne l'avait pas perdu du fait que parmi les porteurs de bons émis par le Gouvernement de la République se trouvaient des personnes d'une nationalité différente » (5). Cette décision, qui est étrangère à la question de la nationalité des actionnaires ou de leur protection distincte éventuelle, est dépourvue de toute pertinence pour le présent litige.

On peut voir dans cette décision une application du principe, qu'on retrouvera plus tard, que, jusqu'à preuve du contraire, les actionnaires d'une société sont présumés avoir la même nationalité que celle de la société dont ils font partie; or, en l'espèce, la nationalité de la société belge n'avait pas été elle-même contestée.

L'affaire de l'*Agency of Canadian Car and Foundry Co* est un cas assez particulier. Il s'agissait d'une compagnie incorporée à New York, donc de statut américain, mais dont le capital appartenait en totalité (100 %) à une société mère de statut canadien. La société américaine avait été victime d'actes de sabotage des Allemands pendant la guerre, qui avaient entraîné la destruction de ses installations à New Jersey

(1) N.U., *Recueil des Sentences Arbitrales*, V, p. 61.

(2) *Ibid.*, p. 156.

(3) *Ibid.*, p. 178.

(4) N.U., *Passim.*, p. 184, où il est déclaré : « The convention does not require that British companies should, in order to have a standing before the commission, show that British subjects have or have had an interest exceeding fifty per cent of their total capital ».

(5) N.U., *Recueil des Sentences arbitrales*, IX, p. 333; le résumé de la sentence qui précède, reproduit dans le *Recueil*, est équivoque en tant qu'il paraît avoir désigné comme stockholders les porteurs des bons vénézuéliens, en réalité bondholders. Une même équivoque peut être relevée dans la déclaration du Commissaire belge contenue dans les *Exceptions préliminaires* (p. 192).

(Kingsland Plants). Les Etats-Unis présentèrent une demande en réparation à la Commission mixte germano-américaine des Réclamations et le Commissaire allemand souleva une exception d'irrecevabilité pour la raison que le capital-actions appartenait à une société canadienne qui ne relevait pas de la compétence de cette Commission. Par décision du 30 octobre 1939, le surarbitre Owen J. Roberts écarta l'exception soulevée par l'Allemagne. Dans sa décision, il a rejeté le point de vue que dans la composition du capital il n'y avait pas d'intérêts effectifs américains. Il a considéré comme tels les intérêts économiques des Etats-Unis dans la maison américaine, car celle-ci y avait son centre d'activité (ateliers pour munitions destinées aux Alliés, où elle occupait 140 employés et 2.000 ouvriers américains), et avait passé des contrats avec des sous-traitants aux Etats-Unis pour quelque 66 millions de dollars.

C'est à tort que cette affaire est citée dans les *Exceptions préliminaires* comme un cas où c'est « exclusivement l'existence d'un rattachement juridique de nationalité qui a été requis comme condition de la faculté de protection diplomatique au profit d'une société » (1). Le contraire est vrai; le surarbitre a tenu à vérifier que le statut national se doublait d'un lien d'effectivité; ce qui est exact, c'est qu'il a considéré que l'existence de ce lien pouvait résulter d'autres circonstances que la nationalité des actionnaires. D'autre part, le surarbitre n'a pas eu à se prononcer sur la qualification du Gouvernement canadien à exercer concurremment la protection de la société canadienne actionnaire, la maison mère n'ayant pas été partie au procès. La prédominance fut accordée à la nationalité américaine parce qu'elle résultait à la fois du lieu de l'incorporation, du siège social et de l'importance économique et militaire de la compagnie; elle était donc confirmée par des liens réels avec les Etats-Unis (2).

Il est tout à fait étrange de trouver mention dans les *Exceptions préliminaires* de l'affaire de la *Compagnie consignataire du guano* (3), à propos du *jus standi* devant une cour internationale. Il s'agissait en effet d'un arbitrage privé, au sujet de l'appropriation de grosses quantités de guano par le Chili pendant sa guerre contre le Pérou, qui s'est terminée par le traité d'Ancon du 3 octobre 1883. Les litiges entre les particuliers furent tranchés par la sentence de Rapperschwyl, du 5 juillet 1901, rendue par trois arbitres suisses; le compromis d'arbitrage avait été signé le 23 juillet 1892 entre le Chili et la France, simplement pour faciliter la solution des différends entre les particuliers; les arbitres constatèrent dans leur sentence qu'il n'y avait pas de différend entre ces deux Etats. Les parties principales étaient au nombre de huit, comprenant, et des personnes individuelles, et des personnes morales; elles étaient réciproquement demanderesse et défenderesse, « toutes prétendant avoir droit aux sommes à répartir entre les créanciers du Pérou dont les titres sont appuyés par la garantie du guano », pour reprendre les termes mêmes de la sentence. A côté de ces parties principales, il y eut trois parties intervenantes, à savoir le Gouvernement du Chili, celui du Pérou et la Société générale pour le développement du commerce et de l'industrie en France, à Paris.

On ne voit pas quels enseignements il y a lieu de tirer de ce cas pour l'appréciation d'une exception préliminaire dirigée contre la qualité pour agir d'un Etat ayant endossé diplomatiquement les réclamations de ses nationaux contre un Etat défendeur, puisqu'il n'y a pas eu procès entre deux Etats dans cette affaire litigieuse.

(1) *E.P.*, p. 187, note (1).

(2) Hackworth, *Digest of International Law*, V, pp. 834 sq.; N.U., *Recueil des Sentences arbitrales*, VIII, p. 400 sq.

(3) Descamps et Renault, *Recueil international des traités*, 1901, p. 36; *E.P.*, p. 187, en note.

Cas où la nationalité formelle de la société recouvre des intérêts étrangers.

(138) La question spécifique qui est soumise à la Cour de céans ne peut se poser que lorsque la nationalité formelle d'une entité collective recouvre des intérêts de ressortissants étrangers. La protection diplomatique dont ils peuvent avoir besoin et qui leur est reconnue en droit international, est loin d'être soumise à des règles aussi rigides et absolues que le Gouvernement espagnol le prétend. Aux affirmations péremptoires de ce dernier que les dommages causés à des personnes juridiques et des sociétés dénuées de personnalité d'après les lois qui les régissent (sociétés en nom collectif et en commandite) mais bénéficiant de certains de ses attributs (raison sociale et droit d'ester en justice), ne peuvent donner lieu, sur le plan international, qu'à la protection diplomatique et juridictionnelle de la part de l'Etat dont ces sociétés tirent leur statut, le Gouvernement belge oppose plusieurs décisions arbitrales et une série de déclarations officielles ayant, pour des raisons d'équité, abouti à des arrangements qui sont dans la ligne suivie par le Gouvernement demandeur.

Les *Exceptions préliminaires* contiennent des appréciations particulièrement dures à ce sujet; en réalité elles reposent sur des exposés souvent inexacts des faits et des considérations juridiques fréquemment erronées, où se retrouve la confusion déjà signalée entre le *jus standi* et les règles de fond, car il est bien évident que si un Etat est finalement débouté de son action parce qu'elle a été jugée mal fondée, sa qualité pour agir n'en est pas affectée.

Le Gouvernement belge n'ignore pas que, dans un certain nombre de litiges au sujet de la protection des actionnaires, l'application de la loi nationale de la société a été retenue. Mais il faut relever que la plupart d'entre eux sont déjà anciens, en sorte qu'il n'est pas permis d'affirmer qu'ils seraient résolus de la même manière de nos jours, surtout si on considère la circonspection avec laquelle ces décisions furent rédigées et toute la pratique internationale qui s'est développée depuis lors.

Dans l'affaire de l'*Antioquia*, par exemple, il s'agissait d'un navire saisi, en 1865, par le Gouvernement de la Colombie; il appartenait à une société de statut colombien dont les actionnaires étaient pour moins de la moitié des ressortissants des Etats-Unis, le reste étant composé d'Anglais, de Hambourgeois et de Colombiens. Les citoyens des Etats-Unis sollicitèrent la protection de leur Gouvernement national, lequel la leur refusa, en 1876, par lettre du Secrétaire d'Etat Seward, pour le motif que la compagnie était de nationalité colombienne et que les actions étant au porteur, les actionnaires américains n'auraient eu droit à la protection diplomatique des Etats-Unis, à titre individuel, que si leurs titres avaient fait l'objet d'une confiscation; les actions ne donnaient pas à leurs porteurs, ni directement, ni indirectement, un droit de propriété, en tout ou en partie, sur le navire saisi (1).

Le Secrétaire d'Etat Frelinghuysen, quelques années plus tard, le 6 décembre 1884, confirma ce point de vue, dans une nouvelle affaire, celle de la *Compañía Salitrera del Perú*, aussi appelée « *Nitrate Establishment of Tarapaca* », dans les circonstances suivantes :

La *Compañía Salitrera del Perú* était une société péruvienne dans laquelle la *Banque Nationale du Pérou* avait d'importantes participations; les actionnaires de cette

(1) Moore, *A Digest of international Law*, 1906, vol. VI, N° 95, p. 644 sq.

Banque étaient ainsi indirectement intéressés dans la compagnie *Salitrera del Perú*. Les autorités chiliennes ayant dépouillé la *Compañía Salitrera del Perú* de ses droits, certains citoyens des Etats-Unis, actionnaires à la fois de la banque et de la compagnie, demandèrent l'intervention de leur Gouvernement national contre le Gouvernement du Chili. Mais les Etats-Unis leur refusèrent toute protection diplomatique pour les raisons qui sont indiquées dans les *Exceptions préliminaires* (1).

Celles-ci se réfèrent encore à un cas, qui n'est pas désigné nominativement, et qui concerne une compagnie de chemins de fer de nationalité britannique qui s'estimait lésée par l'action d'autorités coloniales britanniques. Une corporation américaine, qui prétendait avoir la propriété de toutes les actions de la compagnie britannique, adressa une requête au Gouvernement des Etats-Unis afin qu'il appuyât un mémorandum présenté par la lésée au Gouvernement de Londres. Elle se vit opposer un refus par le Secrétaire d'Etat du Gouvernement de Washington, M. Uhl, motifs pris, selon sa lettre du 29 avril 1895, qu'une corporation britannique ne pouvait pas demander la protection des Etats-Unis à l'encontre des autorités britanniques (2).

Il n'y a pas lieu de s'attarder plus longuement à ces cas, car l'attitude négative du Gouvernement américain « se trouvait étroitement liée à une conception doctrinale de la personnalité morale et de la nationalité des sociétés que l'on peut considérer aujourd'hui comme périmée », ainsi que l'écrivit l'éminent jurisconsulte Charles De Visscher (3); elle est abandonnée par les Etats-Unis eux-mêmes. Il est au demeurant normal qu'une jurisprudence plus pénétrée des besoins de la vie moderne ne se dégage pas sans hésitations, critiques, récurrences de concepts, pour arriver, après une phase d'épuration, à des progrès finals. Les investissements internationaux prirent une extension trop rapide pour permettre, au développement toujours lent de la coutume, de dégager des règles appropriées aux problèmes suscités par les corporations dans les relations internationales.

Un seul cas vaut d'être mentionné parmi ces précédents actuellement dépassés par les événements, c'est celui de l'affaire *Ruden et Co*, signe précurseur d'une inévitable évolution.

Dans cette affaire, qui a fait l'objet, le 26 février 1880, d'une décision de la Commission mixte de Lima, entre les Etats-Unis et le Pérou, il s'agissait d'un citoyen américain, Ruden, qui, membre avec des personnes d'une autre nationalité d'une société en commandite péruvienne ayant la personnalité juridique, réclamait, au nom de celle-ci, une indemnité au Gouvernement du Pérou, tenu pour responsable de la destruction des plantations de la compagnie par la populace armée. Le Commissaire des Etats-Unis concluait à l'admission de la plainte pour la totalité du préjudice social, motif pris que Ruden se présentait au nom d'une société en réalité américaine. Le Commissaire péruvien opinait pour le rejet de la réclamation dans sa totalité, en raison du caractère péruvien de la société qui relevait des seules juridictions péruviennes; subsidiairement, il se prononçait en faveur d'une indemnité correspondant à la part de Ruden, car les autres associés n'avaient pas la nationalité américaine. La Commission décida que la « société n'étant pas américaine, seul l'intérêt personnel de Ruden dans la société doit être pris

(1) E.P., p. 216.

(2) Moore, *op. cit.*, III, p. 383.

(3) *De la protection diplomatique, loc. cit.*, p. 628. S'agissant du cas de l'*Antioquia*, ce même auteur constate que « les publicistes américains les plus autorisés n'attachaient plus grande valeur à ce précédent » (*Passim.*).

en considération » (1). La question du *jus standi* dans ce cas n'a pas été examinée. Ce précédent vient donc à l'appui de la thèse belge dans le litige actuel, puisque la Commission a accueilli la demande de Ruden, associé américain dans une société péruvienne; elle a déchiré le voile de la personnalité juridique pour voir la réalité.

Affaire de la Delagoa Bay Railway Co.

(139) Le premier précédent typique concernant le droit de l'Etat de protéger diplomatiquement ses ressortissants, à raison de leurs investissements dans des compagnies étrangères, est l'affaire de la *Delagoa Bay Railway Co.*, qui a déjà été mentionnée dans le *Mémoire* belge (2) et qui a fait, dans les *Exceptions préliminaires*, l'objet d'un exposé comportant de nombreuses inexactitudes (3). Elle fit l'objet d'un arbitrage entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis, d'une part, et, d'autre part, le Portugal. En ce qui concerne le *jus standi* des Etats exerçant leur droit de protection diplomatique, les négociations qui aboutirent à la conclusion du compromis d'arbitrage sont particulièrement intéressantes. Les faits étaient les suivants :

Mac Murdo, ressortissant des Etats-Unis, avait obtenu, le 14 décembre 1883, du Gouvernement portugais, une concession pour construire et exploiter un chemin de fer du port de Lourenço Marques à la frontière du Transvaal. La concession prévoyait la constitution d'une société portugaise qui fut effectivement créée, avec siège à Lisbonne, le 12 mai 1884, sous le nom de *Lourenço Marques and Transvaal Railway Co.* Le 26 mai 1884, Mac Murdo transférait sa concession à cette compagnie contre remise de 498.940 actions libérées de cette dernière, sur un total de 500.000, et paiement de £ 26.007.

La compagnie portugaise, ayant éprouvé des difficultés pour se procurer les fonds nécessaires à la construction de la ligne, obtint l'assistance de financiers britanniques qui créèrent à cette fin, le 3 mars 1887, la *Delagoa Bay and East African Railway Co.*, de statut britannique, avec siège à Londres, au capital de £ 500.000. Mac Murdo céda, par contrat du 5 mars 1887, toutes ses actions dans la société portugaise à la nouvelle compagnie britannique, laquelle lui remit, en règlement d'une partie du prix d'achat et du transfert de la concession, toutes les actions entièrement libérées qu'elle avait émises et lui versa, en outre, £ 117.500 en espèces. Ensuite, elle émit deux séries d'obligations, au total de £ 750.000, qui furent surtout placées en Angleterre.

Ce contrat fut approuvé par la compagnie portugaise le 17 mars 1887; en revanche, le Gouvernement portugais n'accepta pas la compagnie anglaise comme nouvelle concessionnaire; mais il ne souleva pas d'objection à ce qu'elle se chargeât de la construction du chemin de fer, comme entrepreneur. La société portugaise restait donc concessionnaire, mais elle n'était plus qu'un simple intermédiaire entre le Gouvernement portugais et les véritables intéressés, Anglais et Américains.

Ainsi, la compagnie britannique était devenue la principale actionnaire de la société portugaise qu'elle dominait effectivement par l'exercice de son droit d'en nommer les directeurs; ses propres actions appartenaient à Mac Murdo, et elle était débitrice envers des tiers du montant des « bonds » qu'elle avait émis à Londres et à raison d'autres engagements financiers.

(1) De La Pradelle et Politis, *op. cit.*, tome II, p. 592.

(2) § 320, p. 154.

(3) E.P., p. 201.

En 1887, alors que 32 km de chemin de fer étaient ouverts au trafic, le Gouvernement portugais demanda un prolongement de la ligne; les constructeurs refusèrent; sur quoi le Portugal rescinda la concession, le 25 juin 1889, et prit possession du chemin de fer. Les directeurs et le Conseil de surveillance de la compagnie portugaise résignèrent leur mandat le 1^{er} juillet 1889 et, depuis lors, cette compagnie n'a plus donné signe de vie.

Les actionnaires et obligataires demandèrent la protection de leurs gouvernements respectifs; la Grande-Bretagne et les Etats-Unis adressèrent des protestations au Gouvernement du Portugal.

Ce fut la Grande-Bretagne qui inaugura cette intervention diplomatique par une note du Marquis de Salisbury du 10 septembre 1889 dans laquelle, après avoir contesté au Gouvernement portugais le droit d'annuler la concession et de confisquer la ligne déjà construite, elle soutint que le Portugal

« a violé les droits manifestes et lésé les intérêts de la *compagnie britannique* qui n'a pu y échapper, et que cette compagnie, vu que la compagnie portugaise se trouve pratiquement éteinte, ne trouve d'autre ressource que dans l'intervention de son Gouvernement.

» Dans son opinion, les actionnaires anglais souffrent un grand préjudice en conséquence de la violente confiscation effectuée par le Gouvernement portugais, de la ligne et des matériaux appartenant à la *compagnie anglaise* et qui servaient de garantie aux capitaux avancés à la compagnie.

» Si le Gouvernement portugais reconnaît qu'il est de son devoir d'indemniser la compagnie britannique, en raison du préjudice causé à ses intérêts et à ses propriétés... le Gouvernement de Sa Majesté admettra que le montant de la compensation soit matière à arbitrage. » (1) (2).

Le Gouvernement des Etats-Unis, après avoir communiqué à son Ministre à Londres qu'il coopérerait activement avec le Gouvernement britannique dans la défense des droits respectifs des ressortissants américains et britanniques qui avaient investi des fonds dans cette affaire, adressa, le 8 novembre 1889, sous la signature du Secrétaire d'Etat Blaine, une note au Gouvernement portugais dans laquelle il adoptait un point de vue analogue à celui du Gouvernement britannique (3). Il y était exposé que « la saisie violente du chemin de fer par le Gouvernement portugais a été un acte de confiscation qui impose au Gouvernement des Etats-Unis le devoir de réclamer une indemnité pour les citoyens de ce pays qui se trouvent intéressés dans la question » (à savoir Madame Mac Murdo, son mari étant décédé à Londres le 8 mai 1889). Il ajoutait que « ... la compagnie portugaise se trouvant sans recours et ayant de fait cessé d'exister, le seul recours de ceux dont la propriété a été confisquée se trouve dans l'intervention de leurs Gouvernements respectifs. »

(1) Les italiques ne sont pas au texte.

(2) *Sentence finale du Tribunal du Delagoa*, Berne, 1900, p. 85.

(3) Le texte de cette note est reproduit *in extenso* dans Moore, *op. cit.*, vol. II, pp. 1866 et suiv.

Il concluait en relevant que si le Gouvernement portugais reconnaissait son obligation d'accorder « une compensation pour les pertes occasionnées par la saisie forcée du chemin de fer, au mépris des droits du concessionnaire et des propriétaires », le montant de l'indemnité pourrait être rapidement fixé.

Par plusieurs notes, dont la plus importante est celle du 1^{er} mai 1890, le Portugal tenta d'é luder sa responsabilité en soutenant que son Gouvernement n'avait pas saisi la propriété de citoyens américains, car « ... pour le Gouvernement portugais il n'y a, et il ne peut y avoir, en cette affaire des droits de citoyens qu'il ne connaît ni ne reconnaît. Il a passé un contrat avec une compagnie qui s'est constituée en société anonyme, représentant une entité collective de capital et de travail, complètement indépendante de la nationalité individuelle des personnalités qui la composent; c'est cette compagnie seule qui peut avoir des droits et des devoirs vis-à-vis du Gouvernement portugais » (1).

Mais le Gouvernement des Etats-Unis et celui de la Grande-Bretagne, qui avaient conjugué leur action, insistèrent sur leur droit de protéger les intérêts des actionnaires de la société britannique qui contrôlaient entièrement la compagnie portugaise et ceux des obligataires, pour demander un arbitrage international. Le Gouvernement du Portugal finit par reconnaître leur droit d'intervention diplomatique en faveur de leurs ressortissants respectifs, considérés comme ayant droit à une indemnité, et consentit à soumettre le litige à une procédure internationale d'arbitrage aux fins de fixer le montant de cette indemnité.

Les trois Gouvernements signèrent alors le Protocole de Berne, le 13 juin 1891, dont l'article III fixe de la manière suivante les compétences des trois arbitres, désignés par le Gouvernement suisse à la demande desdits Gouvernements :

« Le Tribunal arbitral aura *pleine compétence pour connaître des conclusions* présentées par chacune des parties *dans toute leur étendue et dans toutes leurs dépendances ou incidents*; il rendra son jugement *sur le fond de la cause* et prononcera comme il jugera *le plus juste* sur le montant de l'indemnité due par le Portugal aux ayants droit des deux autres pays par suite de la rescision de la concession du chemin de fer de Lourenço Marques et de la prise de possession de ce chemin de fer par ce même Gouvernement » (2).

L'action fut intentée directement par les Gouvernements des Etats-Unis et de Grande-Bretagne, comme parties demanderesse, contre le Portugal, partie défenderesse. La sentence finale du Tribunal Arbitral fut rendue, après neuf années de procédure, le 29 mars 1900; les arbitres condamnèrent le Gouvernement portugais à payer 15.314.000 francs suisses, plus intérêts à partir du 25 juin 1889.

Importance de ce précédent.

(140) Ce précédent est d'une importance fondamentale.

(1) Note du 1^{er} mai 1890 citée dans la *Sentence finale, ibidem*, pp. 87 et 88.

(2) *Sentence finale*, p. 90. Les italiques ne sont pas au texte.

Il est vrai que les arbitres n'ont pas eu à se prononcer directement sur le *jus standi* des deux Gouvernements demandeurs qui, ayant endossé les réclamations de leurs ressortissants contre le Gouvernement portugais, se présentaient devant eux en vertu du droit propre qui leur est reconnu en droit des gens; leur qualité pour agir, d'abord contestée par la partie défenderesse, avait finalement été reconnue par elle dans le Protocole de Berne du 13 juin 1891, valant compromis d'arbitrage. Ainsi, à propos de la violation des clauses d'une concession ferroviaire accordée à une société portugaise dont les actions appartenaient dans leur presque totalité à une compagnie britannique, le capital-actions de cette dernière étant, en grande partie, la propriété d'une ressortissante des Etats-Unis, laquelle était en outre détentrice d'un paquet d'obligations émises par cette société, les trois Etats en cause ont admis que les véritables lésés étaient les actionnaires et obligataires de la société britannique et ils ont reconnu le principe juridique exigeant que réparation soit assurée à ceux-ci, car ils avaient effectivement subi des pertes. Le principe de l'effectivité a pleinement joué, et, bien que ce fût la compagnie portugaise qui avait été dépouillée, son statut national ne fut pas retenu comme faisant obstacle à ce que le droit de protection diplomatique et le *jus standi* fussent reconnus aux Etats dont certains ressortissants avaient été indirectement lésés par les mesures prises contre la société (1).

Une conception purement civiliste du dommage et de ses causes eût conduit à des solutions différentes: le Tribunal, ayant admis que la rescision était contraire à l'acte de concession, les obligataires de la compagnie britannique n'auraient eu droit qu'au remboursement de leurs créances par l'emprunteuse. La compagnie britannique n'avait elle-même aucun droit direct contre le Gouvernement portugais, puisqu'elle n'était pas concessionnaire; menacée d'insolvabilité, ses droits contre la société portugaise étant devenus sans valeur par suite de l'annulation ou de la confiscation des actifs de cette dernière, elle ne pouvait plus faire le service de ses obligations financières envers ses propres créanciers. Mais, comme actionnaire ou créancière, ses droits n'auraient pu être représentés que par la compagnie portugaise dans tout litige avec le Gouvernement portugais, et il en eût été *a fortiori* de même de la veuve de Mac Murdo, qui, en sa qualité d'héritière de ce dernier, n'était qu'actionnaire et obligataire de la compagnie britannique. Seule la société portugaise était dans un rapport de droit avec le Gouvernement de Lisbonne et aurait pu exiger des dommages-intérêts pour la rescision injustifiée de la concession.

Les arbitres ont toutefois dû faire abstraction de considérations de ce genre, parce que le Gouvernement du Portugal avait lui-même déclaré qu'il ne fondait aucune exception sur le fait que la compagnie portugaise avait qualité pour agir. Ils ont pris acte de ce que les Parties avaient convenu de lui substituer la compagnie britannique qui, en fait, avait assumé la tâche incombant à la compagnie portugaise (demeurée concessionnaire en la forme) qui était devenue propriétaire de la presque totalité des actions de cette dernière, grevées d'un droit de gage en faveur des créanciers obligataires. Ce sont les Etats nationaux: des véritables intéressés qui ont endossé les droits de la compagnie britannique, des actionnaires et des obligataires de celle-ci; ils les ont absorbés dans leur action protectrice; ils les ont faits « leurs », et, en intervenant en faveur des lésés, ont exercé leurs droits propres de faire respecter le droit international en la personne

(1) Isi Foighel, *op. cit.*, p. 106, écrit à propos de ce cas: « Les actions étaient en mains anglaises et américaines. Par l'acceptation de l'arbitrage, le Portugal reconnut le caractère étranger de cette société ». (« The shares were in British and American hands. In the submission for arbitration, Portugal recognised the foreign character of this company (the Delagoa Bay and East African Railway Co) »).

de leurs ressortissants. On en trouve la preuve dans le dispositif de la sentence finale qui condamne le Portugal à payer aux *Gouvernements* des Etats-Unis et de la Grande-Bretagne, parties demandresses, la somme de 15.314.000 francs suisses.

Ayant établi la responsabilité du Gouvernement portugais, les arbitres firent abstraction de l'agencement technique qui résultait de la création de deux personnes juridiques, l'une portugaise et l'autre britannique, la première étant complètement dominée par la seconde. Ils constatèrent que les personnes qui avaient avancé des fonds pour la construction de la voie ferrée étaient menacées de les perdre, par suite des agissements du Gouvernement portugais; ils ordonnèrent que réparation fût assurée aux véritables lésés par le canal des Etats exerçant en leur faveur leur droit de protection international. Cette simplification ne manquait pas de hardiesse mais elle répondait à la fois aux exigences de l'équité et aux règles du droit des gens, reconnues par toutes les parties en cause.

Réfutation des erreurs espagnoles.

(141) Dans l'exposé de ce précédent tel qu'on le trouve dans les *Exceptions préliminaires*, les erreurs de fait et de droit sont les suivantes:

a) Il est reproché au *Mémoire* belge de se fonder sur une « citation tout à fait inexacte, avant tout parce que le Tribunal arbitral n'a pas eu du tout à examiner la question du droit des Etats nationaux des actionnaires à intervenir en vue de la protection de ces derniers » (1). L'on invoque l'opinion de Hyde qui estime, en effet, que la sentence n'a pas la valeur d'un précédent judiciaire en ce qui concerne la légitimité de l'intervention.

Cette opinion est contredite par le Gouvernement des Etats-Unis lui-même qui, dans le différend relatif à la société pétrolière *Romano-Americana* (2), a invoqué, parmi d'autres précédents, celui de la *Delagoa Bay*; elle le fut aussi par les décisions arbitrales de plusieurs instances ultérieures, comme celles de la compagnie *El Triunfo* et des *Navires pétroliers allemands* (3).

On peut, à la rigueur, admettre avec Hyde que, dans ce précédent, le compromis d'arbitrage est plus important que la décision du Tribunal arbitral (4). Mais il ne faut pas oublier que les arbitres ont ratifié la conception admise par les trois Etats contractants dans le Protocole de Berne, dont l'article III stipulait qu'ils devaient décider quel était le montant de l'indemnité due, mais en ayant le pouvoir de rendre un « jugement sur le *fond de la cause* » et de prononcer comme ils le jugeront « le *plus juste* ». S'ils n'avaient eu qu'à apprécier, soit le montant des dépenses faites, soit le montant du dommage causé, c'est un travail d'experts qui leur aurait été demandé, et non pas une œuvre de jurisconsultes ou de magistrats; on ne comprendrait pas, dès lors, pourquoi les trois gouvernements, signataires du compromis de 1891, auraient prié le Conseil fédéral suisse de vouloir bien nommer *trois jurisconsultes, choisis parmi les plus distingués*, pour composer

(1) Voir pp. 200-201.

(2) Voir *infra*, p. 158 sq.

(3) Voir *infra*, pp. 136 sq. et 146 sq.

(4) Hyde, *International Law*, 2^e éd., 1947, vol. II, p. 905.

un tribunal arbitral chargé de fixer le montant de l'indemnité due par le Portugal. Les arbitres devaient, au contraire, examiner les motifs de la rescision de la concession pour apprécier l'étendue de la responsabilité du Gouvernement portugais et décider si les Gouvernements demandeurs y avaient droit et à quel titre.

b) Il est soutenu, en outre, dans les *Exceptions préliminaires* qu'il ressort d'un « examen attentif » de l'affaire que les réclamations des Etats-Unis et de la Grande-Bretagne « étaient de nature différente ». Les premiers auraient fait valoir les droits des héritiers de Mac Murdo, citoyen américain, résultant de la révocation et de la violation de la concession que le Gouvernement portugais avait conclue personnellement avec Mac Murdo, ce dernier ayant gardé « une responsabilité personnelle à son égard ». Le second, le Gouvernement britannique, en revanche, agissait en protection de la société britannique, *Delagoa Bay and East African Railway Co.* à laquelle Mac Murdo avait transféré tous ses droits et son contrat avec la société portugaise *Lourenço Marques and Transvaal Railway Co.*

Ce soutènement n'est pas exempt de confusion. En réalité, les deux Gouvernements, l'américain et le britannique, eurent recours à une *action conjointe* contre le Portugal. Leurs réclamations avaient la même source, soit un même acte internationalement illicite du Portugal ayant causé un dommage à leurs ressortissants respectifs (1). La Grande-Bretagne intervint pour protéger les actionnaires et obligataires anglais de la compagnie britannique; les Etats-Unis agirent de même en faveur d'une ressortissante américaine qui était, à la fois, actionnaire de ladite société britannique et créancière obligataire bénéficiant de garanties en première et seconde hypothèque.

Quant à la « responsabilité personnelle » (2) que Mac Murdo aurait gardée à l'égard du Gouvernement portugais (3), et qui apparemment aurait été la raison déterminante pour la participation des Etats-Unis au litige, selon la thèse espagnole, elle est en formelle contradiction avec les faits de la cause; en effet, dans la note du Gouvernement portugais aux Etats-Unis du 1^{er} mai 1890, il est exposé que le Portugal « a contracté avec M. Mac Murdo la construction et l'exploitation du chemin de fer de Lourenço Marques, à la condition expresse qu'il se constituerait dans ce but une compagnie qui en deviendrait concessionnaire. Du moment où cette compagnie est constituée en se subrogeant dans les droits et dans les obligations du contrat, la personnalité de M. Mac Murdo a disparu pour tous ses effets juridiques » (4).

c) Il est encore dit dans les *Exceptions préliminaires* que « les Gouvernements américain et britannique n'intervenaient donc en réalité ni l'un ni l'autre en faveur d'actionnaires d'une société étrangère, mais l'un et l'autre en protection d'une personne, physique ou morale, possédant leur nationalité et ayant subi un préjudice direct du fait de l'action du Gouvernement portugais » (5).

Ce passage contient une inexactitude certaine.

(1) Conclusions des parties, *sentence finale*, pp. 135-151.

(2) Les guillemets sont dans le texte des *Exceptions préliminaires*, sans qu'il ait été possible au Gouvernement belge de découvrir le document où figuraient ces mots.

(3) A noter que Mac Murdo était décédé le 8 mai 1889, soit avant le retrait de la concession qui intervint le 25 juin 1889.

(4) Note du 1^{er} mai 1890, citée dans la *Sentence finale*, p. 87. Les italiques ne sont pas au texte.

(5) E.P., p. 201. Les italiques sont au texte.

Il suffit de reproduire comment l'Administration américaine résuma son intervention dans cette affaire :

« Dans l'affaire de l'arbitrage de la Delagoa Bay, le Gouvernement des Etats-Unis et le Gouvernement de la Grande-Bretagne intervinrent *conjointement* aussi bien que séparément dans l'intérêt d'*actionnaires et d'obligataires* américains et britanniques, bien que la concession de chemins de fer appartint juridiquement à une corporation soumise aux lois du Portugal. » (1).

Il est à peine besoin de souligner que la Sidro, société belge, se trouve par rapport à la Barcelona Traction, société canadienne, dans la même situation juridique que la société britannique par rapport à la société portugaise dans l'affaire de la Delagoa Bay.

Quant à la veuve de Mac Murdo et aux autres actionnaires américains, ils n'étaient même pas actionnaires de la société portugaise, mais actionnaires et obligataires de la société britannique, et néanmoins, le Gouvernement américain estima devoir en assumer la protection, à raison du préjudice que l'acte dommageable leur avait causé.

Pour le surplus, il n'y a aucune difficulté à reconnaître que la *Lourenço Marques and Transvaal Railway Co.* était une société qui avait le statut de l'Etat contre lequel les réclamations étaient dirigées et qu'elle était « *practically defunct* », aucune déduction défavorable aux actionnaires belges de la Barcelona Traction ne pouvant être tirée, par analogie, de cette situation.

Ce précédent est le premier de ce genre qui se soit présenté dans les relations de droit international public. Le Gouvernement belge invoque le bénéfice des règles de droit qui sont à sa base. Depuis lors, des cas aussi caractéristiques sont restés exceptionnels; on peut encore en relever quelques-uns.

L'affaire de l'El Triunfo Co.

(142) En ce qui concerne l'affaire de l'*El Triunfo Co.*, les *Exceptions préliminaires* en donneraient un exposé assez exact, s'il ne mettait insuffisamment en évidence les faits qui sont à sa base, en ce qu'ils rappellent par trop ceux de la présente cause; en effet, il s'agissait aussi d'une faillite arbitrairement déclarée. Cette affaire se rattache directement à la précédente par les règles de droit qui furent appliquées.

En fait, une concession de navigation à vapeur dans le port d'El Triunfo avait été accordée, en 1894, par l'Etat de Salvador à deux ressortissants des Etats-Unis et à deux Salvadoréens, à condition de constituer une corporation selon le droit de Salvador, ce qui fut fait par la création de l'*El Triunfo Co.* La majorité des actions de cette société appartenait à la *Salvador Commercial Co.*, constituée selon les lois de l'Etat de Californie. Le Président et le Secrétaire de l'*El Triunfo Co.* étaient des citoyens des Etats-Unis; le Vice-Président, M. Sol, avait la nationalité salvadoréenne.

(1) Texte original : « In the matter of the Delagoa Bay Railway Arbitration, the Government of the United States and the Government of Great Britain, *jointly, as well as severally* intervened in the interests of American and British *stockholders and bondholders* although the concession to build the railroad was legally vested in a corporation under the laws of Portugal ». (*Papers relating to the Foreign relations of the United States with annual Message of the President, transmitted to Congress, December 1902, Washington, Government Printing Office, 1093, p. 848*). Les italiques ne sont pas au texte.

Le développement du port dépassa toute attente, ce qui excita la cupidité de plusieurs Salvadorègnes, membres de la direction. Ils profitèrent d'une absence du président pour usurper ses fonctions; ils le destituèrent ainsi que d'autres fonctionnaires américains et, en septembre 1898, s'investirent eux-mêmes des fonctions directoriales de cette compagnie. Ensuite, ils demandèrent au tribunal de rendre un décret constatant que la société était en état de banqueroute volontaire et judiciaire, ce qui fut déclaré, sans que le juge abordât la question de sa compétence juridictionnelle; ils firent nommer un curateur (*receiver*) qui se mit en possession de tous les livres et documents et en refusa la communication aux Américains qui avaient investi des fonds dans cette société.

La *Salvador Commercial Co.* et d'autres intéressés s'efforcèrent vainement d'arrêter la procédure de banqueroute contre l'*El Triunfo Co.* et d'obtenir le rétablissement dans leurs fonctions des membres évincés de la direction. Ils convoquèrent à cette fin une assemblée générale des actionnaires afin d'être autorisés à faire des démarches légales pour chasser les usurpateurs. Mais le jour suivant cette convocation, le Président du Salvador promulgua, le 14 février 1899, un décret fermant le port d'El Triunfo afin d'empêcher la réunion projetée; ensuite, le Gouvernement du Salvador accorda à des tiers salvadorègnes une concession empiétant sur celle de 1894. Le début de cette affaire permet de faire de singuliers rapprochements avec les mesures prises contre la Barcelona Traction et contre l'Ebro.

La société américaine et les autres Américains intéressés protestèrent et demandèrent la protection diplomatique des Etats-Unis. Le Gouvernement de Washington intervint pour redresser le déni de justice manifeste dont ses ressortissants avaient été victimes et proposa l'arbitrage; celui du Salvador s'y refusa tout d'abord, en soutenant que l'affaire ne concernait qu'une société nationale, exclusivement soumise à ses tribunaux nationaux. Les Etats-Unis répondirent que les Américains qui détenaient la majorité des actions dans l'entreprise avaient déjà engagé des procédures judiciaires, lorsque le Président du Salvador, sans en attendre l'issue, avait promulgué son décret, et insistèrent pour qu'une indemnité fût versée aux lésés. Les deux Gouvernements finirent par conclure un compromis d'arbitrage à Washington, le 15 décembre 1901.

La majorité des arbitres rendit, en 1906, une sentence condamnant le Salvador à des dommages-intérêts, après avoir établi que la procédure de banqueroute était le résultat d'une conspiration qui l'avait rendue frauduleuse. La sentence arbitrale justifia la qualité pour agir des Etats-Unis dans les termes suivants :

« Nous n'avons pas discuté la question du droit des Etats-Unis, en vertu du droit international, de faire une réclamation pour ces actionnaires dans l'*El Triunfo Co.*, corporation nationale du Salvador, pour la raison que la question de ce droit est complètement établie par les conclusions auxquelles est arrivé l'arbitrage fréquemment cité et bien compris de la *Delagoa Bay Railway Co.* » (1).

Cette décision est entièrement favorable à la thèse belge. Il est manifeste que les arbitres résolurent la question de la qualité pour agir du Gouvernement des Etats-Unis,

(1) « We have not discussed the question of the right of the United States under international law to make reclamation for these shareholders in the *El Triunfo Cy*, a domestic corporation of Salvador, for the reason that the question of such right is fully settled by the conclusions reached in the frequently cited and well understood *Delagoa Bay Railway Arbitration* ». (Moore, 1906, *op. cit.*, vol. VI, pp. 649 et 651; *Papers relating to the foreign relations of the United States, Arbitration of claims of the Salvador Commercial Cy.*, *loc. cit.*, pp. 838 à 873).

par le renvoi au précédent de la Delagoa Bay Railway Co., en se prononçant nettement et sans équivoque en faveur de la protection diplomatique des actionnaires par leur Etat national à raison de leurs intérêts dans une personne juridique étrangère. On ne voit pas comment les *Exceptions préliminaires* peuvent affirmer qu'*aucune question de protection d'actionnaires pour dommages subis par la société* ne se posa en fait dans l'arbitrage. La brièveté des motifs de la sentence peut être regrettable; elle n'en est pas moins caractéristique pour établir l'état du droit international public sur ce point.

Quant aux autres « choses », pour employer le langage de la Partie défenderesse, qu'il convient de remarquer à propos de cette décision (1), on notera encore avec intérêt que les *Exceptions préliminaires* paraissent admettre qu'en l'espèce, le Gouvernement américain était qualifié pour assurer la protection de *ressortissants américains à cause du préjudice qu'ils avaient subi directement eux-mêmes* par l'effet du déni de justice perpétré par les autorités salvadorègues. Or, le préjudice ainsi qualifié de direct résultait de l'éviction desdits ressortissants américains de la direction de la société salvadorègue, soit un sort semblable à celui que subirent, le 14 février 1948, les dirigeants belges, MM. Menschaert et Hiernaux, que les actionnaires belges de la Barcelona Traction avaient fait placer à la tête de l'administration des sociétés auxiliaires (*Mémoire*, p. 53, § 102).

Affaire Cerruti & Co.

(143) Les observations contenues dans les *Exceptions préliminaires* au sujet de l'affaire de la *Société E. Cerruti & Co.* (2) sont ou inexactes, ou dénuées de pertinence. Ce litige donna lieu, en 1897, à un arbitrage entre l'Italie et la Colombie et doit aussi figurer parmi les précédents dans lesquels la qualité d'associé d'une société étrangère fut retenue pour légitimer l'intervention du Gouvernement national de l'associé.

Il s'agissait d'une société en commandite colombienne, ayant la personnalité civile, dans laquelle le ressortissant italien Ernest Cerruti, établi en Colombie, avait la qualité de commandité; il fut impliqué dans des mouvements insurrectionnels, ce qui entraîna la confiscation de ses biens, y compris les avoirs de la société dont il faisait partie. Il en appela à la protection du Gouvernement italien, qui la lui accorda. Le Gouvernement colombien objecta que le droit international public ne permettait pas à un Etat étranger d'étendre son action protectrice à des sociétés qui n'existaient qu'en vertu des lois internes et ne devaient, par conséquent, être régies que par celles-ci.

Les deux Gouvernements ne parvenant pas à s'entendre, ils signèrent le protocole de Castellamare du 18 août 1894, soumettant leur différend à l'arbitrage du Président des Etats-Unis, M. Grover Cleveland. Ils lui confièrent la mission de se prononcer préalablement sur les deux questions suivantes, dont la précision ne laissait rien à désirer :

« En premier lieu, y a-t-il parmi lesdites réclamations de M. E. Cerruti contre le Gouvernement colombien, des réclamations qui sont de la compétence d'un tribunal international et quelles sont-elles ?

(1) E.P., p. 202.

(2) E.P., pp. 202-203.

» En second lieu, y a-t-il parmi lesdites réclamations, ... des réclamations qui sont de la compétence des tribunaux territoriaux de la Colombie et quelles sont-elles ? » (1).

Il lui était ainsi demandé, contrairement à ce que prétend l'Etat défendeur, de se prononcer sur le *jus standi* de l'Italie pour protéger son ressortissant, en sa qualité d'associé dans une société colombienne ayant la personnalité juridique. Il est exact que l'arbitre ne motiva pas sa sentence du 2 mars 1897, mais il reconnut clairement que les réclamations du sieur Ernest Cerruti pour pertes et dommages causés à la propriété qu'il possédait personnellement et les réclamations pour le préjudice souffert par lui à raison de pertes et dommages à ses intérêts dans la société E. Cerruti & Co., étaient « des réclamations légitimes de caractère international » (2); la sentence est très remarquable en ce qu'elle distingue nettement les indemnités accordées pour dommages à la propriété personnelle du lésé, et celles attribuées à titre d'associé (3).

Il en résulte logiquement et nécessairement que la qualité de l'Italie pour agir, examinée préalablement par l'arbitre à la demande expresse des parties, fut reconnue par lui à un double titre, tant en ce qui concernait la protection des droits de propriété personnelle du sieur Cerruti, qu'en ce qui concernait sa participation dans la société. Le fait que la société colombienne était une société de personnes, et non de capitaux, est tout à fait irrélevant, dès l'instant où elle avait une personnalité juridique propre, tout associé d'une société semblable pouvant, en droit des gens, bénéficier d'une protection internationale analogue à celle d'un actionnaire dans une société anonyme.

Affaire Ziat-Ben Kiran.

(144) Quant à l'affaire Mohammed *Ziat* (sujet naturalisé britannique) et *Ben Kiran* (Maure), tranchée par la décision du 29 décembre 1924 de l'arbitre Max Huber, les observations et réserves formulées par le Gouvernement espagnol (4) ne sont pas de nature à consolider son exception d'irrecevabilité pour défaut de qualité pour agir de la Belgique dans la présente cause.

En effet, dans cette affaire qui rentrait, sous le n° 53, dans les « Réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc », objet du compromis hispano-britannique du 29 mai 1923, celui-ci contenait, sous chiffre 2, la disposition suivante :

« Le Gouvernement Espagnol remettra au Gouvernement de Sa Majesté Britannique, dans le délai de quinze jours dès la date de cet accord, une liste des réclamations qu'ils considèrent qui résultent d'opérations militaires provenant des Kabyles ou d'actes de bandits. Ces réclamations seront aussi soumises à M. pour examen et rapport, mais il sera entendu que le Gouvernement de Sa Majesté Catholique aura la faculté d'arguer que ces réclamations ne sont pas de nature à être soumises à l'arbitrage et de demander une décision sur ce point avant que chaque réclamation actuelle soit

(1) Bureau, *Le conflit italo-colombien* (affaire Cerruti), 1899, p. 74.

(2) Bureau, *ibidem*, p. 83, où le texte de la sentence est publié.

(3) Dans ce sens, Charles De Visscher, *De la protection diplomatique, loc. cit.*, pp. 630-631.

(4) E.P., pp. 203-204.

elle-même examinée et qu'une sentence quelconque soit délivrée en ce qui concerne l'indemnité, à payer, s'il y a lieu, au compte d'une réclamation de ce genre. Il doit aussi être entendu que si M. rapporte que ces réclamations ne sont pas susceptibles d'arbitrage, le Gouvernement de Sa Majesté Britannique n'insistera pas pour qu'elles soient soumises à l'arbitrage. » (1).

Au cours de la procédure devant l'arbitre, il est apparu que l'Accord ne fournissait aucun critère sur l'arbitrabilité d'une affaire déterminée, et que le Gouvernement espagnol attachait une telle importance à cette question qu'elle paraissait « être le problème principal dont la solution était demandée au Rapporteur » (2).

Celui-ci établit, par conséquent, le 27 août 1924, un rapport très fouillé sur la notion de l'arbitrabilité aux termes de la clause 2 de l'Accord du 29 mai 1923, en concluant :

« 1° que toutes les Réclamations portées sur la liste B (3) sont arbitrables en ce sens que l'examen de chacune d'entre elles peut et doit être poussé assez loin pour permettre au Rapporteur, à sa discrétion, de décider si les faits reconnus comme établis au sujet de cette Réclamation entraînent, en ce qui la concerne, la reconnaissance d'une responsabilité internationale;

» 2° que les Réclamations au sujet desquelles l'existence de pareille responsabilité est admise par le Rapporteur sont arbitrables en ce sens ultérieur qu'à leur sujet se pose la question de l'indemnité éventuellement payable aux termes de la clause 2 de l'Accord du 29 mai » (4).

C'est en fonction de ces préliminaires de l'arbitrage que la décision de feu Max Huber dans l'affaire *Ziat-Ben Kiran* doit être comprise.

L'Espagne avait soulevé une exception d'irrecevabilité parce que l'association fondée par Ziat et Ben Kiran était une personne juridique de nationalité espagnole. Contrairement à ce qui est exposé dans les *Exceptions préliminaires*, l'arbitre n'a pas du tout nié la personnalité indépendante de cette société (5); mais il s'est abstenu d'en déduire qu'il fallait dès lors refuser le *jus standi* à l'Etat national des associés. Une analyse plus pénétrante de la décision du 29 décembre 1924 confirme en effet que, suivant l'arbitre, « il n'était pas possible d'écarter d'emblée la Réclamation » comme irrecevable (6); l'arbitre ayant abordé directement le fond du litige et se conformant aux conclusions de son rapport du 27 août 1924, estima « qu'en entrant en matière, comme la question fondamentale de la responsabilité est controversée, il convient de la trancher avant de pousser plus loin l'examen de la question de la légitimation active du Gouvernement de Sa Majesté britannique » (7). Il a donc abordé le fond avant de trancher la question du défaut de qualité pour agir. Ce précédent ne vient donc pas à l'appui

(1) N.U., *Recueil des Sentences arbitrales*, vol. II, pp. 620-621.

(2) Note verbale du 3 avril 1924; *ibid.*, p. 626.

(3) Comprenant la Réclamation N° 53.

(4) *Ibid.*, p. 639.

(5) L'arbitre a déclaré : « Tout en ne contestant pas les déclarations faites par le Représentant espagnol au sujet de la nature juridique des associations régies par le droit espagnol » *Passim.*, p. 729.

(6) *Ibid.*, p. 730.

(7) *Passim.*

de l'exception d'irrecevabilité soulevée par le Gouvernement espagnol. On reviendra du reste ultérieurement sur d'autres aspects de cette importante décision.

Affaire Shufeldt Co.

(145) L'analyse de l'affaire *Shufeldt* dans les *Exceptions préliminaires* n'est pas non plus tout à fait exacte.

Il est vrai que le litige auquel elle a donné lieu entre les Etats-Unis et le Guatemala eut sa source dans une convention de concession conclue le 4 février 1922 par le Guatemala avec deux personnes privées, sous la condition que les concessionnaires constitueraient, dans l'année suivant la signature du contrat, une société soumise à la loi guatémaltèque et que, le 11 février 1922 déjà, les concessionnaires cédèrent tous leurs droits et obligations, sans aucune réserve, à un citoyen des Etats-Unis, Shufeldt. Le 1^{er} juillet, lesdits concessionnaires, et le 7 juillet 1922, Shufeldt, notifièrent le transfert au Ministre de l'Agriculture en demandant que le concessionnaire fût considéré comme le titulaire de la concession, et, le 10 juillet 1922, le Ministre acquiesça.

Le 16 janvier 1923, conformément aux stipulations du contrat de concession, Shufeldt constitua, pour une durée de dix années, une société en nom collectif avec un certain Berges, sous la raison sociale P. W. Shufeldt & Co.; mais cet associé décéda déjà en 1924. Shufeldt conclut alors, le 29 mars 1928, un nouveau contrat de société avec Davidson, sous la même raison sociale que la précédente.

La concession continua à sortir ses effets jusqu'au décret N° 1544 de l'Assemblée législative, du 22 mai 1928, qui désapprouva le contrat et chargea l'Exécutif de prendre toutes les mesures nécessaires pour que les droits concédés retournent à l'Etat. Ce décret fut approuvé par le Président de la République, le 7 juillet 1928, et publié, ce qui entraîna sans autres la fin de la concession et la perte des droits contractuels de Shufeldt; celui-ci sollicita la protection de son Gouvernement national qui la lui accorda en endossant sa réclamation. Les deux Etats convinrent de soumettre le litige à l'arbitrage du Chief Justice du Honduras Britannique, H. K. M. Sisnett (1).

La question de savoir si c'était la société Shufeldt-Berges ou la société Shufeldt-Davidson qui existait à la date du décret N° 1544 donna lieu à une vive controverse entre les parties, mais l'existence successive des deux sociétés n'était pas douteuse, contrairement à ce qu'affirment les *Exceptions* espagnoles. Le Gouvernement guatémaltèque soutenait que la première de ces deux sociétés était encore en vie, et le Gouvernement des Etats-Unis, la seconde; l'arbitre estima que ce point était irrelevant, car ce qui était discuté « ce n'étaient pas les droits de la société », ce qui est admis par lesdites *Exceptions*, « mais les intérêts personnels de Shufeldt dans la société » (2), ce qui n'est pas mentionné et rend donc la citation incomplète. Il s'agissait donc bien d'une intervention des Etats-Unis pour protéger les droits d'un citoyen américain dans une société guatémaltèque dont tous les intérêts étaient concentrés entre ses mains, que ce fût la première ou la seconde qui dût être prise en considération. L'arbitre a recherché qui était lésé et a percé le voile de la personnalité juridique de la société, pour arriver à protéger Shufeldt.

(1) N.U., *Recueil des Sentences arbitrales*, vol. II, pp. 1083-1102.

(2) N.U., *Recueil des Sentences arbitrales*, vol. II, p. 1097 : « it is not the rights of the partnership that are in question, but the personal interest of Shufeldt in the partnership ». Les italiques ne sont pas au texte.

Le compromis ayant posé la question de savoir si Shufeldt avait le droit de réclamer une indemnisation pécuniaire, l'arbitre se demanda quelle était la signification du mot « droit » dans cette question; il répondit qu'il ne pouvait s'agir que d'un droit équitable dont le droit international prend connaissance, et dégagea la formule suivante, à laquelle le Gouvernement belge se rallie complètement: « Le droit international n'est pas lié par le droit interne ou par autre chose que la justice naturelle et il perçoit derrière la personne juridique les intérêts réels qui sont en jeu » (1) (2).

L'arbitre protégea donc la réclamation des États-Unis, par sa sentence du 24 juillet 1930.

Il faut remarquer au demeurant que les développements donnés à cette affaire par le Gouvernement défendeur ont une portée purement académique, car, même en adoptant le point de vue de ce dernier, à savoir que les États-Unis intervinrent en faveur de leur ressortissant sans avoir égard à sa qualité d'associé dans une société gâtématérielle, il faudrait reconnaître que la décision de l'arbitre ne serait pas de nature à apporter le moindre appui en faveur de la thèse espagnole. Nouvelle confusion entre une exception préliminaire pour défaut de *ius standi* et une question de fond; l'arbitre a directement tranché le fond, comme le compromis arbitral du 2 novembre 1929 l'y obligeait.

Affaire Spillane et Cie.

(146) Le Gouvernement demandeur n'ignore pas l'affaire *Spillane et Cie*; il ne l'a pas mentionnée dans son *Mémoire* parce que, dans la mesure où elle est favorable à sa thèse, elle se fonde sur un raisonnement hypothétique, n'ayant même que le caractère d'un *obiter dictum* des commissaires qui eurent à en connaître. Mais, comme la Partie adverse l'a traitée pour en tirer des conclusions éventuelles, il ne voit pas d'inconvénient à la suivre sur ce terrain.

La société en nom collectif *Spillane et Cie* était formée de deux frères, D. J. et D. Spillane, tous deux ressortissants britanniques. Elle avait été constituée au Mexique, et donc sous la loi mexicaine. Ayant eu à se plaindre de réquisitions et d'emprunts forcés par les autorités révolutionnaires mexicaines, il en résulta un litige qui fut soumis à la Commission des Réclamations Grande-Bretagne/Mexique.

Le Mexique objecta que la Commission n'était pas compétente, car il n'avait pas été établi que la compagnie fut de statut britannique. La Commission jugea, le 13 mai 1931, que la société, constituée sous la loi mexicaine, domiciliée et ayant son centre d'activité au Mexique, avait le statut mexicain et que, la réclamation ayant été présentée en faveur de la compagnie, l'exception d'incompétence était fondée.

Elle déclara cependant que, les deux frères étant les seuls associés de la firme capital social, et qu'une réclamation introduite au nom individuel de chacun des deux partenaires serait prise en considération (« would be taken into consideration ») (3).

(1) *Passim*, p. 1098 : « International law will not be bound by municipal law or by anything but natural justice, and will look behind the legal person to the real interests involved ».

(2) Kiss, in *La Personnalité morale*, loc. cit., p. 185.

(3) *Annual Digest of public International Law Cases during the years 1931-1932*, Case No 168, p. 218.

La Partie demanderesse est reconnaissante à la Partie défenderesse d'avoir relevé une affaire dont il serait possible, à titre hypothétique, de tirer des conséquences favorables à la thèse belge, mais elle conteste les conclusions déduites par le défendeur d'une conception purement abstraite du différend. En effet, si des demandes avaient été introduites au profit individuel des deux frères Spillane, la Commission aurait probablement, comme elle en exprimait l'intention, percé le voile de la société *Spillane et Cie*, sans s'arrêter à la circonstance qu'il s'agissait d'une société de personnes, et aurait ainsi créé un précédent de plus en faveur de la reconnaissance internationale du principe de la responsabilité de l'Etat fautif envers les associés même lorsque le dommage est directement causé à des sociétés ayant son statut national. Dans l'affaire *Spillane et Cie*, le fait qu'il s'agissait d'une société de personnes était irrelevant dès l'instant où la société en nom collectif avait la personnalité juridique.

Affaire Alsop Co.

(147) Dans l'affaire *Alsop Co.* on rencontre une réclamation d'abord soumise à la Commission des Réclamations États-Unis/Chili, qui l'écarta; elle fut ultérieurement admise par S.M. le Roi Georges V, à qui les États intéressés avaient confié la mission de liquider le différend.

Alsop et Co. était une société en commandite simple, formée de trois ressortissants des États-Unis commandités, et de sept citoyens du même État, en qualité de commanditaires; enregistrée à Valparaiso en 1870, elle avait le statut juridique chilien. Le Gouvernement du Chili s'était immiscé dans des droits de propriété transférés à l'Alsop Co. et lui avait causé des dommages.

La compagnie ayant dû être liquidée, Chauncey, ressortissant américain, introduisit, en qualité de liquidateur, une demande d'indemnité contre le Gouvernement chilien devant ladite Commission. Celle-ci se borna à examiner sa compétence; elle la déclina, étant donné qu'elle estima que la nationalité chilienne de la compagnie ne lui donnait pas le droit à la protection des États-Unis, mais avec la réserve « *without prejudice* ».

« Par cette conclusion, écrit Hudson, il n'est pas nié que certains cas peuvent se produire dans lesquels (comme dans l'affaire Cerruti) une réparation peut être, selon la justice, accordée par voie d'intervention diplomatique à un individu membre d'une société, à raison des atteintes à la propriété de cette dernière. » (1)

Après le rejet de la plainte par la Commission, de nouvelles négociations furent engagées et le Secrétaire d'État Knox eut l'occasion d'y faire les déclarations suivantes :

« Il est vrai, en effet, que l'Alsop Co, afin de pouvoir faire du commerce au Chili, se fit enregistrer sous la loi chilienne; mais il faut se rappeler que les associés étaient tous des citoyens américains, qu'ils avaient investi dans leur entreprise des capitaux américains, que les pertes subies étaient retombées sur des citoyens américains et que ces pertes ont entraîné la destruction de capitaux et d'une entreprise américaine. En outre, il faut aussi rappeler que la société a depuis longtemps cessé de conclure des affaires au Chili et que ses affaires sociales ont, dans la mesure du possible, été liquidées. En fait, elle a cessé d'exister. Contester au Gouvernement des États-Unis le droit d'intervenir en faveur d'associés américains lésés dans une telle société et dans de pareilles conditions,

(1) Hudson, *Cases and other materials on International Law*, 1929, p. 317.

en raison de la perte de capitaux américains, équivaldrait à contester le droit fondamental et souverain du Gouvernement des États d'intervenir en faveur de ses citoyens. » (1)

Il proposa de recourir à un arbitrage spécial. Le Chili demanda de soumettre préalablement à l'arbitrage la question du *jus standi* des États-Unis; mais ceux-ci refusèrent et les deux parties tombèrent d'accord de soumettre le différend à Sa Majesté Britannique, en qualité d' « amiable compositeur ». Le Roi Georges V rendit une sentence favorable aux États-Unis le 5 juillet 1911, après avoir expressément rejeté une exception d'irrecevabilité que le Gouvernement chilien avait encore soulevée en insistant sur la nationalité chilienne de la société (2).

Sous l'aspect d'une action en faveur des associés, le *jus standi* du Gouvernement national de ces derniers fut reconnu, aux fins de protéger les investissements de ses ressortissants dans une personne juridique étrangère. Les renseignements donnés par Hyde à ce sujet sont absolument convaincants (3); dans la procédure d'arbitrage devant le Roi Georges V, le Gouvernement chilien soutint de nouveau qu'il s'agissait d'une compagnie chilienne dont les griefs ne pouvaient pas faire l'objet d'une réclamation étrangère par voie diplomatique et devaient être portés devant les tribunaux chiliens. Les savants commissaires à qui Sa Majesté avait confié l'examen de l'affaire, déclarèrent dans leur rapport, accepté par le Roi dans sa décision, que cette conclusion n'était pas compatible avec les compétences qui lui avaient été attribuées. Ils ajoutèrent qu'ils « étaient clairement d'avis, en considérant la question de compétence et toutes les circonstances du cas, que cette conclusion, si tant est qu'elle ait été sérieusement avancée par le Chili, devait être rejetée. Nous pensons qu'elle ne peut être retenue par Votre Majesté » (4).

On peut constater par cette citation combien est peu pertinente l'affirmation du défendeur concernant la faible chance qu'avaient les États-Unis de faire décider par un arbitrage la question de leur droit de protection diplomatique, ce qui les aurait amenés à refuser eux-mêmes l'offre chilienne à ce sujet. Ce refus pouvait évidemment avoir de tout autres motifs.

Affaire Standard Oil, Sun Oil et Pierce Oil.

(148) Dans une décision particulièrement intéressante de la Commission Mixte des Réclamations germano-américaine, le droit d'intervention du Gouvernement des États-Unis fut reconnu par le surarbitre Parker dans les circonstances suivantes :

Au cours de la première guerre mondiale, sept vaisseaux réquisitionnés par la Grande-Bretagne, mais appartenant aux filiales britanniques de compagnies américaines, la « *Standard Oil Co. of New York* », la « *Sun Oil Co.* » et la « *Pierce Oil Co.* », furent coulés par des sous-marins allemands pendant la période de la belligérance américaine.

(1) Hackworth, *op. cit.*, vol. V, p. 829.

(2) Charles De Visscher, *De la protection diplomatique, loc. cit.*, p. 631; Hudson, *op. cit.*, p. 315 sq.

(3) Hyde, *op. cit.*, vol. II, p. 902, note 5.

(4) « They added that they were "clearly of opinion, by looking to the terms of the reference and to all the circumstances of the case, that such a contention, if intended to be seriously put forward by Chile should be rejected. We think that it may be disregarded by Your Majesty, » Hyde, *passim*.

La Grande-Bretagne avait assumé les risques de guerre pour chaque navire réquisitionné et, en cas de perte totale, s'était conventionnellement engagée à verser aux corporations britanniques, propriétaires de ces *tankers*, la valeur qu'avait chaque navire au moment de la perte.

Les filiales britanniques furent indemnisées par le Gouvernement britannique. Mais les compagnies américaines prétendirent avoir droit à une valeur supérieure, soit à celle de navires libres dans un marché libre, et elles demandèrent, en vertu du Traité de Berlin entre l'Allemagne et les Etats-Unis du 25 août 1921, compensation à l'Allemagne. Le surarbitre décida que les Etats-Unis ne pouvaient pas endosser les réclamations de corporations britanniques comme telles, mais qu'ils avaient qualité pour protéger complètement des nationaux américains qui, directement ou indirectement, en leur qualité de propriétaires d'actions ou autrement, avaient des intérêts dans les propriétés détruites. Il reconnut donc au Gouvernement des Etats-Unis le *jus standi* devant lui, les compagnies américaines ayant indirectement subi des pertes comme actionnaires des corporations britanniques.

Sur le fond, le surarbitre rejeta la réclamation, car le Traité de Berlin n'avait pas entendu donner à des actionnaires américains le droit d'obtenir une indemnité pour des dommages excédant ceux effectivement subis par les sociétés étrangères elles-mêmes, la réquisition des navires n'étant pas imputable à l'Allemagne et les filiales britanniques ayant été couvertes de leurs pertes par le Gouvernement britannique (1).

Affaire de l' « l'm Alone ».

(149) Il est indiqué d'examiner un autre précédent, celui du schooner *l'm Alone*, qui est très brièvement indiqué dans le *Mémoire* belge (p. 153, note 2) et auquel le Gouvernement espagnol consacre quelques développements, à peu près exacts, mais par trop succincts, en le rattachant davantage au problème de l'effectivité de la nationalité des corporations et sociétés, qu'à celui de l'absence de qualité pour agir, sur quoi est axée son exception préliminaire n° 3 (2).

Les faits étaient les suivants : Le 22 mars 1929, l'*l'm Alone* qui transportait frauduleusement des boissons alcooliques à destination des Etats-Unis, fut coulé par un garde-côte américain, dans le golfe du Mexique, en haute mer. Il s'ensuivit, entre le Canada et les Etats-Unis, un litige qui fut soumis, conformément à la Convention américano-britannique du 23 janvier 1924 (*Liquor Treaty*) à une commission mixte chargée de faire de simples recommandations, et non pas de prononcer une décision. Le navire coulé appartenait à une société de statut canadien, la Eugene Creaser Shipping Co. ; il avait été enregistré au Canada et il battait pavillon britannique.

Les premières questions que les commissaires eurent à résoudre furent les suivantes :

« Si les commissaires doivent faire des investigations sur la propriété bénéficiaire ou dernière (*beneficial or ultimate ownership*) de l'*l'm Alone* ou sur les actions de la corporation qui possédait le navire.

(1) N.U., *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII (1956), pp. 301 à 308. Witenberg, *Commission Mixte des Réclamations germano-américaine*, vol. II (1927), pp. 165-173.

(2) E.P., p. 189.

» Si les commissaires sont autorisés à faire cette enquête, une autre question surgit en ce qui concerne les effets de la propriété indirecte ou du contrôle par des citoyens des États-Unis sur la réclamation, à savoir: si ce serait une réponse à la réclamation, ou si cela entraînerait une atténuation du dommage, ou si cela serait simplement une circonstance qui pourrait amener le Gouvernement demandeur à s'abstenir d'insister sur la réclamation, en tout ou en partie ».

Dans leur rapport final, du 5 janvier 1935, les commissaires constatèrent que le navire était en fait possédé (*de facto owned*) et, à l'époque critique, dirigé par un groupe de personnes qui toutes, à une près, étaient ressortissantes des États-Unis.

Dans ces conditions, les commissaires firent droit à l'opposition du Gouvernement américain qui soutenait qu'il était contraire à une règle bien établie en matière de protection diplomatique, de contraindre un État à verser une indemnité dont ses propres ressortissants eussent été finalement les bénéficiaires, alors qu'ils avaient violé les lois américaines (1); les commissaires recommandèrent donc qu'aucune indemnité ne fût payée pour la perte du cargo.

En revanche, comme ils admirent que le torpillage du schooner était un acte contraire au droit international, ils recommandèrent le paiement d'une somme de 25.000 dollars au Gouvernement canadien par celui des États-Unis, au profit du capitaine et de l'équipage de l'« *I'm Alone* », car ceux-ci n'avaient pas participé à la conspiration illégale d'introduire en contrebande des liqueurs aux États-Unis et de les y vendre (2).

Bien qu'il ne s'agisse pas d'une sentence arbitrale proprement dite, l'avis de la Commission Mixte dans cette affaire vient directement à l'appui de la thèse belge en ce que, fondé sur des motifs d'ordre juridique, il a nettement écarté le *jus standi* du Canada pour protéger la société canadienne qui possédait le navire; le voile qui recouvrait la compagnie fut percé pour mettre à découvert la nationalité des associés, cette fois pour les priver du bénéfice de l'indemnité réclamée pour la perte du navire (3).

Affaire des Navires pétroliers allemands.

(150) Le Gouvernement espagnol mentionne aussi une décision qui mérite de retenir encore l'attention à cause de son intérêt pour la question qui est posée ici, c'est celle rendue, le 5 août 1926, dans l'affaire des *Navires pétroliers allemands* qui fit l'objet d'un arbitrage entre les États-Unis et la Commission des Réparations (4). Les seules décisions qui puissent retenir l'attention de la Cour, dans l'état actuel de la procédure, tel qu'il a été voulu par la Partie défenderesse, ce sont les décisions relatives à la qualité pour agir en faveur d'actionnaires ayant la nationalité de l'État intervenant, et non pas celle

(1) C'est la raison donnée par Hyde : *The adjustment of the « I'm Alone » case*, dans *The American Journal of Internat. Law*, vol. 29, 1935, p. 298.

(2) N.U. *Recueil des Sentences arbitrales*, vol. III, pp. 1611-1618. Paul De Visscher, *La protection diplomatique des personnes morales*, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international* (cité : *R.C.A.D.I.*), t. 102, 1961, I, pp. 455-456.

(3) Dans ce sens, Paul De Visscher, *loc. cit.*, p. 456.

(4) E.P., pp. 208-209.

différente, de l'État national de la corporation ou société dans laquelle ils ont investi des fonds. La décision arbitrale du 5 août 1926 tranche le fond du litige et ne se préoccupe pas directement de la qualité pour agir des parties. En l'invoquant à l'appui de sa cause, la Partie défenderesse confond d'ailleurs la question du *jus standi* et la question du fond du droit. Cela résulte manifestement d'une analyse de ce différend suffisamment approfondie.

Par le *Traité de Versailles*, le Gouvernement allemand s'était obligé à remettre aux Puissances Alliées et Associées la propriété de certains navires de sa marine marchande et avait, par conséquent, délégué à la Commission des Réparations neuf pétroliers appartenant à la *Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft* (D.A.P.G.). La compagnie américaine *Standard Oil Co of New Jersey* protesta en invoquant un droit de propriété spécial sur ces navires, un « *beneficial ownership* », fondé sur le fait qu'elle avait elle-même créé la société allemande avec ses capitaux et que ceux-ci avaient été employés à la construction des vaisseaux revendiqués par elle. A la date de l'entrée en vigueur du *Traité de Versailles*, elle était propriétaire de toutes les actions et de toutes les obligations, à l'exception d'une part minime, de la compagnie allemande, et elle en concluait qu'elle avait la « *beneficial ownership* » sur ces pétroliers qui ne devaient pas être considérés comme allemands, et, si ceux-ci ne pouvaient pas lui être restitués, qu'elle devait être indemnisée. La réclamation était donc fondée sur des droits réels qu'elle estimait lui avoir été enlevés.

La Commission des Réparations rejeta ce point de vue. Le Gouvernement des États-Unis endossa la réclamation de la *Standard Oil* et un accord fut conclu, le 7 juin 1920, entre la Commission des Réparations et ledit Gouvernement soumettant le différend à l'arbitrage.

Sur le fond, le Tribunal arbitral décida, par sentence du 5 août 1926, que les intérêts des porteurs de titres d'une compagnie étrangère ne comportaient pas, à leur profit, des droits distincts et positifs de propriété sur les navires de cette compagnie et que, par conséquent, les conclusions du Gouvernement des États-Unis devaient être écartées. A ce sujet, le Tribunal arbitral a établi une distinction très nette entre ce cas et les précédents invoqués par la *Standard Oil*, principalement ceux de la *Delagoa Bay Railway Co*, d'*El Triunfo Co*, de l'*Alsop* et de l'*Orinoco Steamship*, dont il a pleinement reconnu la portée en droit international :

« Attendu en outre, déclare-t-il, que dans tous ces cas, et notamment dans les deux premiers qui sont les plus importants, il a été clairement spécifié que les actionnaires et obligataires étaient admis, en raison des circonstances, à exercer, non pas leurs propres droits, mais les droits que la compagnie qui avait été dissoute ou dépouillée à tort ne pouvait désormais faire exécuter par contrainte légale; et attendu qu'ils furent ainsi amenés à tenter de faire valoir, non pas des droits directs et personnels, mais des droits indirects et substitués. » (1)

Il est tout à fait illogique d'affirmer, comme le font les *Exceptions préliminaires* sur la base de ce précédent, que « l'État national des actionnaires n'a aucun titre, en pareil cas, à présenter une réclamation en faveur de ces derniers » (2).

(1) *Recueil des sentences arbitrales*, N.U., vol. II (1949), p. 781 sq., spécialement p. 790. Cette sentence donna lieu à une opinion dissidente du membre américain, le Colonel Bayne; elle est reproduite dans le *British Yearbook of International Law*, 1927, pp. 170 et suiv.

(2) E.P., p. 209.

Tout d'abord, elles admettent elles-mêmes des restrictions à cette soi-disant règle lorsque la société n'existe plus ou ne peut plus assurer sa défense, ce qui soulève, ou peut soulever, des questions de fond qui ne rentrent plus dans l'exception préliminaire pour défaut de *jus standi*. En outre, dans le précédent des *Navires pétroliers allemands*, il est indéniable que la qualité pour agir par la voie diplomatique et d'intervenir pour sauvegarder les droits d'une société américaine, actionnaire et créancière obligataire d'une compagnie allemande, fut reconnue par un organe international aussi important que la Commission des Réparations, par la conclusion même du compromis d'arbitrage avec le Gouvernement de Washington. Le tribunal ainsi institué n'eut pas à se prononcer sur la recevabilité de la requête américaine, car le droit de protection des États ne fut même pas contesté. Il a directement jugé au fond.

Affaire du Rio Grande.

(151) L'affaire du *Rio Grande* donna lieu à une demande de dommages-intérêts de la part de la Grande-Bretagne contre les États-Unis, dans des circonstances assez particulières.

On y rencontre trois sociétés, dont une de gestion et deux de financement de l'entreprise.

En 1893, une corporation fut constituée au Nouveau Mexique sous le nom de *Rio Grande Dam and Irrigation Co*, (dite « première compagnie américaine »), avec un capital-actions de \$ 5 millions. Elle avait obtenu une concession de barrage du Rio Grande et d'irrigation, concession qui lui fut confirmée le 1^{er} février 1895 par le Secrétaire du Département de l'Intérieur des États-Unis.

En 1895, une seconde compagnie fut incorporée en Grande-Bretagne, la *Rio Grande Irrigation and Land Co Ltd* (dite « compagnie britannique ») afin d'assurer le financement de l'entreprise. Par accord du 27 mars 1896 avec la première compagnie américaine, toute l'entreprise de construction et d'irrigation de cette dernière, avec ses droits et privilèges, fut transférée par un bail (*lease*) à la compagnie britannique moyennant délivrance de 300.000 actions ordinaires, entièrement libérées, émises par celle-ci et paiement d'une soulte en espèces.

La première compagnie américaine continua d'exister et agit en qualité de représentante de la compagnie britannique, mais son capital-actions fut acquis par cette dernière qui la contrôlait entièrement.

Pour des motifs de sécurité juridique, une nouvelle compagnie fut créée et incorporée dans l'État de West Virginia, sous le nom de *Rio Grande Investment Co* (dite « deuxième compagnie américaine »).

Après la constitution de la deuxième compagnie américaine, le capital-actions de la première compagnie américaine lui fut transféré; la compagnie britannique acquit alors tout le capital-actions de la *Rio Grande Investment Co*, qui fut immédiatement contrôlée par elle.

Donc, en 1895, la *Rio Grande Irrigation and Land Co Ltd*, compagnie britannique, était directement propriétaire des actions de la *Rio Grande Dam and Irrigation Co*, première compagnie américaine, et, à partir de 1897, elle en fut indirectement propriétaire

par le canal de la seconde compagnie américaine, la *Rio Grande Investment Co.* La compagnie britannique était en possession des actions émises par la deuxième compagnie américaine, qui à son tour était propriétaire des actions de la première compagnie américaine. La compagnie britannique avait ainsi le contrôle par la possession des titres, du capital entier de la première compagnie américaine.

Un décret de confiscation (*forfeiture*) fut rendu, après de longues procédures judiciaires, par les autorités américaines contre la *Rio Grande Dam and Irrigation Co.*, pour cause d'inobservation de la concession; il devint définitif après avoir été confirmé par la Cour Suprême des États-Unis, en novembre 1909.

Le Gouvernement de Sa Majesté britannique ayant estimé que toutes les procédures poursuivies devant les divers tribunaux américains à ce sujet avaient un caractère oppressif, introduisit une demande devant le tribunal arbitral Grande-Bretagne/États-Unis, institué en vertu de la Convention spéciale du 18 août 1910 entre les deux États, pour soumettre à l'arbitrage des réclamations pécuniaires en suspens. Il réclama une indemnité en faveur de la compagnie britannique pour le dommage résultant de la privation de droits réels de propriété. Le Gouvernement des États-Unis présenta une motion de rejet de la plainte (*motion to dismiss the claim*) fondée sur l'inobservation de certaines règles de procédure et sur l'absence d'intérêts britanniques. Le Tribunal, par sentence du 28 novembre 1923, rejeta la réclamation de la Grande-Bretagne. Mais il n'a pas retenu le premier motif et ne s'est prononcé sur le second qu'après avoir abordé le fond du litige, et non pas en déniaut au Gouvernement britannique le droit de se porter demandeur en réparation des dommages subis par une de ses corporations nationales intéressée dans une compagnie de l'État défendeur.

Le tribunal, en effet, se posa la question suivante : quelle que soit notre opinion au sujet de la confiscation des droits de la compagnie américaine par les cours des États-Unis, la compagnie anglaise possède-t-elle les intérêts nécessaires pour fonder sa réclamation ?

A cette question, le tribunal répondit négativement en examinant la portée de la loi américaine applicable, en tant que *lex rei sitae* à la validité du bail (*lease*). Il constata que la *United States Alien Law, Act of March 3, 1887*, dispose que des corporations qui n'ont pas été incorporées aux États-Unis ne peuvent pas y posséder des biens immobiliers et que toute propriété acquise en violation de cette règle sera confisquée au profit des États-Unis. Il constata, qu'en vertu des documents à la base des droits de la compagnie américaine, il s'agissait de « *real estate rights* », de droits réels immobiliers, et non de droits à un « *personal estate* », de nature mobilière, et que le bail (*lease*) transférant des droits, concessions et privilèges à la compagnie britannique en lui remettant l'entreprise pour toute la vie de la compagnie américaine, constituait « *an interest in real estate* », un intérêt dans des biens immobiliers. Il en a conclu que les droits, biens et intérêts en question n'ayant pu être acquis qu'illégalement par la compagnie britannique, ils ne pouvaient faire l'objet d'une réclamation aux fins d'indemnisation, et il rejeta, par sentence du 26 novembre 1923, la plainte de la Grande-Bretagne.

Mais pour arriver à cette solution, le Tribunal Arbitral a nécessairement dû tenir compte *prima facie* des intérêts britanniques et, loin d'écarter la réclamation faute de *jus standi*, il a implicitement admis que la qualité d'actionnaire qu'avait la société britannique dans une société américaine aurait constitué une base suffisante à l'exercice de la protection

par le Gouvernement britannique si elle n'avait pas acquis les droits litigieux contrairement à une disposition d'ordre public américaine (1) (2).

Affaire de la Società Mineraria e Metallurgica di Pertusola.

(152) Dans l'affaire de la *Società Mineraria e Metallurgica di Pertusola*, de nationalité italienne, le Gouvernement français intervint en faveur de la société française par actions de *Pennaroya* qui possédait les 97,5 % des actions de la société italienne. Par décision du 8 mars 1951, la Commission de Conciliation franco-italienne admit le *jus standi* du Gouvernement français bien qu'il s'agit d'une demande de réparation de pertes subies par la société italienne (3).

Affaire de la Sofimelec.

(153) La même Commission fit un pas de plus dans le cas de l'affaire *Sofimelec* (mentionnée dans le *Mémoire* belge, p. 154, note 1), société anonyme suisse, dont la grande majorité des actions était en mains françaises; cette société lui demanda la restitution de titres qu'elle avait été contrainte de céder pendant la guerre à des ressortissants italiens et le *jus standi* du Gouvernement français, intervenu en sa faveur, fut reconnu par la Commission franco-italienne de Conciliation, malgré une exception d'irrecevabilité du Gouvernement italien.

Affaires diverses.

(154) Les *Exceptions préliminaires* énumèrent encore un certain nombre de cas que le *Mémoire* belge aurait « délibérément » négligés parce qu'ils représenteraient tous des tentatives de réclamations présentées par les Etats nationaux de certains sociétaires, mais « rejetées par les instances internationales saisies, tout au moins tant qu'il s'agissait de décider en droit » (4).

Si on les prend sous la loupe, à l'exception d'un seul, celui de l'*Alsop* déjà traité, on constate que plusieurs de ces précédents ne soulèvent pas du tout le problème de la protection diplomatique des sociétés comme telles ou de celle des actionnaires et autres associés; les cas dans lesquels il en est question ne concernent pas nécessairement le *jus standi* de l'Etat demandeur, en sorte qu'ils ne projettent souvent aucune lumière sur la question de la recevabilité de la présente demande, ou bien ils sont insuffisamment analysés. Il est nécessaire cependant de les examiner avec plus de soin que ne l'a fait l'Etat défendeur.

(1) N.U., *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI, pp. 131-138.

(2) *United States Alien Law, Act of March 3, 1887*: Sect. 1. That it shall be unlawful for any person or persons not citizens of the United States ... or for any corporation not created by or under the laws ... to hereafter acquire, hold, or own real estate so hereafter acquired, or any interest therein, in any of the territories of the United States or in the District of Columbia, except such as may be acquired by inheritance or in good faith in the ordinary course of justice in collection of debts heretofore created. ... Sect. 4. That all property acquired, held or owned in violation of the provisions of this Act shall be forfeited to the United States ... (sentence, p. 136).

(3) *Recueil des décisions* de ladite Commission, III^e fascicule, p. 67 sq.

(4) E.P., pp. 205-209.

Affaire Baasch et Römer.

a) Dans l'affaire *Baasch et Römer*, la Commission mixte Pays-Bas/Vénézuéla, constituée par le protocole du 28 février 1903, n'était compétente que pour les réclamations « du Gouvernement et de citoyens néerlandais contre la République du Vénézuéla » (1). La sentence rendue par le surarbitre Plumley n'a pas la seule signification que lui attribue le Gouvernement espagnol. La situation était beaucoup plus complexe que ne l'expose ce dernier.

Le surarbitre était en présence de deux sociétés lésées :

— d'une part Baasch et Römer se présentaient comme successeurs de la société *Leseur, Römer et Co*, constituée au Vénézuéla entre quatre personnes; trois d'entre elles étaient néerlandaises, dont Römer; mais Baasch ne l'était pas (erreur des *Exceptions préliminaires*, p. 206, sur ce point);

— d'autre part, Baasch et Römer se présentaient aussi en qualité de liquidateurs de la société *Leseur, Römer et Baasch en liq.*, composée de six associés; quatre avaient la nationalité néerlandaise, dont Römer; mais Baasch ne l'avait pas.

Avec l'appui du Gouvernement néerlandais, Baasch et Römer avaient introduit devant la Commission trois réclamations, dont deux furent reconnues fondées par le surarbitre au prorata des intérêts hollandais qui y étaient représentés, soit jusqu'à concurrence des trois quarts pour la société *Baasch, Römer et Co*, et des deux tiers pour la société *Leseur, Römer et Baasch*.

La troisième réclamation était fondée sur les participations de la société *Leseur Römer et Baasch* dans le capital d'une corporation vénézuélienne, la *Luz Eléctrica de Barquisimeto Co.*, société en commandite par actions, dont la société réclamante possédait 26.800 bolivars sur un capital de 240.000 bolivars. Les plantations de cette corporation avaient été détruites pendant une guerre civile et la responsabilité du Gouvernement vénézuélien était engagée. Cette perte avait entraîné la faillite de la société qui avait perdu sa commandite par actions. La Commission n'entra pas en matière sur cette réclamation pour la raison que la victime du dommage était la corporation vénézuélienne et que le seul point à considérer, à son avis, était la nationalité de l'entité lésée, qui, de surplus, avait son domicile au Vénézuéla. La demande de la commanditaire fut donc rejetée sans préjudice (*without prejudice*), c'est-à-dire sous réserve de tous ses droits devant une autre juridiction.

Les particularités de ce précédent, ses contradictions (2) et aussi la très faible participation des ressortissants néerlandais dans la *Luz Eléctrica de Barquisimeto Co.*, diminuée d'un tiers à raison de la présence d'étrangers dans la société plaignante, enlèvent toute portée générale à ce cas.

Affaire Jacob M. Henriquez Co.

b) Dans la cause *Jacob M. Henriquez Co.*, le défendeur affirme que la réclamation fut rejetée en raison de la nationalité vénézuélienne de la société qui avait subi le préjudice (3).

(1) N.U., *Recueil des Sentences arbitrales*, X, p. 709.

(2) Voir Kiss, in *La Personnalité morale*, p. 189.

(3) E.P., p. 207. Les italiques sont au texte.

Dans cette affaire, également jugée par le surarbitre Plumley par application du protocole néerlando-vénézuélien du 28 février 1903, le Gouvernement néerlandais avait présenté une réclamation en faveur d'un de ses ressortissants ayant une participation dans une société vénézuélienne dont les installations avaient été pillées par des soldats vénézuéliens. Le surarbitre constata que les Pays-Bas n'avaient fourni de preuve suffisante ni au sujet du pillage des biens de la société *Jacob M. Henriquez Co.*, ni au sujet de la nationalité des autres associés, et qu'ils n'avaient pas répondu à une exception soulevée par le Vénézuéla, fondée sur la nationalité vénézuélienne de cette société. En conséquence, le surarbitre rejeta la réclamation (1). Il est manifeste que dans ces conditions, le surarbitre n'a pas pris attitude sur les questions soulevées par la demanderesse et que sa décision ne peut être invoquée comme un précédent à l'appui de l'exception d'absence de qualité pour agir de la Belgique dans la présente cause.

Affaire Brewer Moller Co.

c) Cette affaire fut portée devant la Commission mixte germano-vénézuélienne des Réclamations, instituée par les protocoles des 13 février et 7 mai 1903. Elle fut tranchée par le surarbitre Duffield.

La société allemande Brewer Moller et Co. présenta une réclamation comprenant plusieurs postes dont l'un portait sur le paiement de 25 % de la créance que possédait contre le Gouvernement de Caracas le groupement portant le nom populaire de « Lake Maracaibo and Catatumbo River Navigation Co. ». Celle-ci était une « *asociación de cuentas en participación* », formée de quatre grandes compagnies, dont la Brewer Moller Co. Toute association de ce genre est dispensée de remplir les formalités usuelles pour la constitution des sociétés prévues par le Code de commerce du Vénézuéla; elle n'a donc pas de personnalité juridique. D'après l'accord conclu le 1^{er} octobre 1900 entre ces quatre compagnies, seule l'une d'elles, la *Pinedo, Garcia e Cia.* (dont la Brewer Moller Co. n'était nullement membre comme le soutient, à tort, le demandeur), avait la direction, le contrôle et l'administration des propriétés de l'« *asociación de cuentas en participación* ». A cet égard, le surarbitre constata qu'aucune des autres parties à l'accord « n'avait un droit de propriété quelconque sur les avoirs de l'association, pas même sur ceux auxquels elles avaient elles-mêmes contribué » (2). Cette phrase n'a donc pas le sens que lui attribuent les *Exceptions préliminaires* espagnoles; elle signifie, tout au contraire, et c'est le motif pour lequel cette réclamation fut écartée, qu'il n'existait aucune société de droit vénézuélien dont la société allemande protégée fût actionnaire. Dans un cas de ce genre, la question du *jus standi* du Gouvernement allemand ne pouvait pas même se poser (3).

(1) N.U., *Recueil des Sentences arbitrales*, X, pp. 727-728.

(2) « Under those circumstances the Umpire is clearly of the opinion that none of the other parties to the agreement of October 1 have in the language of article 244 (Venezuelian Code of Commerce) any right of property in the effects of the association, not even in those in which they themselves have contributed ». N.U., *Recueil des Sentences arbitrales*, X, p. 434.

(3) « In a case where all of the parties interested are foreigners, and therefore all of them are competent to associate themselves together in such a manner as has here been done ... quite a different question would arise. The question however does not arise in this case and it is not necessary for the Umpire to decide it. » *Ibid.*, p. 435.

Affaire Kundhardt & Co.

d) Dans l'affaire *Kundhardt & Co.*, il s'agissait d'une « *co-partnership* », formée de trois ressortissants des Etats-Unis et incorporée à New York. Elle possédait environ les cinq sixièmes des actions de la *Compañia Anónima Transportes en Encontrados*, de statut vénézuélien. Le Vénézuéla ayant annulé la concession accordée à cette dernière société, qui, de ce chef, alla à la dissolution, *Kundhardt & Co.* introduisit devant la Commission mixte Etats-Unis/Vénézuéla une demande en réparation du tort ainsi causé à la société vénézuélienne dont elle était la principale actionnaire. Le commissaire américain constata au nom de la Commission que, s'il est vrai que les actionnaires d'une corporation *in esse* ne sont pas propriétaires des biens sociaux, c'est un principe de droit universellement reconnu que, lors de la dissolution, les intérêts des divers actionnaires deviennent des droits en équité (*equitable rights*) à des parts proportionnelles des biens sociaux, après paiement des dettes; il déclara donc la réclamation recevable, puisque, en l'espèce, la société vénézuélienne était dissoute; il le fit en ces termes:

« MM. *Kundhardt & Co.*, comme ressortissants des Etats-Unis et propriétaires en équité de leur part proportionnelle dans les biens de la corporation dissoute, ont qualité pour agir devant cette commission pour réclamer une indemnité à raison des pertes qu'ils peuvent prouver avoir subies par suite de l'annulation à tort de la concession » (1).

Il est bien exact que la plainte fut finalement rejetée, mais la Commission admit que l'intérêt réel de *Kundhardt & Co.* était « un droit équitable à une quote-part proportionnelle des biens de l'entité, une fois satisfaits les divers créanciers » (2). La preuve du montant des dettes de la société dissoute n'ayant pas été apportée, bien que l'existence d'un passif social fût évidente, il fut impossible de calculer le montant des pertes subies par la compagnie plaignante; la réclamation fut rejetée pour des raisons de fait, et non de droit. L'opinion du commissaire vénézuélien, telle qu'elle est exactement traduite dans les *Exceptions préliminaires* (3), concerne le fond de l'affaire et non pas la qualité pour agir. Il en est de même de l'exigence de la dissolution préalable de la personne morale. Ce précédent ne consolide donc pas la thèse espagnole.

Affaire de l'Orinoco Steamship Co.

(155) A propos de l'affaire de l'*Orinoco Steamship Co.*, la Partie adverse se livre à une virulente attaque contre le bref passage consacré à ce litige par le *Mémoire* belge où elle veut découvrir une « déformation de la vérité » et « un exemple flagrant des méthodes qui y sont employées » (4). Après toutes les erreurs, citations incomplètes

(1) * Messrs. *Kundhardt & Co.*, as citizen of the United States and the equitable owners of their proportionate share in the property of the dissolved corporation, have a standing before this Commission to make claim for indemnity for such losses as they may prove they have sustained by reason of the wrongful annulment of the concession * Les italiques ne sont pas au texte. N.U., *Recueil des Sentences arbitrales*, IX, p. 175.

(2) Ralston, *Venezuelian Arbitrations of 1903*, pp. 63 et 67 (1904); Borchard, *The diplomatic protection, op. cit.*, p. 625; Mervyn Jones, *op. cit.*, pp. 246-247; N.U., *Passim*, IX, pp. 171 et suiv.

(3) Voir p. 207, note 6.

(4) E.P., pp. 209-213.

ou inexactes, la méconnaissance des conclusions mêmes de la Belgique dans la présente cause, qui ont précédemment été relevées, ce passage des *Exceptions préliminaires* n'est pas peu surprenant.

Le Gouvernement belge, qui s'est attaché à exposer toutes les circonstances entourant cette affaire, reconnaît cependant l'avoir fait d'une manière trop succincte dans son *Mémoire* ; il se voit obligé d'entrer dans plus de détails, et il s'en excuse auprès de la Cour, pour établir que son exposé n'est pas une déformation de la vérité, mais est l'expression de ce qui s'est réellement passé. Il doit donc reprendre *ab ovo* l'historique de cette cause.

Le Gouvernement vénézuélien accorda, en 1894, à Ellis Grell, le droit exclusif de la navigation à vapeur sur l'Orénoque; celui-ci le transféra légalement à Sanchez; puis, il fut cédé à l'*Orinoco Shipping and Trading Co*, une société de statut britannique qui avait été incorporée à Londres le 14 juillet 1898 (1); celle-ci n'était britannique que de nom, car la majorité, sinon la totalité de ses actions étaient entre les mains de ressortissants des Etats-Unis (2). Un décret vénézuélien du 5 octobre 1900 ayant proclamé la liberté de navigation sur ce fleuve, la concession perdit toute valeur. Il s'ensuivit un litige et la compagnie demanda la protection de son Gouvernement national; le Foreign Office la lui refusa lorsqu'il se rendit compte de l'entière prépondérance des intérêts américains dans la société. Celle-ci, sous la nouvelle raison sociale d'*Orinoco Steamship Co*, se fit alors incorporer dans l'Etat de New Jersey aux Etats-Unis et acquit la nationalité américaine; elle ne l'avait pas, ni même n'existait, au jour où se produisirent les actes qui engageaient la responsabilité du Vénézuéla (3). Tout le patrimoine de la société britannique fut, par un acte de cession du 1^{er} avril 1902, transféré, en actif et passif, à la nouvelle corporation.

Le différend, né alors que la compagnie avait le statut britannique, fut soumis à la Commission mixte des Réparations Etats-Unis/Vénézuéla par application d'un protocole du 17 février 1903; elle siégea sous la présidence du surarbitre Dr. Barge.

Le commissaire vénézuélien, M. Grisanti, souleva une exception d'irrecevabilité, dont les termes doivent être reproduits, car ils établissent, à eux seuls, que le surarbitre n'a pas pu ignorer le grave problème que posait, dans cette instance, le principe de la continuité de la nationalité de la réclamation. L'art. I du dit protocole prévoyait que « toutes les réclamations appartenant à des citoyens des Etats-Unis d'Amérique contre la République du Vénézuéla qui n'ont pas été réglées par un accord diplomatique ou par un arbitrage, et qui auront été présentées à la Commission par le Département d'Etat des Etats-Unis ou par sa Légation à Caracas seront examinées et décidées par une Commission mixte... ». M. Grisanti s'exprima comme suit:

(1) N.U., *Recueil des Sentences arbitrales*, IX, pp. 182, 193 et 199.

(2) Brown Scott, *The Hague Court Report, the Orinoco Steamship Cy*, 1916, p. 226; Charles De Visscher, *De la protection diplomatique*, loc. cit., p. 634.

(3) N.U., *Recueil des Sentences arbitrales*, IX, p. 182; Charles De Visscher, *passim*.

« Appartenant, quand? nous nous permettons de poser la question, à notre tour, comme dans la décision ci-dessus insérée (1). Appartenant *ab initio*; c'est-à-dire, appartenant depuis le moment où le droit est né jusqu'au moment où son application est demandée à la Commission. Le verbe « *to own* » veut dire appartenir, et, tel qu'il est employé dans le protocole il signifie « étant le propriétaire originaire »; c'est pourquoi il n'est pas suffisant que la réclamation ait appartenu à un citoyen des Etats-Unis au moment où le protocole a été signé; la juridiction de la présente commission exige que le droit soit né dans la personne d'un citoyen des Etats-Unis et que ledit citoyen n'ait jamais cessé d'être le propriétaire de ce droit. C'est ainsi et seulement ainsi, que le Gouvernement des Etats-Unis pourrait protéger la société réclamante; c'est ainsi et à ces conditions seulement que la présente commission pourrait être compétente pour examiner cette réclamation » (2).

Ces observations ne sont pas restées sans effet sur la sentence du surarbitre. Il a cru pouvoir écarter le principe dont elles sont inspirées en déclarant que cette règle peut être négligée ou délibérément écartée par un traité; il a retenu cette dernière éventualité en considérant que l'expression « réclamation appartenant à des ressortissants », inusitée à son avis, n'avait pas été employée par les Parties sans une raison déterminée; il la trouva dans la preuve que « le Département d'Etat avait connaissance de ces réclamations et montra à leur égard un grand intérêt », et qu'on ne peut pas admettre que les hautes parties contractantes « aient pu oublier ces réclamations très importantes lorsque le protocole fut signé ».

Il est donc bien évident que les deux Gouvernements, parfaitement informés de la situation véritable, ont percé le voile de la société britannique pour permettre la protection des actionnaires de nationalité américaine, car la nouvelle compagnie américaine n'avait elle-même pas pu être lésée, n'existant pas encore au moment des actes internationalement illicites reprochés au Vénézuéla. Il est vrai que le surarbitre Barge ne l'a pas expressément indiqué dans son jugement, mais il est manifeste qu'il a adopté cette conception. Telle est d'ailleurs l'interprétation que donne Charles De Visscher: « La Commission mixte... pouvait-elle considérer le Gouvernement de Washington comme qualifié pour prêter son appui en faveur du recouvrement de ces réclamations? A s'en tenir à la seule considération de la personnalité et de la nationalité de la société, la réponse négative s'imposait... Le surarbitre refusa de s'engager dans cette voie: *s'attachant à la nationalité réelle des vrais intéressés qui n'avaient jamais cessé d'être Américains, il rejeta le déclinatoire d'incompétence proposé par l'agent du Vénézuéla* » (3).

(1) Il est fait allusion à la décision *Albino Abbiatti* de la Commission mixte vénézuélo-américaine; les actes invoqués à l'appui de la réclamation remontaient à une époque où Abbiatti était italien, alors qu'il ne devint citoyen des Etats-Unis que deux ans plus tard. La Commission déclara la réclamation irrecevable pour les raisons suivantes: « Ainsi qu'il a été déclaré ailleurs, le fait d'infliger un dommage aux ressortissants d'un Etat constitue un tort envers ce dernier et en en assurant la réparation, cet Etat remplit ses propres obligations et agit, en un sens, dans son propre intérêt. Voici la clef... pour résoudre des questions semblables: l'Etat demandeur a-t-il subi un tort? Il ne l'était pas, lorsque la personne lésée était à l'époque ressortissante d'un autre Etat, bien qu'elle soit devenue ultérieurement son propre national. Le tort a alors été commis envers un autre Etat. La naturalisation transfère l'allégeance, mais non pas des obligations actuelles de l'Etat » N.U., *loc. cit.*, p. 185.

(2) *Passim*.

(3) Charles De Visscher, *La Protection diplomatique, loc. cit.*, p. 635; les italiques ne sont pas au texte. Dans un sens analogue, Georges Scelle, *L'affaire de l'Orinoco Steamship Cy, Revue générale de droit international public*, t. XVIII, 1911, p. 178.

Dans sa sentence du 22 février 1904, le surarbitre écarta donc l'exception vénézuélienne d'irrecevabilité, mais n'accorda que 28.000 \$ de dommages-intérêts aux Etats-Unis sur les 1.400.000 \$ demandés. Les Etats-Unis protestèrent et un nouveau compromis fut conclu entre les deux Etats, le 13 février 1909; l'affaire fut alors soumise à la Cour permanente d'Arbitrage, qui reçut des parties la mission « de décider si la décision du surarbitre Barge n'était pas nulle en raison des circonstances et conformément au droit international, et si elle peut être considérée comme définitive au point d'exclure un nouvel examen du fond de la cause » (1). Les Etats-Unis reprochaient au surarbitre d'avoir commis des erreurs essentielles et des excès de pouvoir (2).

La Cour, composée comme il est indiqué dans le *Mémoire* belge (p. 159), releva dans sa sentence du 25 octobre 1910 qu'elle n'avait pas à dire s'il avait été bien ou mal jugé, mais seulement s'il y avait une cause de nullité de la sentence; elle ne l'admit pas d'une manière générale, mais annula sur quelques points secondaires les décisions arrêtées par le surarbitre Dr. Barge, ce qui lui permit d'augmenter de 60.000 \$ les dommages-intérêts alloués aux Etats-Unis (3).

Tel est l'exposé succinct, mais très exact, de cette affaire. Tout commentaire plus ample aux critiques formulées dans les *Exceptions préliminaires* paraît superflu; il est manifeste qu'elles ne sont pas fondées sur un examen complet et approfondi de cette cause. Il n'est pas niable que le principe de la nationalité ininterrompue de la réclamation peut être écarté par traité, et les Etats intéressés l'ont fait par le Protocole du 17 février 1903; mais c'est précisément pourquoi celui-ci doit être sûrement compris en ce sens que le but des hautes parties contractantes était bien que des réclamations, telles que celles résultant d'un dommage causé à une société britannique composée exclusivement de citoyens des Etats-Unis, et qui, au moment de la signature du Protocole, étaient possédées par eux, tombaient sous la juridiction de la Commission (4). En présence des déclarations du Commissaire vénézuélien, on se demande comment il peut être affirmé dans les *Exceptions préliminaires* que « l'idée de ressortissants américains lésés en leur qualité d'actionnaires de la société britannique » ne les a même pas « effleurés ». Le plus élémentaire bon sens permet de constater qu'un tort a été infligé à une société de statut britannique par le Venezuela et que la réparation en a été demandée par un Etat tiers, les Etats-Unis, parce qu'aucun intérêt de la Grande-Bretagne n'était impliqué dans cette affaire et que les véritables lésés étaient des ressortissants américains. Aucun artifice juridique ne saurait prévaloir contre cette évidence (5).

SECTION II. — *Précédents gouvernementaux et autres. — Refus de protection.*

(156) Outre ces précédents arbitraux, le Gouvernement belge invoque à l'appui de son droit d'intervention dans l'intérêt des investissements belges compromis par la faillite irrégulière de la Barcelona Traction, plusieurs précédents et différends qui n'ont pas donné lieu à des sentences arbitrales, mais au cours desquels de nombreuses déclarations et manifestations de volonté des parties constituent indubitablement de précieux appuis à la thèse qu'il défend.

(1) Hackworth, *Digest of International law*, VI, p. 129.

(2) Scelle, *loc. cit.*, p. 182; Brown Scott, *op. cit.*, p. 227.

(3) Brown Scott, *op. cit.*, pp. 231-234.

(4) Brown Scott, *op. cit.*, p. 255.

(5) Rappelons ici encore la déclaration du Chief Justice Sissnett dans l'affaire *Shufeldt*: « International law will not be bound by municipal law or by anything but national justice, and will look behind the legal person to the real interests involved », *vide supra.*, p. 142.

Affaire Tlahualilo Co.

(157) Au premier rang de ces différends, il faut placer l'affaire de la *Tlahualilo Co* au Mexique, que les *Exceptions préliminaires* reprochent à la Belgique de n'avoir « mentionné qu'en passant »; l'exposé qu'elles en font est incomplet et tendancieux (1). Cette société par actions, de statut mexicain, avait pour but la culture du coton et obtint, en 1888, du Gouvernement mexicain une concession de terrains, comprenant le droit de creuser un canal depuis la Nazas River aux fins d'irriguer ses cultures. En 1896, elle émit des obligations pour £ 350.000,— à Londres et à New York, garanties par ses propriétés et concessions. En 1908, le Gouvernement du Mexique promulgua des ordonnances sur la dérivation de l'eau de cette rivière qui réduisirent sensiblement le contingent à la disposition de la compagnie. Celle-ci protesta et intenta au Gouvernement un procès devant les tribunaux mexicains, en concluant à l'exécution effective (*specific performance*) des clauses convenues et au paiement de dommages-intérêts; elle fut déboutée par la Cour Suprême de Mexico, motifs pris que la concession était un acte de souveraineté et, en outre, que la compagnie n'ayant pas donné suite aux demandes du Gouvernement, la révocation des droits d'eau concédés était justifiée. Les actionnaires et obligataires anglais et américains de la société étaient lésés. La compagnie invoqua la protection diplomatique, et du Gouvernement britannique, et de celui des Etats-Unis. Les deux Gouvernements se mirent d'accord pour faire une intervention conjointe, d'abord dans l'exercice de leurs bons offices.

Le Gouvernement mexicain répliqua que l'issue de la procédure en cours devant les tribunaux mexicains devait être attendue, car la *Tlahualilo Co* était une corporation mexicaine dont les actionnaires ne comprenaient, lorsque la concession lui fut accordée, ni sujets britanniques, ni citoyens américains; les intérêts en faveur desquels les interventions diplomatiques avaient lieu étaient donc ceux de créanciers-gagistes sur les biens de la compagnie; ils n'avaient d'autre droit que celui d'exiger que leurs prêts fussent garantis et devaient, à cette fin, s'adresser à la Compagnie elle-même.

Dans sa note du 2 août 1911, le Ministre de Grande-Bretagne fit alors clairement allusion à une réclamation en dommages-intérêts pour le tort subi par ceux des sujets de Sa Majesté qui avaient fait de grands investissements dans cette entreprise (2).

Le Département d'Etat des Etats-Unis donna pour instruction à son Ambassadeur au Mexique d'appuyer toute intervention de la Grande-Bretagne qui s'inspirerait des directives suivantes:

« Mon Gouvernement ne peut pas accepter que les motifs contenus dans la note de Votre Excellence constituent une réponse satisfaisante... et en particulier, il ne peut pas admettre que le fait que la *Tlahualilo Co* est mexicaine soit de nature à faire obstacle aux représentations du Gouvernement de Sa Majesté en faveur de porteurs d'actions et d'obligations de cette compagnie... au contraire, le Gouvernement de Sa Majesté doit insister sur son droit, dans les circonstances de ce cas, d'intervenir en faveur de ces porteurs d'actions et d'obligations, cette coutume étant conforme à des précédents bien établis ».

(1) E.P., pp. 216-217.

(2) « His Majesty's Government... cannot accept the validity of the second contention... that the *Tlahualilo Co* being a Mexican company is not susceptible of intervention in its affairs on the part of a foreign government. While His Majesty's Government are prepared to await the result of the suit in the Court of Appeal, yet should the verdict not give the company that relief to which they are entitled, they will feel obliged to make diplomatic representations on behalf of the British interests which are involved. » Hackworth, *op. cit.*, vol. V (1943), p. 842.

Cette note correspondait entièrement à la position adoptée par la Grande-Bretagne. Le Mexique refusa de soumettre le litige à un arbitrage en se retranchant derrière la nationalité mexicaine de la compagnie, et proposa de le régler par un accord direct avec cette dernière, ce qui eut effectivement lieu par une Convention du 29 avril 1913, reconnaissant à la société certains droits d'eau (1).

Les constatations à retenir de cette affaire ne sont pas celles que le Gouvernement défendeur croit devoir mettre en relief, en écrivant que les deux Gouvernements intervenants « durent » finalement s'incliner; ce sont les suivantes: Tout d'abord, il y eut un cas d'*intervention conjointe*, particulièrement étroite, entre les Etats-Unis et la Grande-Bretagne; ensuite, la qualité pour agir, nettement affirmée par les Gouvernements de ces deux Etats, a tout de même eu pour effet que le Gouvernement mexicain s'est finalement prêté à la conclusion d'un arrangement direct avec la compagnie; enfin cette intervention a eu le résultat de sauvegarder efficacement les investissements financiers de leurs ressortissants dans une entreprise étrangère, ce qui était le but qu'ils s'étaient proposé.

Affaire de la Romano-Americana Co.

(158) La discussion entre les Etats fut beaucoup plus satisfaisante, sans qu'ils aient cependant consenti à recourir à un arbitrage, dans l'affaire de la *Romano-Americana Co*, société par actions, de statut roumain, dont les actions étaient presque entièrement en mains de la compagnie américaine, Standard Oil of New-Jersey. Ce cas est aussi examiné d'une façon trop sommaire par le défendeur, pour qu'on puisse se dispenser de l'analyser plus à fond.

Le 20 juin 1924, le Gouvernement des Etats-Unis rendit la Grande-Bretagne responsable de pertes causées par la destruction des réserves de pétrole de la société roumaine pendant la première guerre mondiale, afin d'éviter qu'elles ne tombent au pouvoir de l'envahisseur; cette destruction avait été faite par les autorités roumaines avec le concours d'officiers britanniques par ordre de leur Gouvernement; les Etats-Unis lui réclamèrent une indemnité pour la Standard Oil Co of New-Jersey.

Le Gouvernement britannique, par note du 6 octobre 1924, ayant excipé de la nationalité roumaine de la *Romano-Americana Co*, qui ne pouvait, par conséquent, faire l'objet que d'une réclamation endossée par la Roumanie, l'Ambassade des Etats-Unis à Londres répliqua, le 16 février 1925, que « ce Gouvernement ne peut pas admettre que le fait que la *Romano-Americana Co* (propriété totale de la Standard Oil Co of New-Jersey) est une corporation roumaine, ait une portée quelconque pour la question de la responsabilité du Gouvernement Britannique. Les vues exprimées par Lord Salisbury, le 10 septembre 1889, en ce qui concerne le cas de la Delagoa Bay Railway, sont en harmonie avec la conception que l'Etat, dont les nationaux sont propriétaires des actions d'une corporation étrangère, peut s'entremettre en leur faveur, lorsque la corporation subit des torts du fait d'un Etat étranger, lorsque ces nationaux n'ont pas

(1) Mervyn Jones, *Claims on behalf of Nationals who are shareholders in foreign companies*, *British Yearbook of International Law*, 1949, XXVI, p. 237 sq.

d'autre remède que celui de l'intervention de leur propre Gouvernement... En un mot, le manteau de la corporation roumaine recouvrant les intérêts américains, ne libère pas le Gouvernement Britannique de toute obligation d'accorder une réparation que, normalement, il aurait due à tout ressortissant neutre faisant des affaires en Roumanie » (1). Dans une note ultérieure, du 2 mai 1927, le Gouvernement des Etats-Unis invoquait encore de nombreux précédents, dont ceux de la *Delagoa Bay Railway Co*, de l'*El Triunfo Co*, de l'*Alsop Co*, de la *Tlainahilo Co* ; il en concluait qu'une pratique bien établie autorisait les Gouvernements à protéger les intérêts de leurs ressortissants dans des corporations étrangères, lorsque les cas étaient appropriés (*in appropriate cases*) (2).

Par sa note du 5 juillet 1928, le Gouvernement britannique en convint, mais releva que les cas dans lesquels le droit d'intervention d'un Gouvernement en faveur d'actionnaires d'une corporation étrangère avait été admis, exigent que certaines caractéristiques bien saillantes soient réalisées, qui n'existaient pas dans le cas considéré. Il fallait, ou bien que le Gouvernement tenu pour responsable eût mis fin à l'existence de la corporation, ou bien qu'il l'eût obligée de suspendre ses opérations par la confiscation de ses avoirs. Car ce n'était pas avant que la compagnie eût cessé d'avoir une existence active et qu'elle eût été liquidée que les intérêts des actionnaires cessaient de consister en un simple droit de participer aux bénéfices de la compagnie pour se transformer en un droit de partager le solde de ses actifs.

Le Gouvernement britannique faisait remarquer d'autre part qu'il serait manifestement injuste de refuser un appui diplomatique aux actionnaires d'une corporation étrangère dans des cas où le Gouvernement national de celle-ci lui aurait causé des dommages par ses propres actes et rendu illusoire tous les remèdes auxquels la corporation aurait pu avoir recours.

Après cet échange de notes, le Gouvernement des Etats-Unis renonça à son intervention à l'encontre de la Grande-Bretagne et s'adressa ultérieurement à la Roumanie, à la suite de quoi la *Romano-Americana Co* accepta, en règlement de toutes ses pertes, une offre transactionnelle du Gouvernement de Bucarest.

Ce précédent est, en effet, fort intéressant, comme le trouve le Gouvernement espagnol. Il ne l'est peut-être pas au sens où il l'entend ; mais il l'est certainement. Il établit que les deux grandes Puissances, opposées dans leurs discussions, étaient cependant d'accord pour reconnaître, sur la base d'une pratique bien établie par les précédents arbitraux, diplomatiques et autres, exposés dans le présent acte de procédure, que les Etats ont qualité pour agir, en droit international, aux fins de sauvegarder les droits de leurs nationaux, personnes physiques ou morales, qui sont actionnaires de compagnies étrangères.

Seules, l'étendue et les modalités de ce droit de protection diplomatique ont fait l'objet de discussions entre elles. Si ce droit n'a été admis en l'espèce que dans des limites restreintes, il est permis de croire que les circonstances très spéciales de la cause n'y furent pas étrangères ; le Gouvernement de Washington dut en effet, vraisemblablement, éprouver quelque embarras à poursuivre la réparation de dommages résultant d'actes de guerre accomplis par un Etat allié dans l'intérêt commun.

(1) Hyde, *op. cit.*, vol. II, p. 907.

(2) Hackworth, *op. cit.*, vol. V, pp. 841 et 843.

Affaire Mexican Eagle Co.

(159) Quant à l'affaire de la *Mexican Eagle Co*, elle est suffisamment expliquée dans le *Mémoire* belge (p. 158) et dans les *Exceptions préliminaires* (1) pour qu'on puisse se dispenser de revenir sur les faits. Elle présente cependant certaines particularités qu'il faut mettre en relief, et qui permettent de la distinguer très nettement du cas de la Barcelona Traction.

Il n'est pas contestable que le Gouvernement mexicain opposa une opiniâtre résistance à l'intervention de la Grande-Bretagne en faveur des actionnaires britanniques d'une société mexicaine. Cette opiniâtreté s'explique par la politique de nationalisation des entreprises pétrolières que ce Gouvernement estimait nécessaire à la prospérité de l'Etat tout entier.

La Grande-Bretagne a préconisé des limitations à la protection des actionnaires par leur Etat national. Sans doute ces limitations n'ont rien d'absolu; elles étaient adaptées aux nécessités des cas où elle a été partie. Le Gouvernement britannique estimait que l'action protectrice devait, en tout cas, être admise lorsque le dommage était causé par l'Etat national de la société et que celle-ci était éteinte, juridiquement ou pratiquement (*practically defunct*). Il s'est placé à un point de vue pragmatique.

Le Gouvernement mexicain, au contraire, a adopté dans la première phase du différend une attitude absolue, fondée sur la souveraineté de l'Etat. Pas d'intervention dans des domaines qu'il considérait comme relevant du seul droit mexicain. Par note du 12 avril 1938, il répondit à la note de la Grande-Bretagne du 8 avril 1938 que la *Mexican Eagle Co* était « une entreprise mexicaine et que, par conséquent, la défense de ses intérêts n'appartient pas à un Etat étranger, ni en ce qui concerne les affaires intérieures de l'Etat Mexicain, ni dans la sphère de la vie internationale. Le Mexique ne peut pas permettre qu'un Etat, sous le prétexte de protéger les intérêts d'une société mexicaine, nie la personnalité juridique de sociétés qui furent constituées au Mexique conformément aux Lois de notre pays ».

Mais, après une rupture des relations diplomatiques qui se prolongea pendant une quinzaine d'années, de nouvelles négociations s'engagèrent et le Gouvernement mexicain se prêta à un arrangement avec la compagnie, assurant à cette dernière une indemnité de 80.250.000.— \$ U.S.A., payables par annuités de 1948 à 1962, plus intérêts. Les notes échangées entre la Grande-Bretagne et le Mexique confirment qu'en définitive les actionnaires britanniques de la *Mexican Eagle Co* reçurent, en commun avec les actionnaires d'une autre nationalité, la juste et équitable indemnité à laquelle ils avaient droit dès le début. Le Gouvernement néerlandais, très intéressé dans les pétroles mexicains, adopta une attitude analogue à celle du cabinet de Londres et réussit aussi à conclure avec le Gouvernement du Mexique un accord semblable (2).

Le dénouement de ce différend apporta donc une certaine satisfaction aux actionnaires étrangers de la société mexicaine. Pour le surplus, la situation de fait est totalement différente, dans le cas de la Barcelona Traction, de celle qui existait entre la Grande-Bretagne et le Mexique, à propos de la *Mexican Eagle Co*.

(1) E.P., pp. 218-219.

(2) *Keesing's Contemporary Archives (Weekly Diary of World Events)*, vol. VI (1946-1948), p. 8852; Echange de notes entre le Mexique et les Pays-Bas concernant ces arrangements, dans N.U., *Recueil des Traités* (1947), vol. III, N° 22, pp. 14 et suiv.; Kiss, *loc. cit.*, p. 200; Mervyn Jones, *loc. cit.*, p. 242.

Dans la cause de la Barcelona Traction il ne s'agit pas d'une nationalisation au bénéfice de toute la collectivité, mais d'une expropriation au bénéfice d'un seul individu, réalisée par des procédés dolosifs, au moyen de la faillite, déclarée en Espagne, d'une société non pas espagnole, mais canadienne et qui ne relevait nullement des lois espagnoles pour son statut. Ce point est très important. En intervenant pour les actionnaires belges de cette société, le Gouvernement demandeur ne s'ingère en aucune manière dans les affaires intérieures de l'Espagne.

Affaire Canevaro.

(160) Dans l'affaire *Canevaro*, le problème de la protection diplomatique des actionnaires par leur Etat national fut à peine abordé. Mais il a donné lieu à quelques déclarations dont la plus saillante fut celle du professeur Scialoja, reproduite dans le *Mémoire* belge (p. 154); c'est pour cette raison que le Gouvernement belge a cité ce cas, et non pas en tant que précédent arbitral.

Dans sa sentence du 3 mai 1912, la Cour permanente d'Arbitrage s'est attachée à déterminer la nationalité des frères Canevaro; elle admit que deux d'entre eux étaient indubitablement investis de la double nationalité italienne et péruvienne, mais que le statut national du troisième était douteux. Elle finit par reconnaître qu'il avait aussi la double nationalité, en raison de sa naissance au Pérou et du centre de ses activités dans cet Etat. La Cour, placée en présence de cas de double nationalité, accorda la prédominance à la péruvienne, parce qu'elle était de droit et de fait, conformément à une pratique bien établie de droit international privé; elle en tira logiquement la conséquence, dans sa sentence du 3 mai 1912, que la société en nom collectif *José Canevaro y hijos* devait aussi être considérée comme péruvienne, au double titre de son siège social au Pérou et de la nationalité de ses membres. Il y a là une remarquable application du principe de l'effectivité.

La Cour ne s'est pas directement prononcée sur le *jus standi* du Gouvernement italien, mais elle l'a implicitement écarté, parce que la prédominance italienne des intérêts engagés n'avait pas pu être établie (1).

Une autre réserve qui s'impose à la lecture des *Exceptions préliminaires* est celle concernant les déductions qui y sont faites de l'arrêt que la Cour aurait rendu dans l'hypothèse où elle aurait admis la thèse italienne (2). Les considérations des *Exceptions préliminaires* à ce sujet sont tout à fait gratuites. Tout ce qu'on peut affirmer c'est qu'il est vraisemblable que la Cour n'aurait fait aucune différence entre les sociétés de capitaux et les sociétés de personnes lorsque ces dernières ont la personnalité juridique d'après la loi fixant leur statut, car du moment que, dans plusieurs cas d'arbitrages internationaux le principe de la protection des associés dans des sociétés étrangères, tant civiles, que commerciales, a été reconnu, on ne voit pas pour quelles raisons il faudrait faire une distinction entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux; ce qui est déterminant c'est la personnalité juridique.

(1) De Boeck, *La sentence arbitrale de la Cour permanente de La Haye dans l'affaire Canevaro*, *Revue Générale de Droit international public*, 1913, pp. 339 et suiv., 345 et suiv., 349 et suiv., et 353; Charles De Visscher, *De la protection diplomatique*, loc. cit., p. 632; Bortoluzzi, *op. cit.*, pp. 308-309.

(2) E.P., p. 200.

(161) Les deux affaires suivantes établissent aussi la qualité pour agir des Etats afin de protéger diplomatiquement leurs nationaux qui sont actionnaires de sociétés anonymes étrangères.

Affaire Vacuum Oil Co.

Dans le cas de la *Vacuum Oil Co*, société par actions hongroise, ayant son siège à Budapest et une fabrique en Autriche, le Gouvernement des Etats-Unis intervint contre l'Autriche en faveur de cette société parce qu'elle était une création de la *Standard Oil* et lui appartenait; le Gouvernement autrichien contesta la recevabilité de la demande en soutenant que seul le Gouvernement hongrois avait qualité pour endosser cette réclamation, étant donné que le domicile de la personne juridique se trouvait en Hongrie. Le différend fut arrangé à l'amiable.

Affaire Limanova.

De même, dans l'affaire *Limanova*, société à responsabilité limitée, de nationalité autrichienne, mais avec une forte participation française en capitaux, la société s'était plainte de mesures rigoureuses prises envers elle par le Gouvernement autrichien; des démarches diplomatiques furent entreprises par le Gouvernement français afin de protéger cette société autrichienne contre son Etat national. Le Gouvernement autrichien contesta la qualification du Gouvernement français, mais le différend fut également réglé à l'amiable (1).

Refus de protection.

(162) Très instructifs sont aussi les enseignements à tirer de la pratique diplomatique des Etats qui ont refusé leur protection à des sociétés ayant leur statut national, mais dans lesquelles des intérêts étrangers étaient importants au point de faire apparaître la nationalité fictive de ces sociétés.

Le droit d'intervention diplomatique est, par excellence, un droit discrétionnaire de tout Etat; c'est une compétence de souveraineté d'Etat; ce n'est pas un droit subjectif de la personne physique ou morale, laquelle ne peut jamais l'exiger. Ce droit est dominé par des considérations d'opportunité qu'il n'appartient à aucun autre Etat de discuter (2). Il faut en conclure que ni le *jus standi* de l'Etat national d'une compagnie, ni celui de l'Etat dont les associés ont la nationalité, ne peut dépendre des décisions prises par l'autre Etat, sous réserve naturellement de tout accord spécial entre eux sur la priorité de la plainte. L'Etat national peut intervenir en faveur de la compagnie comme telle, même s'il en résultait que des actionnaires étrangers, en minorité, retirassent indirectement bénéfice de sa protection (3); en fait il limitera son action en faveur des

(1) Conf. sur ces deux cas, Jacobi, *La condition juridique des sociétés anonymes étrangères*, dans l'*International Law Association*, année 1912, vol. XXVII, p. 379.

(2) Lauterpacht, *International Law*, 7th ed. (1952), I, p. 626.

(3) Hackworth, *op. cit.*, vol. V, p. 837, écrit : « A State may ... present a claim on behalf of a national corporation from which foreign stockholders will indirectly derive a benefit ».

intérêts de ses seuls nationaux dans une société qui a sa nationalité lorsque les intérêts qu'elle incorpore sont en grande partie étrangers; il pourra même s'abstenir d'agir si cette intervention ne lui paraît pas opportune. Les décisions qu'il jugera indiquées de prendre à ce sujet sont sans influence sur le *jus standi* de l'Etat national des associés, pas plus que celles de ce dernier ne peuvent compromettre la qualité pour agir de l'Etat national de la corporation, s'il estime qu'il est pour lui opportun d'agir (1).

Il est symptomatique que ce pouvoir discrétionnaire se soit constamment manifesté dans les deux sens, positif et négatif, dans le comportement des Etats: positif, en ce qu'un autre Etat que celui du statut de l'entité collective *intervient* en faveur de ses ressortissants, actionnaires de cette entité; négatif, en ce que l'Etat national *s'abstient d'intervenir* en faveur d'une entité collective qui relève de son statut lorsque ses ressortissants ne possèdent pas une part estimée suffisamment importante du capital social. Cette abstention implique, de toute évidence, la recherche des intérêts réels que recouvre le voile de la personnalité juridique et du statut national des corporations, et la volonté de l'Etat de percer ce voile afin de ne pas s'exposer à accorder sa protection diplomatique à des intérêts qui ne sont pas effectivement les siens. (2)

Cas pratiques.

(163) Des exemples nombreux s'en trouvent dans les conventions instituant des Commissions de réclamations. La jurisprudence internationale en présente un cas typique, celui de l'*Orinoco Shipping and Trading Co*, qui a déjà été exposé (3).

A cette affaire il serait facile d'en ajouter de nombreuses: Affaire de la *Quito Electric Light and Power Co*, qui se vit refuser, en 1912, la protection du State Department des Etats-Unis contre l'Equateur, parce que les ressortissants américains ne possédaient que 100 \$ du capital de 450.000 \$ de cette société (4); affaire de la *Renault Selling Branch Inc.*, corporation new-yorkaise, dont tous les actionnaires étaient des ressortissants français domiciliés en France, et à laquelle le State Department refusa sa protection diplomatique, par lettre du 1^{er} juillet 1919, pour éviter de créer un précédent qui aurait incité *n'importe quelle catégorie d'étrangers* à se prévaloir du fait qu'il l'aurait accordée, pour des intérêts couverts par une société, sans égard au loyalisme de celle-ci envers les Etats-Unis (5); affaire de la *Trading Corporation of Enrique Cortés and Co*, société britannique dont la grande majorité des actions était détenue par des étrangers, et à laquelle les juristes du Foreign Office à Londres proposèrent de refuser la protection diplomatique, ce qui fut effectivement décidé, parce que des étrangers qui constituent une société anonyme en Grande-Bretagne n'ont pas, de ce chef, le droit de réclamer la protection diplomatique du Gouvernement de Sa Majesté, attendu que « Dans

(1) Voir dans le *Mémoire belge*, § 321, p. 155, et page 156 note 1, la déclaration du Solicitor du Department of State des Etats-Unis dans l'affaire *George D. Emery Co.*, et les références qui y sont indiquées.

(2) Beckett, *loc. cit.*, p. 185, écrit : « Etant donné le droit d'étendre la protection diplomatique à une société, la question de savoir si ce droit sera exercé est laissée pour chaque cas particulier à la discrétion de l'Etat. L'exercice de cette discrétion comporte le droit de refuser d'agir pour protéger une société dont le capital est entièrement propriété étrangère ». (« Given the right to extend diplomatic protection to a company, it is a matter of discretion whether in any particular case a State will choose to exercise it. In the exercise of discretion it may decline to take action to help a company whose capital is all foreign-owned »). Cf. Mervyn Jones, *loc. cit.*, p. 251; Borchard, *The diplomatic protection of citizens abroad*, p. 621.

(3) *Vide, supra*, pp. 154 sq.

(4) Hackworth, *op. cit.*, vol. II, p. 845.

(5) Hackworth, *op. cit.*, vol. V, p. 840.

chaque cas d'espèce, il convient d'examiner les données essentielles et la nature des activités déployées par la société. A notre avis aucune règle fixe et rigide ne peut être établie quant à la proportion des intérêts britanniques dont la présence peut conférer à la société la protection du Royaume-Uni » (1).

Cette pratique est aussi celle qui est suivie par le Département d'Etat de Washington (2).

SECTION III. — *Le Droit international conventionnel.*

(164) La nécessité de développer, et à certains moments même de restaurer le climat de confiance indispensable aux relations économiques internationales, et spécialement aux mouvements internationaux de capitaux, ne détermina pas seulement l'évolution de la jurisprudence et de la pratique diplomatique qu'on s'est efforcé de retracer dans la section qui précède; elle marqua aussi profondément le droit international conventionnel.

Cette nécessité se fit surtout sentir à l'issue des deux guerres mondiales, et elle amena la conclusion soit de conventions visant à l'indemnisation des intérêts étrangers atteints par des mesures de guerre ou de nationalisation, soit de traités d'établissement ou de commerce contenant des dispositions pour la protection des placements à l'étranger.

Lors de la conclusion de ces conventions, les États contractants furent tout naturellement amenés, pour respecter les exigences de la réalité économique, à chercher derrière les constructions juridiques de droit interne, quels étaient les véritables intérêts à indemniser ou à sauvegarder.

Levée du voile social et notion du contrôle.

(165) Pour replacer cette importante évolution du droit international conventionnel dans son ambiance historique, il n'est pas sans intérêt de rappeler que la tendance à lever le voile de la personnalité juridique des corporations, et à prendre en considération

(1) *McNair, International Law Opinions, 1956, vol. II, pp. 38-39; cfr. pour d'autres exemples, Kiss, loc. cit., pp. 202-203.*

(2) Devant la Commission Mixte des Réclamations Etats-Unis - Mexique instituée par les conventions de 1923, les Etats-Unis ont suivi la directive que « it has been the long standing practice of the Department of State to refrain from pressing diplomatically the claims of American corporations in which there was no substantial American interest. The Department does not consider it proper for the Government of the United States to seek to protect, under the cloak of American corporations, interests which are wholly alien ». (*Hackworth, op. cit., vol. V (1943), p. 839.*)

Cette pratique a été assez récemment précisée par une loi des Etats-Unis du 9 août 1955, « *Act to amend the International Claims settlement Act of 1949 as amended, and for other purposes* », dans les relations avec la Bulgarie, la Hongrie, la Roumanie, l'Italie et l'Union soviétique: « Sect. 301 (2). National of the United States means (B) a corporation or legal entity which is organized under laws of the United States... if natural persons who are nationals of the United States own, directly or indirectly, more than 50 per centum of the outstanding capital stock or other beneficial interest in such legal entity. It does not include aliens. » (*Public Law 285 - 84th Congress, chapter 645 - 1st Session. H.R. 6382. All 69 Stat. 562.*)

Les italiques ne sont pas au texte.

directe les éléments qui les composent, s'est beaucoup renforcée pendant les deux guerres mondiales, principalement pour assurer une application efficace de la législation interdisant le commerce avec l'ennemi.

L'initiative en revient à la Grande-Bretagne. Ses tribunaux ne se bornèrent pas à examiner si une corporation, selon les critères du « *Trading with the enemy Act* » du 27 janvier 1914, devait être considérée comme investie de la nationalité ennemie. Ils percèrent précisément la voile de la personnalité juridique pour rechercher quels étaient les intérêts qui se dérobaient. Ils introduisirent ainsi dans le droit des gens la notion du contrôle pour en faire le critérium du caractère ami ou ennemi d'une entité corporative. Le tournant décisif dans la jurisprudence britannique se produisit lorsque la Chambre des Lords, par jugement du 30 juin 1916 dans l'affaire *Daimler Co. v. Continental Tyre and Rubber Co.*, déclara qu'était ennemie une corporation britannique placée sous l'autorité de personnes résidant en pays ennemis ou en recevant des instructions. Cette jurisprudence fut suivie par la Cour de l'Amirauté dans l'affaire du navire *The St Tudno* dont la confiscation fut ordonnée parce que la compagnie anglaise, propriétaire du navire, était sous le contrôle de la *Hamburg-America Linie* (1). Ensuite, elle se propagea sur le continent européen et aux États-Unis, avec cette importante différence toutefois, chez ces derniers, que des corporations américaines ne furent jamais dépouillées de leur qualité nationale, même si elles étaient en majeure partie formées de ressortissants ennemis (2).

Cette jurisprudence est en complète harmonie avec la notion d'ennemi qui, en droit britannique, comprend non seulement les ressortissants d'États en guerre avec la Grande-Bretagne, mais aussi les personnes domiciliées en pays ennemis, en sorte que, dans l'esprit des savants juges qui l'adoptèrent (notamment lord Parker), elle ne concernait pas la nationalité mais seulement le caractère ennemi.

Mais sur le continent cependant, la confusion des notions de contrôle et de nationalité se répandit au point de devenir générale. Elle donna lieu, lorsque le système du contrôle fut consacré dans les traités de paix qui terminèrent la première guerre mondiale, à une jurisprudence extrêmement flottante des Tribunaux Arbitraux Mixtes, institués par ces traités et qui, fréquemment, dans l'interprétation qu'ils en donnèrent, considérèrent que le caractère national de la réclamation dépendait de la nationalité de la majorité des actionnaires ou de la nationalité des intérêts contrôlants.

Influence du système du contrôle dans les traités de paix.

(166) Le système du contrôle, qui permet de faire abstraction, dans certaines relations de droit international, de la nationalité des sociétés selon leur statut, a exercé une influence importante dans la rédaction des traités de paix et de plusieurs accords destinés

(1) Charles De Visscher, *La nationalité et le caractère ennemi des sociétés commerciales d'après la jurisprudence des cours anglaises*, *Revue de droit international privé* (Darras-de La Pradelle), vol. XIII, 1917, pp. 501 et suiv.

(2) Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V (1943), p. 835.

à mettre fin à des contestations entre États, dernières et longues séquelles des deux guerres mondiales. La fréquence de ces accords révèle une commune conviction des États suivant laquelle il y a lieu de prendre en considération les intérêts couverts par la personne juridique.

Il est intéressant de mentionner ici l'arrêt du 25 mai 1926 de la Cour permanente de Justice internationale relatif à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond), parce qu'il manifeste bien la transformation qui s'opère dans les esprits, au sujet du rôle attribué à la « nationalité » des sociétés dans les relations internationales. « Les critères d'ordre extérieur, déclare la Cour, tels que le siège, le lieu de la fondation, la législation sous l'empire de laquelle la société a été constituée et autres, appliqués depuis longtemps et sans rapport avec le problème de la liquidation par la législation et la jurisprudence des différents pays, semblent avoir été remplacés dans la Convention de Genève (1) et, en ce qui concerne la liquidation, par un critère plus souple qui permet d'atteindre, en dépit d'apparences contraires, les personnes physiques d'une nationalité déterminée. Le régime est donc basé sur la nationalité des citoyens de l'État frappés par la liquidation, titulaires et bénéficiaires des biens, droits et intérêts liquidables. » (C.P.J.I., série A, n° 7, p. 68) (2).

Levée du voile social dans les traités et conventions internationales.

(167) Cette tendance à lever le voile social a eu une grande répercussion sur les nombreux accords conclus entre États afin de régler la question des indemnités dues pour nationalisations. Les États y ont tenu compte d'une manière croissante des intérêts des individus qui avaient des participations dans les sociétés nationalisées; la plupart de ces accords cherchent à assurer l'indemnisation des personnes physiques effectivement lésées. Ils présentent cette particularité de limiter au « *substantial interest* » l'indemnité qui peut être demandée par la voie de la protection diplomatique. D'autre part, il ne suffit pas toujours qu'une personne juridique ou société relève du statut de l'État réclamant pour pouvoir être indemnisée en proportion des pertes qu'elle a subies; il faut encore que les intérêts qu'elle incorpore soient effectivement ceux de personnes ressortissantes de cet État. Fréquemment, on leva donc le voile qui recouvrait la corporation pour mettre en lumière les intérêts effectifs de ses membres dans l'avoir social et adapter les indemnités aux réalités.

Cette protection des participations sociales est assurée dans une mesure très variable par les accords conclus à cet effet entre États.

(1) Convention du 25 mai 1922 entre l'Allemagne et la Pologne.

(2) Voir aussi l'arrêt du 26 mars 1925 dans l'*affaire des concessions Mavrommatis*, série A, n° 5, p. 31. Cf. sur le caractère ennemi des sociétés, Domke, *Trading with the enemy in World War II* (1943), pp. 120-144 et *Control of Alien Property* (1947), pp. 96-104.

Parfois, des indemnités ne sont accordées qu'à celles des sociétés qui ont été incorporées sur le territoire de l'État requérant, mais avec d'importantes dérogations: sont exclus de l'indemnisation les actionnaires ou associés qui ont la nationalité de l'État nationalisateur (1) ou aussi les personnes morales relevant de l'État réclamant dans lesquelles des ressortissants de l'État nationalisateur ont des participations supérieures à la moitié de l'avoir social (2); ou encore, les corporations et sociétés nationales de l'État réclamant qui ne peuvent pas justifier de participations importantes de nationaux de cet État dans leur capital (3).

L'importance requise pour que les participations puissent bénéficier des conventions a été quelques fois précisée par le recours à la notion de l'intérêt prépondérant (4). Le Conseil fédéral suisse a exposé de manière particulièrement pénétrante le sens à donner à cette expression, en relevant qu'« il faut toujours considérer les circonstances réelles et ne pas se fier à des constructions purement juridiques qui peuvent avoir uniquement pour but de dissimuler les faits véritables » (5). Il indique comme élément de l'intérêt suisse prépondérant dans des sociétés, le fait que la majorité effective du capital se trouve en mains suisses; ce fait n'est pas le seul déterminant; s'il n'y a pas de majorité, l'élément prépondérant pourra résider dans une participation minoritaire mais exerçant une influence décisive sur la société, ce qui pourra facilement se vérifier lorsqu'une minorité compacte se trouve en présence d'une majorité dispersée; l'intérêt prépondérant pourra aussi résider dans la composition du Conseil d'administration et de la direction lorsque ces organes exercent une influence décisive sur la vie de la société par actions; il estime même qu'il ne faut pas négliger les créanciers sociaux dont les intérêts peuvent être gravement compromis par la nationalisation des entreprises de leur débitrice (6).

Les accords concernant l'indemnisation des intérêts suisses nationalisés en Hongrie et en Roumanie, conclus respectivement le 19 juillet 1950 (7) et le 3 août 1951 (8)

(1) Dans ce sens, accord du 23 décembre 1948 entre la Grande-Bretagne et la Yougoslavie; il en est de même des accords de la Grande-Bretagne avec la Pologne des 24 janvier 1948 et 10 novembre 1954, et la Tchécoslovaquie du 28 septembre 1949.

(2) La convention entre la France et la Grande-Bretagne du 11 avril 1951 concernant les modalités d'indemnisation des intérêts britanniques dans les entreprises du gaz et de l'électricité nationalisées en France exclut « les personnes morales britanniques dans lesquelles les droits de l'actif appartiennent pour plus de moitié à des Français ». Restriction analogue dans l'accord entre la France et le Canada du 26 janvier 1951.

(3) L'accord du 19 juillet 1948 entre les Etats-Unis et la Yougoslavie admet l'indemnisation des sociétés organisées selon les lois américaines dont les 20 % des actions au moins sont en mains américaines.

(4) Dans ce sens, les traités franco-polonais du 19 mars 1948 (*Bull. lég. Dalloz*, 1951, 856) et franco-yougoslave du 14 avril 1951 (*Bull. lég. Dalloz*, 1953, 536).

(5) Message du Conseil Fédéral Suisse du 29 octobre 1948 concernant... l'accord sur les nationalisations conclu entre la Suisse et la Yougoslavie, *Feuille Fédérale*, 1948, vol. III, éd. française, p. 686.

(6) Le critérium de l'intérêt prépondérant a été retenu dans tous les accords conclus dans ce domaine par la Suisse; les traités avec la Tchécoslovaquie (Protocole N° 1) du 18 décembre 1946, et avec la France, du 21 novembre 1949 exigent, pour qu'une société suisse puisse avoir droit à indemnisation, que les 50 % au moins du capital appartiennent à des personnes physiques ou morales suisses et qu'il n'existe pas de créances non commerciales contre la personne morale qui fait l'objet d'une protection diplomatique; le capital suisse doit être supérieur à 50 % s'il y a des créances non commerciales; le traité avec la Pologne du 25 juin 1949 couvre les personnes juridiques « ayant leur siège social en Suisse et comportant un intérêt suisse prépondérant ».

(7) *R. O.*, 1950, 736 e: suiv., art. 2.

(8) *R. O.*, 1951, 832 e: suiv., art. 6, al. 1.

ne mentionnent même plus le siège social en Suisse comme preuve *prima facie* du lien unissant une société à l'État suisse et se basent exclusivement sur l'existence d'un intérêt suisse prépondérant. De la sorte, le caractère suisse de sociétés commerciales est considéré comme établi même si elles ont leur siège social à l'étranger pour autant qu'elles comportent un intérêt suisse prépondérant (1).

Le traité du 19 mars 1948 entre la France et la Pologne concerne les compagnies françaises et « sous contrôle français »; son application est étendue « aux participations minoritaires dans toutes les autres sociétés ou sous un autre contrôle » (2). Le protocole polono-danois du 12 mai 1949 prévoit une indemnisation pour des participations danoises à des entreprises dont le siège est à l'étranger pourvu qu'elles appartiennent pour 90 % à des ressortissants des « Nations Unies » (3).

Il résulte indiscutablement de tout ce réseau de conventions relatives aux indemnités pour cause de nationalisations, que les États contractants n'ont pas considéré qu'il fût raisonnable de ne prendre en considération que le critérium du statut juridique d'une personne morale ou société pour décider de la compétence internationale à la protection diplomatique, en faisant abstraction de la nationalité des personnes réellement lésées, dont les intérêts sont également retenus aux fins d'indemnisation, soit au bénéfice de l'ensemble des actionnaires et, par suite, de la société, soit seulement au bénéfice des actionnaires ressortissants de l'État requérant (4).

(1) Voir aussi la convention entre la Belgique et la France du 18 février 1949 relative à l'indemnisation des intérêts belges dans les entreprises de gaz et d'électricité nationalisées, qui n'envisage que l'indemnisation des « porteurs belges de titres dans ces entreprises ».

(2) Voir note 4, p. 373. Le Gouvernement français y a assuré la protection diplomatique de sociétés « sous contrôle français » ainsi d'ailleurs que des personnes physiques ou morales françaises ayant des participations, même minoritaires, dans toutes autres sociétés ou sous autre contrôle. Cf. également le traité entre les États-Unis et la Yougoslavie du 19 juillet 1948, qui comprend aussi « les intérêts indirects »; accord entre la Suède et la Hongrie du 31 mars 1951 qui prévoit la protection de sociétés constituées selon le droit d'un pays tiers, mais de caractère économique suédois.

(3) On peut également citer, dans le même sens, les accords entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise conclus respectivement avec la Tchécoslovaquie et avec la Hongrie. Le premier d'entre eux a été mentionné ci-dessus, p. 120.

(4) Isi Foighel, *Nationalization. A study in the protection of alien property in international law* (Copenhague, 1957), pp. 106-111; Bindschedler, *La protection de la propriété privée en droit international public, Recueil des cours de l'Académie de droit international*, La Haye, 1956, II, tome 90, pp. 234-240; du même auteur, sur l'ensemble du problème: *Verstaatlichungs-massnahmen und Entschädigungspflicht nach Völkerrecht* (Zurich, 1950), et *Recent decisions in Switzerland, International and Comparative Law Quarterly*, vol. 3, 1954, p. 512 sq.

En outre, d'autres conventions entre États (1) se sont très largement inspirées d'idées analogues, en sorte qu'il est actuellement possible de considérer que ces principes sont incorporés au droit des gens.

Il convient de mentionner à part les conventions créant des commissions mexicaines de réclamation, établies entre divers États et le Mexique (2).

Ces conventions distinguent deux sortes de réclamations:

(1) L'art. 297 litt. c) du Traité de Versailles a consacré ce droit dans les termes suivants: « Les ressortissants des Puissances Alliées et Associées auront droit à une indemnité pour les dommages ou préjudices causés à leurs biens, droits ou intérêts, y compris les sociétés ou associations dans lesquelles ils étaient intéressés, sur le territoire allemand... », par l'application, tant des mesures exceptionnelles de guerre que des mesures de disposition qui font l'objet des paragraphes 1 et 3 de l'Annexe ci-jointe. Les réclamations formulées à ce sujet par ces ressortissants seront examinées; et le montant des indemnités sera fixé par le Tribunal Arbitral Mixte..... » Des dispositions analogues ont été introduites dans les Traités de Paix de St-Germain (art. 249 litt. e), Neuilly (art. 117 litt. e) et Trianon (art. 232, litt. e)).

La Résolution Knox-Porter du Congrès des Etats-Unis du 2 juillet 1921, incorporée dans le Traité de Berlin du 25 août 1921, ainsi que dans ceux correspondants de Vienne et Budapest, rétablissant des relations pacifiques avec les anciens belligérants, assurent aux Etats-Unis le bénéfice de tous les droits du Traité de Versailles, notamment dudit article 297 litt. e), et des dispositions correspondantes des Traités de St-Germain, Neuilly et Trianon, en sorte que les nationaux Américains ont aussi droit à la réparation de toutes les pertes qu'ils ont subies dans leurs biens, droits et intérêts, à raison de leur qualité de propriétaires d'actions, dans des sociétés allemandes, autrichiennes, hongroises, bulgares ou américaines.

Les Traités de Paix, conclus après la deuxième guerre mondiale, prévoient également un droit d'indemnisation en faveur des personnes physiques et juridiques pour les pertes qu'ont entraînées pour elles des mesures exceptionnelles de guerre, dirigées contre des corporations dans lesquelles elles avaient des participations.

L'article 78, paragraphe 4 litt. b) du Traité avec l'Italie du 10 février 1947 dispose: « Les nationaux des Nations Unies qui détiennent *directement ou indirectement*, des parts d'intérêts dans des sociétés ou associations qui ne possèdent pas la nationalité des Nations Unies, au sens du paragraphe 9 (a) du présent article, mais qui ont subi une perte par suite d'atteintes ou de dommages causés à leurs biens en Italie, recevront une indemnité... »

Ledit paragraphe 9 litt. a) dispose: « L'expression « ressortissants des Nations Unies » s'applique aux personnes physiques qui sont ressortissantes de l'une quelconque des Nations Unies, ainsi qu'aux sociétés ou associations constituées sous le régime des lois de l'une des Nations Unies lors de l'entrée en vigueur du présent Traité, à condition que lesdites personnes physiques, sociétés ou associations aient déjà possédé ce statut le 3 septembre 1943, date de l'armistice en Italie.

» L'expression « ressortissants des Nations Unies » comprend également toutes les personnes physiques et les sociétés ou associations qui, aux termes de la législation en vigueur en Italie pendant la guerre, ont été traitées comme ennemies ».

Des dispositions analogues se trouvent dans les Traités de Paix du 10 février 1947 avec la Roumanie (art. 24, § 4, litt. b), la Bulgarie (art. 24, § 4, litt. b), la Hongrie (art. 26, § 4, litt. b) et la Finlande (art. 25, § 4, litt. b)).

Les Tribunaux Arbitraux Mixtes et les diverses Commissions Arbitrales ou de Conciliation, institués après les deux guerres mondiales par les anciens belligérants, ont constamment admis dans leurs jurisprudences respectives que les textes qu'ils avaient mission d'appliquer ne protégeaient pas seulement les actionnaires *ut singuli*, mais aussi les sociétés constituées sous le régime légal de l'Etat réclamant.

(2) Ces Commissions mixtes furent créées par plusieurs conventions: United States-Mexican General Claims Commission du 8 septembre 1923, suivie d'une convention spéciale du 10 septembre 1923; Commission France-Mexique du 25 septembre 1924; Grande-Bretagne-Mexique du 10 septembre 1926; Italie-Mexique du 13 janvier 1927; Espagne-Mexique du 25 novembre 1925; Allemagne-Mexique du 16 mars 1925. Comp. Feller, *The Mexican claims commission 1923-1934*, pp. 23-28.

a) celles de corporations et associations relevant de l'État réclamant, dont l'application n'a pas soulevé de difficultés; il faut cependant relever à ce propos que l'Agent du Gouvernement américain a refusé de présenter des réclamations pour les compagnies incorporées aux États-Unis dans lesquelles il n'y avait pas d'intérêt américain effectif (*no beneficial American interest*);

b) celles de ressortissants de l'État réclamant pour des pertes qu'ils avaient subies à raison de dommages causés à des corporations ou associations relevant d'un autre État (1).

Pour les réclamations de cette dernière catégorie, il était requis, dans toutes les conventions conclues avec des États européens, que l'individu lésé eût un intérêt supérieur à 50 % du capital total de la société ou association dont il faisait partie; la convention avec la Grande-Bretagne prévoyait (art. 3) que les intérêts de plusieurs ressortissants britanniques dans des sociétés non britanniques pouvaient être retenus pour parfaire l'intérêt requis de plus de 50 % (2). Il est manifeste qu'en vertu de ces conventions, les Commissions ont été compétentes pour se prononcer sur les réclamations en faveur de porteurs d'actions ayant des intérêts dans des sociétés étrangères, pourvu qu'ils aient la nationalité de l'État réclamant (3).

La réglementation adoptée dans la Convention avec les États-Unis est différente; l'article 1 exige que le ressortissant de l'État réclamant ait de bonne foi un intérêt substantiel dans la compagnie (*substantial and bona fide interest in the corporation*), et qu'il présente à la Commission une cession — « allotment » — par la corporation, compagnie, association ou société, d'une créance établissant dans quelle proportion il a le droit d'être indemnisé des pertes de la compagnie. Cette disposition visait à protéger l'État défendeur contre une réclamation de la corporation pour la totalité de ses pertes après qu'une sentence portant sur une partie des dommages eût été rendue en faveur d'un actionnaire (4).

(1) Feller, *op. cit.*, pp. 117-121.

(2) Art. 3: ...« But in view of certain special conditions in which some British concerns are placed in such society which do not possess that nationality (British), it is agreed that it will not be necessary that the interest above mentioned shall pertain to one single individual, but it will suffice that it pertains *jointly* to various British subjects, provided that the British claimant or claimants shall present to the commission an allotment to the said claimant or claimants of the proportional part of such losses or damages pertaining to the claimant or claimants in such partnership, company or association. » *American Journal of International Law* 1929, supplement, p. 15. Les italiques ne sont pas au texte.

(3) L'art. III de l'Accord hispano-mexicain est très large: « Toutes les réclamations pour pertes ou dommages soufferts en leurs biens ou personnes par les sujets ou protégés espagnols et par les sociétés, compagnies ou personnes morales espagnoles, ou pour les pertes ou dommages *causés aux intérêts de sujets espagnols* ou protégés espagnols dans les sociétés, compagnies, associations ou autres groupements d'intérêts... », relèvent d'une commission de trois membres. Les italiques ne sont pas au texte.

On rencontre d'ailleurs des dispositions analogues dans tous les autres accords conclus entre le Mexique et les États-Unis, la Grande-Bretagne, la France, l'Italie et l'Allemagne.

Cité par Sibert, *La guerre civile d'Espagne et les droits des particuliers*, *Revue générale de droit international public*, vol. 44 (1937), pp. 505-541, spécialement p. 518.

(4) Cette notion de l'« allotment » est une innovation des conventions États-Unis-Mexique et Grande-Bretagne-Mexique; elle ne se rencontre dans aucune autre convention; elle est caractéristique, car elle marque bien l'importance donnée à la réclamation de l'actionnaire et la volonté des États de protéger le « *beneficial interest* ». Nielsen, *International Law applied to reclamations* (1933), p. 56.

Mesures de protection préventive.

(168) Le souci des États de protéger les intérêts de leurs ressortissants actionnaires d'une société ayant le statut national d'un autre État ne s'est pas manifesté seulement par la conclusion de conventions d'indemnisation, mais il a, comme on l'a indiqué ci-dessus, conduit également à l'adoption d'une série de conventions visant à protéger en quelque sorte préventivement les droits de ces ressortissants actionnaires. Des stipulations en ce sens furent insérées dans une série de traités d'établissement et de commerce conclus après la deuxième guerre mondiale.

Une analyse, fût-ce sommaire, de ces conventions internationales dépasserait le cadre des présentes Observations et Conclusions. Une telle étude à la fois synthétique et raisonnée a été faite récemment par le juriste français Daniel Vignes dans le cadre de l'ouvrage collectif déjà cité, *La personnalité morale et ses limites* (1). Il suffira, aux fins de la présente réponse, de noter que ces divers traités, bien que suivant parfois des techniques différentes, tendent à assurer la protection des intéressés véritables dans les sociétés de commerce, et consacrent une nouvelle fois la règle de la levée du voile social.

*

* *

En conclusion, le très grand nombre de cas où les États ont été amenés, pendant une période qui couvre actuellement près d'un demi siècle, à faire application de cette règle dans leurs rapports contractuels, permet de constater qu'une pratique s'est établie dans les relations internationales pour autoriser la protection diplomatique par un État des intérêts de ses nationaux dans des sociétés étrangères afin de sauvegarder leurs participations financières.

(1) 2^e partie, *Droit international public*, XI, *La Protection des Actionnaires dans les Conventions bilatérales*, pp. 211 à 225.

CHAPITRE IV

CONCLUSIONS SE DÉGAGEANT DE CES PRÉCÉDENTS
ET LEUR APPLICATION AU DIFFÉREND DE LA BARCELONA TRACTION*Les critères de la protection diplomatique en cas de lésion des personnes juridiques.*

(169) Il résulte des précédents arbitraux qui ont été analysés ainsi que des déclarations officielles faites à propos de litiges qui ont pu être éliminés par des arrangements ou transactions, qu'en droit des gens moderne on a réussi à dégager, au sujet de la protection diplomatique des sociétés et des actionnaires, des règles qui doivent permettre d'aller au fond des situations et s'adapter aux réalités de la vie économique.

Elles sont fondées sur la nécessité de percer le voile de la personnalité morale ou civile des entités collectives pour découvrir les véritables intéressés et déterminer ainsi l'État ou les États ayant qualité pour agir dans les relations internationales lorsqu'il y a eu violation du droit des gens au préjudice des dites entités.

Le système fonctionne dans les deux sens : d'une part, il ne considère pas comme une justification suffisante de la protection par un État d'une personne juridique le fait qu'elle est régie par la loi nationale de cet État, lorsque par ailleurs aucune part importante des intérêts dans cette société n'appartient à des ressortissants de cet État; d'autre part, il légitime la protection des actionnaires ou associés par leur État national lorsqu'ils possèdent des intérêts importants dans une personne juridique, même si cette dernière est régie par un statut national différent.

Le principe de la protection diplomatique par le seul État dont le droit régit l'entité collective est manifestement insuffisant pour couvrir les intérêts légitimes qui naissent des investissements financiers internationaux.

L'expérience a démontré, en effet, que le statut national de la société était un critère trop étiqué pour qu'il soit possible, sans injustice, d'y voir l'élément qui, à l'exclusion de tout autre, devrait indiquer l'État auquel appartient le droit d'exercer la protection internationale dont peuvent avoir besoin les véritables intéressés. Il devient donc nécessaire de percer le voile qui recouvre la personnalité de l'entité collective pour prendre aussi en considération la nationalité des actionnaires ou associés auxquels appartiennent les intérêts qui se combinent dans la personne morale, et trouver cette « position d'équilibre », préconisée par le professeur Reuter, afin d'assurer aux investissements étrangers la sécurité et la protection qui leur sont indispensables. Elle ne peut être trouvée qu'en prenant en considération, d'une part, l'importance des participations des intéressés, et, d'autre part, la nature de l'atteinte portée à leurs intérêts.

Le professeur Paul De Visscher reconnaît que l'évolution du droit international à ce sujet n'est pas terminée et recommande que « la jurisprudence et la pratique diplo-

matique poursuivent leurs efforts en vue d'une protection plus efficace des actionnaires » (1).

Cette évolution est cependant niée dans les *Exceptions préliminaires*. Elles en attribuent l'idée « à une illusion soigneusement entretenue par la fantaisie des auteurs du nouveau *Mémoire belge* » (2).

Appréciation du système du Gouvernement espagnol.

(170) Le système de protection des corporations et autres sociétés qui est présenté par le Gouvernement espagnol comme l'expression du droit international en vigueur, peut être résumé dans les propositions suivantes qui sont énoncées dans ses *Exceptions préliminaires* (3) :

1° La qualité pour agir par la voie diplomatique en cas de dommage causé à une personne juridique lésée par un État étranger appartiendrait, en principe, au seul État dont elle a le statut national. L'exactitude de cette proposition est contestée par le Gouvernement belge.

2° La protection des actionnaires ou associés par leur État national lorsque la personne juridique lésée dont ils font partie a une autre nationalité que celle de ses membres serait « un phénomène exceptionnel, aussi bien dans la pratique des États que dans la jurisprudence arbitrale », car :

a) ou bien elle aurait été refusée auxdits actionnaires ou associés par leur propre État national, par exemple dans les cas de l'*Antioquia*, de la *Compañía Salitrera del Perú* et autres analogues ; or le Gouvernement belge a démontré qu'il s'agit de précédents anciens, dépassés par les exigences de la vie internationale contemporaine ;

b) ou bien elle aurait été paralysée par la ferme opposition de l'État du statut national de la société contre lequel l'action diplomatique était dirigée, par exemple dans les cas des compagnies *Tlahualilo*, *Romano-Americana* et *Mexican Eagle* ; or le Gouvernement belge a démontré que ces précédents, s'ils révèlent sans doute une opposition très nette de la part des États défendeurs, consacrent par ailleurs une pratique bien établie de protection des actionnaires de la part des États-Unis et de la Grande-Bretagne, pratique qui, en fait, a abouti à des solutions amiables donnant satisfaction aux actionnaires ;

c) ou bien elle aurait été écartée par l'arbitre, par exemple dans les cas *Alsop* (première phase), *Baasch et Römer*, *Brewer Moller*, et *Navires Pétroliers allemands* ; or le Gouvernement belge a démontré que cette affirmation est manifestement erronée quant au premier de ces cas ; que le deuxième est dépourvu de toute portée générale ; que dans le troisième, il est impossible que la question du *jus standi* se soit posée et enfin, quant au quatrième, que la Partie défenderesse a confondu questions de fond et *jus standi*.

3° Cette même protection n'aurait été admise que lorsqu'elle avait fait préalablement l'objet d'un accord spécial entre les Parties, par exemple dans les cas de l'*Alsop* (deuxième phase), *Spillane et Delagoa Bay*. Le Gouvernement belge n'admet l'exactitude de cette proposition que pour l'affaire de la *Delagoa* en faisant remarquer que c'est à

(1) *La protection diplomatique des personnes morales*, R.C.A.D.I., 1961, t. 102, I, p. 506.

(2) E.P., p. 220. Le Gouvernement belge croit préférable de ne pas transformer la procédure en une controverse entre les conseils des deux Parties.

(3) E.P., pp. 219 à 222.

partir de cet arbitrage que se dégagea progressivement le droit coutumier moderne; des deux autres exemples cités, le premier n'est pas pertinent, parce que s'il y eut « accord spécial », celui-ci n'a pas été le seul motif pour lequel le *jus standi* de l'État des associés a été admis par l'arbitre en dépit de l'exception soulevée sur ce point par l'État défendeur; quant au second, on ne voit pas quelle est la clause spéciale en vertu de laquelle, suivant le Gouvernement espagnol, le *jus standi* de l'État des actionnaires aurait été admis, d'ailleurs d'une manière purement hypothétique (comme on l'a vu).

4° Cette protection ne serait admise que lorsque les dommages ont été infligés directement aux actionnaires et non pas à la société, par exemple dans les cas de la *Delagoa Bay*, de l'*El Triunfo*, de *Shufeldt* et de *Ziat-Ben-Kiran*. Le Gouvernement belge a établi que c'est inexact pour le premier cas, en partie exact pour le second, et que cela repose sur une confusion entre le fond et le *jus standi* pour les deux derniers.

5° Cette protection diplomatique des associés ne serait admise que lorsque la société lésée est une société de personnes. Ce fait, de l'avis du Gouvernement belge, est sans importance dans les cas cités comme exemples, à savoir *Spillane*, *Cerruti*, *Canevaro*, *Shufeldt* et *Ziat-Ben-Kiran*, toutes ces sociétés ayant la personnalité juridique.

6° Cette protection serait encore impossible lorsque la société lésée n'est pas dissoute et qu'elle a toujours la possibilité d'agir pour sauvegarder les intérêts de ses membres. Le Gouvernement belge reconnaît qu'il en a été implicitement décidé ainsi dans l'affaire *Kundhardt*, mais réitère que les décisions intervenues dans les quelques autres affaires citées à ce sujet concernaient le fond du litige et non pas le *jus standi* de l'État protecteur.

7° Enfin, la protection des actionnaires et associés par leur État d'origine serait exclue lorsque le dommage causé à une personne juridique est le fait d'un État tiers qui n'est donc pas celui du statut national de la compagnie. Mais, s'il est vrai que la jurisprudence révèle peu de cas où cette circonstance ne se retrouve pas parmi ceux où une protection des actionnaires fut exercée par leur État national, le Gouvernement belge dénie formellement qu'on puisse en déduire la règle restrictive défendue par le Gouvernement espagnol.

En réalité, la seule conclusion qui se dégage de ces précédents est que le voile de la personnalité juridique doit être percé pour faire apparaître les véritables lésés chaque fois qu'il serait injuste de se fonder seulement sur le statut de la société pour déterminer l'État ayant titre à exercer la protection diplomatique (1).

Règles de droit coutumier.

(171) Sur le point qui est ici discuté, le droit international, après certaines hésitations, s'est délibérément engagé, depuis le premier quart du vingtième siècle, dans la voie de la protection des intérêts effectifs que recouvre le voile de la corporation ou société ayant subi un dommage causé par un acte internationalement illicite d'un État.

Ce système s'affirme de plus en plus, après avoir passé par une période de progression manifeste. Tous les précédents et la pratique diplomatique qui sont invoqués par le Gouvernement belge attestent que les règles du droit des gens sur la protection par l'État national des actionnaires et associés de compagnies étrangères, ont profondément

(1) Une évolution parallèle a pu être relevée même dans divers systèmes de droit étatique internes (cf. Reuter, *op. cit.*, p. 164; pour une étude de droit comparé à ce sujet: *La Personnalité morale*, 1^{re} partie, pp. 3 à 156.)

évolué depuis les quelques décisions négatives intervenues dans la seconde moitié du dix-neuvième siècle. Déjà avant la fin de celui-ci, une tendance de plus en plus marquée s'était manifestée pour adapter les principes de ce droit aux réalités de la vie internationale moderne et compléter le principe de la protection par l'État national de la société lésée en y ajoutant celui de l'effectivité, ce que le Gouvernement espagnol reconnaît expressément lui-même (1). Il est actuellement possible d'admettre, sans s'abandonner à un optimisme excessif, que cette idée est incorporée au droit des gens.

On peut parler à ce sujet d'une véritable coutume internationale qui, sans remplacer entièrement l'ancienne, vient corriger ce que celle-ci représente d'insuffisant, comme l'expérience l'a démontré. Si la coutume, ainsi que l'a dit le professeur Georges Scelle, consiste à mettre « les pas dans les pas », le premier pas fut fait lorsqu'il fut convenu de soumettre à l'arbitrage le différend de la *Delagoa Bay Railway Co.* Depuis lors, le mouvement a pris une telle ampleur, surtout dans le droit étatique conventionnel et dans son application par des commissions de réparations, d'arbitrage et de conciliation, qu'on peut parler de la formation de règles coutumières, considérées comme de véritables règles de droit par les États. La fréquence de stipulations de ce genre pendant une période qui couvre actuellement plus d'un demi siècle, permet d'en tirer la conclusion, bien que très souvent des règles de droit des gens général ne puissent être inférées d'accords spéciaux entre États, qu'une pratique s'est établie dans les relations internationales modernes pour autoriser la protection diplomatique par un État des intérêts de ses nationaux dans des corporations ou sociétés étrangères, chaque fois que la justice l'exige, et elle l'exige particulièrement lorsqu'il s'agit d'éviter ou de réparer un déni de justice, comme c'est le cas dans la présente cause.

Dans son dernier ouvrage, Charles De Visscher écrit qu'« il est certain que l'existence d'une pratique internationale conventionnelle peut fonder une coutume et en même temps en fournir la preuve. Il en est ainsi quand une série de traités conclus même deux à deux entre des États nombreux relativement à un même objet reproduisent des stipulations dont l'identité ou la grande similitude attestent qu'elles sont inspirées de considérations de principe et non de considérations contingentes; ... L'uniformité et la constance de leurs stipulations dénotent chez les contractants la conviction de leur nécessité juridique; elles autorisent à les envisager comme constitutives de précédents ». La jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale en fournit un exemple mémorable dans l'affaire de la *Commission internationale de l'Oder*, où, se fondant sur l'Acte général du Congrès de Vienne de 1815 dont les principes ont été développés par des conventions ultérieures, elle a estimé que la jurisprudence avait dégagé de ce droit conventionnel « une règle générale qui ne peut être qualifiée autrement que de règle coutumière » (2).

Principes gouvernant le jus standi de la Belgique dans l'exercice de son droit de protection diplomatique en faveur de ses ressortissants, actionnaires de la Barcelona Traction.

(172) Le Gouvernement belge a exposé dans les pages précédentes les cas les plus importants qui forment un bloc imposant de précédents établissant la recevabilité de l'instance qu'il a introduite devant la Cour. Il s'appuie en outre sur des déclarations

(1) E.P., p. 185, litt. e) et p. 187, litt. i) contenant un passage particulièrement significatif.

(2) Charles De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, 1963, pp. 230-231.

officielles qui, faites à propos de litiges qui purent être résolus par voie d'arrangements ou de transactions entre États, contribuent aussi à préciser les règles du droit des gens moderne sur la protection internationale des associés et des actionnaires de manière à permettre leur adaptation aux réalités de la vie moderne.

Il est possible d'en dégager un système de droit sur la protection diplomatique des entités collectives, qui se fonde sur la nécessité de percer le voile de la personnalité juridique de celles-ci pour découvrir les véritables intéressés et les protéger. Le statut canadien de la compagnie ne constitue pas un obstacle à l'intervention du Gouvernement belge pour défendre par la voie diplomatique et juridictionnelle ceux de ses nationaux qui ont des droits et intérêts dans la Barcelona Traction.

Les règles dont il y a lieu de faire application dans la présente cause sont les suivantes :

Principe de la nationalité et de l'effectivité.

1^o) *La protection internationale des sociétés douées de personnalité juridique dépend, d'une part du rattachement à l'ordre juridique de l'Etat auquel elles doivent leur statut (principe du statut national), et d'autre part du rattachement effectif à cet Etat des intérêts économiques ou autres que ces sociétés représentent (principe de l'effectivité).*

(173) La protection internationale des sociétés ayant une personnalité juridique peut incontestablement être exercée par l'État qui remplit *simultanément* les deux conditions :

a) d'être celui auquel, selon les critères de son droit interne, la société est juridiquement rattachée ;

b) d'être effectivement intéressé à la continuation de l'activité de cette société ou à la sauvegarde de son patrimoine, notamment à raison des intérêts qu'y possèdent ses ressortissants.

Lorsque ces deux conditions sont remplies, il n'y a pas de difficultés ; l'État national de la société a, en droit international, compétence pour exercer la protection diplomatique de cette société, car il est en même temps l'État lésé. Le Gouvernement belge l'admet sans réticence.

Lorsque l'une d'elles vient à manquer, la protection diplomatique de la société lésée devient illusoire ou impossible. Illusoire, lorsque, faute d'effectivité, l'entité collective n'incorpore que des intérêts étrangers à l'État national qui demande réparation ; la protection diplomatique ne peut pas alors être exercée de manière à répondre aux fins pour lesquelles elle a été reçue dans le droit international ; l'État réclamant n'ayant pas d'intérêt, n'a pas d'action, et, en fait, ainsi que cela a déjà été relevé, les États s'abstiennent d'endosser les réclamations de sociétés nationales lorsqu'elles ne couvrent pas « un intérêt national substantiel » (1).

Dans l'état actuel du droit international, cette protection de la société est impossible par l'État dont la société n'a pas le statut national ; le droit international ne

(1) Paul De Visscher, *loc. cit.*, p. 454, qui cite l'opinion du Prof. Clive Parry « qu'il n'y a pas d'exemple d'Etat qui aurait réussi ou même tenté de protéger une société sur la seule base de l'incorporation ». *Vide supra*, Le refus de la protection diplomatique, pp. 162 et sq.

reconnaît pas à cet État la compétence d'intervenir en faveur de la société comme telle, la théorie du contrôle, dont le rôle dans l'évolution du droit des gens moderne a déjà été exposé dans le *Mémoire* belge (pp. 151-152) et dans les présentes Observations (*supra*, pp. 164 et sq.), n'étant généralement pas comprise comme impliquant l'attribution de la nationalité de l'État contrôlant à la société (1) et n'ayant qu'exceptionnellement été retenue comme base du droit de protection (v. *Mémoire*, p. 154, note 1). Mais cette illusion et cette impossibilité placent les juristes devant un problème nouveau, qui est celui de la protection internationale des actionnaires.

C'est sur la base de constatations de ce genre que l'éminent juriste Charles De Visscher a pu écrire, en donnant une forme lapidaire à l'influence du rattachement, par des intérêts réels, effectifs, d'une société à son État national: « On peut toutefois considérer comme bien établie une première proposition: *la nationalité d'une société déterminée selon les critères habituels du droit privé, n'est pas un titre irrécusable à la protection diplomatique* » (2).

Le Gouvernement espagnol n'est pas entièrement hostile à cette opinion, mais il soutient que le statut national de la société reste la condition fondamentale à laquelle celle de l'effectivité doit seulement venir s'ajouter, sans pouvoir la remplacer. En outre, le Gouvernement espagnol soutient qu'en tout état de cause, la Belgique n'aurait aucun titre pour contester le caractère effectif de la nationalité canadienne de la Barcelona Traction, car le seul État qui aurait pu s'y référer et exiger la preuve du caractère effectif de la nationalité canadienne de la société, ce serait l'Espagne (3).

Cette dernière affirmation paraît supposer qu'il y aurait incompatibilité entre une protection de la Barcelona Traction qu'aurait assurée le Canada, et la protection des actionnaires belges qu'entend exercer la Belgique. C'est là une erreur qui a déjà été signalée et sur laquelle on reviendra au § 174 ci-après. Il convient au surplus de préciser que la Belgique n'a pas eu, pour établir son propre *jus standi* en faveur de ses ressortissants actionnaires de la Barcelona Traction, à se prononcer et ne s'est pas prononcée sur le titre du Canada à exercer la protection de la Barcelona Traction.

Les *Exceptions préliminaires* tentent enfin de restreindre la portée du principe de l'effectivité en la considérant comme « un moyen d'éviter que l'État auprès duquel on revendique un traitement déterminé ne soit exposé à une fraude de la part des particuliers » (4). On ne nie pas que, dans des cas exceptionnels, comme dans celui de l'*l'm Alone*, la recherche des véritables intéressés dans une société n'ait permis de déceler une fraude; mais déjà le cas de l'affaire *Nottebohm*, citée par le défendeur, n'en comporte aucune; la Cour a lutté dans cette affaire contre un abus de la compétence législative d'un État qui avait par trop facilité les conditions de l'acquisition de sa nationalité par des étrangers et non pas contre une fraude, le sieur Nottebohm n'en ayant commis ni envers son ancienne patrie, l'Allemagne, ni envers le Liechtenstein dont il avait strictement observé les lois (5).

(1) Paul De Visscher, *loc. cit.*, p. 462.

(2) Charles De Visscher, *La technique de la personnalité juridique en droit international public et privé, Revue de droit international et de législation comparée*, 3^e série, vol. XVII (1936), p. 481.

(3) E.P., pp. 185, litt. e), et 190.

(4) E.P., pp. 188-189.

(5) C.I.J., *Recueil* 1955, p. 21.

L'origine de la pratique recherchant les véritables personnes intéressées dans une personne juridique, ne peut pas être trouvée dans une lutte contre la fraude à la loi, mais dans une exigence de l'équité qui s'est manifestée de très bonne heure dans la jurisprudence anglo-américaine, ainsi que l'expose le *Mémoire belge* (p. 151). Ce fut donc à un profond besoin de rendre une justice serrant les réalités d'aussi près que possible qu'obéirent les juristes des États-Unis et de la Grande-Bretagne en recherchant ce qui se trouvait derrière les apparences de la personnalité juridique, non seulement pour atteindre les individus qui se dissimuleraient derrière une société pour se livrer à des opérations interdites, mais surtout pour accorder une protection effective aux personnes lésées.

Notion de l'effectivité.

2°) *Le principe de l'effectivité en matière de protection diplomatique des entités collectives implique la nécessité de percer le voile de la personnalité juridique, et cette opération permet de découvrir les intérêts véritables qu'il recouvre.*

(174) Comme il vient d'être exposé, la protection internationale des sociétés ne peut se fonder exclusivement sur le lien du rattachement juridique entre la société et un État déterminé. Il faut encore rechercher si à ce lien purement juridique correspond un rattachement effectif, ce qui implique nécessairement la levée du voile social qui permettra de voir si, sur le plan des réalités économiques, la société en question peut être considérée comme suffisamment liée à l'État qui prétend assumer sa protection.

A cet égard la notion de l'effectivité du rattachement se confondra le plus souvent (1) avec celle de l'existence d'intérêts substantiels des ressortissants de l'État du statut dans une entité collective.

Pour apprécier ces intérêts substantiels, il faut prendre en considération toutes les circonstances réelles de chaque cas concret et ne pas s'en tenir à des concepts par trop abstraits, ni se lier à des constructions purement juridiques qui, dans les relations internationales, n'ont pas un caractère absolu. La condition de l'existence d'intérêts substantiels dans une société est indubitablement réalisée lorsque la plus grande partie du capital social est effectivement en mains de ressortissants de l'État dont la société a le statut. Cette circonstance n'est cependant pas la seule à retenir. Les intérêts substantiels pourront aussi résider dans une participation financière d'actionnaires ou d'associés qui, sans être majoritaire, sera assez importante pour permettre à ces derniers d'exercer une influence déterminante sur la société dont ils font partie.

Il ne faut pas se dissimuler toutefois que la recherche des intérêts véritables dans une société peut conduire, surtout dans le cas de sociétés importantes ayant un très grand nombre d'actionnaires, à des difficultés de preuve considérables. A peine de voir, dans ce cas, toute protection diplomatique de la société refusée faute de preuve de l'effectivité, il s'est avéré nécessaire d'admettre, comme c'est le cas pour les personnes physiques, qu'au rattachement juridique est présumé correspondre un rattachement effectif de la société à l'État dont elle tient son statut; en d'autres termes, on doit présumer — parce que c'est le cas le plus normal, le plus fréquent (*id quod plerumque fit*) — que lorsqu'une société a le statut d'un État, il s'agit d'un groupement d'intérêts, appartenant

(1) Le critère purement financier de la participation à une société a quelquefois fait place à celui de l'intérêt purement économique, industriel ou même politique rattachant étroitement une société à un État; voir à ce sujet le cas de la *Canadian Car & Foundry Co.* cité *supra*, p. 126.

à des ressortissants de cet État. C'est nettement en ce sens que s'exprime Paul De Visscher (1) : « le lien juridique de nationalité bénéficie d'une présomption d'effectivité et ... sur le plan de la preuve, c'est à l'État qui prétend contester la recevabilité de la réclamation qu'il incombe de prouver que la nationalité, accordée conformément aux dispositions de la loi interne, ne recouvre pas un lien de rattachement effectif ».

Ainsi qu'il a été dit plus haut, le Gouvernement belge, qui n'assume pas la protection de la Barcelona Traction, n'entend pas examiner si le « percement du voile » de cette société révèle ou non en l'espèce l'existence d'un lien effectif suffisant entre le Canada et la Barcelona Traction pour justifier de la protection de cette dernière par cet État; mais ce qui est évident c'est que cette opération fait apparaître que les intérêts concentrés dans cette société sont en écrasante majorité des intérêts belges. Ceux-ci sont représentés principalement par des participations de la Sidro et, pour une fraction beaucoup moins élevée, par des participations individuelles de ressortissants belges.

Dans la thèse du Gouvernement belge, telle qu'elle sera exposée aux paragraphes qui suivent, cette circonstance suffit à elle seule pour justifier l'intervention du Gouvernement belge pour la protection de ses ressortissants intéressés dans cette affaire, sans qu'il soit besoin d'établir préalablement qu'en l'espèce, la protection de la société Barcelona Traction par l'État de son statut est juridiquement impossible à défaut d'effectivité.

Par contre, il résulte de ce qui précède que, si le Gouvernement espagnol entend dénier à l'État belge le droit de protéger la Sidro, société de statut belge, c'est à ce Gouvernement qu'il appartiendrait de prouver qu'à ce statut ne correspondrait pas un lien de rattachement effectif.

Droit de protection diplomatique des actionnaires.

3°) *En principe, tout Etat a le droit de protéger par la voie diplomatique ses nationaux qui sont actionnaires d'une société étrangère dans laquelle ils ont des intérêts substantiels, lorsqu'ils sont lésés par suite d'un acte illicite, selon le droit des gens, commis par un autre Etat au préjudice de cette personne juridique ou société.*

(175) Ce principe est la conséquence logique de la règle de droit des gens qui permet de percer le voile de la société pour découvrir les véritables intéressés. Il n'est pas une simple exception à l'application de la règle de la protection par l'État national de la société.

Le Gouvernement belge estime que ce principe a une portée générale, parce qu'il n'est qu'un des aspects du droit qu'à tout État de protéger ses ressortissants contre les atteintes portées à leurs biens, droits et intérêts à l'étranger, par des actes contraires au droit des gens.

(1) *R.C.A.D.I.*, 1961, t. 102, I, *loc. cit.*, p. 453.

Cette présomption *juris tantum* est formellement admise par le Gouvernement espagnol dans sa note diplomatique du 22 décembre 1951, dans laquelle il reproche au Gouvernement belge de n'avoir pas fourni la preuve de la nationalité belge des titulaires des intérêts dans la Barcelona Traction « étant donné que la nationalité canadienne de la société établit la présomption contraire » (Annexes au *Mémoire* belge, vol. IV, n° 259, p. 1001). Les italiques ne sont pas au texte.

Certes, ici aussi, l'exercice de la protection diplomatique connaîtra-t-il des limites, que les États ne manqueront pas de respecter en considérant les circonstances propres à chaque cas d'espèce. Mais ce sont là de pures questions de fait, auxquelles il n'est pas possible de donner une solution uniforme et de principe (1).

La règle est générale aussi en ce sens qu'elle est appliquée indifféremment, que l'actionnaire de la société lésée soit une personne physique ou une société. Des interventions protectrices au profit de sociétés, qui étaient elles-mêmes actionnaires de sociétés étrangères lésées par un État, ont été admises dans toute une série de cas: dans l'affaire de la *Delagoa Bay Railway Co*, en faveur de la Grande-Bretagne pour la compagnie britannique indirectement lésée par des mesures dirigées contre une compagnie portugaise par le Portugal; dans celle de l'*El Triunfo Co*, en faveur des États-Unis pour la corporation *Salvador Commercial Co* qui relevait par son statut du droit californien; dans celle des *Navires pétroliers allemands* (« *Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft* »), en faveur des États-Unis qui avaient endossé la réclamation de la compagnie américaine *Standard Oil of New Jersey*, laquelle fut déboutée sur le fond; dans l'affaire des filiales britanniques des compagnies américaines *Standard Oil Co of New York*, *Sun Oil Co* et *Pierce Oil Co*, en faveur des États-Unis pour faire valoir les réclamations de ces trois sociétés contre l'Allemagne (lesquelles furent aussi déboutées sur le fond); dans l'affaire de la *Societa Mineraria e Metallurgica di Pertusola*, de nationalité italienne, en faveur du Gouvernement français qui intervint avec plein succès en faveur de la société française par actions de *Pennaroya* (2). Dans l'affaire de la *Romano-Americana Co*, le Gouvernement des États-Unis intervint en faveur de la compagnie américaine *Standard Oil of New Jersey*, à raison des participations de celle-ci dans la société roumaine, d'abord vainement contre le Gouvernement britannique, puis avec succès contre le Gouvernement roumain.

Il est évident d'autre part que lorsqu'un État prétend protéger une société ayant son statut national qui est elle-même actionnaire d'une société étrangère, il peut aussi invoquer la présomption que les associés de la société qu'il protège ont la même nationalité que celle-ci.

Le principe de la protection des actionnaires a reçu application, que ceux-ci soient *directement ou indirectement* atteints par un acte internationalement illicite d'un État étranger, c'est-à-dire que cet acte affecte directement les droits sociaux qu'ils possèdent *ut singuli* en leur qualité d'actionnaires, ou que ses effets se répercutent sur eux par suite du dommage causé à la société elle-même. Le professeur Paul De Visscher l'admet dans les termes suivants: « Je crois qu'il n'est plus possible de contester, dans son principe, la recevabilité d'une protection diplomatique de l'État national des

(1) Toute tentative de donner à ces limitations une formulation générale ou abstraite tombe immédiatement dans l'arbitraire (voir S. Bastid et Luchaire, *La Personnalité Morale*, pp. 166 et 167). On en a proposé plusieurs (voir notamment Reuter, *op. cit.*, pp. 165 et 166). Le Gouvernement belge estime superflu d'examiner cette question à propos du présent litige, vu l'importance de la participation belge dans la Barcelona Traction.

(2) *Vide supra*, p. 150.

actionnaires lorsque ceux-ci sont *indirectement lésés* par l'atteinte aux droits propres d'une société possédant une nationalité différente » (1). Il en est de même, très nettement, de Bagge (2).

Un système qui limiterait la protection internationale des actionnaires au cas où ils ont été atteints directement dans leur droit propre, reposerait sur une *idée fausse*, à savoir que seuls seraient susceptibles de protection internationale les droits individuels des actionnaires *ut singuli*, c'est-à-dire les droits pour la défense desquels l'actionnaire dispose *en droit interne* d'une action individuelle. Le fait que la protection internationale peut être accordée par un État aux biens, droits et intérêts de ses ressortissants, démontre le manque de fondement de cette conception. C'est donc à bon droit que le Gouvernement belge a prétendu exercer en l'espèce la protection des intérêts belges, c'est-à-dire des intérêts de ressortissants belges dans la Barcelona Traction.

Si la protection diplomatique des actionnaires est indiscutablement reconnue dans le droit des gens moderne même lorsque l'atteinte à leurs droits résulte *indirectement* de la lésion subie par une société étrangère dont ils sont membres, encore faut-il relever que, dans le cas de la Barcelona Traction, les atteintes ne se limitent pas aux droits et intérêts de la société, mais peuvent être considérées comme ayant directement affecté les droits et intérêts des actionnaires eux-mêmes. Ceci résulte notamment du fait qu'elles furent plus graves que dans tous les précédents cités, car c'est dans leur *totalité* que les avoirs de la société ont été subtilisés au profit des instigateurs de la faillite, par suite des défaillances des autorités compétentes espagnoles, si bien qu'on est en présence d'un anéantissement total des droits des actionnaires belges dans la Barcelona Traction.

Mais lorsqu'on se place sur le terrain des faits, et qu'on analyse la manière dont cette spoliation a été perpétrée, il faut constater en outre qu'en l'espèce, les mesures reprochées aux autorités espagnoles n'ont pas seulement causé un préjudice immédiat et direct à la société canadienne, mais que ces mêmes mesures constituent aussi des actes illicites à l'égard des actionnaires et leur ont également causé un préjudice *immédiat et direct* en ce qu'elles les ont privés de plusieurs droits fondamentaux qui leur appartenaient en vertu du droit de société, à savoir :

- 1) du droit d'administrer la société par des organes et mandataires de leur choix;
- 2) du droit de participer aux produits de la gestion sociale;
- 3) du droit de participer à la distribution de l'actif social qui aurait dû résulter d'une liquidation régulière, consécutive à une dissolution.

La faillite, en mettant fin à l'organisation normale de la société et en imposant à celle-ci des organes publics, commissaire et syndic, a atteint et détruit ces droits d'administration qui appartiennent aux actionnaires et qui sont essentiels à la protection de leurs investissements dans la société.

(1) Paul De Vissehe; *loc. cit.*, p. 472 (les italiques ne sont pas au texte). La notion de l'atteinte indirecte aux droits des actionnaires et associés ne peut être précisée qu'en fonction des cas qui se présentent dans la vie pratique; d'une manière générale, on peut constater que, le plus souvent, les torts ou dommages infligés à une société ont, en réalité, une répercussion sur les droits et intérêts des particuliers qui en font partie. On rencontre, dans la jurisprudence internationale, notamment dans le cas des *Navires pétroliers allemands*, des décisions, quant au fond, qui, sans aborder la question du *jus standi* de l'Etat intervenant, ont rejeté sa demande en faveur des actionnaires de la société lésée. Mais il s'agissait en l'espèce d'une revendication de droits réels sur certains objets de l'actif social (par exemple, certains navires identifiés dans le cas sus-indiqué), alors que la société *in esse* avait encore une incontestable existence juridique. Cette revendication fut écartée pour des raisons de fond qui sont tout à fait étrangères à la question du *jus standi* de l'Etat belge telle qu'elle se pose dans le cas de la Barcelona Traction.

(2) Bagge, *Intervention on the ground of damage caused to nationals, with particular reference to exhaustion of local remedies and the right of shareholders, British Yearbook of International Law*, 1958, pp. 170, 175.

La mainmise sur l'administration des biens de la société canadienne fut le procédé qui rendit possible la spoliation de la Barcelona Traction et de ses actionnaires. L'acte illicite a été commis par l'anéantissement ou la paralysie du droit d'administration des actionnaires. Les manœuvres de l'instigateur de la faillite et de ses acolytes, autorisées ou tolérées par le pouvoir judiciaire espagnol, furent donc dirigées directement contre les actionnaires et les ont évincés (1).

Une dernière et puissante considération vient appuyer l'opinion du Gouvernement belge sur ce point. La Barcelona Traction était une « holding », autrement dit un véritable instrument de gestion des avoirs qui y étaient investis par ses actionnaires belges; elle servait de canal pour les relier à tous les avoirs, droits et intérêts existant dans les nombreuses entreprises industrielles et financières qu'elle contrôlait. Dans ces circonstances spéciales, toute atteinte aux droits de la Barcelona Traction avait inéluctablement et immédiatement une répercussion sur ceux de ses actionnaires.

Il est bien évident dès lors qu'il y a eu toute une série d'actes internationalement illicites qui ont atteint à la fois la société elle-même et les droits et intérêts des actionnaires. Il est donc tout à fait logique que la Belgique, Etat national des principaux actionnaires de la Barcelona Traction, intervienne pour accorder sa protection à ses ressortissants lésés, et il est certain qu'en vertu des règles du droit des gens, elle est investie du *jus standi* pour le faire.

Le Gouvernement défendeur soutient encore que le Gouvernement belge, s'il entendait protéger ses ressortissants actionnaires de la Barcelona Traction, aurait dû « fournir une indication précise sur les personnes qu'il voulait protéger ».

L'Etat demandeur n'a pas l'obligation d'énumérer et d'indiquer par leurs noms tous ceux de ses nationaux lésés par les actes internationalement illicites ayant des effets collectifs. L'Etat demandeur pourra, selon la nature de sa réclamation et les circonstances de la cause, être amené à les fournir, dès l'introduction de sa requête, lorsqu'il s'agira de dommages causés à des personnes isolées, comme ce fut le cas dans l'affaire *Mavrommatis*; mais il pourra s'abstenir de le faire lorsqu'il s'agira de dommages ayant une répercussion sur d'innombrables intéressés: le Gouvernement français ne s'est pas cru obligé d'établir une liste des lésés dans l'affaire relative à certains emprunts norvégiens qui a fait l'objet de l'arrêt du 6 juillet 1957 de la Cour internationale de Justice. Au demeurant, la mention de la Sidro, principale actionnaire belge de la Barcelona Traction, qui, à elle seule, possède plus des trois quarts du capital, suffit pour que la *Requête* remplisse, à ce point de vue, toutes les conditions de recevabilité.

Aucune préférence ni aucune exclusivité en faveur de l'Etat national de la société lésée.

4^o) *La protection diplomatique d'une entité collective par l'Etat dont elle a le statut national n'est ni préférentielle, ni exclusive.*

(176) Dans sa note verbale du 3 janvier 1952, le Gouvernement espagnol a refusé de reconnaître le droit de protection diplomatique au Gouvernement belge, pour la raison que « la nationalité canadienne de la Barcelona Traction confère en principe un droit préférentiel, ou même exclusif au Gouvernement du Canada pour intervenir sur le terrain international en faveur de ladite société, car si la pratique arbitrale a admis la défense indépendante des participants étrangers quand la société a la nationalité de l'Etat

(1) Voir l'affaire *El Triunfo*, pp. 136 à 138.

réclamé, il n'en est pas de même dans le cas où l'État auquel elle est incorporée et dont elle possède la nationalité a pris à sa charge sa protection. Et tel est le cas de la Barcelona Traction qui est protégée par le Gouvernement du Canada. » (*Annexe au Mémoire belge*, vol. IV, N° 261, p. 1006).

Cette proposition est en réalité fondamentalement erronée.

L'erreur consiste à assimiler purement et simplement les personnes morales aux personnes physiques, à en déduire que les premières possèdent une nationalité semblable à celle des secondes, et à conclure que les intérêts groupés dans une personne morale ne sont susceptibles, comme en principe ceux d'une personne physique, d'être protégés que par un seul Etat.

Le Gouvernement belge a déjà insisté (voir *supra*, p. 122) sur le caractère extrêmement flou du concept de nationalité appliqué aux personnes morales, concept qui s'apprécie en fonction de critères divers, suivant les fins diverses pour lesquelles il est invoqué. Ce caractère s'explique aisément si l'on considère que les sociétés ne sont pas, comme les personnes physiques, un élément substantiel de l'État. Le lien du statut national, qui les lie à l'État, a un caractère artificiel: c'est un concept abstrait qui, comme la personnalité juridique elle-même, constitue sans aucun doute un procédé juridique utile sur le plan des relations tant du droit privé que du droit public, mais ne peut être assimilé purement et simplement à la nationalité d'un individu. D'où, sur le plan du droit public, la nécessité, comme on l'a vu, d'offrir ce lien purement juridique par le recours au principe de l'effectivité, principe qui, s'il ne doit que très rarement être invoqué pour les personnes physiques, prend pour les sociétés une valeur axiomatique.

Mais précisément, en appliquant aux sociétés le principe de l'effectivité, on découvre la véritable nature de celles-ci, la réalité *sous-jacente*, qui consiste en un groupement de droits et intérêts individuels, et l'on se rend compte immédiatement que si ces droits et intérêts individuels ressortissent à des États différents de celui du statut de la société, ils peuvent, en vertu des principes généraux du droit international, donner lieu à une protection diplomatique (distincte de celle de la société, protection qui n'exclut pas celle de la société comme telle (1), pas plus qu'elle n'est exclue par elle.

Rien ne s'oppose donc, en droit international, à ce que l'État national des actionnaires exerce son droit de protection diplomatique et adresse à l'État tenu pour responsable une réclamation parallèle à celle que lui adresserait l'État national de la compagnie, si ce dernier jugeait à propos de le faire, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Ce prétendu droit de préférence et d'exclusivité de l'État national de la personne morale se heurte en outre à plusieurs objections fondées sur le droit des gens.

(1) Il a été soutenu récemment en doctrine (cf. Battaglini, *La Protezione Diplomatica delle Società*) que la protection diplomatique des sociétés se ramène toujours en dernière analyse à une protection des actionnaires. Quelque fondée que puisse être cette thèse sur le plan purement doctrinal, le Gouvernement belge estime que la protection diplomatique des sociétés dans leur ensemble par l'État auquel elles sont rattachées juridiquement et effectivement, est un principe de droit international qui répond à des nécessités pratiques évidentes, principe qui est parfaitement compatible avec celui, non moins utile, de la protection des actionnaires, et doit se combiner avec lui au gré des exigences posées par chaque cas d'espèce.

Tout d'abord, il mettrait le droit d'intervention diplomatique de l'État national des véritables lésés dans la dépendance de l'État national de l'entité collective. Il pourrait paralyser l'application d'un traité d'arbitrage entre le premier de ces États et l'État tenu pour responsable du dommage et l'empêcher, à défaut d'arrangement, d'obtenir une décision obligatoire fondée en droit. Cet effet, particulièrement pernicieux, est précisément celui qui se produirait dans la présente cause si l'intervention du Gouvernement canadien en faveur de la Barcelona Traction constituait par elle-même un obstacle juridique à la réclamation du Gouvernement belge. Cette conséquence paraît totalement inadmissible à celui-ci. Il importe de considérer encore que l'État national de la compagnie a le pouvoir d'abandonner en tout temps ses démarches protectrices, ou bien de refuser de prendre fait et cause pour une corporation nationale dans laquelle des participations de ses nationaux seraient peu élevées. Cette subordination du droit de protection diplomatique d'un État à un autre n'est pas compatible avec le principe de l'égalité des États.

Le droit de protection est essentiellement un droit discrétionnaire de tout État. Son exercice est dominé par des considérations d'opportunité qu'il n'appartient à aucun autre État de discuter. Il faut en conclure, que ni le *jus standi* de l'État national de la compagnie, ni celui de l'État dont les associés ont la nationalité ne saurait dépendre des décisions prises par l'autre État, sous réserve naturellement de tout accord spécial entre eux sur la priorité de la plainte. L'État national de la compagnie peut intervenir en faveur de la compagnie comme telle; il peut aussi borner son action en faveur des seuls intérêts de ses nationaux dans une société; il peut enfin décliner toute action en faveur d'une compagnie juridiquement nationale lorsque les intérêts qu'elle incorpore sont totalement ou en grande partie étrangers. Les décisions qu'il sera amené à prendre à ce sujet sont sans influence sur le *jus standi* de l'État national des associés, pas plus que celles de ce dernier ne peuvent compromettre le *jus standi* de l'État national de la corporation, s'il estime qu'il est opportun pour lui d'agir.

Abstraction faite de la question de droit, le Gouvernement belge rappelle qu'*in concreto*, dans la présente affaire, il n'y a plus intervention d'un autre Gouvernement étranger pour sauvegarder les droits des intéressés qui ont été compromis par la faillite de la Barcelona Traction en Espagne.

Intervention conjointe de plusieurs États à des titres différents.

59) *La protection diplomatique d'une société lésée contre l'État responsable du dommage causé contrairement au droit international, peut être exercée concurremment par plusieurs États à des titres différents.*

(177) Cette règle est la conséquence nécessaire de la précédente, en ce sens qu'une intervention conjointe peut se réaliser contre l'État tenu pour responsable lorsque l'acte internationalement illicite atteint en même temps une société étrangère et des actionnaires ou autres associés de nationalités différentes. Elle permet aux États intéressés de réaliser une protection diplomatique d'une efficacité accrue, par un effort convergent de l'État national de la compagnie et de l'État national des particuliers qui doivent

effectivement et inéluctablement subir les conséquences des actes, mesures ou omissions contraires au droit des gens (1).

On ne voit pas pour quelles raisons le Gouvernement belge n'aurait pas pu se joindre à l'action du Gouvernement canadien si celui-ci avait poursuivi son action protectrice en faveur de la Barcelona Traction.

Le Gouvernement belge prie la Cour de se reporter aux exemples précédemment exposés de protection diplomatique des actionnaires par leurs États nationaux; elle pourra constater que des cas de protection conjointe par plusieurs États se sont produits sans engendrer d'intolérables situations. Il se réfère notamment aux affaires de la *Mexican Eagle Co*, de la *Tlahualilo Co* et surtout de la *Delagoa Bay Railway Co*. Dans cette dernière, les Gouvernements des États-Unis et de la Grande-Bretagne sont intervenus ensemble contre l'État national de la compagnie pour la défense des intérêts des actionnaires et des obligataires américains et britanniques, et cette action commune a été longuement concertée entre eux (2). Au cours des négociations qui ont précédé l'arbitrage, la compagnie britannique *Delagoa Bay and East African Railway Co*. prétendit représenter « la totalité des obligataires et actionnaires, sans considération de nationalité ». Mais les États-Unis de leur côté affirmèrent leur droit propre d'intervenir, quelque pût être la décision de la Grande-Bretagne, dans les termes suivants : « il n'est pas concevable que si le Gouvernement de Sa Majesté n'avait rien fait dans l'affaire, le Gouvernement des États-Unis aurait été empêché de protéger les intérêts de ses citoyens, parce que les dommages qu'ils auraient subis l'auraient été en commun avec ceux d'un autre Gouvernement » (3).

Au surplus, la Cour internationale de Justice, appelée à se prononcer dans l'affaire de la réparation des dommages subis au service des Nations-Unies, sur le point de savoir comment concilier une réclamation présentée par l'Organisation des Nations Unies pour obtenir réparation d'un dommage causé à un de ses agents avec les droits que l'État national de la victime pourrait posséder, s'est elle-même prononcée de la manière suivante :

(1) Borchard constate que « si le pays d'enregistrement est disposé à faire des représentations, à se joindre au pays dont les nationaux possèdent la majeure partie du capital, il n'existe pas de raison pour laquelle les deux pays ne pourraient pas faire des représentations simultanées; cette manière d'agir correspond d'ailleurs à la pratique existante ». (*Rapport à l'Institut de droit international, Annuaire, 1931, vol. I, t. 36, p. 313*). Dans le même sens Paul De Visscher, *loc. cit.*, p. 477, qui limite cependant cette intervention conjointe au cas d'actionnaires qui sont des personnes physiques, mais il n'indique pas pourquoi la personnalité morale de certains actionnaires devrait constituer un obstacle à leur protection conjointement avec celle de la société.

(2) Moore, *op cit.*, vol. II, pp. 1872-1873.

(3) Voici comment, dans son message annuel au Congrès, le Président des États-Unis s'exprima au sujet de cette action commune : « Dans l'affaire de l'arbitrage de la *Delagoa Bay*, le Gouvernement des États-Unis et le Gouvernement de la Grande-Bretagne intervinrent conjointement aussi bien que séparément dans l'intérêt d'actionnaires et d'obligataires américains et britanniques, bien que la concession de chemin de fer ait été légalement accordée à une corporation soumise aux lois du Portugal. » Voici le texte original : « In the matter of the *Delagoa Bay Railway Arbitration*, the Government of the United States and the Government of Great Britain, jointly, as well as severally intervened in the interests of American and British shareholders and bondholders although the concession to build the railroad was legally vested in a corporation under the laws of Portugal. » (*Papers relating to the Foreign Relations of the United States with annual Message of the President, transmitted to Congress, December 1902, Washington, Government Printing Office, 1903, p. 848*). Les italiques ne sont pas au texte.

« Lorsque la victime possède une nationalité, il peut évidemment se présenter des cas dans lesquels l'acte dommageable qui l'a atteinte peut intéresser tant son État national que l'Organisation. Lorsque cela se produit, le droit de protection diplomatique appartenant à l'État et le droit de protection fonctionnelle appartenant à l'Organisation peuvent se trouver en concurrence... *il n'existe pas de règle de droit qui attribue une priorité à l'un ou à l'autre*, ou qui oblige soit l'État, soit l'Organisation à s'abstenir de présenter une réclamation internationale. » (1).

Cet exposé démontre que l'action conjointe de deux États lésés par un seul et même acte d'un autre État est normale; les deux actions ne se confondent pas, et, si l'organe international saisi est en mesure de fonder sa compétence juridictionnelle à l'égard des deux États intervenants, il tiendra compte des droits respectifs de chacun d'eux, ainsi que l'a fait le tribunal arbitral dans l'affaire de la *Delagoa Bay Railway Co*, par sa sentence du 29 mars 1900 (2). C'est dans ce sens également que s'est prononcée la Cour dans son Ordonnance précitée lorsqu'elle a dit:

« Les tribunaux internationaux connaissent bien le problème que pose une réclamation à laquelle sont intéressés plusieurs États nationaux et savent comment protéger en pareil cas l'État défendeur pour qu'il ne soit pas contraint à payer deux fois. » (3) (4).

Protection des actionnaires contre un Etat qui n'est pas l'Etat national de la société.

6°) *L'Etat national des actionnaires ou autres associés d'une compagnie étrangère peut exercer son droit de protection diplomatique en leur faveur contre l'Etat responsable du dommage causé à cette compagnie, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que ce dommage a été causé par l'Etat national de la compagnie ou par un Etat tiers.*

(178) Le Gouvernement espagnol, dans sa note verbale du 10 juin 1957, prétend limiter le droit de protection par l'État national des actionnaires au cas où le dommage aurait été causé par l'État dont la société aurait la nationalité.

« Étant donné, y déclare-t-il, que la dissociation de la nationalité de la société et celle de ceux qui en font partie, aux effets de leur protection internationale, s'est seulement présentée dans la pratique lorsque la société préjudiciée possède la nationalité de l'État qui est la cause du préjudice supposé, et comme cette circonstance ne se présente pas dans le cas hypothétique de la Barcelona Traction... il se pose inévitablement la question préalable de savoir si le Gouvernement belge est habilité ou non — en droit international — pour assumer la protection d'intérêts juridiquement rattachés au Canada. » (Annexe au *Mémoire* belge, N° 264, p. 1028).

(1) Ordonnance du 11 décembre 1948, C.I.J., *Recueil*, 1949, p. 185. Les italiques ne sont pas au texte.

(2) Le dispositif de la sentence arbitrale condamne entre autres le Gouvernement portugais:

— à payer aux Gouvernements des États-Unis et de la Grande-Bretagne « ensemble » la somme de 15.314.000 francs suisses, cette somme devant être affectée, après certaines déductions, « au paiement des créanciers obligataires, et autres s'il y a lieu, de la *Delagoa Bay Co.*, selon leur rang »;

— à verser entre les mains du Gouvernement des États-Unis la somme devant revenir à Mme Mac Murdo « en sa qualité de créancière obligataire en 1^{er} et 2^e rang »;

— et à verser le surplus au Gouvernement de la Grande-Bretagne, pour le compte de tous les autres ayants droit (voir *Sentence finale*, p. 199):

(3) Un autre exemple est fourni par la décision de l'United States International Claims Commission, dans l'affaire *Max Mayer* (*International Law Reports*, 1954, p. 150 sq.).

(4) Sur le système de l'« allotment », voir *supra*, p. 170.

Les Exceptions préliminaires attribuent un très grand poids à cet argument, Elles en font même la clef du problème. « Une protection diplomatique des sociétaires, y est-il déclaré ... ne peut entrer en ligne de compte que d'une manière exceptionnelle, là où une protection diplomatique de la société elle-même de la part de son Etat national est impossible, voire même inconcevable » (1).

Le Gouvernement espagnol considère que cette condition n'est réalisée que dans le seul cas où la société, dont les actionnaires sont des ressortissants étrangers, tient son statut de l'Etat auteur du dommage, en sorte que cette société n'est pas par elle-même susceptible de protection internationale.

Il est exact qu'en fait la pratique internationale, en matière de protection des actionnaires, a généralement porté sur des cas où la société lésée avait le statut de l'Etat auteur du dommage. Mais il est tout à fait illogique d'en inférer que la protection des actionnaires ne peut être exercée *que dans ces cas*.

Bien au contraire, admettre le droit de protection des actionnaires dans ces cas conduit nécessairement à l'admettre *dans tous les cas*. Il suffit pour s'en convaincre de se rappeler les principes fondamentaux du droit international qui régissent la protection diplomatique.

Le droit de protection diplomatique est le droit qu'a tout Etat de faire respecter le droit international en la personne de ses ressortissants. Ce droit n'existe donc que pour autant que :

- 1) les *ressortissants* de l'Etat protecteur aient été *atteints dans leurs biens, droits et intérêts* ; et que :
- 2) ils l'aient été par un *acte contraire au droit des gens*.

Du moment que ces conditions sont réunies, le droit de protection existe. En revanche, si elles ne sont pas remplies, ce droit n'existe pas. Si donc on refusait en principe, comme le fait le Gouvernement espagnol, la qualité de ressortissants lésés aux actionnaires étrangers d'une société victime d'actes illicites, et si par suite on déniait à leur Etat national le droit de les protéger, cette situation ne pourrait pas être modifiée par le fait que l'Etat national de la société lésée ne pourrait la protéger, parce qu'il se confondrait avec l'Etat auteur du dommage.

Mais si on admet, comme le fait aussi le Gouvernement espagnol, qu'un Etat a qualité pour défendre ses ressortissants, actionnaires d'une société étrangère, lésés par des actes contraires au droit des gens, lorsque celle-ci a le statut de l'Etat auteur du dommage, on reconnaît nécessairement qu'un dommage causé à la société constitue une atteinte aux droits et intérêts des actionnaires, susceptible de faire naître, en droit international, un droit de protection dans le chef de l'Etat national de ceux-ci.

Ainsi, une fois que l'on a reconnu que le droit de protection des actionnaires existe en droit des gens, il est juridiquement impossible d'en subordonner l'exercice à la condition que l'Etat national de la société ne puisse exercer son droit propre de protection, car comme il a été démontré plus haut, celui-ci n'est ni exclusif, ni préférentiel.

Abordant la question sous un autre aspect, le Gouvernement belge a soutenu dans son *Mémoire* (p. 159, § 325) que si l'action de l'Etat des actionnaires « contre l'Etat

(1) E.P., p. 223. Les italiques sont au texte.

dont la société relève par son statut, est autorisée par le droit des gens, elle doit l'être à *fortiori* contre un État tiers », et il a estimé pouvoir interpréter en ce sens l'opinion émise par M. Charles De Visscher dans son ouvrage *Technique de la personnalité*.

L'Etat défendeur consacre une longue note (1) à tenter de prouver que le Gouvernement belge a déformé la pensée de l'auteur. Or, les thèses qu'il cite n'infirment en rien, au contraire, l'opinion du Gouvernement belge sur ce point. Certes l'éminent juriste n'a pas directement traité l'éventualité où le dommage causé à une entité collective est le fait d'un Etat qui n'est ni celui du statut national de la société, ni celui de l'Etat national des actionnaires et associés. Les *Exceptions préliminaires* se retranchent derrière le titre de son étude « *De la protection diplomatique des actionnaires d'une société contre l'Etat sous la législation duquel cette société s'est constituée* », pour en tirer la conclusion qu'il rejette toute action contre l'Etat tiers, auteur de la ruine d'une compagnie étrangère dont les actionnaires ou associés n'ont pas la même nationalité qu'elle. Cette affirmation est téméraire. Par le titre qu'il adopte, tout auteur vise à délimiter le champ de son travail, et il ne peut être permis d'en inférer, sans autre preuve, qu'il donne une solution négative à des problèmes qu'il n'a pas abordés. Plus que le titre, ce qui est intéressant c'est la pensée de l'auteur. En l'espèce, les motifs que M. Charles De Visscher donne pour justifier l'action de l'Etat national des actionnaires contre l'Etat national de la société, responsable du dommage causé, sont indiqués dans le corps de son étude et reproduits dans la présente note (2), s'ils sont exacts pour ce cas — et ils le sont, — ils le sont à *fortiori* lorsque les dommages peuvent être attribués à un Etat tiers, qui n'est donc pas celui de la nationalité de la société, car il ne peut pas même invoquer l'argument que la compagnie, ayant sa nationalité, relève uniquement de ses lois et de sa juridiction.

En bref, M. Charles De Visscher dit clairement qu'un État ne peut invoquer la personnalité juridique propre d'une société ayant son statut national pour écarter, au cas par exemple où cette société aurait été victime d'un déni de justice dans ce même État, les réclamations qu'un acte contraire au droit des gens dont il serait responsable suscite de la part de l'État national des actionnaires de la société lésée. Serait-ce interpréter fidèlement la pensée de l'auteur que de lui prêter l'intention de reconnaître à l'État auteur du dommage le droit d'invoquer la personnalité juridique de la société qu'il a lésée, aux fins de se soustraire à toute réclamation internationale en faveur des actionnaires, lorsque la société ne relève pas de sa loi nationale, mais de celle d'un autre Etat que l'Etat demandeur ?

(1) E.P., p. 224, note 1.

(2) « Si donc, au lieu de trouver dans le pays dont elle a adopté le régime légal la protection qui lui est due, la société devient l'objet dans ce pays même de mesures manifestement injustes, vexatoires ou discriminatoires qui, en portant atteinte à ses intérêts collectifs, compromettent gravement ceux des actionnaires étrangers; si, par ailleurs elle a épuisé tous les recours que lui offre la législation locale, ou bien se heurte à un déni de justice qui rend impossible toute réparation des dommages dont les actionnaires étrangers ont injustement souffert, la question désormais sort de la sphère du droit interne pour entrer dans celle de la responsabilité internationale et de la protection diplomatique. En vain l'État recherché objecterait-il que la société a sa nationalité. On lui répondra que cette nationalité n'est distincte de celle des actionnaires qu'aux seules fins d'une protection légale que le droit interne s'est avéré impuissant à lui garantir. Seule désormais l'action internationale est capable d'ouvrir aux intérêts étrangers la voie des réparations exigées. Raisonner autrement, c'est prêter à la personnalité morale des effets qui compromettent le but même en vue duquel elle a été constituée; c'est abuser d'une abstraction aux dépens des seules réalités qui en justifient l'emploi ». *Loc. cit.*, p. 642.

Les auteurs ont rarement poussé leurs études jusqu'au cas où le dommage est causé par un État tiers (1).

Le professeur Bindschedler l'a pourtant fait (voir *Mémoire belge*, p. 160, note 1), ainsi que le professeur Paul De Visser, qui estime que lorsque l'État auteur du dommage est un État tiers, l'État national des actionnaires ne pourrait agir contre lui qu'après qu'il ait été constaté, soit par un accord entre ce dernier et l'État national de la société, soit même par une décision d'un juge international, que la nationalité de la société lésée n'est pas économiquement ou financièrement effective et que l'État national n'a pas qualité pour agir (2).

Cette proposition, abstraction faite de ce qu'elle n'est pas de droit positif, ce que son auteur ne conteste pas, ne saurait être retenue. Elle présente le défaut d'augmenter les difficultés de la protection diplomatique des actionnaires, en la faisant dépendre de conventions ou même de jugements extrêmement aléatoires, d'en alourdir toute la procédure et de l'encombrer de formalités qui sont incompatibles avec la liberté des formes qui caractérise le droit des gens.

En conclusion donc, aucune règle du droit des gens ne permet de limiter le droit de protection des actionnaires d'une société étrangère lésée au cas où celle-ci a le statut de l'État auteur du dommage (3).

Rejet de la condition de la dissolution de la société lésée.

7°) *L'Etat dont les nationaux ont des participations dans une compagnie étrangère lésée par un acte internationalement illicite d'un autre Etat, peut intervenir par la voie diplomatique en leur faveur, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si, selon les critères du droit interne, la compagnie lésée subsiste ou est dissoute.*

(179) Dans la pratique internationale, on rencontre quelques décisions et notes diplomatiques dans lesquelles il est fait allusion à la nécessité de la dissolution de la société lésée et de pertes subies par les actionnaires ou associés lors de la répartition des avoirs sociaux après paiement des dettes de la société, pour que l'action de l'État national de ces actionnaires ou associés soit recevable sur le plan international. Cette circonstance a aussi été parfois invoquée par les États demandeurs, mais comme un simple moyen adjuvant à d'autres causes justificatives de l'intervention diplomatique.

(1) Les auteurs cités par les *Exceptions préliminaires* (p. 223, notes 1 et 2) ne sont pas aussi catégoriques qu'elles le prétendent. Beckett relève qu'actuellement les limites de l'exclusion de la protection par l'État national ne sont pas tout à fait claires (*Diplomatic Claims in respect to injuries to companies, Transactions of the Grotius Society*, XVII, 1932, p. 189); et Mervyn Jones termine son exposé des précédents par les considérations suivantes : « The foregoing survey of international practice and arbitral jurisprudence shows that, in spite of many uncertainties and doubts as to the exact scope of intervention on behalf of nationals who are shareholders in foreign corporations, the admissibility of such intervention has in principle been recognized by a substantial body of authority ». *Loc. cit.*, p. 251.

(2) *Loc. cit.*, p. 479.

(3) Le Gouvernement des États-Unis a adopté une attitude de principe analogue à celle du Gouvernement belge, dans sa correspondance avec le Gouvernement britannique à propos de l'affaire de la *Romano-Americana Co.* « L'État, a-t-il déclaré, dont les nationaux sont propriétaires des actions d'une corporation étrangère peut s'interposer en leur faveur au cas où la corporation subit un préjudice du fait d'un étranger lorsque ces nationaux n'ont pas d'autre remède que celui de l'intervention de leur propre gouvernement ». Cité par Hyde, *op. cit.*, vol. II, p. 907 : « ... that the State whose nationals are the owners of the shares of a foreign corporation may interpose in their behalf in case the corporation suffers wrong at the hands of a foreign State when those nationals have no remedy except through the intervention of their own Government... ».

La première allusion faite à ce motif se trouve dans la note que le Marquis de Salisbury adressa, le 10 septembre 1889, au Gouvernement portugais, à propos de l'affaire de la *Delagoa Bay Railway Co.*, et dans laquelle il invoque le fait que « la compagnie portugaise se trouve pratiquement éteinte » (*practically defunct*) (1). Ultérieurement, le Gouvernement britannique invoqua ce même motif, mais *a contrario*, pour s'opposer à la réclamation qui lui était adressée par le Gouvernement des États-Unis dans l'affaire de la *Romano-Americana Co.*

Les *Exceptions préliminaires* font aussi grand état de ces précédents pour soutenir que « le principe de la protection diplomatique de sociétaires pour dommages causés à la société n'a jamais été admis pour les actionnaires d'une société anonyme, du moins tant que la société était elle-même en existence ». (2). Il invoque plusieurs cas américains, mais sans distinguer :

- ceux qui sont antérieurs à l'évolution si caractéristique de la pratique du Département d'État américain au sujet de la protection des actionnaires; (3)
- ceux où il a lui-même fait la grave confusion entre les conditions du *jus standi* et les moyens de fond; (4)
- ceux où la question du *jus standi* ne se posait même pas; (5)
- et ceux où le *jus standi* a fait l'objet d'une discussion entre les parties au litige, et où il a été contesté par le défendeur, pour des raisons de souveraineté juridictionnelle, avec tant d'obstination que l'exercice de la protection diplomatique a échoué, les différends ayant toutefois pris fin, parfois après de très longs délais, par des arrangements satisfaisants pour les sociétés lésées ou pour les Gouvernements qui les avaient prises sous leur protection. (6)

Dans tous ces cas, la condition de l'existence ou de la dissolution de la société lésée n'a pas été discutée.

Il ne reste donc, après élimination de toutes ces causes de confusion, que trois cas dans lesquels la dissolution de la société, en droit ou en fait, a été soulevée pour justifier une allocation ou un refus de dommages-intérêts. Ce sont ceux des sociétés anonymes *Delagoa Bay Railway Co.* (7) et *Romano-Americana Co.*, (8) auxquels il faut encore ajouter celui de la *Kundhart Co.* (9), société en nom collectif, intéressée, en tant qu'actionnaire, à la *Compañía anónima Transportes en Encomendados*, de statut vénézuélien, qui fut dissoute par suite de l'annulation d'une concession par le Gouvernement du Vénézuéla.

Dans le premier de ces trois cas, des dommages-intérêts furent accordés aux États intervenants, par la sentence arbitrale, la compagnie directement lésée ayant été considérée comme pratiquement éteinte. Dans le second cas, l'action en responsabilité contre la Grande-Bretagne, manifestement mal dirigée d'ailleurs, fut reprise contre la Roumanie

(1) Le Gouvernement des États-Unis, à propos de la même affaire, emploie une formule analogue (v. *Sentence finale*, pp. 85-86).

(2) E.P., p. 221. Les italiques sont au texte.

(3) En se limitant aux cas invoqués à ce propos par l'Espagne, il s'agit de ceux de l'*Antioquia*, la *Compañía Salitrera del Perú* et de celui qui donna lieu aux décisions du Secrétaire d'État, Mr. Uhl.

(4) Cas des *Navires Pétroliers allemands*, *vide supra*, pp. 146 sq.

(5) Cas *Brewer Moller*, *vide supra*, p. 152.

(6) Affaires *Tlahualilo Co.* et *Mexican Eagle Co.*, *vide supra*, pp. 157-158 et 160-161.

(7) *Vide supra*, pp. 130 à 136.

(8) *Vide supra*, pp. 158-159.

(9) *Vide supra*, p. 153.

et aboutit à un arrangement bien que la société existât toujours. Dans le troisième cas, la Commission arbitrale déclara la réclamation recevable parce que la corporation vénézuélienne était dissoute, car c'est un principe de droit universellement reconnu, déclara-t-elle, que lors de la dissolution d'une corporation, les intérêts des divers actionnaires deviennent des droits en équité (*equitable rights*) à des parts proportionnelles des biens sociaux après paiement des dettes. La détermination du passif social s'étant révélée impossible, la réclamation fut écartée pour ce motif (1), mais non pas pour absence de *ius standi*. Cette affaire *Kundhardt et Co.* est la seule qu'on rencontre dans la jurisprudence internationale dont on puisse déduire, *a contrario*, que les actionnaires d'une corporation encore existante ne pourraient être protégés par leur État national parce qu'ils n'auraient que des droits virtuels dans la société lésée (2).

On peut donc conclure avec Kiss (3) que « l'existence de cette limitation ne ressort pas de la pratique internationale ».

Dans la doctrine, les auteurs sont le plus souvent très réservés à ce sujet. Charles De Visscher ne le traite pas. Beckett relève que, sur le point en question, les restrictions qu'il apporte à la règle de l'exclusive protection par l'État national de la société lésée ne sont pas tout à fait claires. Le point de vue de Mervyn Jones est analogue (4). Le professeur Paul De Visscher admet aussi que l'intervention de l'État national des actionnaires ne dépend pas de l'existence ou de la dissolution de la société lésée selon le droit interne de son État national, mais il l'accompagne une fois encore d'une curieuse limitation. Il s'exprime comme suit : « Il importe peu que, selon les critères du droit interne, la personne morale subsiste ou non. Même lorsqu'elle subsiste, le juge international peut admettre la protection diplomatique des actionnaires, dès l'instant où il constate en fait que le dommage causé à la personne morale a eu pour effet de paralyser ou de stériliser l'effet utile que la technique de la personnalité morale devait normalement produire au profit des actionnaires » (5).

On ne peut qu'approuver cet auteur lorsqu'il constate le manque total de pertinence de la survivance ou de la dissolution de la société suivant le droit interne; mais il est singulièrement inconséquent lorsqu'il limite la protection diplomatique des actionnaires au cas où, par suite du dommage causé, la personne morale serait paralysée. Il est manifeste, en effet, que cette paralysie ne fait pas obstacle à l'exercice du droit de protection par l'État national de la société. Si néanmoins Paul De Visscher admet dans cette hypothèse la protection des actionnaires par leur État national, on ne voit pas pourquoi il prétendrait l'écarter lorsque la société n'a pas techniquement été paralysée, mais que son action a été vaine. Spécialement lorsque l'État dont elle tient son statut n'est pas en mesure ou ne désire pas la faire bénéficier de sa protection internationale.

Le Gouvernement belge conteste catégoriquement que la dissolution de la société lésée soit la condition *sine qua non* de la recevabilité de l'action judiciaire internationale

(1) Affaire *Kundhardt*, *passim.*, pp. 72-73.

(2) Dans le cas de l'*Aisop Co.*, société en commandite qui dut aussi aller à la liquidation, le Gouvernement du Chili n'alléguait que le statut chilien de la société pour tenter de contester le droit d'intervention des États-Unis; *vide supra*, pp. 143-144.

(3) In *La personnalité morale*, p. 209.

(4) *Vide supra*, p. 189, note 1, les opinions de ces deux auteurs.

(5) *Loc. cit.*, p. 477 (Cfr. pour les limites apportées à cette règle par l'auteur cité, *Ibid.*, pp. 475-476).

en faveur des actionnaires. Le droit de l'État de protéger ses ressortissants ayant des intérêts dans une compagnie étrangère ne saurait être limité aux cas où la société est dissoute ou a pratiquement cessé d'exister; il suffit qu'elle soit empêchée d'agir devant les autorités étatiques compétentes, ou, qu'après avoir épuisé les voies de recours internes, elle ne puisse obtenir justice.

Que la société existe toujours, ou qu'elle soit dissoute, ou empêchée d'agir, ou que son existence soit pratiquement éteinte, les règles du droit international sur l'intervention diplomatique en faveur des actionnaires ou autres sociétaires de personnes juridiques étrangères s'appliquent. Toutes les éventualités qui peuvent se présenter dans la vie internationale n'ont pas encore été examinées par des juridictions internationales, et il n'est pas admissible de conclure de la reconnaissance du *jus standi* dans certaines circonstances, à son rejet dans des cas qui n'ont pas encore subi l'épreuve du prétoire.

Le Gouvernement belge a déjà démontré que le droit de l'État de protéger ses ressortissants, actionnaires de sociétés étrangères, est un droit qui lui est propre (1); il ne dépend pas absolument de l'étendue des droits de l'actionnaire en droit interne; en particulier, il n'est pas nécessaire que la compagnie ait cessé d'exister ou même qu'elle ait été contrainte de suspendre son activité pour que les actionnaires puissent être diplomatiquement protégés par leur État national; il suffit d'établir qu'ils ont subi un dommage et qu'ils n'ont plus d'autres remèdes à leur disposition pour éviter le déni de justice.

Comme le dit Kiss (2) : « Le droit de réclamation de l'État est donc entièrement distinct des voies de droit ouvertes par le droit interne. Il n'y a pas besoin d'établir que sont réunies les conditions qui, en droit interne, seraient requises pour ouvrir les voies de recours aux intéressés. Il suffit que l'État considère que le droit international a été méconnu en la personne de son ressortissant. Or, la Cour internationale de Justice a formellement reconnu que cette attitude peut affecter « les biens, droits et intérêts » de ce ressortissant » (3).

Le Gouvernement belge n'oublie d'ailleurs pas que si la Barcelona Traction n'est pas et ne peut pas être juridiquement dissoute par une déclaration de faillite en Espagne, il n'en est pas moins vrai qu'elle a été vidée de toute sa substance sociale par cette faillite et qu'elle ne fait que se survivre à elle-même, grâce au soutien que lui prête la Sidro.

En effet, la dépossession de la Barcelona Traction étant totale, il y a disparition de la chose mise en société et impossibilité de réaliser l'objet social, au point qu'une dissolution formelle serait sans objet, en l'absence de tous avoirs à liquider. Il n'y a dès lors aucun doute qu'on se trouve ici en présence d'un cas de société « pratiquement défunte », ce qui, nécessairement, ouvre la voie à la protection des actionnaires.

D'autre part, la dépendance de la Barcelona Traction à l'égard de ses actionnaires belges, plus spécialement de la Sidro, devint totale du jour où les organes de la faillite exercèrent le contrôle de fait des avoirs de la Barcelona Traction et, par là même, des sociétés auxiliaires. A partir de ce moment, en effet, la Barcelona Traction, privée de tout actif, perdit tout crédit et ne put plus faire face à ses dépenses d'administration,

(1) *Vide supra*, pp. 111 à 114.

(2) *Passim*.

(3) *Usine de Chorzow* (fond), C.P.J.I., Série A, n° 17, p. 31.

notamment aux frais judiciaires considérables des procédures poursuivies en Espagne, qu'à l'aide des fonds avancés par la Sidro.

Même en se plaçant au point de vue du Gouvernement espagnol, il faut donc reconnaître que la porte est ouverte à l'action diplomatique de la Belgique, État national des actionnaires. Obligée de suspendre depuis plus de quinze années toute son activité sociale, elle est manifestement, pour reprendre les termes de la note du Marquis de Salisbury dans l'affaire de la *Delagoa Bay Railway Co.* « *practically defunct* », comme l'était la société portugaise *Lourenço Marqués and Transvaal Railway Co.* ». Autrement dit, même en prétendant limiter l'action diplomatique en faveur des actionnaires au cas de sociétés qui n'existent plus, en droit ou en fait, le Gouvernement espagnol ne peut, en vertu des principes du droit international qu'il invoque lui-même, soutenir que le Gouvernement belge n'a pas qualité pour agir dans la présente instance.

Le rôle de l'équité dans la protection diplomatique des actionnaires.

8°) *Les règles précédemment dégagées sur la base de nombreuses décisions arbitrales internationales, ainsi que d'une série de déclarations officielles des Etats à propos de la protection diplomatique des actionnaires, doivent être interprétées dans un large esprit d'équité, afin d'assurer le respect des intérêts légitimes des actionnaires et leur réparation lorsqu'il y est illégitimement porté atteinte.*

(180) L'insuffisance du système de protection élaboré dans les *Exceptions préliminaires* est encore manifeste en ce qu'aucune place n'est faite à l'équité. Or, la protection diplomatique des intérêts groupés en personnes juridiques ou en sociétés peut se fonder également sur l'équité. Le grand jurisconsulte suisse, Max Huber, a attaché son nom à cette conception dans son rapport sur les réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc (Affaire *Ziat-Ben Kivan*, 1924). Il a déclaré: « 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 ».

L'équité qui est ici considérée, est l'équité interprétative et non pas supplétive. En tant que notion interprétative du droit, l'équité a pour fonction d'adapter la norme juridique aux nécessités sociales, de permettre de l'appliquer d'une manière répondant aux exigences de la justice, en tenant compte de l'évolution des idées dans le monde moderne au sujet de la protection des intérêts groupés en entités collectives et de toutes les circonstances particulières à chaque cas soumis à l'appréciation des juges ou des arbitres.

Cette fonction propre de l'équité interprétative est reconnue dans les droits internes de toutes les nations civilisées et elle s'impose aussi aux juridictions internationales. En droit des gens, elle va de soi; comme le déclare Strupp, l'équité interprétative fait partie du droit des gens, *juris gentium inest* (1). Elle renforce toute l'argumentation du Gouvernement belge qui établit, qu'en vertu du droit des gens moderne, l'État national des actionnaires a le droit d'exercer sa protection diplomatique sur ceux-ci pour la sauvegarde de leurs intérêts importants dans des compagnies étrangères.

(1) Strupp, *Le droit du juge international de statuer selon l'équité*, dans *Recueil C.A.D.I.*, 1930, vol. III, tome 33, pp. 462-463; Charles De Visscher: *Contribution à l'étude des sources du droit international*, *Revue de droit international et de législation comparée*, 3^e série, 1933, XIV, pp. 414-415.

Le point de droit fondamental sur lequel l'opposition est la plus aiguë entre les Parties au présent litige, est celui de l'application du principe de la protection des actionnaires au cas où la société dont ils sont membres est lésée, non pas par la faute de l'État dont elle a la nationalité, mais par celle d'un État tiers. C'est cette situation de fait qui donne sa caractéristique à la cause actuelle. Dans ces conditions, le Gouvernement belge se doit de préciser que la demande qu'il adresse à la Cour tend non à dégager une nouvelle norme de droit international, mais à faire application des principes déjà dégagés dans la jurisprudence et la pratique internationales à un cas sur lequel les juridictions internationales n'ont pas encore eu l'occasion de se prononcer; il s'agit en effet seulement de traiter l'État tiers auteur du dommage, quant à sa responsabilité envers l'État national des actionnaires d'une société étrangère, de la même manière que si ce dommage avait été commis par l'État national de la société.

De puissantes considérations militent en ce sens. Il faut encore citer Charles De Visscher : « L'équité peut n'être pas une base de décision indépendante. Tel est le cas lorsque, dans une sentence qui, par ailleurs, reste fondée sur le droit positif (*infra legem*), le juge choisit entre plusieurs interprétations possibles de la règle celle qui lui paraît *la plus conforme aux exigences de la justice eu égard aux circonstances de l'espèce*. Dans ce rôle simplement interprétatif, l'équité est inhérente à toute saine application du droit et, à ce titre, s'impose à toute juridiction internationale. L'exigence d'un accord spécial des parties ne concerne évidemment pas cette fonction nécessaire de l'équité » (1).

Le Gouvernement belge a peine à imaginer que le *jus standi* pourrait lui être refusé dans une affaire où les intérêts lésés sont, à concurrence de près de 90 %, des intérêts de ressortissants belges.

(1) *Théories et réalités en droit international public*, 1^{re} éd., 1953, p. 406.

CHAPITRE V

RÉFUTATION DES ALLÉGATIONS ESPAGNOLES QUANT A LA RÉALITÉ
DES INTÉRÊTS BELGES DANS LA BARCELONA TRACTION

(181) Dans son *Mémoire*, le Gouvernement belge a consacré un chapitre (le chapitre I^{er}) à l'exposé des intérêts belges dans la Barcelona Traction. Il y a joint les documents justificatifs les plus importants — s'efforçant de ne pas alourdir encore le dossier par des productions superflues, et de ne pas rendre ainsi plus ardue encore la tâche de la Cour.

Dans le très long chapitre « Historique » qui précède l'exposé des quatre exceptions préliminaires, toute une section (la 5^e qui comprend 24 pages) est consacrée à la discussion des « prétendus » intérêts belges dans la Barcelona Traction.

Tout y est contesté; les circonstances les plus claires et les documents les plus simples ne sont pas compris; d'autres explications ainsi que la production d'autres pièces sont exigées.

Le Gouvernement belge n'a pas l'intention de se prêter à pareilles méthodes de discussion.

Soucieux cependant de démontrer le peu de fondement des contestations et des exigences du Gouvernement défendeur, il se bornera à fournir quelques explications complémentaires et à produire un certain nombre de documents nouveaux; parmi ceux-ci, il en est qui paraissent parfaitement superflus et qui ne sont joints que parce que le Gouvernement espagnol en demande la production. D'autres permettront de réfuter sans peine quelques affirmations gratuites que contient l'« Historique » prérappelé.

Section 1. — *Actions nominatives appartenant à Sidro.*

(182) Le Gouvernement espagnol ne conteste pas — ce serait d'ailleurs impossible — que la société Sidro était propriétaire, en 1939, de 1.012.688 actions nominatives de la Barcelona Traction. Ces actions étaient inscrites au nom de la Sidro depuis 1930.

Mais, est-il ajouté (§ 77, p. 63), « la Sidro avait perdu la qualité d'actionnaire ... le 7 octobre 1939, date à laquelle cette qualité avait passé de la Sidro à la firme Charles Gordon & C^o ... La firme américaine Charles Gordon & C^o était donc, elle, l'*actionnaire* pour 1.012.688 actions nominatives de la Barcelona Traction au moment où la faillite de cette dernière société fut déclarée ».

Telle est la conséquence nécessaire, selon le Gouvernement espagnol, du fait que l'inscription faite au nom de la Sidro, dans le registre des actionnaires de la Barcelona Traction, tenu par la National Trust C^o, a été transférée le 7 octobre 1939 au nom de MM. Charles Gordon & C^o (1), et qu'elle s'y trouvait encore au 12 février 1948,

Les documents justificatifs annexés tant au *Mémoire* du Gouvernement belge qu'à la présente réponse démontrent cependant qu'à aucun moment la Sidro n'a eu l'intention de transférer la propriété de ces 1.012.688 actions nominatives à MM. Charles Gordon & C^o et qu'à aucun moment ces derniers n'ont eu l'intention d'acquérir la propriété de ces mêmes actions. Il n'y a eu, à l'origine de ce transfert dans le registre, aucune vente ni aucune cession, ni totale, ni partielle, à quelque titre que ce soit, de la propriété de ces titres, Charles Gordon & C^o agissant seulement en qualité de « *nominee* ».

Ceci résultait déjà à l'évidence du télégramme produit par le Gouvernement belge en annexe à son *Mémoire* (appendice 5 à l'annexe 3, page 3). Ce document, par lequel on donnait des instructions concernant la manière de réaliser le transfert en question, précisait que sur un certificat au moins de chaque catégorie ou sur la demande de transfert éventuel, devrait figurer la remarque dont la traduction est la suivante :

« Nous certifions par la présente que le présent transfert *ne comporte aucun changement de propriété des actions* représentées par les certificats ci-annexés, étant donné qu'il est effectué à Charles Gordon & Co. comme « *nominee* » de notre dépositaire; en conséquence, aucune taxe de transfert n'est exigible » (2) (3).

(183) Malgré une preuve aussi claire, plus de deux pages (E.P., pp. 61 à 63) sont encore consacrées aux conventions passées à cette époque entre Sidro, Securitas et Charles Gordon & C^o, tandis que le rapport Rackier et Berghmans (E.P., Annexe n^o 91) va, au cours d'un exposé de huit pages sur le même sujet, se demander d'abord si « dans cet ensemble de contingences pour le moins obscures... Charles Gordon... n'aurait pas joué un rôle sur lequel toute la lumière n'a pas encore été faite » (pp. 738 et 739), pour finir par affirmer que « en admettant l'hypothèse suivant laquelle la Sidro serait propriétaire des titres inscrits au nom d'une firme américaine, on avaliserait une irrégularité aux conséquences incalculables » !

(1) Il s'agissait d'une association régulière, dûment enregistrée dès le 12 octobre 1939 (voir certificat officiel de cette date, *annexe n^o 10*), contrairement à ce qu'insinue le rapport Rackier et Berghmans invoqué par les *Exceptions préliminaires*.

(2) « We hereby certify that the within transfer *does not involve a change of ownership of the shares* represented by the annexed certificates as it is being made to Charles Gordon and Co. as *nominee* of our depository therefore no transfer tax is exigible ». Les italiques ne sont pas au texte.

(3) Une tentative est faite dans le rapport Rackier-Berghmans pour soutenir que « Apparemment, il n'a pas été donné suite à la note en bas du télégramme », c'est-à-dire à la mention qui est citée ci-dessus. Ceci est complètement inexact. Cette mention devait figurer sur les certificats d'inscription, ce qui fut fait. Elle ne devait pas être faite au registre, cela n'étant nullement obligatoire ainsi qu'on le démontrera par ailleurs (voir § 193 ci-dessous).

(184) Le Gouvernement belge a déjà exposé dans son *Mémoire* que le transfert au nom de Charles Gordon & Co rentre dans le cadre d'une série d'opérations faites à ce moment, qui s'expliquent uniquement et se justifient aisément par les dangers auxquels la guerre, qui menaçait d'éclater, exposait la Sidro et tous les autres ressortissants belges et, en particulier, par la nécessité de mettre leurs avoirs à l'étranger à l'abri du contrôle ou de la mainmise d'une éventuelle puissance occupante.

Comme la Sidro avait décidé que les biens à protéger devaient chercher refuge aux Etats-Unis et en Grande-Bretagne, pays qui semblaient à l'époque le plus à l'abri d'une invasion, les avocats belges, anglais et américains de la Sidro, qui mirent sur pied le système de protection, eurent tout naturellement recours à cette fin à des institutions de droit anglo-saxon, spécialement au « trust ».

L'exposé de ces mesures est sans aucune relevance aux fins de la présente action, puisqu'elles commencèrent et prirent fin avant la date du 12 février 1948. Si le Gouvernement belge a jugé utile néanmoins de consacrer une annexe (*annexe n° 11*) des présentes Observations à l'explication succincte de ces opérations, c'est uniquement pour dissiper l'atmosphère de suspicion que les *Exceptions préliminaires* ont cherché à créer à l'égard de ce qui n'était que des actes de prudente gestion.

(185) Il suffira de dire ici que l'appareil de défense a consisté tout d'abord dans la création d'une société de statut américain, la Securitas Ltd., destinée à servir d'abri aux biens de la Sidro comme d'ailleurs à ceux d'autres sociétés du groupe Sofina. Cette société était, comme elle devait l'être, une création des dirigeants des sociétés à protéger, qui étaient ainsi assurées de voir leurs actifs à l'étranger continuer à être gérés par ceux des mandataires de leur choix qui se trouveraient hors du contrôle ennemi.

C'est ainsi que sur les 12 administrateurs composant le conseil d'administration de Securitas, 7 étaient des administrateurs de Sidro ou de Sofina, tandis que les 5 autres étaient soit directeurs, soit fondés de pouvoirs, soit encore avocats du groupe Sofina-Sidro (1).

Securitas créa, suivant la pratique courante aux États-Unis, un « *partnership* », Charles Gordon & Co., composé de personnes qui étaient étroitement liées à elle (2) et destiné à lui servir de « *nominee* » (3). C'est ainsi que les actions nominatives de la

(1) Ceci explique que dans divers contrats les personnes signant au nom d'une des parties sont quelquefois des fondés de pouvoirs de l'autre, circonstance qui ne justifie pas les soupçons exprimés dans le rapport Rackier Berghmans (E.P., Annexe n° 91, p. 738, c)).

(2) C'est là aussi une pratique courante dont le rapport Rackier-Berghmans a tort de s'étonner (*ibidem*, pp. 738 et 739).

(3) Cette pratique, ainsi que celle mentionnée dans la note qui précède, résulte clairement du certificat qui est produit à l'*annexe n° 12* et dont il sera question plus loin dans l'exposé qui sera consacré à l'institution des « *nominees* ».

Barcelona Traction dont Securitas était dépositaire, furent inscrites au nom de Charles Gordon & Co (1) (2).

Securitas reçut d'abord les biens à titre de dépositaire (*custodian*) en vertu du contrat du 6 septembre 1939 (appendice 2 à l'annexe n° 3 du *Mémoire* belge), et sa qualité de dépositaire se transforma automatiquement, lorsque se produisit l'état de danger (*state of emergency*), en celle de « *trustee* » en exécution du contrat de *trust* du 27 février 1940. Le mécanisme de ces diverses conventions est sommairement expliqué dans l'annexe n° 11 précitée, ainsi que les motifs pour lesquels il fut nécessaire de recourir à plusieurs contrats plutôt qu'à un seul, comme le rapport Rackier Berghmans l'aurait désiré (E.P., Annexe 91, p. 738).

Toutes ces conventions ont été fidèlement exécutées. Securitas a conservé les biens de Sidro en *trust* jusqu'à la fin de la période de danger telle qu'elle était contractuellement définie, c'est-à-dire, en fait, jusqu'au 14 août 1946, date à laquelle elle les remit, comme on le verra plus loin, à la Sidro, dont elle resta néanmoins encore quelque temps le dépositaire (*custodian*).

(186) Le Gouvernement espagnol voudrait trouver la preuve que pendant toute cette période la Sidro avait perdu la propriété des 1.012.688 actions nominatives de la Barcelona Traction, dans deux faits.

Le premier, mentionné aux *Exceptions préliminaires*, § 79, p. 65, est que les actions nominatives n'ont pas été bloquées pendant la guerre par le séquestre canadien, puisqu'aucune mention de ce séquestre n'a été faite au registre des actions.

La réponse sur ce point est extrêmement simple : les actions Barcelona Traction en question ont été bloquées par le séquestre canadien bien qu'elles fussent remises en *trust* à une société américaine et inscrites au nom d'un « *nominee* » également américain. La preuve irréfutable de ce fait peut être trouvée dans la lettre écrite le 29 avril 1947 par le Département d'Etat du Canada pour annoncer la levée du séquestre (*Annexe n° 13*).

(1) Le fait que les instructions à cette fin aient été données par Sidro elle-même confirme que c'est bien cette société qui conservait la propriété des actions. Chose curieuse, le Gouvernement espagnol prétend au contraire y relever un indice suspect (E.P., p. 62, note 1), sous prétexte que les instructions auraient dû être données par Securitas, dépositaire des titres. Il tombe cependant sous le sens qu'il était infiniment plus simple que Sidro, qui était l'actionnaire inscrit, donne elle-même les instructions pour ce transfert, plutôt que Securitas qui, sans doute, en avait le droit en vertu du contrat de « *custodian* », mais aurait dû se faire délivrer à cette fin une procuration par Sidro.

Pour préciser encore les relations contractuelles existant entre les diverses sociétés, le Gouvernement belge produit à l'annexe n° 14 un relevé, établi par Securitas, des titres dont elle avait la garde au 31 décembre 1939.

(2) Les instructions précitées en vue du transfert apportent d'autre part un démenti formel à l'allégation du Gouvernement espagnol (E.P., p. 60, note 2) suivant laquelle « il ne ressort même pas des pièces produites que l'administration de la Barcelona Traction elle-même ait été informée que MM. Charles Gordon and Co. and Newman and Co. étaient des « *nominees* ». En effet, le document produit à l'appendice 5 de l'annexe 3 au *Mémoire* est adressé aux agents à Londres de la Barcelona Traction et montre que les instructions en question ont été données avec l'accord de M. Hubbard, alors « *chairman* » de la Barcelona Traction.

Il est inexact, comme l'affirment les *Exceptions préliminaires*, que mention de ce blocage aurait dû être faite sur le registre des actions nominatives. La consultation ci-jointe (*Annexe n° 15*) d'un avocat canadien en apporte la preuve (1).

Quant au deuxième fait, il est allégué par le rapport Rackier Berghmans (E.P., Annexe 91, p. 736) dans les termes suivants :

« N'est-il pas permis de se demander pour quel motif la société belge Sidro qui prétend être propriétaire de plus d'un million de titres étrangers, n'a pas cru devoir s'incliner devant la loi de son pays et déclarer officiellement ces actions nominatives ou bien les droits qu'elle détiendrait, du chef de ces titres, sur la Securitas Ltd. ou la Charles Gordon & Cy? La valeur probante d'une telle déclaration ne serait-elle pas telle que ladite société aurait eu tout intérêt à la produire à l'appui de la thèse de son Gouvernement? »

Ici la réponse est encore plus simple : les 1.012.688 actions nominatives de la Barcelona Traction ont été déclarées par la Sidro en même temps que ses autres avoirs à l'étranger, conformément à la législation en vigueur, et ce le 12 mars 1946, c'est-à-dire à une date où le *trust* n'avait pas encore pris fin et où ces actions étaient inscrites au nom de Charles Gordon & Co. On en trouvera la preuve dans la copie de ces déclarations (*annexe n° 16*).

(187) Le contrat de *trust* avec la société Securitas devait cesser ses effets six mois après qu'aurait pris fin l'état de danger (*state of emergency*) dans lequel se trouvait le fonctionnement normal de la Sidro. La fin de cet état de danger fut constatée, comme le prévoyait le contrat de *trust* lui-même, par un certificat dûment signé par cinq des membres du Comité institué par ledit contrat, aux termes duquel la cessation du « *state of emergency* » avait eu lieu le 14 février 1946 (voir ce certificat à l'*annexe n° 17*).

En conséquence, le *trustee* rendit compte de sa gestion et remit à la Sidro les biens qu'il avait reçus en *trust* de cette société; parmi eux se trouvent 1.012.688 actions nominatives de la Barcelona Traction (voir *annexe n° 18*). La Sidro, qui n'avait jamais cessé d'en être propriétaire, les recevait à cette date du *trustee*; toutefois, selon les accords conclus antérieurement, ce dernier recouvrait sa qualité première de simple dépositaire (*custodian*). La réalisation de ces opérations supposait toutefois la levée préalable du séquestre canadien : celle-ci fut demandée et finalement obtenue le 29 avril 1947, ainsi qu'il a été dit ci-dessus.

(188) A ce moment, la Sidro aurait pu faire retransférer à son nom les 1.012.688 actions de la Barcelona Traction. Cependant, elle n'en fit rien. La pratique bien établie dans les pays anglo-saxons qui consiste pour les sociétés à inscrire les titres nominatifs qu'elles

(1) Il n'est pas sans intérêt de noter que ce ne fut pas seulement par les autorités canadiennes que Sidro fut traitée comme véritable propriétaire des titres qui se trouvèrent soumis aux mesures de séquestre. Cette attitude fut également celle des autorités américaines : ainsi qu'il résulte du texte de l'*annexe précitée, n° 18, aux présentes Observations, lorsque le Gouvernement américain exigea, en 1940, que ceux qui détenaient des biens appartenant à des sujets étrangers fassent rapport, Sidro remplit le formulaire TFR300, indiquant comme sa propriété les actions de la Barcelona Traction confiées à Securitas. Postérieurement, le retransfert par Securitas à Sidro des mêmes titres ne put se faire qu'en vertu d'une licence générale des autorités américaines.*

possèdent au nom de leur « *nominee* » ou du « *nominee* » de la banque où les certificats sont déposés, présentait en effet des avantages pratiques certains, si bien que d'une manière tout à fait générale le groupe Sofina-Sidro l'adopta après la guerre pour l'ensemble des titres nominatifs qu'il possédait dans des sociétés américaines ou canadiennes.

(189) En 1948, il a cependant été nécessaire de conclure un nouveau contrat de « *custodian* » : c'est le contrat passé le 19 avril avec Newman & Co. (appendice 1 à l'annexe n° 11 du *Mémoire* belge), contrat qui s'explique par deux raisons fort simples : 1° la société Securitas, qui était « *custodian* » pour Sidro, allait être dissoute; 2° à la suite du décès de M. Gordon Auchincloss, qui avait donné son nom à l'association Charles Gordon & C°, il était souhaitable que celle-ci soit remplacée par un autre « *partnership* ».

En prévision de ce nouveau contrat, Sidro invita Securitas, par lettre du 11 avril 1948 (appendice 2 à l'annexe n° 11 du *Mémoire* belge), à transférer à Newman & C° les titres dont elle avait la garde pour le compte de Sidro.

Le jour même du contrat, Sidro informa MM. Newman & C° des instructions données à Securitas, et lui donna en même temps l'autorisation de faire transférer en son nom les titres nominatifs inscrits jusqu'alors au nom de Charles Gordon & Co. (lettre du 19 avril 1948, *annexe n° 19*) (1).

Ces instructions furent complètement exécutées (voir la lettre de Securitas à Sidro du 3 mai 1948, *annexe n° 20*, et les deux lettres adressées par Newman & C° à Sidro les 3 mai 1948 et 7 juin 1948, *annexes n°s 21 et 22*).

Ainsi, Newman & Co. sont devenus le « *custodian* » et le « *nominee* » de Sidro, notamment pour les 1.012.688 actions nominatives de la Barcelona Traction dont Sidro n'a jamais cessé d'être propriétaire.

(190) La convention du 19 avril 1948 fut cependant remplacée par une autre datée du 9 juin 1952 (voir appendice 5 à l'annexe n° 11 du *Mémoire* belge), en tous points identique à la première. Cette formalité fut rendue nécessaire par des changements survenus au sein du « *partnership* » suite au remplacement de certains membres. Ceci n'a toutefois entraîné aucune modification dans l'inscription des actions Barcelona Traction, le nom du « *partnership* » étant resté le même.

(191) Ici se termine l'histoire des 1.012.688 actions nominatives de la Barcelona Traction qui, propriété de Sidro en 1939, lui appartenaient toujours au 12 février 1948.

(1) Dans cette lettre, Sidro rappelle incidemment (voir le dernier alinéa) que ce transfert n'implique aucun changement de « *beneficial owner* », ce qui souligne une fois de plus l'inanité des suppositions formulées dans les *Exceptions préliminaires*.

Le nombre d'actions nominatives de la Barcelona Traction appartenant à Sidro et inscrites au nom de Newman & C^o augmenta en 1952 de 341.826 actions (1) provenant de la conversion au nominatif d'un nombre égal d'actions au porteur, propriété de Sidro, dont l'historique sera retracé aux §§ 196 et suiv.

Ainsi, au moment de l'introduction de l'instance internationale, le 14 juin 1962, la Sidro possédait bien, comme indiqué dans le *Mémoire* belge, 1.354.514 actions nominatives de la Barcelona Traction (2). Ces titres sont compris dans les 1.354.776 actions inscrites au nom de Newman & C^o à la date du 1^{er} avril 1962 suivant le relevé établi par la National Trust C^o (Annexe n^o 10, p. 17, du *Mémoire* belge) (3).

(192) Telles étant les relations contractuelles exactes à propos des actions nominatives appartenant à Sidro, que reste-t-il de l'argumentation espagnole à leur sujet ?

Une simple affirmation suivant laquelle la personne dont le nom figure sur le registre a seule la qualité d'actionnaire, qualité qu'elle ne perd même pas si elle est seulement le « *nominee* » d'une autre personne. Ainsi, selon la thèse espagnole, le principal actionnaire de la Barcelona Traction en 1948 et en 1962 était, respectivement, Charles Gordon & C^o et Newman & C^o (E.P., § 76, p. 61, et § 77, p. 63).

Pour étayer cette surprenante assertion, le Gouvernement espagnol produit (Annexe 65) un rapport de la Société Fiduciaire Suisse auquel sont jointes deux consultations : l'une émanant d'une firme d'avocats de Montréal dont le nom n'est pas mentionné, l'autre de la firme d'avocats américains Davis, Polk, Wardwell, Sunderland & Kiendl (pp. 562 à 565).

(193) Le Gouvernement belge voit d'autant moins d'objections à accepter ces avis juridiques que ceux-ci, lorsqu'on les lit attentivement et qu'on complète leur point de vue forcément partiel par celui des juristes et banquiers consultés au même sujet par Sidro, infirment complètement la thèse espagnole et confirment au contraire celle constamment soutenue par le Gouvernement belge, à savoir que les « *nominees* » ne sont pas les propriétaires des actions inscrites à leur nom.

On trouvera à l'annexe n^o 12 une consultation de l'avocat H.C.F. Mockridge, Q.C., de la firme Osler, Hoskin & Harcourt. Après avoir décrit la pratique, courante au Canada, d'inscrire des titres au nom de « *nominees* », M. Mockridge explique que l'inscription au nom d'un « *nominee* » n'implique aucun changement dans la propriété bénéficiaire, aucune vente, et ne donne au « *nominee* » aucun droit de propriété (*proprietary interest*) sur les titres ainsi inscrits à son nom. En conséquence, aucune taxe de transfert n'est due. Le « *nominee* » a l'obligation de transférer les titres suivant les instructions du propriétaire véritable et doit compte à ce dernier des intérêts ou dividendes. En résumé, le « *nominee* » détient les actions pour compte du propriétaire.

(1) Soit 341.326 actions le 11 janvier, et 500 actions supplémentaires le 23 octobre (voir les appendices 3 et 4 à l'annexe n^o 11 du *Mémoire* belge).

(2) 1.012.688 + 341.326 = 1.354.514.

(3) La différence correspond à des titres détenus par Newman & Co. pour compte de tiers.

Cet avis est confirmé et complété par les indications fournies par la Canadian Imperial Bank of Commerce dans la lettre qu'elle adresse en date du 7 juin 1963 à M. H. Bachrach, avocat américain de Sidro (*Annexe n° 23*), et qui décrit bien la pratique bancaire au Canada. On notera en passant que tant la Banque que M. Mockridge infirment l'avis exprimé à plusieurs reprises dans les *Exceptions préliminaires* et leurs annexes, suivant lequel la mention de la qualité de « *nominee* » de Charles Gordon & C^o ou de Newman & C^o aurait dû être faite au registre des actions. Cette affirmation était d'ailleurs démentie déjà par les consultations américaines et canadiennes produites par le Gouvernement espagnol lui-même! (E. P., Annexes pp. 562 à 565).

Si une confirmation était encore nécessaire, la lettre du 6 juin 1963 écrite par la firme comptable américaine Arthur Andersen & C^o à M. Bachrach (*Annexe n° 24*) montre que c'est un principe élémentaire de comptabilité qu'un « *nominee* » ne fait pas figurer à l'actif de son bilan ou de ses comptes les titres qu'il détient en cette qualité et qui doivent par contre être compris parmi les avoirs du propriétaire véritable.

Enfin, il n'est pas sans intérêt de citer la définition que donne du « *nominee* » le « *Corpus Juris Secundum* » (Vol. 66, p. 600) :

« Le mot « *nominee* » s'applique généralement à quelqu'un qui est désigné pour agir pour autrui, en tant que son représentant dans un sens plutôt limité. Il ne signifie cependant rien d'autre que le fait d'agir pour autrui, en représentation d'autrui ou comme cessionnaire pour compte d'autrui. Dans son acception communément admise, ce terme signifie la délégation de l'autorité au « *nominee* » seulement en qualité de représentant ou en qualité (purement) nominale, et il ne signifie nullement le transfert ou la cession au « *nominee* » d'une propriété ou d'une possession quelconque des droits de la personne qui le nomme » (1).

D'autre part, la décision rendue dans l'affaire *United States vs. A.B. Leach & C^o*, par la « *Circuit Court of Appeals, Seventh Circuit* » le 30 juin 1936 (84 *Federal Reporter*, 2nd Series, pp. 908 et sq.), à propos de la prétention des autorités fiscales américaines de taxer le transfert du propriétaire au « *nominee* », est également très éloquente dans l'un de ses attendus :

« Nous ne percevons aucune différence importante entre la situation où un contribuable acquiert un titre d'action en son nom propre, et celle où il fait usage du nom d'un mandataire... Nous ne considérons pas que la transaction dans laquelle un mandant fait usage du nom d'un mandataire en acquérant un titre de propriété qu'il avait la faculté d'acquérir en son nom propre, constitue un transfert du titre ou de la propriété à ce mandataire. Du fait d'une telle transaction, le contribuable ne renonce à rien, et son mandataire ne reçoit rien. Le seul transfert qui a eu lieu, dans ce cas, s'est réalisé entre la société nouvellement organisée et le contribuable, au nom d'un mandataire ou *nominee* de ce dernier » (2).

(1) « The word « *nominee* » ordinarily indicates one designated to act for another as his representative in a rather limited sense. It has no connotation, however, other than that of acting for another, in representation of another, or as the grantee of another. In its commonly accepted meaning, the term connotes the delegation of authority to the nominee in a representative or nominal capacity only, and does not connote the transfer or assignment to the nominee of any property or, or ownership of, the rights of the persons nominating him. »

(2) « We see no material distinction between the situation where a taxpayer takes title to stock in its own name, and where it uses the name of an agent... We do not consider that the transaction whereby a principal uses the name of an agent in acquiring title to a property which it was entitled to acquire in its own name, results in a transfer of the title to that property to that agent. By such a transaction the taxpayer relinquishes nothing, and its agent receives nothing. The only transfer which has taken place here is from the newly organized corporation to the taxpayer in the name of the agent or nominee of the latter ».

(194) Comment, dès lors, pourrait-on soutenir une thèse qui va directement à l'encontre de principes aussi généralement admis? Partant de la règle, que personne ne cherche à contester, que la personne dont le nom figure au registre des actions peut, *vis-à-vis de la société* (sauf certaines hypothèses), exercer tous les droits d'actionnaire sans que celle-ci ait à s'immiscer dans les relations contractuelles existant entre le « *nominee* » et le véritable propriétaire des actions, les *Exceptions préliminaires* en concluent que ce « *nominee* » est *erga omnes* l'actionnaire de la société, le propriétaire des titres d'actions, ce qui est une évidente confusion.

La pratique suivie pendant la guerre par les séquestres américain et canadien est déjà venue, ainsi qu'on l'a vu plus haut, apporter un démenti absolu à la thèse espagnole.

L'attitude du fisc américain et du fisc canadien à l'égard des titres inscrits au nom de « *nominees* » lui en apporte un autre. On a déjà signalé que des taxes de transfert ne sont pas dues en cas de transfert d'une inscription du nom du propriétaire à celui d'un « *nominee* » ou d'un « *nominee* » à un autre « *nominee* ». On peut ajouter que la taxation des revenus provenant des titres ainsi inscrits s'effectuera comme si le « *nominee* » n'existait pas.

Pourrait-on sérieusement soutenir par exemple que le curateur d'une faillite omettra de comprendre, dans la masse des biens saisis, des titres appartenant au failli pour le seul motif que celui-ci les a inscrits au nom d'un « *nominee* »? Ou encore, lorsque la législation d'un État requiert pour certaines opérations qu'une société ait un certain pourcentage d'actionnaires nationaux, que cette condition sera considérée comme remplie si le pourcentage requis est détenu par les « *nominees* » de ressortissants étrangers? Il serait facile de multiplier les exemples à l'infini.

(195) On a peine à comprendre la thèse espagnole qu'en matière de protection diplomatique, le droit international devrait s'arrêter à l'apparence telle qu'elle résulte des inscriptions au registre, et ignorer les réalités juridiques et économiques dont l'existence est, par ailleurs, démontrée (E.P., p. 233).

Section 2. — *Actions au porteur appartenant à Sidro.*

(196) Outre les 1.012.688 actions nominatives dont il vient d'être longuement question, la Sidro possédait, en 1939, 351.926 actions au porteur de la Barcelona Traction (1).

Au 31 décembre 1939, 341.326 de ces actions au porteur avaient été, dans le cadre des mesures de protection qui ont été décrites plus haut, confiées en dépôt à la société Securitas, qui en détenait les manteaux dans un coffre loué à la Winchester House à Londres, et les feuilles de coupons en coffre au Chase Safe Deposit à New York (voir le relevé des valeurs détenues à cette date par Securitas pour le compte de Sidro, *annexe n° 14*). Ces titres se trouvaient encore dans la même situation au 14 août 1946 (voir Rapport Securitas à Sidro aux 30 juin et 14 août 1946, *annexe n° 18*).

Des 10.600 actions restantes, 8.525 furent également confiées à Securitas (2) qui les déposa en coffre au Chase Safe Deposit de New York où elles se trouvaient encore

(1) Le rapport de la Société Anonyme Fiduciaire Suisse, invoqué par le Gouvernement espagnol, contient à ce sujet une erreur grossière lorsqu'il affirme que le relevé mentionne 699.702 actions au porteur. Cette société a additionné erronément les manteaux des titres et les feuilles de coupons.

(2) Soit 7.925 le 12 décembre 1939 et 600 le 22 février 1940 (voir le certificat des deux anciens administrateurs de Securitas, en date du 30 octobre 1958, *annexe n° 25*).

au 14 août 1946 (voir *annexe n° 18*), tandis que 2.075 actions (en cours de livraison) restaient à Bruxelles.

Le 31 juillet 1947, Securitas transféra le dépôt de titres en coffre à la Winchester House à Londres (341.326 actions au porteur de la Barcelona Traction - manteaux) au nom de la Sofina qui en crédita la Sidro en compte-titres (voir *annexe n° 26*).

Quant au dépôt portant sur les feuilles de coupons de ces mêmes actions, ainsi que sur 6.025 actions au porteur complètes (du total de 8.525), détenues par Securitas au Chase Safe Deposit à New York, il fut transféré le 3 mai 1948 au nom de Newman & Co., nouveau « *custodian* » de Sidro, en même temps que les certificats des 1.012.688 actions nominatives (*Annexes n°s 20 et 21*).

Les autres 2.500 actions complètes déposées au Chase Safe Deposit à New York avaient été entre-temps (en mars 1947) envoyées d'ordre de Sidro à la Sofina à Bruxelles, avec l'autorisation de l'Institut Belgo-Luxembourgeois du Change (voir *annexe n° 27*).

(197) Mais ici aussi les *Exceptions préliminaires* s'efforcent de nier l'évidence des preuves produites. Prenant prétexte de ce que le Gouvernement belge établit dans son *Mémoire* (§ 8) que sur les 244.886 actions au porteur de la Barcelona Traction certifiées par l'Institut Belgo-Luxembourgeois du Change et classées comme belges dans la lettre de cet Institut du 19 février 1959 (*Annexe n° 7 au Mémoire belge*), 54 seulement appartenaient à Sidro, elles en concluent purement et simplement (E.P., p. 64) que :

« La raison bien simple pour laquelle l'I.B.L.C. n'a pas certifié des actions Barcelona Traction appartenant à Sidro ne peut se trouver que dans le fait que les actions dont la Sidro voudrait revendiquer la propriété n'étaient pas considérées comme des actions appartenant à la Sidro pendant la période durant laquelle ces certifications étaient obligatoires, c'est-à-dire entre 1946 et 1954 ».

Les *Exceptions préliminaires* cherchent à étayer cette nouvelle erreur en prétendant que si ces titres avaient appartenu à l'époque à Sidro, ils auraient été bloqués par le séquestre canadien et n'auraient pu être débloqués qu'après avoir été nantis par l'Institut Belgo-Luxembourgeois du Change d'un certificat de bonne provenance.

Le Gouvernement belge est en mesure de fournir à la Cour un démenti formel : les 351.926 actions au porteur de la Barcelona Traction ont été, avec les 1.012.688 actions nominatives, bloquées par le séquestre canadien qui les a débloquées le 29 avril 1947, sur simple avis conforme de l'Institut Belgo-Luxembourgeois du Change, sans que ces actions aient dû faire l'objet d'une certification.

Ceci résulte de la note produite à l'*annexe n° 28* et des documents qui y sont joints en appendice. En réduisant à néant l'argumentation espagnole, ces pièces montrent combien est déplacée l'imputation malveillante faite au § 78 des *Exceptions préliminaires*, où il est déclaré que « le Gouvernement belge s'est employé autant qu'il pouvait à ... fausser l'interprétation de la lettre de l'I.B.L.C. du 3 août 1962 », et plus loin qu'il essaye « de dénaturer la portée » de ce document.

(198) Pendant l'exercice 1946-47, Sidro a vendu à Bruxelles 2.021 actions au porteur. A ce moment, le nombre d'actions au porteur déposées chez Sofina s'établissait donc comme suit : 2.075 + 2.500 — 2.021 = 2.554.

Ainsi, à la date de la faillite de la Barcelona Traction, le nombre d'actions au porteur de la Barcelona Traction dont Sidro était propriétaire était donc de 349.905, soit 341.326 (Mantoux Winchester House à Londres - Feuilles de coupons Chase Safe Deposit à New York) + 6.025 (Chase Safe Deposit à New York) + 2.554 (Sofina à Bruxelles).

La participation totale de Sidro en actions Barcelona Traction était donc à la même date :

Actions nominatives : 1.012.688
 Actions au porteur : 349.905

1.362.593 actions.

Entre le 12 février 1948 et le 14 juin 1962, date d'introduction de l'instance, le nombre d'actions au porteur de la Barcelona Traction appartenant à Sidro a été ramené à 31.228 actions, soit une diminution globale de 318.677 qui se décompose comme suit :

Diminutions :	
Conversion au nominatif	341.826
(voir § 191 ci-dessus)	
Ventes	28.000
(voir § 16 du <i>Mémoire</i>)	
Total	<u>369.826</u>
Augmentations :	
Achats	51.149
(voir § 16 du <i>Mémoire</i>)	
Différence	<u>318.677</u>

(199) Ainsi, au 14 juin 1962, la participation de Sidro en actions Barcelona Traction s'élevait bien comme indiqué dans le *Mémoire* (§ 15) à :

Actions nominatives : 1.354.514
 Actions au porteur : 31.228
1.385.742
 =====

Section 3. — *Participation d'actionnaires belges autres que Sidro.*

(200) Le Gouvernement espagnol ne conteste pas que, parmi les 244.886 actions relevées dans la lettre de l'Institut Belgo-Luxembourgeois du Change du 19 février 1959 (Annexe n° 7 au *Mémoire* belge) comme appartenant à des Belges, 54 seulement étaient la propriété de Sidro.

Si bien que la participation belge autre que celle de Sidro s'élevait au 12 février 1948, comme il est dit au § 10 du *Mémoire* belge, à

Actions au porteur :	
244.886 — 54, soit	244.832
Actions nominatives	420
	<hr/>
Total	245.252
	<hr/> <hr/>

La participation belge totale dans la Barcelona Traction s'élevait donc à cette date, comme dit le *Mémoire*, à un minimum de

Sidro	1.362.593
Autres porteurs belges	245.252
	<hr/>
Total	1.607.845, soit 89,3 %

Le Gouvernement espagnol ne conteste pas non plus les chiffres avancés par le Gouvernement belge aux §§ 17 et 18 du *Mémoire*, pas plus d'ailleurs que les considérations contenues dans l'annexe n° 14 au *Mémoire*, quant à la participation des ressortissants belges autres que Sidro à la date du 14 juin 1962.

Celle-ci s'élevait donc à cette date au minimum à :

Actions nominatives	2.388
Actions au porteur	200.000
	<hr/>
Total	202.388

Et la participation belge totale à cette même date peut donc être fixée, comme indiqué dans le *Mémoire*, à un minimum de :

Sidro	1.385.742
Autres porteurs belges	202.388
	<hr/>
Total	1.588.130, soit 88,1 %

Section 4. — Réponse aux allégations espagnoles concernant le caractère belge de la Sidro.

(201) La Sidro est une société de droit belge, constituée conformément à la loi belge et dont le siège est à Bruxelles. Or, cette circonstance suffit, dans la thèse du Gouvernement espagnol, pour faire reconnaître le droit de protection de cette société à la Belgique.

(202) Sans doute, le Gouvernement belge et le Gouvernement espagnol sont-ils d'accord (ainsi que ce dernier le reconnaît: E.P., pp. 187 et 188) pour admettre que le droit à la protection diplomatique est conditionné, en outre, par la nécessité d'un « lien de rattachement effectif » avec l'Etat protecteur dont la société a le statut juridique.

Mais le Gouvernement espagnol accorde la prééminence à la première condition, celle du « lien juridique de nationalité » (p. 187, litt. i). Ce lien est la « condition nécessaire », mais « pas toujours suffisante pour que l'Etat puisse faire valoir ce lien sur le plan international » (*ibid.*). Et, selon lui, c'est seulement dans les cas exceptionnels où une « fraude » est à redouter que l'on exigera la preuve de l'existence d'un rattachement matériel, en plus du rattachement juridique à un Etat étranger déterminé (E.P., p. 188). Or, le Gouvernement espagnol se garde bien, et pour cause, d'alléguer une telle fraude. Dès lors, pour être logique avec lui-même, il ne peut contester à la Belgique le droit d'accorder sa protection diplomatique à la Sidro.

(203) Le Gouvernement belge n'admet pas, quant à lui, on l'a vu, cette interprétation restrictive, qui limite au cas de fraude la nécessité de l'existence d'un lien de rattachement effectif (*Mémoire belge*, n° 318). Mais il a montré (cf. *supra* p. 179) que *prima facie*, le rattachement juridique d'une société à un Etat déterminé résultant de son statut national suffit en principe, sur le plan de la recevabilité de la demande, à établir le *jus standi* de cet Etat pour accorder sa protection à la société, sauf à l'Etat défendeur à prouver l'absence d'un lien de rattachement.

Ce serait donc au Gouvernement espagnol qu'il incomberait d'établir la prétendue absence d'un lien de rattachement effectif entre la Sidro et la Belgique.

Or, dans son *Mémoire* (p. 160, § 326), le Gouvernement belge constatait que « aucun élément n'a été rapporté qui renverserait la présomption de nationalité belge effective qui s'attache au siège social ». Le Gouvernement belge constate maintenant que le Gouvernement espagnol n'a pu dans ses *Exceptions préliminaires produire la moindre preuve* (1) susceptible de renverser ladite présomption.

Il est vain de chercher à ironiser, comme le font les *Exceptions préliminaires* (pp. 231 et 232), sur le prétendu « embarras » que le Gouvernement belge aurait ressenti à signaler que parmi les actionnaires belges de la Barcelona Traction dont il assume la protection, figure, à titre principal, une personne morale de statut belge. L'exposé fait au chapitre précédent aura suffi à faire apparaître qu'en protégeant la société de statut belge Sidro, en tant qu'elle est actionnaire belge de la Barcelona Traction, le Gouvernement belge adopte une attitude conforme à celle de multiples Etats dans les précédents analysés plus haut, attitude qui, au surplus, est en parfaite concordance avec le système de protection diplomatique réaliste et nuancé qu'il défend.

(204) Les *Exceptions préliminaires* tentent ensuite de se débarrasser du fardeau de la preuve qui incombe à la Partie défenderesse. Au lieu de faire la démonstration qu'on est en droit d'attendre, elles s'efforcent de révoquer en doute les preuves que contient le *Mémoire belge* quant à la nationalité des actionnaires de la Sidro et elles reprennent à cette fin la tactique déjà suivie à propos des intérêts belges dans la Barcelona Traction (voir sections 1 et 2 ci-dessus). C'est dans une annexe aux présentes Observations (*Annexe n° 30*) que le Gouvernement belge rencontre ces multiples objections et contestations, car leur réfutation ne doit pas trouver sa place ici. En effet, il faut le répéter

(1) On ne peut pas considérer comme telles les considérations, par moments véritablement étonnantes, que fait, au sujet de Sidro et de Sofina, le rapport Rackier-Berghmans (E.P., Annexe n° 91, pp. 747 et ss.). Elles sont brièvement rencontrées dans l'*Annexe n° 29* aux présentes Observations.

encore une fois, il n'incombe pas à l'Etat demandeur qui agit pour la protection d'une société ayant son statut national, de prouver, aux fins d'établir son *jus standi*, que ce lien juridique de rattachement correspond à un lien effectif résultant de l'existence d'intérêts belges importants investis dans la société, parce qu'il existe une présomption qu'il en est ainsi. Son *onus probandi* se limite donc, à cet égard, à combattre et réfuter les éléments de fait que l'Etat défendeur pourrait faire valoir en vue d'établir qu'il n'y a pas d'intérêts belges importants dans cette société, et renverser ainsi ladite présomption. Si, dans son *Mémoire*, le Gouvernement belge est allé au delà de l'effort probatoire qui strictement lui incombait, c'est parce qu'il désirait dissiper au plus tôt les doutes totalement infondés que certaines allégations des notes diplomatiques espagnoles pouvaient faire naître dans l'esprit de la Cour quant au caractère effectivement belge de la Sidro.

Il est certes loisible au Gouvernement espagnol de tenter de contester le caractère probant des documents que le Gouvernement belge a, en quelque sorte surabondamment, produits à cette fin; mais on ne doit pas perdre de vue que ce faisant le Gouvernement espagnol ne s'acquitte en rien de la preuve qui lui incombe s'il veut nier devant la Cour le caractère effectif du rattachement de Sidro à la Belgique.

(205) Les mêmes observations peuvent être faites au sujet de la démonstration, elle aussi surabondante, de la prépondérance des intérêts belges dans la Sofina, qui est l'un des principaux actionnaires de la Sidro, et des critiques que le Gouvernement espagnol en fait.

(206) Dans un ultime effort pour mitiger la conclusion formelle qui se dégage des données de fait fournies par le Gouvernement belge quant à l'écrasante majorité des intérêts belges dans la Barcelona Traction, le Gouvernement espagnol prétend déduire de la participation belge dans le capital de la Barcelona Traction (89,3 %), une quote-part proportionnelle correspondant aux intérêts étrangers (largement minoritaires) dans les sociétés Sidro (actionnaire de la Barcelona Traction) et Sofina (actionnaire de Sidro).

Cette prétention ne peut manifestement avoir aucune incidence sur la question du *jus standi* de la Belgique. Elle relève du fond et le Gouvernement belge démontrera, le moment venu, qu'elle est sans fondement.

CHAPITRE VI

JONCTION AU FOND DE L'EXCEPTION N° 3

(207) L'exception préliminaire d'irrecevabilité n° 3 du Gouvernement espagnol est fondée sur l'absence d'un lien de nationalité entre l'État belge et la Barcelona Traction et sur l'inadmissibilité d'une action diplomatique ou judiciaire internationale en faveur des « prétendus » actionnaires belges de la société pour le préjudice que cette dernière affirme avoir subi. Le Gouvernement défendeur conteste jusqu'à la réalité des investissements belges dans cette société.

Le Gouvernement belge a longuement réfuté cette argumentation fallacieuse. Il répète qu'il ne s'agit pour lui que de protéger des intérêts belges dans la Barcelona Traction, soit les personnes, actionnaires de cette société, qui ont dû subir les effets des actes internationalement illicites dirigés contre elle, et qu'il a établi sa qualité pour agir sur la base de nombreux précédents de droit international public et d'une abondante doctrine.

Bien que les éléments de fait et de droit développés dans les présentes Observations et Conclusions paraissent dès lors de nature à permettre à la Cour de rejeter dès à présent l'exception préliminaire n° 3, le Gouvernement belge ne croit pas pouvoir *se dissimuler que certains points de droit soulevés par les parties pourraient amener la Cour à examiner des questions de fait identiques à celles alléguées par le Gouvernement belge comme base de sa demande de fond.*

(208) C'est ce que Rosenne (1) explique fort clairement lorsqu'il expose qu'en général la Cour se refuse à statuer sur une exception préliminaire si les faits et arguments sur lesquels celle-ci est fondée sont, en substance, ceux dont dépend aussi la décision sur le fond. Autrement dit, la Cour pourrait décider séparément une exception préliminaire, si le défendeur déclarait en substance que, même en admettant l'exactitude des faits allégués par le demandeur comme base de sa demande au fond, celle-ci devrait néanmoins être rejetée pour les raisons sur lesquelles se fonde l'exception préliminaire.

(209) Il est superflu de rappeler la jurisprudence extrêmement prudente de la Cour, qui a fréquemment ordonné cette jonction lorsqu'une exception préliminaire est étroitement liée à des questions intéressant le fond de l'affaire, ou est rattachée à d'autres questions qui sont importantes pour la solution substantielle à donner au litige. Si la Cour abordait et tranchait ces questions dans son jugement sur les exceptions préliminaires, elle serait exposée à le faire sur la base d'un examen insuffisamment approfondi, étant donné le caractère de la procédure gouvernant ces exceptions. Même dans le cas où la Cour a été amenée à rejeter telle ou telle exception préliminaire, elle a pris la précaution de déclarer parfois qu'elle réservait sa complète liberté d'appréciation des questions touchant au fond de l'affaire.

(1) *The International Court of Justice*, p. 357.

Voir par exemple :

- Arrêt du 25 août 1925, relatif à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (C.P.J.I., série A, n° 16, pp. 15-16);
- Ordonnance du 30 juin 1938, *Affaire du Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, (C.P.J.I., série A/B, n° 75, pp. 55-56);
- Ordonnance du 23 mai 1936, *Affaire Pajzs, Csaky, Esterházy*, (C.P.J.I., série A/B, n° 66, p. 9);
- Ordonnance du 14 décembre 1936, *Affaire Losinger & Co., S.A.*, (C.P.J.I., série A/B, n° 67, pp. 23-24);
- Ordonnance du 4 février 1933, *Affaire de l'Administration du Prince von Pless*, (C.P.J.I., série A/B, n° 52, p. 14);
- Arrêt du 6 novembre 1937, *Affaire Borchgrave*, (C.P.J.I., série A/B, n° 72, pp. 169-170).

(210) Le Gouvernement espagnol soutient dans ses *Exceptions préliminaires* (p. 222) à propos de la protection des actionnaires, que « lorsque la réclamation a été admise, cela a été parce que le préjudice avait été causé directement aux droits propres des personnes pour lesquelles on intervenait et non pas aux droits de la société étrangère dont ils étaient actionnaires ». Il expose aussi que « le préjudice que le Gouvernement belge fait valoir dans la présente affaire est représenté par une série de faits qui, s'ils correspondaient à la réalité n'auraient certes pas constitué un dommage causé aux personnes des « actionnaires belges » de la Barcelona Traction, mais un préjudice qui aurait frappé les droits de cette société » (*ibid.*, p. 234). Il affirme encore que toutes les conditions de fond qui devraient exister pour que la responsabilité de l'Espagne pût être engagée font défaut, et dans l'analyse des précédents qu'il présente à la Cour, il aborde et mélange constamment les questions de fond aux conditions de la qualité pour agir (*jus standi*).

Le Gouvernement belge conteste les multiples restrictions au droit de protection de l'État national des actionnaires admises par l'Espagne. A son avis, lorsqu'on parle de torts ou dommages infligés à une société, ce sont toujours en réalité les droits des particuliers associés qui sont touchés, et il n'y a aucune raison de leur refuser la protection par leur Gouvernement, notamment dans les cas où l'État du siège n'est pas en mesure d'agir, soit parce qu'il est lui-même l'auteur du dommage, soit pour toute autre cause.

Mais même si on se place sur le terrain des faits, il faut bien constater qu'en l'espèce les mesures reprochées au Gouvernement espagnol, et en premier lieu la déclaration de faillite, n'ont pas seulement causé un préjudice immédiat et direct à la société, ainsi qu'il est démontré à la page 181 ci-dessus, mais qu'elles constituent également, à l'égard des actionnaires, des actes illicites qui leur ont causé des préjudices immédiats et directs.

Il est donc tout à fait logique que la Belgique, État d'appartenance des actionnaires de la Barcelona Traction, intervienne pour exercer sa protection diplomatique sur ses ressortissants lésés.

Il est manifeste que la vérification des circonstances spéciales qui sont exposées dans les présentes Observations et Conclusions pour démontrer la lésion immédiate des actionnaires de la Barcelona Traction comme effet de la déclaration de faillite, nécessite un examen du fond. Il semble dès lors inévitable que si, contre toute attente, la Cour adoptait la thèse du Gouvernement espagnol qui n'admet la protection des actionnaires d'une société que dans le cas où ils sont directement lésés, elle joigne l'exception au fond.

De même, lorsque le Gouvernement espagnol prétend que la protection internationale des actionnaires n'est concevable que quand la société est dissoute, il se heurte, sur le plan des principes, à une dénégation vigoureuse du Gouvernement belge, lequel soutient en outre qu'à supposer l'argumentation espagnole fondée en droit, il y a bien, en l'espèce, dissolution virtuelle de la société canadienne.

Cependant, il apparaît bien que si la Cour inclinait à admettre la restriction proposée en principe par le Gouvernement espagnol à l'exercice du droit de protection par l'État national des actionnaires, elle ne pourrait, une fois encore, se prononcer sur la réalisation ou l'absence de réalisation de la condition proposée qu'en examinant les effets sur la Barcelona Traction des mesures prises à son égard en Espagne, ce qui, évidemment, appartient au fond de l'affaire.

Le Gouvernement belge n'est donc animé, en demandant de joindre éventuellement au fond l'examen de l'exception préliminaire espagnole n° 3, que par la préoccupation que la Cour soit à même de statuer « en meilleure connaissance de cause », ainsi qu'elle l'a indiqué elle-même dans l'affaire *Pajzs, Csaky, Esterházy*; cette préoccupation est particulièrement justifiée lorsque la Cour a — pour reprendre sa propre expression dans l'affaire du *Chemin de fer Panavezys-Saldutiskis* — « besoin des informations les plus précises concernant les thèses juridiques énoncées par les parties et les motifs à l'appui de ces thèses ».

OBSERVATIONS EN RÉPONSE

A

L'EXCEPTION PRÉLIMINAIRE N° 4

OBSERVATIONS
EN RÉPONSE A L'EXCEPTION PRÉLIMINAIRE N° 4 (1)

(211) Des quatre exceptions préliminaires opposées par le Gouvernement espagnol à la *Requête* belge, la quatrième, dite de « non-épuisement des voies de recours internes », est sans doute la plus étonnante. Non que son invocation soit exceptionnelle dans la pratique; elle a, au contraire, été fréquemment invoquée devant les instances arbitrales ou judiciaires, et la Cour internationale de Justice aussi bien que la Cour permanente de Justice internationale ont rendu de nombreux arrêts qui tantôt y ont fait droit, tantôt l'ont écartée, tantôt l'ont jointe au fond. Mais il est sans exemple qu'elle ait été invoquée, alors que les griefs dénoncés par l'Etat demandeur ont fait l'objet d'une aussi grande accumulation de recours et de décisions.

(212) Le *Mémoire* a relaté les principales péripéties de cette défense judiciaire. Mais pour juger de l'intensité de celle-ci, il suffit sans doute de se référer à l'indication contenue dans l'Annexe 89 des *Exceptions préliminaires*, p. 716, quant au nombre de « décisions rendues par les autorités judiciaires espagnoles au cours de la procédure de déclaration de faillite de Barcelona Traction et litiges y afférents depuis le 12 février 1948 jusqu'à présent ».

D'après cet écrit, les décisions intervenues comprennent :

« 2.736 ordonnances (en ce non compris, dit une note, la plus grande partie de celles rendues par la Cour Suprême);

» 494 jugements (autos);

» 37 Arrêts (sentencias) ».

Bien qu'il n'ait pas procédé de son côté au décompte de la totalité des recours et des décisions judiciaires, le Gouvernement belge prie instamment la Cour de bien vouloir consulter le tableau figurant à l'annexe n° 31 aux présentes Observations, dans lequel sont énumérés les principaux recours intentés par la Barcelona Traction ou inspirés par elle, et les décisions judiciaires intervenues, antérieurement au dépôt de la *Requête*.

(1) L'argumentation espagnole relative à cette exception ne doit pas être cherchée seulement dans le chapitre des *Exceptions préliminaires* qui y est consacré (pp. 237 à 258), mais encore dans les pages 58 à 62 de l'Historique et, surtout, dans deux notes intitulées l'une « Non-épuisement de la voie interne », l'autre « Note au sujet des voies de recours prévues par la législation espagnole pour être formées dans la voie administrative et qui n'ont pas été utilisées par la Barcelona Traction » (Annexes 89 et 90 reproduites aux pages 705 à 732 du volume des Annexes). Ces divers exposés sont rencontrés dans la présente partie sans qu'il ait paru possible de les discuter séparément et successivement, car en écartant l'ordre logique qui paraît s'imposer dans la réfutation du moyen, on en aurait inévitablement rendu la compréhension moins aisée.

(213) Il est vrai que, suivant le Gouvernement espagnol, pas un seul des moyens mis par la loi espagnole à leur disposition n'a jamais été épuisé par les particuliers dont le Gouvernement belge prétend aujourd'hui assumer la protection diplomatique (E.P., § 27, p. 256) car, par une malchance persistante, ils n'ont cessé d'avoir « recours à des procédures inappropriées » (E.P., p. 258, § 31).

D'aussi persistants égarements (1) supposeraient que la société faillie et les cointéressés aient commis l'imprudence de confier la défense de leurs intérêts à des avocats espagnols particulièrement dépourvus de connaissances ou d'expérience. Mais tel ne fut pas le cas. Les conseils auxquels il fut fait appel pour l'un ou plusieurs des recours qui furent exercés comptaient parmi les avocats les plus réputés des barreaux de Barcelone et de Madrid; plusieurs d'entre eux avaient, en outre, exercé d'importantes fonctions ministérielles.

Ces avocats avaient noms:

- Felipe Rodes y Baldrich,
- Joaquín Chapaprieta,
- Cirilo Tornos y Lafitte,
- José Bertrán y Musitu,
- Ramón Serrano Suñer,
- José Ma Giralt Segura.

On trouve du reste, en un endroit des *Exceptions préliminaires* (§ 63, p. 51), une allusion aux « illustres membres du Barreau et des Facultés de Droit » consultés par la Barcelona Traction et ses adversaires... qui ont formulé « les arguments les plus divers en arrivant à des conclusions opposées » « au sujet, précisément, des points mis en relief dans le Mémoire belge ».

On a peine à imaginer que ces conseils illustres de la Barcelona Traction et des cointéressés aient systématiquement engagé et maintenu leurs clients dans des procédures inappropriées et par suite nécessairement inopérantes.

Ainsi *prima facie* déjà, le bien-fondé de l'exception de non-épuisement des voies de recours internes paraît invraisemblable; l'examen des divers recours et de leur sort ne fait que confirmer cette opinion. Mais, avant de procéder à l'analyse des faits, sans doute convient-il de rappeler quelle est la teneur exacte de la règle de droit international invoquée.

(1) Le terme « égarements » est sans doute celui qui répond le mieux à la pensée exprimée dans les *Exceptions préliminaires*, dans lesquelles on lit : « l'habileté ou la négligence des avocats peut avoir une importance décisive dans le cours d'un litige » (p. 49, § 61). Une autre explication est cependant également avancée, à savoir que la prétendue inaction des préjudiciés ou le recours par eux à des procédures inappropriées auraient été intentionnels. A défaut d'être précisée, cette étonnante hypothèse est étayée dans les *Exceptions préliminaires* d'une prétendue citation et de renvois *inexactis* (p. 49, § 62). On chercherait vainement, en effet, au § 147, p. 70, du *Mémoire belge*, la « reconnaissance » que la Barcelona Traction « décida de propos délibéré de ne pas comparaître et de ne pas s'opposer à la procédure de faillite parce qu'elle estimait par avance que cela était « tout à fait inefficace » (entre guillemets dans la prétendue citation); de même, il n'y a aux §§ 244 et 245, page 108, et au § 256, page 114, pas trace de la reconnaissance qu'« elle a entamé des actions et posé des questions sans autre but que de compliquer la procédure ou de causer des difficultés à la partie adverse ».

On se perd en conjectures sur l'origine de ces erreurs répétées.

Section I. — *Des limites juridiques de la règle du « local redress »*

(214) Le Gouvernement espagnol n'a pas cru devoir consacrer moins de dix pages et quatorze paragraphes (pp. 237 à 246 et §§ 1 à 14 de l'exception préliminaire n° 4) à l'exposé du principe dont la quatrième exception se réclame. Ces développements sont à la fois superflus et incomplets. Superflus, car ils tendent exclusivement à établir l'existence dans le droit international commun de la règle de l'épuisement des voies de recours internes et sa confirmation par l'article 3 du Traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage, signé entre la Belgique et l'Espagne le 19 juillet 1927. Incomplets car, en passant sous silence les limitations ou qualifications dont l'obligation du recours préalable est assortie dans les textes invoqués, les *Exceptions préliminaires* attribuent à la règle « un caractère mécanique et absolu » (1) qu'à toute évidence elle ne possède pas.

(215) Les développements donnés à ce moyen dans les *Exceptions préliminaires* (pp. 238 et 239) reposent essentiellement sur deux définitions présentées l'une comme l'expression exacte du droit international général — il s'agit de la résolution de l'Institut de Droit international adoptée à sa session de Grenade en 1956 — l'autre étant la disposition spéciale du traité belgo-espagnol qui fixe à cet égard la volonté commune des parties au présent litige.

La première est libellée comme suit :

« Lorsqu'un Etat prétend que la lésion subie par un de ses ressortissants dans sa personne ou dans ses biens a été commise en violation du droit international, toute réclamation diplomatique ou judiciaire lui appartenant de ce chef est irrecevable, s'il existe dans l'ordre juridique interne de l'Etat contre lequel la prétention est élevée des voies de recours *accessibles à la personne lésée, et qui vraisemblablement sont efficaces et suffisantes*, et tant que l'usage *normal* de ces voies n'a pas été épuisé. La règle ne s'applique pas : a) au cas où l'acte dommageable a atteint une personne jouissant d'une protection internationale spéciale; b) au cas où son application a été écartée par l'accord des Etats intéressés » (2).

Et voici l'article 3 du traité hispano-belge de 1927 :

« S'il s'agit d'une contestation dont l'objet, d'après la législation intérieure de l'une des Parties, relève de la compétence des tribunaux nationaux, cette Partie pourra s'opposer à ce qu'elle soit soumise à la procédure prévue par le présent Traité avant qu'un jugement définitif ait été rendu, *dans un délai raisonnable*, par l'autorité judiciaire compétente » (2).

(1) Bourquin, sa réponse au questionnaire de M. Verzijl, dans l'*Annuaire de l'Institut de Droit international 1954*, t. I, p. 61.

(2) Les italiques ne sont pas au texte.

(216) A comparer ces deux textes, on pourrait être tenté de voir une différence fondamentale entre l'article 3 du Traité et la règle coutumière telle qu'elle est définie dans la résolution de l'Institut de Droit international, et d'écartier cette dernière pour s'en tenir à ce qui serait considéré comme une dérogation représentative de la volonté commune des parties.

On constate, en effet, que le traité ne fait aucune mention de la nécessité d'attendre que l'usage normal des voies de recours internes ait été « épuisé », mais exige seulement qu'un jugement définitif ait été rendu ou qu'un délai raisonnable se soit écoulé. Or un « jugement définitif » est un jugement non susceptible de recours, et non nécessairement un jugement de dernière instance rendu après utilisation du dernier recours possible.

Si le texte de l'article 3 était pris au pied de la lettre, il suffirait donc pour satisfaire au traité que les ressortissants, dont la partie demanderesse assume la protection, aient saisi une juridiction de la partie défenderesse et que celle-ci ait rendu une décision coulée en force de chose jugée par suite de l'écoulement des délais de recours.

Le Gouvernement belge ne défendra pas cette interprétation parce qu'il ne croit pas qu'il ait été, en 1927, dans l'intention commune des parties de déroger ainsi au droit commun. Il croit au contraire, comme le Gouvernement espagnol, qu'il faut voir bien plutôt dans l'article 3 du traité une confirmation de la règle coutumière et que c'est dans ce cadre général qu'il convient de l'interpréter (1).

Il n'en est que plus à l'aise pour souligner diverses limitations ou conditions qu'il y a lieu d'admettre comme affectant la nécessité d'utilisation préalable des voies de recours internes par les ressortissants protégés.

(217) Les limitations et conditions qui présentent un intérêt particulier pour l'examen de la présente affaire, et dont on regrette de ne pas trouver trace dans les *Exceptions préliminaires*, sont au nombre de trois :

1^o pour pouvoir entrer en ligne de compte dans la vérification de la conduite de la personne lésée, les recours doivent lui avoir été effectivement *accessibles*;

2^o ces recours doivent apparaître comme *vraisemblablement efficaces et suffisants*;

3^o seul est requis un *usage normal* de ces recours, ce que le traité explicite en indiquant qu'il ne doit pas se prolonger au delà d'un délai raisonnable.

(1) Si, dans sa note du 31 décembre 1951 commentée dans les *Exceptions préliminaires*, page 240, le Gouvernement belge a contesté que l'article 3 du traité imposât à ses ressortissants d'épuiser, avant toute intervention internationale, leurs recours contre le jugement ordonnant la mise en vente des biens de la Barcelona Traction, ce n'est pas parce que ce jugement était définitif au sens indiqué ci-dessus ni même parce que ce caractère devait être reconnu à *tout* jugement déclaré exécutoire par provision et nonobstant appel. Mais il s'agissait en l'espèce de la vente des biens, qui créerait une situation irréparable. L'interprétation donnée au terme « définitif » ne faisait donc qu'exprimer l'impossibilité pour tous recours ultérieurs de présenter le caractère d'efficacité indispensable pour que leur poursuite soit obligatoire.

(218) La première condition, à savoir l'*accessibilité* des recours envisagés, expressément indiquée dans la résolution de l'Institut, est dictée par le bon sens. Comme l'indique la sagesse populaire, « à l'impossible nul n'est tenu ». Un recours inaccessible doit donc être assimilé à un recours inexistant et on ne pourra opposer à l'action d'un Etat l'inaction de son ressortissant lorsque celle-ci est due à une force majeure, à *fortiori* lorsque l'impossibilité a été due à l'attitude des autorités de l'Etat défendeur.

(219) La condition d'*efficacité* des voies de recours internes envisagées mérite à son tour d'être soulignée (1).

On relira utilement à ce sujet le commentaire donné en 1954 à cette condition par feu le professeur Maurice Bourquin, dans les travaux préparatoires de l'Institut de Droit international (*Annuaire*, t. 45, vol. I, p. 59).

Enumérant les hypothèses dans lesquelles la règle précitée est sans application, il définissait l'une d'entre elles comme « celle où des voies de recours existent mais où leur inefficacité paraît certaine, ou du moins très probable » et il la commentait comme suit :

« Cette inefficacité peut avoir sa source dans des raisons de fait.

» La sentence rendue par M. Algot Bagge dans l'affaire de la réquisition de certains bateaux finlandais offre un exemple du premier cas. Les intéressés auraient eu la possibilité d'interjeter appel de la décision de l'Admiralty Transport Arbitration Board qui les avait déboutés de leur action, mais, comme le constate l'arbitre, les points de droit sur lesquels ce recours pouvait éventuellement porter n'étaient aucunement susceptibles de modifier la décision du premier juge.

» Un autre exemple est fourni par la sentence de M. Uden dans l'affaire gréco-bulgare mentionnée ci-dessus. Une des raisons sur lesquelles l'arbitre s'est appuyé pour écarter l'application de la règle de l'épuisement, c'est que la confiscation des forêts litigieuses avait été faite en vertu d'une loi bulgare, que les tribunaux internes auraient été obligés d'appliquer et dont les dispositions ne laissaient aux intéressés aucune chance de gagner leur procès.

(1) Cette condition d'efficacité a été fréquemment mise en lumière dans la doctrine.

Ainsi Charles De Visscher, dans son cours relatif au déni de justice (*R.C.A.D.I.*, 1935, II, p. 423), expose : « La réclamation internationale n'est pas subordonnée à l'épuisement préalable des recours quand ceux-ci sont absents, inadéquats ou à priori inefficaces ».

Borchard, de même (*A.J.I.L.*, 1934, p. 729) estime que : « Lorsqu'il y a une chance raisonnable que les tribunaux locaux annulent comme illégal l'acte administratif ou même législatif donnant lieu à réclamation, il n'est guère douteux que l'effort doit être tenté. Mais quand il n'y a pas une telle chance raisonnable, ce serait vaine formalité et futilité que de requérir cet effort... A moins qu'un appel puisse être raisonnablement considéré comme offrant une possibilité de renverser une décision (de la juridiction) inférieure, ce n'est pas un remède efficace auquel on est tenu de recourir ».

Le texte original de cette citation est le suivant : « Where there is a reasonable chance that the local Courts may set aside as illegal an administrative or even legislative act giving rise to the claim, it is hardly doubtful that the effort should be made. But where there is no such reasonable chance, it would be an empty form and a futility to require the effort... Unless an appeal can be deemed reasonably to offer an opportunity of securing a reversal of the decision below, it is not an effective remedy which needs to be resorted to ».

» De même, il a été jugé à plusieurs reprises que le recours aux juridictions internes doit être considéré comme superflu, lorsque son efficacité semble résulter à priori soit d'une jurisprudence bien établie des tribunaux supérieurs, soit du fait que d'autres intéressés, se trouvant dans la même situation, ont déjà saisi les tribunaux locaux et ont été déboutés de leur action (Affaire R.T. Johnson, 26 février 1870, Lapradelle et Politis, II, pp. 593-94) ».

Après quoi M. Bourquin indiquait que des raisons de fait pouvaient, elles aussi, conduire à faire admettre l'inefficacité certaine ou probable des recours internes et, tout en soulignant la prudence dont il fallait faire preuve avant de retenir certaines d'entre elles, il considérait comme ayant notamment ce caractère cinq cas énumérés par le rapporteur M. Verzijl, à savoir ceux où les juridictions locales sont ouvertes et compétentes, mais

« a) sont sujettes à caution ou incapables,

» b) se rendent coupables de corruption, de collusion ou de fraude, ou d'arrestations arbitraires ou prolongées,

» c) sont hostiles aux étrangers ou discriminent à leur égard,

» d) ralentissent les procès ou retardent le jugement, ou

» e) sont exposées à des menaces de la part du Gouvernement ou de la populace ».

(220) Enfin il convient de souligner que l'efficacité des recours indiqués par l'Etat défendeur comme susceptibles, s'ils avaient été utilisés, de remédier aux griefs exposés dans la demande internationale, doit essentiellement s'apprécier en supposant ces griefs fondés.

C'est ce qu'a fort bien mis en lumière la sentence arbitrale rendue par M. Bagge en 1934 dans l'affaire *Finnish Vessels* (1), et vingt ans plus tard, en 1955, celle rendue dans l'affaire *Ambatielos* par le tribunal d'arbitrage présidé par M. Ricardo Alfaro et composé, en outre, des arbitres Bagge, Bourquin, Spiropoulos et Thesiger, dans laquelle on peut lire : « Le seul critère possible (de l'efficacité) est d'admettre par hypothèse (*to assume*) la vérité des faits sur lesquels l'État demandeur appuie sa réclamation ».

(221) Il est évident, d'autre part, que l'efficacité requise du recours ne consiste pas seulement dans la probabilité de voir le juge national qui en serait saisi accueillir — si elles sont fondées — les thèses défendues dans l'action internationale, mais exige de plus que le recours soit susceptible d'apporter la satisfaction cherchée en arrêtant l'action dommageable en cours, ou en effaçant les effets, ou en procurant aux victimes une réparation équitable.

(1) *Recueil des Sentences arbitrales des Nations Unies*, vol. III, p. 1500.

C'est ce qu'indique fort bien le terme anglais, qui désigne les recours de voie interne auxquels il est obligatoire de recourir, comme les *local remedies* (1).

(222) Cette condition d'efficacité vraisemblable est en partie recouverte par la troisième limitation indiquée dans la résolution de l'Institut, à savoir que seul est exigé un *usage normal* des recours accessibles. Comme le disait également dans ses observations M. Bourquin : « pour apprécier quels sont les recours que le ressortissant doit épuiser, il faut tenir compte de ce que ferait un plaideur normal ayant le souci de défendre ses intérêts » (*Annuaire 1954*, I, p. 61.)

Et M. Guggenheim, reprenant à son compte cette observation, développait la même idée dans les termes suivants (*Annuaire 1956*, pp. 36-37) :

« Je me permets enfin d'attirer votre attention sur une question à laquelle je n'ai pas trouvé de réponse, ni dans la pratique, ni dans la littérature. Il se peut, en effet, que les recours de l'épuisement des instances internes n'aient pas été entrepris ou poursuivis jusqu'au bout dans les délais prévus par le droit interne. Comme la responsabilité internationale naît — selon mon opinion qui paraît correspondre à celle de la plupart des membres de la huitième Commission — indépendamment du recours aux instances internes, c'est-à-dire par l'acte illicite international lui-même, il ne peut guère être question que la prescription du délai pour intenter ou poursuivre les recours de droit interne, entraîne sans autre la perte du bénéfice de faire valoir la responsabilité internationale dans le cadre de la protection diplomatique ainsi que devant la juridiction internationale.

» En revanche, une solution qui permettrait de faire valoir la responsabilité internationale, sans tenir compte des démarches entreprises en vue d'épuiser les instances internes et prescrites au moment de l'invocation de la responsabilité internationale, arriverait à conférer au recours aux instances internes un caractère facultatif, peu compatible avec la substance et le but de la règle telle qu'elle est reconnue par le droit international coutumier. Je pense donc que le juge international, lorsqu'il aura à apprécier l'absence de recours ou de la poursuite de recours ainsi que les conséquences qu'il doit en tirer, appréciera librement les raisons pour lesquelles le recours n'a pas été intenté ou poursuivi; et il examinera en outre la question s'il y a lieu de retenir à la charge de l'Etat, de l'individu ou de la personne morale de droit interne un manque de diligence ».

(223) On peut notamment considérer comme un effet du caractère normal des recours requis, en même temps que de leur efficacité, la dispense très généralement admise d'utiliser les *recours exceptionnels*, tels que l'action en dommages-intérêts contre le magistrat par une prise à partie ou la requête civile (2).

(1) C'est ce que fait observer justement M. Castor H. P. Law, *op. cit.* p. 63, note 1 : « Remèdes, dit-il, signifie redressement du tort causé plutôt que simples procédures locales ».
* Remedies signify redress of the wrong done rather than mere local proceedings ».

(2) Cf. Castor H. P. Law, *The local remedies rule in international law*, Geneva, 1961, p. 79, et les autorités y citées.

(224) Cette référence au plaideur normal ou au caractère normal de l'usage préalable auquel est astreint le particulier qui sollicite la protection de son gouvernement, ne doit pas seulement être comprise comme le dispensant de recourir à des voies exceptionnelles, mais aussi comme fixant une limite dans le temps à l'effort qui est réclamé de lui. C'est ce qu'exprime clairement, encore que dans une forme ramassée, l'article 3 du traité hispano-belge. La définition du terme à partir duquel la procédure internationale est permise, contenue dans les mots « avant qu'un jugement définitif ait été rendu, dans un délai raisonnable », ne peut en effet se comprendre autrement que comme synonyme d'une alternative, à savoir: *avant qu'un jugement définitif ait été rendu, ou qu'un délai raisonnable se soit écoulé sans que le jugement définitif ait été rendu* (1).

Cette indication s'avérera d'un intérêt particulier dans la discussion de l'argument que le Gouvernement espagnol prétend tirer des actions encore pendantes de la Barcelona Traction et d'autres coïntéressés (pp. 709 à 712 du volume d'Annexes aux E. P.).

(225) Avant de démontrer *in concreto* que les voies de recours ouvertes dans le système juridique de l'Etat espagnol ont bien été utilisées par les intéressés dans la mesure requise par le droit international général et le traité hispano-belge de 1927, il convient d'examiner encore s'il y a lieu d'établir à cet égard une distinction suivant les personnes, ressortissants belges ou autres, au nom desquelles des recours ont été intentés devant les instances espagnoles.

La question a été soulevée au § 16 du Chapitre traitant de la quatrième Exception (pp. 247 à 248) sans qu'une réponse claire y soit donnée, encore que le Gouvernement espagnol paraisse pencher pour l'opinion émise par M. Bagge (2) dans une étude récente, opinion suivant laquelle la règle de l'épuisement préalable ne peut trouver application lorsque les mesures dénoncées dans la réclamation internationale ont été prises contre une société dont le statut relève d'un autre Etat que celui dont émane la réclamation et qui agit pour la protection des actionnaires, du moment qu'aucun recours n'est accessible à ceux-ci pour le redressement de ces mesures (3).

(1) De nombreux auteurs ont mis en lumière qu'il y a exonération de l'épuisement préalable des recours après écoulement d'un délai raisonnable. Cf. Charles De Visscher, *op. cit.*, p. 424; Freeman, *The international responsibility of States for denial of Justice*, Londres, 1938, pp. 417 et ss.; Maarten Bos, *Les conditions du procès en droit international public*, Bibliothèque Visseriana, 1957, p. 236.

(2) Bagge, *Intervention on the ground of damage caused to nationals, with particular reference to exhaustion of local remedies and the rights of shareholders* (dans *British Yearbook of International Law*, 1958, p. 170).

(3) Il est vrai que le Gouvernement espagnol s'empresse d'en conclure que, dès lors, « la déclaration en faillite d'une société anonyme ne peut jamais par elle-même constituer un motif ou un prétexte aux effets (*sic*) d'une réclamation pour déni de justice vis-à-vis des actionnaires ». Il est à peine besoin d'indiquer le vice de pareil raisonnement qui, du reste, serait mieux à sa place dans la discussion de la troisième exception : l'existence de voies de recours internes n'a jamais été présentée comme une condition de recevabilité d'une réclamation internationale, mais seulement leur usage normal préalable a été exigé dans le cas où leur existence est démontrée.

(226) On peut penser que la solution défendue par M. Bagge est trop tranchée. Car même dans le cas où certains recours internes déterminés sont réservés par la législation de l'État défendeur à la société d'un statut différent de celui des actionnaires dont l'État demandeur a assumé la protection, l'importance de leurs intérêts dans la société leur donne souvent la possibilité de déterminer les organes dirigeants à exercer les recours nécessaires. L'État défendeur peut légitimement demander qu'ils fassent la preuve qu'ils ont réellement tenté des efforts en ce sens, et il n'est pas indifférent dès lors pour la recevabilité de l'action internationale ultérieure que, comme les intéressés belges dans le cas de la Barcelona Traction, ils y aient réussi et que les recours désirables aient été introduits.

Section II. — *De la méthode à suivre pour contrôler l'observation de la règle du « local redress »*

(227) Affectant de considérer que le seul grief formulé par le Gouvernement belge est la mise en faillite par le Tribunal de Reus, le 12 février 1948, d'une société étrangère dans laquelle les ressortissants belges possédaient la majorité des actions, le Gouvernement espagnol s'est attaché à indiquer les recours qu'il était loisible à la société d'intenter (1), pour, aussitôt après, constater qu'aucun d'eux n'a été exercé, du moins dans ce qu'on présente comme étant le délai légal.

(228) Quant aux innombrables recours qui furent effectivement exercés, soit par la Barcelona Traction, soit par les sociétés auxiliaires, par la National Trust ou par certains actionnaires, il n'en est fait mention dans les *Exceptions préliminaires* qu'incomplètement et incidemment, et ils sont écartés sommairement comme manquant de pertinence, soit parce qu'ils ne viseraient pas le jugement de faillite (E. P., pp. 252-253, § 22, et p. 258, § 30), soit parce que, postérieurs à 1952, ils ne pourraient être considérés comme « un véritable exercice des recours judiciaires contre la déclaration de faillite » (p. 247, § 16).

Seule l'opposition de la Barcelona Traction au jugement de faillite est admise comme étant véritablement en soi le recours type auquel les intéressés étaient tenus de recourir, mais, suivant le Gouvernement espagnol, elle aurait été introduite tardivement (E. P., p. 251, § 20), en sorte qu'elle non plus ne pourrait être retenue comme répondant à l'obligation d'exercice des voies de recours internes. De plus, cette procédure serait, comme quelques autres, encore pendante devant les juridictions espagnoles. Cette circonstance est signalée, mais de façon incidente seulement, dans les *Exceptions préliminaires* (p. 247, § 15), et à deux reprises dans la note constituant l'annexe 89

(1) Suivant les *Exceptions préliminaires*, ces recours étaient au nombre de cinq, à savoir l'opposition (reposición) (p. 249, § 19), le recours du défaillant (audiencia al rebelde), le recours en revision (p. 253, § 24), le recours en plainte (p. 257, § 29) et le recours en responsabilité civile (*ibidem*). On retrouve la même énumération dans l'annexe 89 (p. 706 du volume d'Annexes), mais sous une forme amplifiée et avec une terminologie différente. Tout d'abord, la distinction est faite entre l'opposition par voie incidente et le recours en reconsidération; le « recours du défaillant » ne figure qu'en quatrième rang, précédé du « recours de revision » et du « recours en responsabilité civile »; d'autre part, il est intitulé dans la traduction française « recours en audience »; la « plainte » est intitulée, dans les annexes, « recours en doléance ». Enfin mention y est faite du « procès criminel ».

aux dites *Exceptions* (p. 709, section VI, et p. 710, section VII). Bien qu'aucune conclusion ne soit tirée de cette constatation, on peut supposer qu'il entre dans les intentions des conseils du Gouvernement espagnol d'arguer que cette circonstance fait obstacle à ce que lesdits recours puissent être considérés comme « épuisés » (1).

(229) Tout en se proposant de répondre complètement aux observations espagnoles rappelées ci-dessus, le Gouvernement belge ne pourra suivre dans son exposé la méthode adoptées dans les *Exceptions préliminaires* et leur annexe 89 pour vérifier s'il a été satisfait à la condition de l'épuisement des voies de recours internes. Cette méthode présente en effet le tort grave d'accorder une importance excessive à certaines conceptions théoriques sur la variété des procédures susceptibles d'être utilisées en l'espèce suivant le Gouvernement espagnol, et de négliger celles auxquelles il fut effectivement recouru, et surtout de n'apprécier l'efficacité des divers recours utilisés qu'au point de vue de la seule déclaration de faillite.

Or, la *Requête* belge prétend relever une violation du droit des gens non pas dans le seul jugement de faillite du 12 février 1948, mais dans l'ensemble des « mesures, actes, décisions et omissions des organes de l'Etat espagnol décrits dans la présente requête » (voir p. 22 de la *Requête* et le 1^o de ses Conclusions). Comme il est dit au § 43 de la *Requête* (p. 19), les griefs formulés par le Gouvernement belge visent « un ensemble de mesures positives, d'actes ou d'omissions souvent contradictoires qui s'enchevêtrent et s'intègrent les uns dans les autres et dont le caractère illicite au regard du droit des gens se manifeste de manière particulièrement évidente dans le résultat final auquel ils ont abouti » (2), à savoir une spoliation dans l'intérêt exclusif d'un particulier, M. Juan March, et de son groupe. Dans cette chaîne de décisions, la déclaration de faillite ne constitue que le premier anneau et non le plus important, puisque sans les mesures extraordinaires illégalement introduites dans le même jugement et sans les décisions judiciaires ultérieures, le jugement n'eût pu avoir qu'un effet platonique, la faillite devant être rapidement clôturée, faute d'actif saisissable en Espagne. En sorte qu'il eût suffi qu'aboutissent les recours dirigés contre une seule de ces mesures ou de ces décisions, pour que le plan March échouât et que le patrimoine de Barcelona Traction fût conservé pour le grand bien de ses actionnaires.

Pour apprécier s'il a été satisfait à la condition de l'épuisement préalable des recours susceptibles d'efficacité, il convient donc d'examiner successivement, en fonction des diverses mesures dénoncées par le Gouvernement belge comme contraires au droit

(1) L'argument espagnol est sans doute esquissé dans la note figurant à la page 49 des *Exceptions préliminaires*, suivant laquelle « l'efficacité de cette comparution tardive de la Barcelona et sa demande en nullité d'action concerne (*sic*) encore le procès en cours et, partant, cette matière ne peut être discutée ici ». On ne peut s'empêcher de s'étonner, en passant, que le scrupule manifesté par le Gouvernement espagnol de ne pas préjuger des décisions judiciaires ne l'ait pas empêché de qualifier la comparution de Barcelona Traction (sans doute faut-il lire son opposition) de tardive alors que cette question aussi était encore *sub judice*.

(2) Les italiques ne sont pas au texte.

international, si l'un ou l'autre des intéressés a effectivement satisfait à l'obligation d'épuiser les divers recours mis à sa disposition par la loi espagnole, soit que ces recours aient échoué, soit qu'un délai raisonnable se soit écoulé sans que ceux introduits aient été accueillis par les tribunaux.

(230) La méthode décrite dans le paragraphe qui précède n'est pas seulement la plus logique, elle est aussi la plus simple, et permettra d'aborder l'examen des recours effectivement utilisés dans un ordre, à peu de chose près, chronologique et proche de celui qui fut suivi dans l'exposé des faits du *Mémoire*.

L'examen des voies de recours utilisées se fera donc successivement :

1° à propos du jugement de faillite;

2° à propos des mesures ultérieures qui marquèrent les principales étapes de la procédure aboutissant à la spoliation finale de Barcelona Traction au profit du groupe March, soit :

a) l'exercice par les organes de la faillite des droits afférents aux actions des sociétés auxiliaires;

b) la nomination des syndics par l'assemblée générale des créanciers, malgré la suspension des recours relatifs à la compétence du juge de Reus et à la validité du jugement de faillite;

c) l'annulation des titres des sociétés auxiliaires et leur remplacement par de faux titres;

d) les mesures prises en vue de la vente de ces faux titres;

e) leur adjudication à FECSA.

A propos de chacune de ces étapes du processus qui aboutit à la dépossession de Barcelona Traction, on examinera s'il fut effectivement recouru aux procédures appropriées, c'est-à-dire si les recours utilisés devaient apparaître comme susceptibles d'efficacité, et s'ils furent exercés en temps utile.

Après quoi sera vérifié pour chacun d'eux si leur déroulement, leur point d'aboutissement au moment du dépôt de la *Requête* belge et la cause de leur échec ou de leur suspension permettent de conclure dès à présent que les recours exercés l'ont tous été jusqu'à épuisement ou jusqu'à écoulement d'un délai raisonnable, ou si pour certains d'entre eux l'examen de ce point doit être joint au fond.

Enfin, une dernière section sera consacrée à la réfutation de la quatrième exception relativement au grief concernant le caractère injuste et discriminatoire des actes de certaines autorités administratives d'Espagne.

Section 3. — *L'épuisement des voies de recours internes
relativement au jugement déclaratif de faillite et aux jugements complémentaires*

(231) Le jugement déclaratif de faillite et les décisions connexes ont été dénoncés par le Gouvernement belge dans la *Requête* et le *Mémoire* comme violant le droit international à divers titres :

1° Comme une usurpation de compétence de la part du juge de Reus, en tant que prononçant la faillite d'une société étrangère sans lien suffisant de rattachement avec l'Espagne.

2° Comme une usurpation plus flagrante de compétence, en prenant prétexte de l'extension de la saisie aux avoirs des sociétés auxiliaires, ordonnée en méconnaissance flagrante de la personnalité distincte desdites sociétés, pour attribuer aux organes de la faillite, sur les titres de ces sociétés déposés à l'étranger, une possession médiate et civilissime qui, pour fictive qu'elle était, n'en allait pas moins s'avérer lourde de conséquences.

3° Comme grossièrement injustes et méconnaissant les droits les plus élémentaires de la défense, en tant qu'ils corsent la déclaration de faillite de décisions particulièrement graves, portant notamment sur l'extension des saisies, et qu'ils accueillent les demandes les plus audacieuses des requérants, malgré les circonstances suspectes entourant le dépôt de leur requête.

Qu'un seul de ces griefs eût été reconnu fondé par les autorités judiciaires espagnoles, il en serait résulté la mise à néant du jugement de faillite ou de ses effets, ou sa réformation dans un sens qui lui eût enlevé sa nocivité. Or, il a été démontré dans le *Mémoire*, et il sera établi à nouveau ci-après comment, pour *chacun d'eux*, toutes les ressources de la procédure espagnole ont été utilisées en vain. Si la chose est reconnue exacte, il faudra en conclure qu'en ce qui concerne le jugement de faillite, il a été plus que satisfait à l'obligation d'épuisement préalable des voies de recours internes.

Pour la clarté de l'exposé, les recours utilisés contre ces divers griefs seront examinés dans l'ordre suivant, qui a paru le plus logique :

- a) les recours de l'Ebro et des autres sociétés auxiliaires;
- b) celui de Barcelona Traction concernant les injustices et irrégularités relatives au jugement de faillite;
- c) ceux de Barcelona Traction et de National Trust relatifs à la compétence.

Après quoi, sous la littéra *d*), on justifiera la non-utilisation de certains autres recours présentés comme appropriés par le Gouvernement espagnol.

a) *Les recours de l'Ebro et des autres sociétés auxiliaires.*

(232) Le jugement de faillite, tel que l'avait conçu le juge de Reus, présentait d'évidentes anomalies et s'écartait tant de l'esprit de la loi que de la pratique constante.

Rendu sur simple requête des créanciers, il aurait dû se borner à constater la cessation de paiements, à en déterminer la date, à ordonner globalement la saisie des biens du failli et à désigner les organes provisoires de la faillite. En fait, il ne déterminait pas la date de la cessation, mais, par contre, prétendait définir les avoirs auxquels s'étendrait la saisie et y englobait les biens d'Ebro et Barcelonesa, tout cela sans avoir entendu ni Barcelona Traction, ni ces sociétés auxiliaires elles-mêmes.

Cette situation sans précédent, qui contenait en germe toutes les irrégularités et les dénis de justice ultérieurs, était manifestement étrangère aux prévisions du Code de procédure civile et du Code de commerce, en sorte que l'exercice des recours normaux pour y faire face aurait, lui aussi, revêtu un caractère anormal. Ce fut le grand paradoxe qui domina toute l'affaire.

Comme ledit jugement n'avait pas été notifié à Barcelona Traction, ni fait l'objet de la publicité prévue par la loi — point qui sera développé ultérieurement —; comme par contre il avait été signifié le 13 février à l'Ebro et Barcelonesa avec saisie de leurs avoirs, on estima que c'était à ces sociétés auxiliaires qu'il incombait d'agir sans retard pour extirper du jugement sa disposition la plus nocive et la plus évidemment illégale : l'extension des saisies aux biens de sociétés ayant une personnalité juridique distincte de celle de la société faillite. C'est ainsi que, dès le 16 février 1948, le juge de Reus fut saisi d'une demande de reconsidération de son jugement (1).

(233) Le Gouvernement espagnol ne conteste pas dans ses *Exceptions préliminaires* que ledit recours de l'Ebro fût par sa nature susceptible d'efficacité, ni qu'il ait été exercé dans les délais (2). Il veut même bien reconnaître qu'Ebro et Barcelonesa agirent « logiquement » en le limitant « à ce qui les intéressait », à savoir la contestation de la « légitimité des mesures de saisie de l'actif de la Barcelona Traction qui les affectaient directement » (E. P., p. 253, § 22). Mais il relève qu'Ebro s'est abstenue « d'attaquer, contester, former recours ou faire opposition au jugement déclaratif de faillite lui-même », ce qui apparemment l'autoriserait à considérer ces recours comme dépourvus de pertinence et à les écarter du débat.

Etrange raisonnement, qui omet que les mesures de saisie dont la légitimité est contestée étaient sans doute étrangères à « la déclaration de faillite » mais qu'elles avaient été insérées dans le jugement déclaratif dont elles formaient une partie importante, la plus grave.

(1) Le Gouvernement espagnol reproche au Gouvernement belge d'avoir prétendu « erronément que cette société forma le 16 février trois recours contre la faillite », alors que le premier était celui que nous avons mentionné, les deux autres étant les récusations formulées l'une contre le juge de Barcelone, qui exécuta la commission rogatoire du tribunal de Reus, et l'autre contre le juge de ce tribunal. Reproche injustifié, car il n'a été nullement soutenu au § 117 du *Mémoire*, p. 59, que les demandes de récusation faisaient partie des recours dirigés contre le jugement de faillite. Si ces demandes ont été mentionnées, c'est parce qu'elles constituaient la voie de recours appropriée pour écarter deux magistrats dont les décisions récentes paraissaient manifestement entachées de partialité.

(2) Le Gouvernement espagnol commet toutefois une erreur certaine lorsqu'il indique que le délai dans lequel les sociétés auxiliaires pouvaient demander la reconsidération du jugement de faillite était de huit jours (E.P., p. 252 *in fine*). Il s'agissait en l'espèce de la *reposición*, prévue de façon générale par l'article 377 du Code de procédure civile de 1881, pour laquelle le délai est de cinq jours, et non de l'opposition réservée au failli par l'article 1028 du Code de commerce de 1829 et pour laquelle le délai est de huit jours. Ces articles, comme d'ailleurs tous ceux cités dans la suite de l'exposé, se trouvent reproduits en traduction française à l'annexe n° 32.

Il n'était donc pas du tout indifférent pour Barcelona Traction et ses actionnaires qu'Ebro et Barcelonesa réussissent ou non dans leurs actions, puisque leur succès eût fait tomber du même coup la possession médiante et civilissime des titres et amené l'avortement rapide de toute l'entreprise du groupe March.

(234) Mais il y a plus fort.

Comme si Ebro et Barcelonesa avaient prévu le *distinguo* qu'allait faire le Gouvernement espagnol entre la demande de reconsidération qu'elles avaient introduite, comme tiers lésés, le 16 février, et l'opposition proprement dite réservée au failli, elles présentèrent, le 23 février 1948, un nouvel acte par lequel elles donnaient à leur grief, pour autant que de besoin, la forme de l'opposition au jugement de faillite. Ainsi, ingénieusement, le juge de Reus était pris à son propre raisonnement : s'il s'obstinait à prétendre que la personnalité des sociétés auxiliaires se confondait avec celle de Barcelona Traction, ainsi qu'il l'avait affirmé pour justifier l'extension des saisies, alors les sociétés auxiliaires devaient être considérées dans la procédure de faillite aussi comme se confondant avec la société faillie, et leur écrit devait être admis régulièrement comme l'opposition du failli, laquelle opposition eût pu dans la suite s'enrichir d'autres griefs comme le permettent les dispositions légales applicables, ainsi qu'il sera précisé plus loin.

L'acte du 23 février a été signalé dans le *Mémoire* (p. 60, note 1). La dénégation du Gouvernement espagnol ne peut dès lors être que le résultat d'une inadvertance. Pour dissiper tout doute sur ce point, l'acte en question est reproduit à l'*annexe n° 33* aux présentes Observations.

(235) L'exemple de l'Ebro avait été suivi non seulement par la Barcelonesa, mais, contrairement à ce qui est allégué dans les *Exceptions préliminaires* (p. 252, § 22), par huit autres sociétés auxiliaires. En effet, dès que la saisie eût été étendue à leurs biens par un jugement complémentaire du juge de Reus du 25 février 1948, elles réagirent ensemble par un écrit du 2 mars 1948, par lequel, comparaisant à la faillite, elles demandaient la reconsidération du jugement du 25 février (*Annexe n° 34* aux présentes Observations).

Il s'agissait des sociétés Aplicaciones Eléctricas, Saltos de Cataluña, Saltos del Ebro, Energía Eléctrica de Cataluña, Española Hidráulica del Freser, Compañía General de Electricidad, Saltos del Segre et Unión Eléctrica.

Les pièces subséquentes relatives à ces diverses procédures, non plus que celles qui concernent la Barcelonesa, n'ont été reproduites en annexes au *Mémoire* et ne le sont pas ici, afin de ne pas augmenter encore le volume démesuré des documents produits. On a cru pouvoir d'autant plus y renoncer, que les avatars subis par Ebro et Barcelonesa ne pouvaient laisser aucun espoir de succès aux sociétés se trouvant dans une situation analogue, et qu'elles auraient pu se dispenser dès lors de tout recours : *ab una disce omnes*.

(236) En effet, ni sous la forme d'opposition, ni sous celle de demande de reconsidération, les recours de l'Ebro ni de Barcelonesa ne furent jamais examinés par les tribunaux espagnols. Car le juge de Reus, ainsi qu'il a été exposé dans le *Mémoire*, les écarta comme irrecevables, d'abord à raison de cette même personnalité juridique distincte de celle du failli qu'il avait refusé de leur reconnaître dans le jugement (*Mémoire*,

p. 60, § 118, et ses Annexes 81 et 83), puis, à titre temporaire, à raison de la suspension de la procédure résultant du déclinatoire Garcia del Cid (Annexe 82 au *Mémoire*); après quoi se produisit l'audacieuse manœuvre de substitution d'avoués suivie de désistement, qui se renouvela à tous les degrés de juridiction, y compris devant le Tribunal Suprême, sans qu'aucune des juridictions saisies y ait fait d'objection (*Mémoire*, pp. 68 à 70, §§ 143 à 145).

(237) On constatera que les indications données dans le *Mémoire*, relativement à ces recours des sociétés auxiliaires, ne se trouvent contredites en rien dans les *Exceptions préliminaires*, ni en ce qui concerne leur objet, ni en ce qui concerne les obstacles auxquels ils se heurtèrent.

Et cependant, la manœuvre répétée des substitutions d'avoués avait pour effet de chasser littéralement les sociétés auxiliaires du prétoire, en sorte que, depuis 1948, les recours contre le jugement de faillite et les recours contre les décisions admettant les premières substitutions d'avoués leur devenaient *inaccessibles*.

Nul doute, dès lors, que, par application des principes juridiques rappelés plus haut, l'exception de non-épuisement des voies de recours internes ne puisse être retenue, ni en ce qui concerne l'injustice grossière d'extension des saisies aux avoirs des sociétés auxiliaires, ni en ce qui concerne le déni de justice formel résultant de l'admission des substitutions d'avoués.

b) *Les recours de Barcelona Traction contre le jugement de faillite.*

(238) S'il avait paru au début que les recours des sociétés auxiliaires suffiraient pour obtenir que le jugement de faillite soit amputé de ses excroissances les plus évidemment illégales et les plus nocives, à savoir l'extension des saisies et son corollaire, l'attribution aux organes de la faillite de la possession médiate et civilissime des titres, Barcelona Traction dut bientôt reconnaître que ses prévisions ne pourraient pas se réaliser par suite des manœuvres de substitution ci-dessus dénoncées et de la tolérance qu'elles rencontraient de la part des autorités judiciaires.

Force lui fut, dès lors, d'entrer elle-même en lice, bien qu'elle n'eût toujours pas reçu de notification du jugement et que celui-ci n'eût pas reçu la publicité requise.

Si on se réfère au tableau des procédures publié en annexe aux présentes Observations (*Annexe n° 31*), on constatera que c'est le 8 juin 1948 que l'avoué du pseudo-conseil d'administration comparut devant la Cour d'appel de Barcelone saisie du recours de réclamation présenté par Ebro contre l'ordonnance du juge de Reus du 23 mars acceptant le désistement des procédures, et que c'est le 10 juin 1948 que la Cour d'appel rendit son ordonnance acceptant la comparution, au nom de l'Ebro, de l'avoué désigné par le pseudo-conseil.

Or, dès le 18 juin 1948, Barcelona Traction comparaisait à son tour à la procédure; elle demandait que le jugement de faillite lui soit notifié et annonçait son opposition. Rien donc que de très logique dans cette attitude.

(239) Comme fut aussi logique et adéquate la double riposte de Barcelona Traction à l'ordonnance du juge spécial du 26 juin 1948 l'acceptant comme partie à la procédure, mais sursoyant, à raison du déclinatoire de compétence, à statuer sur sa demande de notification du jugement de faillite et à donner suite à son opposition.

Le 5 juillet 1948, en effet, Barcelona Traction ne se borna pas à introduire une demande de reconsidération de l'ordonnance intervenue; elle présenta le même jour une demande incidente en vue de faire constater, dans un prononcé spécial et préalable, la nullité de toute la procédure de faillite suivie jusqu'ores contre elle et de faire disparaître du même coup la décision accordant un effet suspensif au déclinatoire Boter (Annexe 129 au *Mémoire*) et bloquant de ce fait son opposition.

Ce raisonnement s'appuyait sur une disposition formelle de la loi espagnole (1), à savoir l'article 744 de la Loi de procédure civile, suivant lequel l'incident de nullité des actes de procédure doit, à raison du prononcé préalable et spécial qui doit intervenir à son sujet, être instruit dans l'instance principale où il est formé; la loi prévoit expressément que le cours de cette instance principale demeure suspendu jusqu'à ce qu'il ait été statué de manière exécutoire sur ledit incident.

(240) Le juge spécial, néanmoins, passa outre et la demande de nullité du 5 juillet 1948, complétée dans l'intervalle par un écrit additionnel du 31 juillet, subit le sort de l'opposition. Le 3 août 1948, en effet, une ordonnance fut rendue suspendant cette nouvelle procédure à raison du déclinatoire Boter, tandis que le 5 août était rejetée la demande de reconsidération de l'ordonnance par laquelle le juge spécial avait sursis à statuer sur l'opposition.

On se souvient que tous les recours dirigés contre ces décisions échouèrent, en sorte qu'à la date du dépôt de la *Requête*, et même encore à celle du *Mémoire*, les griefs formulés tant dans l'opposition que dans la demande incidente de nullité ou la demande additionnelle, n'avaient fait l'objet d'aucune décision judiciaire (2).

(241) La démonstration de l'usage effectif par Barcelona Traction des voies de recours qui lui étaient ouvertes, n'est en rien affectée par les arguments en sens contraire qu'on trouve çà et là dans les *Exceptions préliminaires* ou dans la note publiée aux pages 705 à 727 du volume des annexes.

Il faut constater tout d'abord que rien n'est dit, dans les *Exceptions préliminaires*, au sujet de la demande incidente de nullité, qui occupait cependant une place considérable

(1) Le texte en est cité dans l'acte du 5 juillet 1948 (p. 13 de l'annexe 129 au *Mémoire* p. 459 du Vol. II de ses annexes). Cet article, comme d'ailleurs tous ceux cités dans la suite de l'exposé, se trouve reproduit en traduction française à l'annexe n° 32.

(2) Cette situation vient en partie de se modifier tandis que les présentes Observations étaient en cours de préparation. Ainsi qu'il sera démontré ci-après, ce réveil tardif des procédures n'est pas de nature à rendre un fondement à la quatrième exception du Gouvernement espagnol (voir ci-après §§ 301 et suivants).

dans le système de défense imaginé par les conseils de la Barcelona Traction pour faire face à une situation sans précédent. Son existence est seulement mentionnée sans aucun commentaire (E. P., p. 247, note 1, et volume des annexes, p. 709 *in fine* et p. 718, note 1).

Quant à l'opposition, les objections du Gouvernement espagnol semblent être au nombre de trois :

1° Le recours en opposition n'aurait pas été « effectivement formé; on l'annonçait seulement » (E. P., p. 251, 9^e ligne des notes).

2° L'opposition aurait été tardive (E. P., p. 251, 1^{re} ligne).

3° Les retards subis par l'examen de l'opposition seraient le résultat de l'ajournement survenu dans l'examen du *déclinatoire de compétence*, par suite des procédures introduites par Barcelona Traction elle-même ou sous son inspiration.

Il sera aisé de démontrer qu'aucune de ces objections n'est fondée.

1° *La réalité de l'opposition de Barcelona Traction.*

(242) Pour mettre en doute la réalité de l'opposition, le Gouvernement espagnol paraît prendre prétexte des termes utilisés par l'avoué de la Barcelona Traction dans son écrit du 18 juin 1948: « Afin qu'en aucun cas on ne puisse considérer la société ma cliente comme déchuë de quelque droit lui appartenant, je fais remarquer dès maintenant et pour le moment opportun que, se prévalant des articles 1028 de l'ancien Code de commerce et 1326 de la Loi de procédure civile, la société demandera la « reposición » de ladite déclaration de faillite ».

L'interprétation que les *Exceptions préliminaires* donnent à ce texte constitue une erreur certaine, la procédure suivie par Barcelona Traction ayant été en effet absolument conforme à la pratique courante en matière d'opposition au jugement de faillite, comme du reste aux articles 1326 et 1327 de la Loi de procédure civile. Ceux-ci prévoient deux stades dans l'opposition : dans le premier, le failli peut se borner à annoncer l'opposition, ce qui a pour effet d'entraîner la constitution du dossier séparé (*pieza separada*) dans lequel doit figurer le texte intégral du jugement de faillite; le deuxième stade est l'opposition complétée ou amplifiée, avec indication complète de ses fondements.

En l'espèce, les motifs de l'opposition avaient été simplement indiqués dans l'écrit du 18 juin 1948. Cela n'en permettait pas moins à la société faillie de demander au Tribunal dans sa demande additionnelle du même jour qu'il « veuille bien tenir dès à présent comme faite en temps et dans la forme requis son opposition au jugement déclaratif de faillite ... », ce qui, contrairement à ce qui est dit dans les *Exceptions préliminaires*, ne contient aucune réserve.

C'est du reste bien ainsi que le comprit le juge spécial lorsque, dans son ordonnance du 26 juin 1948, il estima devoir tenir en suspens la demande additionnelle relative à l'opposition à la faillite.

L'opposition de Barcelona Traction au jugement de faillite doit donc bien être considérée comme introduite au 18 juin 1948 (1).

2° *L'absence de tardiveté de l'opposition.*

(243) Pour établir la tardiveté de l'opposition, le Gouvernement espagnol se borne à faire état de l'article 1028 du Code de commerce de 1829, « d'après lequel le débiteur mis en faillite est admis à former recours contre le jugement ayant déclaré la faillite dans le délai de huit jours ouvrables à compter de la date de publication de ce jugement conformément aux dispositions en vigueur » (E. P., p. 249, § 19). Mais après cette paraphrase de l'article 1028 du Code de Commerce de 1829 (2), aucune indication n'est donnée quant à ce qu'il faut entendre par cette « publication du jugement » à partir de laquelle le délai d'opposition commence à courir.

On lit, il est vrai, à ce sujet à la page précédente des *Exceptions préliminaires* (3), que « conformément aux dispositions en vigueur, le jugement déclaratif de la faillite d'une société commerciale doit faire l'objet d'une publicité appropriée », et on nous présente cette publicité comme s'étant réalisée en l'espèce, le 14 février 1948, « par l'affichage au tableau du Tribunal de Première Instance de Reus, et par l'insertion au « Bulletin Officiel de la Province de Tarragone », à laquelle appartient la circonscription judiciaire de Reus, aussi bien qu'au « Bulletin Officiel de la Province de Barcelone », où étaient centralisées les activités de la société faillie et de ses auxiliaires ».

Mais en aucun de ces deux passages, non plus que dans le volume des Annexes, il n'est précisé, fût-ce d'un mot (ou d'un numéro d'article), en vertu de quelle disposition du Code de commerce de 1829 ou de la Loi de procédure civile les modes de publicité utilisés par le juge de Reus pourraient être considérés comme réguliers et constituant le point de départ du délai de huit jours prévu à l'article 1028 du Code de commerce de 1829 (4).

Bien plus, alors qu'aux pages 677 à 679 du volume des Annexes le Gouvernement espagnol prétend reproduire en langue originale et traduction les articles du Code de procédure civile et du Code de commerce de 1829 contenant les règles relatives à l'opposition par la voie incidente, il omet de reproduire l'article 1044, qui détermine les modes de publicité que doit recevoir le jugement de faillite et qui fournit à l'article 1028 le complément d'indication indispensable pour le calcul du délai qui y est prévu.

(1) Il est rappelé, pour autant que de besoin, que la Barcelona Traction réitéra son opposition le 3 septembre dans les conditions exposées au § 154 du *Mémoire*.

(2) La traduction de cette disposition, donnée en note dans les *Exceptions préliminaires*, étant dans ses derniers mots incompréhensible, doit être remplacée par celle figurant à la page 678 des Annexes.

(3) E. P., p. 248, § 17.

(4) La carence du Gouvernement espagnol sur ce point est d'autant plus regrettable que la régularité de la publicité donnée au jugement de faillite a été formellement contestée dans le *Mémoire* belge (page 43, § 80 et page 50, § 97).

(244) Or, que prévoit l'article 1044 du Code de commerce de 1829?

« Au moment où le Tribunal de Première Instance prononce la déclaration de faillite on prendra également les mesures suivantes : ... 5°, la publication de la faillite par annonces dans la localité (*pueblo*) du domicile du failli et dans les autres localités où le failli a des établissements commerciaux, ainsi que son insertion dans le journal de la place (1) ou de la province, s'il y en a ».

Ainsi, c'est au domicile du failli, non au siège du tribunal, que l'apposition de l'avis doit avoir lieu; c'est dans le journal officiel du domicile du failli ou du chef-lieu de sa province que doit avoir lieu l'insertion. Or, Barcelona Traction a son siège social à Toronto, où il n'y eut ni apposition d'avis ni insertion dans le journal officiel de la place (2).

Non moins précis est l'article 1337 de la Loi de procédure civile relatif plus spécialement à la publication des avis, et dont le texte est également singulièrement omis dans la série reproduite dans le volume des annexes. Il est libellé comme suit :

« L'apposition des annonces (edictos) par lesquelles on publie la faillite se fera par les soins du greffier qui fera mention au dossier de l'exécution de cette formalité en indiquant le jour et le lieu où ils auront été apposés.

» Pour qu'effet soit produit dans les autres lieux où le failli a des établissements commerciaux on adressera les annonces avec requête à l'autorité judiciaire respective de chacun de ces lieux en lui réclamant la restitution de cette requête avec la mention à sa suite de ce que les annonces ont été apposées, le tout étant joint au dossier.

» Outre les journaux officiels de la place ou de la province dans lesquels elles devront être publiées selon la disposition 5 de l'article 1044 du Code, les annonces seront également insérées dans la « Gaceta de Madrid » lorsque le juge l'estimera nécessaire, compte tenu des circonstances de la faillite ».

Une jurisprudence bien établie depuis un arrêt du Tribunal Suprême du 20 juin 1908 a déduit de cette dernière disposition qu'en l'absence de publication légale au domicile du failli, la déclaration de faillite ne peut y sortir ses effets (*Jurisprudence civile, Collection complète des résolutions dictées par le Tribunal Suprême, Première Série, Edition Reus, vol. III, p. 510*).

Le jugement de faillite ne pouvait donc avoir effet au domicile du failli à Toronto et dès lors le délai d'opposition ne pouvait commencer à courir.

(245) Le juge de Reus a, il est vrai, tenté de justifier cette double omission d'apposition d'annonces et d'insertions au journal officiel par la considération, qui figure bizarrement non dans les attendus du jugement mais dans sa partie dispositive, que « le domicile de la société faillie est inconnu ». Mais cet essai de justification était aussi inadmissible en fait qu'en droit.

(1) On est d'accord pour estimer que par « place » il faut entendre le lieu où le failli a son domicile commercial, et par « journal » le journal officiel qui y est publié; si ce lieu est chef-lieu de province, le journal ainsi visé sera bien entendu celui de la province où le domicile commercial est situé.

(2) L'absence de publicité fut expressément visée dans la demande incidente de nullité présentée par la Barcelona Traction le 5 juillet 1948 (voir Annexe n° 129 du Mémoire, vol. II, pp. 454 et 455).

En fait, il y avait là un audacieux travestissement des faits, si audacieux que les demandeurs eux-mêmes ne l'avaient pas osé, se bornant à relever que Barcelona Traction n'avait pas de domicile en Espagne, ce qui équivalait à reconnaître qu'ils lui en connaissaient un à l'étranger. Au surplus, comme il a été signalé dans le *Mémoire* (p. 50, § 97), l'indication du siège social de Toronto figurait en toutes lettres dans certains des documents annexés à la requête, notamment dans le rapport annuel et le bilan de 1946 auxquels le jugement se réfère.

En droit, il n'y a pas trace dans la législation espagnole d'une disposition relative à la publication du jugement de faillite quand le domicile du failli est inconnu (apparemment parce que le cas ne se rencontre pas dans la pratique) (1) et, ainsi qu'il vient d'être indiqué, l'obligation de procéder aux mesures de publication au domicile du failli est tellement impérative que son omission prive la déclaration de faillite de tout effet.

(246) Cherchant à échapper à la rigueur des conclusions auxquelles conduit l'application des dispositions légales espagnoles, les *Exceptions préliminaires* font abondamment état du fait que dès le 13 février 1948 la Barcelona Traction « était déjà en pleine connaissance de la déclaration de faillite et que celle-ci acquit immédiatement une notoriété publique dans le monde entier » (E.P., p. 249, § 18 et note 2, et annexe 81 à ladite quatrième exception, p. 674 des Annexes).

Mais ce fait, qui n'est pas dénié, manque totalement de pertinence, la notoriété ne pouvant en aucune façon être considérée comme tenant lieu de publication et de point de départ du délai d'opposition (2).

C'est en vain que la Partie défenderesse tenterait de tirer argument, à défaut de disposition légale plus précise, de l'article 279 de la Loi de procédure civile, qui excepte de la sanction de nullité attachée à l'inobservance des règles relatives aux significations (notifications, citations, ajournements) le cas où « la personne notifiée se sera déclarée dans la procédure dûment informée, auquel cas la formalité sortira à partir de ce moment tous ses effets comme si elle avait été effectuée conformément aux dispositions de la loi ».

En effet, en l'espèce la Barcelona Traction, loin de faire semblable déclaration dans la procédure antérieurement à son opposition du 18 juin 1948, demande expressément dans ce premier écrit que le jugement de faillite lui soit notifié. Il est donc hors de doute que l'exception n'a pas joué et que la connaissance que Barcelona Traction a pu avoir de sa mise en faillite n'a pas pu avoir pour effet de faire courir le délai d'opposition.

(247) A vrai dire, la seule hypothèse où, suivant une pratique admise par la jurisprudence, on aurait pu admettre une autre date comme point de départ du délai d'opposition que l'accomplissement des formalités prévues par l'article 1044 du Code de Commerce de 1829, serait celle où le jugement de faillite aurait été *signifié* à la société déclarée en faillite.

(1) Le juge qui ne trouverait pas l'indication du domicile du failli dans les pièces qui lui sont remises ne manquerait pas d'interroger à ce sujet le requérant et les témoins cités par lui.

(2) Le bon sens à lui seul indique que la notoriété ne peut être utilisée faute de date précise comme point de départ d'un délai.

C'est ainsi que le 3 octobre 1931, un arrêt du Tribunal Suprême relate, sans formuler d'objection, que le Tribunal de Première Instance avait estimé ne pas pouvoir déterminer si le jugement de déclaration de faillite était ou non coulé en force de chose jugée, faute d'avoir reçu en retour la commission rogatoire ayant pour objet la notification dudit jugement au failli (*Jur. civ.* 200, pp. 726-727).

Le 17 octobre 1949, un arrêt du Tribunal Suprême fait état de la notification au failli pour justifier le caractère régulier de la procédure (*Jur. civ.*, Nouvelle Série, t. XI, p. 299).

Le 3 juillet 1951, on peut relever dans un nouvel arrêt du Tribunal Suprême : « ... qu'il avait été nécessaire de délivrer la commission rogatoire appropriée au juge de cette ville pour notifier au failli le jugement de déclaration en faillite » (*Jur. civ.*, Nouvelle Série, t. XXI, pp. 123 et suiv.).

Et sans doute ladite commission rogatoire n'avait-elle pas fait retour au juge, car l'arrêt constate dans un considérant : « ... qu'il ne semble pas établi dans le cas présent qu'au reçu de la demande en jonction d'instance, le jugement de déclaration de faillite eût acquis force de chose jugée ».

Enfin, dans un arrêt du 16 octobre 1953, le Tribunal Suprême relève de même, en l'approuvant tacitement : « ... que le tribunal de Première Instance de Monovar rendit, en date du 17 décembre 1952, un jugement déclarant en faillite la commerçante de la Corogne M.N.N. et ordonnant la délivrance de la commission rogatoire appropriée au doyen des Juges de Première Instance de la Corogne aux fins de notification du jugement à la faillie et des mesures conservatoires subséquentes » (*Jur. civ.*, Nouvelle Série, t. XXXI, 1955, p. 655) (1).

(1) La régularité de l'admission de la notification de préférence à la publication comme point de départ du délai d'opposition inscrit à l'article 1028 du Code de Commerce de 1829 n'a pas été justifiée par le Tribunal Suprême, sans doute parce qu'il n'y avait pas de contestation à ce sujet. Il faut, semble-t-il, y voir une application de la règle générale exprimée par les articles 260 et 303 de la Loi de procédure civile, dont le premier porte sur l'obligation de notifier toutes les ordonnances et jugements à tous ceux qui sont parties au procès, ainsi qu'aux personnes desquelles il est fait mention et qui peuvent être préjudiciées, et le second stipule que « les termes judiciaires (délais) commenceront à courir à partir du jour suivant celui où sera faite l'assignation, la citation ou la notification, et l'on y inclura le jour de l'échéance ».

On peut y voir aussi une intégration dans la faillite commerciale, en ce qui concerne tout au moins le point de départ du délai, de l'article 1162 de la Loi de procédure civile relatif à la faillite civile dite *concurso* : « Le débiteur pourra s'opposer à la déclaration de *concurso* », faite à la demande de ses créanciers, dans le délai de trois jours suivant celui où la décision lui a été notifiée. Si les trois jours s'écoulaient sans qu'il ait été formé opposition, la déclaration passera en force de chose jugée ».

Ce caractère supplétif de la législation nouvelle relative au *concurso* par rapport à la législation ancienne relative à la faillite est en effet proclamé à l'article 1319 de la Loi de procédure civile.

Mais il est presque superflu de rappeler qu'aucune notification du jugement de faillite à la société faillie n'intervint en l'espèce, vu que le premier objet de l'acte d'opposition du 18 juin 1948 de la Barcelona Traction fut précisément de la réclamer (1).

(248) Enfin, le Gouvernement espagnol semble vouloir justifier le caractère définitif du jugement de faillite par le simple fait que ce jugement aurait été déclaré tel par les ordonnances successives de son auteur, qui à deux dates différentes, les 28 février et 17 mars 1948, déclara lui attribuer force de chose jugée (2) (*Mémoire*, p. 59, § 116, et p. 61, § 122). Mais il serait sans doute bien en peine de citer une disposition de la législation espagnole autorisant une juridiction quelconque à statuer anticipativement sur la recevabilité des recours qui pourraient être dirigés ultérieurement contre une de ses décisions.

Comme l'indique expressément l'article 408 de la Loi de procédure civile déjà cité dans le *Mémoire*, c'est de plein droit qu'une décision judiciaire acquiert force de chose jugée une fois écoulés les délais de recours.

3° L'absence de responsabilité de Barcelona Traction dans les retards.

(249) Il est une dernière objection à peine esquissée dans les *Exceptions préliminaires* (p. 49, § 62, et p. 50, § 63, note 1), mais qui occupe par contre une place importante dans la note constituant l'Annexe 89, à savoir que l'absence de décision sur l'opposition de Barcelona Traction, malgré l'écoulement d'un temps considérable, serait due essentiellement aux agissements du groupe de la Barcelona Traction.

C'est ainsi qu'une liste de recours et décisions qui s'étalent du 22 avril 1949 au 1^{er} mai 1953 relatifs au déclinatoire Boter forme l'objet d'un § VII (pp. 718 et 719) auquel on donne pour titre: « L'instruction du déclinatoire d'incompétence est suspendue par une action interjetée par un tiers au service de Barcelona Traction ».

Mais il suffit de lire l'énumération des actes repris sous ce paragraphe et de la compléter par les explications données à leur sujet dans le *Mémoire* belge, pour se rendre compte à quel point l'intitulé est tendancieux, et non fondée l'affirmation, au surplus invraisemblable, sinon extravagante, que la suspension serait due à une action inspirée par la Barcelona Traction.

(250) Dans la réalité, en effet, de tous les actes énumérés dans cette section, seul celui visé par l'avant-dernier paragraphe est l'œuvre de tiers agissant d'accord avec le groupe de la Barcelona Traction, à savoir MM. Andreu et Sagnier. Car il ne peut être question de considérer comme telle la société Genora dont l'intervention, manifestement suscitée par le groupe March, causa une suspension de quatre ans.

Quant aux recours exercés par Barcelona Traction les 14 juin 1949, 11 juillet 1949, 21 mars 1953 et 11 avril 1953, il est incroyable que le Gouvernement espagnol ait cru pouvoir les citer parmi les actes destinés à retarder l'examen du déclinatoire de compé-

(1) Il a été indiqué dans le *Mémoire* (p. 73, § 154) que la mention du jugement de faillite dans une commission rogatoire destinée à aviser la Barcelona Traction de la saisie des biens des sociétés auxiliaires déjà réalisée n'avait pas le caractère d'une notification; elle se place du reste au 26 août 1948 et ne pouvait donc en toute hypothèse rendre l'opposition tardive.

(2) La contradiction existant entre les deux jugements et l'impuissance où se trouve le Gouvernement espagnol de préciser avec certitude la date à laquelle le jugement du 12 février 1948 aurait acquis force de chose jugée ne font que souligner la faiblesse de cette thèse.

tence. Les trois premiers recours étaient totalement étrangers au déclinatoire. Il suffit, à cet égard, de s'en rapporter à l'indication de leur objet donnée au dit § VII de l'annexe 89 des *Exceptions préliminaires*. Le premier était non pas à proprement parler un appel, mais une demande de reconsidération (súplica) de l'inqualifiable décision du 7 juin « d'exclure de la suspension ce qui concerne l'assemblée générale pour la désignation des syndics ». Le second « un incident de nullité du même jugement » (lisez arrêt) du 7 juin 1949 (voir *Mémoire*, §§ 139 et 171). Il est évident que Barcelona Traction n'aurait pas satisfait à l'obligation d'épuisement des voies de recours internes si elle n'avait pas tenté de s'opposer par tous les moyens à cette mesure illégale si lourde de conséquences. Le troisième recours, du 21 mars 1953, est décrit comme un « incident sur l'évaluation litigieuse », c'est-à-dire l'évaluation de la valeur du litige sur laquelle les frais judiciaires étaient calculés. Il est manifestement sans rapport avec le déclinatoire et n'eut aucun effet sur lui.

Quant à l'écrit d'adhésion au déclinatoire Boter du 11 avril 1953, il a été abondamment expliqué dans le *Mémoire* et on y reviendra plus loin. Il ne pouvait évidemment tendre à retarder l'instruction du déclinatoire; il visait à poser la question de l'incompétence des tribunaux espagnols dans des termes exacts, et à mettre un terme aux manœuvres répétées d'obstruction de Boter, dont la dernière avait été la demande d'obtention d'un nouveau délai extraordinaire de preuve de huit mois.

(251) Reste l'incident introduit le 29 avril 1953 par MM. Andreu et Sagnier, soit plus de quatre ans après l'introduction du déclinatoire, trois ans après le jugement de rejet. Son objet fut, comme il sera exposé plus loin, non de suspendre le déclinatoire Boter, mais de le supprimer, ce qui aurait pour résultat de lui substituer la contestation soulevée par Barcelona Traction dans l'acte d'adhésion au déclinatoire qu'elle venait d'introduire.

Au surplus, il n'est pas vrai que ce soit l'incident Andreu et Sagnier qui suspendit pendant six ans l'instruction du déclinatoire d'incompétence — ou du moins n'en fut-il ainsi que très indirectement. Plus exacte est à cet égard la première partie du titre de la section suivante de l'annexe 89 aux *Exceptions préliminaires* (vol. Annexes, p. 719): « Un procès criminel pour faux ayant été intenté contre MM. Andreu, Sagnier et Lostrie, les actions furent suspendues par application du principe: " le pénal tient le civil en état », ».

Mais il convient de souligner que ces plaintes pour faux, qui bien entendu furent le fait non du groupe Barcelona Traction mais du groupe March, n'eussent jamais dû retarder l'examen de l'incident soulevé par MM. Andreu et Sagnier, ni, par suite, de la procédure relative au déclinatoire Boter; elles étaient en effet si peu sérieuses que M. Andreu ne fut même pas mis en prévention, tandis qu'il suffit à M. Sagnier de se désister, dès le début de 1954, de la demande incidente dont il avait pris l'initiative, pour obtenir la levée de la mise en prévention dont il avait été l'objet. En réalité, la suspension prolongée est due exclusivement au fait qu'un autre créancier, M. Lostrie, partie à une autre procédure, avait été visé dans la même plainte, qu'il fut mis en prévention le 17 mars 1954 et que l'autorité judiciaire mit cinq ans à s'apercevoir que la disjonction des poursuites le concernant s'imposait; il lui suffit de la prononcer pour permettre à la procédure au civil de reprendre son cours (*Mémoire belge*, pp. 108 à 111, §§ 245 à 250).

Il est vraiment peu sérieux d'attribuer dans ces conditions au groupe de la Barcelona Traction la responsabilité des longues années de prolongation et de stagnation que connut le déclinatoire de compétence à partir de 1953 (1).

(1) Bien que dès lors l'instruction de la plainte à charge de M. Lostrie n'eût dû avoir aucune incidence sur le déroulement de la procédure relative à l'incident de compétence, le Gouvernement belge désire souligner le non-fondement du reproche qui lui est fait dans la note figurant à l'annexe 89, p. 719 des *Exceptions préliminaires*, d'avoir laissé sans suite deux commissions rogatoires qui lui avaient été envoyées concernant M. Lostrie, et ainsi été cause de la prolongation de cette instruction.

Renseignements pris auprès de M. le Procureur général près la Cour d'appel de Bruxelles, non moins de onze commissions rogatoires furent exécutées, soit :

- en date du 9 avril 1954, une première commission rogatoire datée du 16 mars 1954;
- le 8 février 1956, une autre commission rogatoire qui, arrivée le 2 août 1955, avait fait l'objet, de la part du Gouvernement belge, d'une demande de renseignements qui ne parvinrent à Bruxelles que le 3 janvier 1956;
- en même temps, le 8 février 1956, deux nouvelles commissions rogatoires datées toutes deux du 12 novembre 1955;
- enfin, le 7 mai 1958, six nouvelles commissions rogatoires datées du 15 février 1958.

Toutes ces commissions rogatoires avaient pour objet l'interrogatoire tant de divers témoins que du prévenu lui-même. Il est singulier que le Gouvernement espagnol les ait passées sous silence dans ses *Exceptions préliminaires* comme dans ses annexes et n'en ait tenu aucun compte.

Seules demeurèrent inexécutées les quatre commissions rogatoires de citation de M. Lostrie: le Procureur général déclare à ce sujet que deux d'entre elles, soit celle du 7 avril 1954 et celle du 20 janvier 1955, ne lui sont jamais parvenues, ce qu'il ne manqua pas de signaler aux autorités espagnoles, après qu'en date du 21 octobre 1958, elles lui eussent été rappelées. Une dernière commission rogatoire du 3 mars 1959, reçue le 18 juin 1959, fut laissée sans suite, vu la procédure introduite par le Gouvernement belge devant la Cour.

Cette décision se justifie par les mêmes raisons que celles qui furent indiquées par le Gouvernement belge lorsque, au mois de mars 1960 encore, il eut reçu d'Espagne une autre commission rogatoire que celles mentionnées ci-dessus, commission qui tendait également à l'interrogatoire de M. Lostrie, mais cette fois dans le cadre de la procédure civile de contestation de qualité introduite par MM. Andreu et Sagnier contre M. Boter. Le Gouvernement belge explique comme suit, dans une note adressée le 30 mars 1960 au Gouvernement espagnol, les raisons de son attitude :

« Le Gouvernement belge constate que les commissions rogatoires qui lui ont été transmises par le Gouvernement espagnol se rapportent à des procédures connexes à la faillite de la Barcelona Traction prononcée par le Tribunal de Reus le 12 février 1948. Or, il a, en date du 15 septembre 1958, introduit à la Cour internationale de Justice, une requête dénonçant le déni de justice dont selon lui ladite société a été victime, à raison notamment du fait que dix années d'efforts incessants poursuivis par elle et les intéressés belges devant les tribunaux espagnols ne leur ont pas permis d'obtenir une décision sur la plupart des griefs formulés par eux contre le jugement de faillite et la liquidation qui s'en est suivie.

« Le Gouvernement belge, qui depuis 1954 a donné suite déjà à onze commissions rogatoires relatives à cette affaire, estime que s'il concourait à des mesures qui lui paraissent manifestement tardives et entachées de caractère dilatoire, il prendrait une attitude en contradiction avec l'acte de souveraineté qu'il a fait en saisissant la Cour; il se considère dès lors fondé, par application de l'article 11, dernier alinéa, 3^o, de la Convention de La Haye, du 17 juillet 1905 relative à la procédure civile, à refuser l'exécution des commissions rogatoires ».

(252) De même, il ne se conçoit pas que le reproche ait été adressé à la Barcelona Traction (p. 722 des Annexes aux E.P.) d'avoir dans de nombreux cas demandé que ses appels soient admis à deux effets, ce qui en cas d'admission ne pouvait que retarder la procédure (1).

Est-il besoin de répondre que sans doute la Barcelona Traction et avec elle la National Trust, se sont efforcées de retarder, comme elles en avaient le droit et le devoir, les procédures qui devaient conduire à l'aliénation du patrimoine avant toute décision sur la régularité de la faillite ou la compétence du juge de Reus pour la prononcer; mais en même temps l'impossible était fait pour hâter l'examen des griefs relatifs à la régularité de la faillite ou l'incompétence du juge de Reus et dans les procédures y relatives Barcelona Traction et les co-intéressés ne manquèrent pas de combattre l'appel à deux effets uniformément accordé à leurs adversaires. Il n'y eut dans cette double attitude rien de contradictoire et il passe l'entendement de voir la société faillie accusée d'avoir causé la « stagnation de la procédure », alors qu'à toute évidence tous ses efforts tendirent à obtenir un examen de la compétence et du fond avant que ne se produisît l'irréparable (2).

(253) En résumé, le Gouvernement espagnol s'est montré impuissant à prouver que l'opposition introduite le 18 juin 1948 contre le jugement de faillite par la Barcelona Traction l'ait été après l'expiration des délais légaux, ou que sa suspension pendant près de quinze ans ait été le résultat de manœuvres dilatoires auxquelles Barcelona Traction aurait recouru ou qu'elle aurait inspirées.

Au contraire, il résulte clairement des données qui précèdent que l'opposition de la Barcelona Traction fut intentée à un moment où le délai d'opposition n'avait même pas commencé à courir, qu'elle n'était donc en rien tardive et que la société faillie, loin d'avoir favorisé la suspension affectant son recours bien au delà du temps raisonnable, a multiplié les efforts pour y mettre fin, notamment par la présentation le 5 juillet 1948 de sa demande incidente de nullité.

Le Gouvernement belge est donc pleinement autorisé à faire valoir devant la juridiction internationale les grossières injustices et irrégularités du jugement de faillite visées dans l'écrit d'opposition du 18 juin 1948 et l'exception de non-épuisement des voies de recours internes apparaît sur ce point encore comme sans fondement.

(1) Les pétitions d'admission d'appel à deux effets occupent en effet une bonne place dans la liste des « pétitions de Barcelona Traction qui impliquent la stagnation de la procédure » aux côtés ... de l'adhésion donnée par Barcelona Traction au déclinatoire d'incompétence de Boter. Mais le commentaire qui est donné à cette notion à la page 722 du volume des Annexes aux *Exceptions préliminaires* est trop obscur pour qu'il soit possible de le discuter dans les présentes Observations.

(2) La contradiction relevée n'existe en réalité que dans les décisions des juridictions espagnoles. Celles-ci, en effet, comme il a été indiqué au *Mémoire* (p. 176, § 362) accordent uniformément l'effet suspensif aux appels des tenants du groupe March relatifs aux procédures qui concernent la compétence du juge de Reus et la régularité de son jugement, et le refusent aux appels des membres du groupe de la Barcelona Traction relatifs aux mesures prises en vue de la vente des titres.

c) *Contestation par Barcelona Traction et National Trust de la compétence du juge de Reus.*

(254) Après avoir écarté à tort, de l'exposé de sa quatrième exception, les recours des sociétés auxiliaires comme dépourvus d'efficacité et l'opposition de la Barcelona Traction comme tardive, le Gouvernement espagnol s'est mis en devoir d'énumérer les multiples recours que l'on aurait dû introduire contre le jugement de faillite, pour que le Gouvernement belge fût en droit d'exercer son droit de protection et de porter devant la juridiction internationale les griefs de ses ressortissants à l'endroit du jugement de faillite.

Ce n'est évidemment qu'en ordre très subsidiaire que le Gouvernement belge estime devoir laver les éminents conseils espagnols auxquels la Barcelona Traction et co-intéressés firent appel de 1948 à 1958 de l'accusation de cécité dont l'in vraisemblance a été soulignée plus haut (§ 213). Car il est clair que si la pertinence et le potentiel d'efficacité des recours des sociétés auxiliaires et de l'opposition de Barcelona Traction sont reconnus, le Gouvernement belge ne pourrait se voir opposer le fait que cumulativement d'autres recours parallèles n'auraient pas été exercés. Mais cette réserve étant faite, on procédera à la réfutation exhaustive et, on l'espère, concluante des suggestions rétrospectives accumulées dans les *Exceptions préliminaires*.

(255) Une place à part doit être faite à cet égard au reproche d'avoir négligé les moyens propres à faire reconnaître l'incompétence des juridictions espagnoles et tout spécialement du juge de Reus pour connaître de la faillite de Barcelona Traction.

Car ce n'est pas un des moindres sujets d'étonnement que tandis qu'il est reconnu par le Gouvernement espagnol (Annexe 89 aux E.P., p. 724) que « la Barcelona et Sidro ont toujours protesté contre la compétence des tribunaux espagnols pour prononcer la faillite » et qu'elles ont affirmé que ceux-ci sont incompétents, il est également soutenu qu'aucune desdites sociétés n'a utilisé le moyen légal prévu dans la législation espagnole afin de contester la compétence d'un tribunal, à savoir l'inhibitoire et le déclinator.

(256) Quant au reproche de ne pas avoir exercé l'*inhibitoire*, on retiendra que dans le cas de Barcelona Traction l'*inhibitoire* est reconnu dans les *Exceptions préliminaires* elles-mêmes comme « difficilement applicable... du fait que Barcelona Traction et Sidro considéraient comme compétents des tribunaux non espagnols : ceux du Canada » (E. P., annexe 89, p. 724). Il faut être plus catégorique : il était évidemment impensable que Barcelona Traction puisse saisir un tribunal canadien de la requête introduite devant le juge de Reus par Rodellas et consorts, et lui demander d'ordonner à la justice espagnole de s'abstenir (1).

(1) Bien que les procédures qui se déroulèrent en fait au Canada et que le Gouvernement espagnol rappelle dans l'annexe 89 aux *Exceptions préliminaires* (pp. 713-715) ne doivent pas entrer en ligne de compte pour l'examen de la quatrième exception, sans doute convient-il de relever l'erreur grossière commise par les *Exceptions préliminaires* dans l'interprétation de la décision de la Cour suprême de l'Ontario désignant un *receiver*. Il ne s'agissait évidemment en aucune façon dans cette décision d'une mise en faillite de la Barcelona Traction, comme il est affirmé à deux reprises dans l'annexe espagnole. On se réfère à ce sujet aux indications données dans le *Mémoire* (p. 74, § 156) comme au texte reproduit dans les annexes aux *Exceptions préliminaires* (p. 713).

(257) Le reproche relatif à l'omission d'avoir exercé le recours de déclinatoire est également non fondé, mais les faits sont plus complexes. On trouve à ce sujet, dans l'Annexe 89 aux *Exceptions préliminaires*, la double affirmation suivante (p. 725, II) :

1° que Barcelona Traction « n'a jamais introduit de question de compétence par inhibitoire ou par déclinatoire », et qu'elle s'est bornée, le 11 avril 1953, à se joindre à l'incident de compétence soulevé par M. Boter;

2° que « le 27 novembre 1948, cette société (la National Trust) introduit une question de compétence par déclinatoire en faveur des Tribunaux du Canada ».

L'une et l'autre de ces constatations s'accompagnent de commentaires qui appellent de nombreuses rectifications.

(258) Quant à l'attitude de Barcelona Traction, il faut se souvenir qu'elle fut au début dominée par la circonstance qu'au moment où un comparse de Juan March, M. Boter, prit le 30 mars 1948 l'initiative de saisir le juge de Reus d'un déclinatoire de compétence suivant lequel les tribunaux de Londres pouvaient seuls connaître de sa faillite, ses sociétés auxiliaires s'efforçaient d'accord avec elle, de faire reconnaître l'illégalité de l'extension des saisies à leurs avoirs (1).

Il n'y avait à ce moment pour Barcelona Traction aucune nécessité de se présenter elle-même à la procédure, vu ces recours déjà intentés par les sociétés auxiliaires et qui visaient un point essentiel.

Par contre, elle passa à l'action dès qu'il lui apparut que par suite des substitutions d'avoués renouvelées avec succès devant la Cour d'appel, les sociétés auxiliaires étaient impuissantes à se faire entendre. Et ce fut l'acte d'opposition du 18 juin 1948.

(259) On notera qu'en tête des motifs donnés dans cet écrit figurait, avant même la dénégation de la qualité pour agir des demandeurs à la faillite et de la cessation de paiement : « l'incompétence des tribunaux espagnols » (*Mémoire*, § 148, Annexe au *Mémoire*, n° 125).

Sans doute le moyen n'était-il pas développé, non plus que les autres; il devait l'être dans l'écrit complémentaire que Barcelona Traction comptait présenter lorsqu'elle aurait reçu la notification du jugement qu'elle demandait (2), et le juge spécial eût certainement examiné la question avant toute autre s'il n'avait pas cru devoir suspendre l'examen de l'opposition tout entière par suite du déclinatoire Boter. L'opposition de Barcelona Traction se doublait donc en fait d'une contestation de compétence soulevée par voie d'exception, ce qui est parfaitement légal.

(1) Pour elles, un déclinatoire de compétence n'était pas concevable puisque leurs avoirs se trouvaient en Espagne.

(2) On se référera sur ce point aux explications données au § 242 ci-dessus.

(260) Mais la décision du juge spécial suspendant son opposition, confirma la Barcelona Traction dans ses sentiments à l'égard du déclinatoire Boter. Si, dans l'essentiel, il correspondait à ses propres vues (1), il avait eu pour effet et sans doute pour but de paralyser son opposition. Devant l'imbroglie qui en résultait dans la procédure, Barcelona Traction sentit la nécessité de concentrer ses efforts vers ce qu'elle appelle « l'épuration de la procédure ». D'où la demande incidente de nullité présentée le 5 juillet 1948 (cf. § 239 ci-dessus), dans laquelle elle réitéra sa volonté de ne pas se soumettre à la juridiction espagnole.

(261) Cependant, tandis qu'à son tour cette tentative se heurtait à des décisions de suspension, le déclinatoire Boter suivait son cours et, après un simulacre de défense par son auteur, fut rejeté par le juge spécial le 12 février 1949.

Cette décision et l'admission à deux effets de l'appel de Boter qui faisait prévoir une nouvelle prolongation indéfinie de la suspension, apportèrent à Barcelona Traction une nouvelle preuve du bien-fondé de son interprétation de la manœuvre et l'incitèrent à comparaître elle-même à la procédure relative au déclinatoire. Ainsi seulement, il lui serait possible d'en accélérer le règlement et de l'appuyer par une argumentation sérieuse. A cet effet, elle commença par combattre successivement devant le juge spécial et la Cour d'appel la prolongation de la suspension due aux deux effets accordés à l'appel (*Mémoire*, pp. 66 et 67, §§ 138 et 139). Elle échoua. Normalement, elle eût pu à ce moment développer ses moyens établissant l'incompétence des juges espagnols, mais elle en fut empêchée par l'incident Genora (*Mémoire*, p. 67, §§ 140 et 141). Cette société du groupe March avait, en effet, dès le 11 mai 1949, contesté la qualité de Barcelona Traction pour participer à la discussion du déclinatoire. Déboutée une première fois par la Cour d'appel, elle représenta sa demande sous forme d'un incident de nullité dont elle réussit à prolonger le cours jusqu'au 20 décembre 1952. A cette date, il y avait près d'un an que les avoirs de Barcelona Traction avaient été mis en vente; six mois que FECSA en avait été déclarée définitivement adjudicataire.

Alors seulement, le 2 mars 1953, la Cour d'appel de Barcelone remit en mouvement la procédure d'appel sur le déclinatoire Boter. Et c'est le mois suivant, le 11 avril 1953, en présence d'une nouvelle manœuvre dilatoire de Boter, que Barcelona Traction déclara formellement adhérer au déclinatoire (*Mémoire*, p. 108, § 244).

S'étant assuré ainsi la possibilité d'un certain contrôle sur les actes ultérieurs de Boter, Barcelona Traction chercha à prévenir plus complètement encore le renouvellement des manœuvres de celui-ci et de ses comparses, et presque simultanément, suscita dans ce but l'intervention de deux porteurs d'obligations en pesetas, MM. Andreu et Sagnier. Ceux-ci, faisant état du désintéressement des porteurs d'obligations en Livres dont le paiement devait être assuré par la société FECSA en vertu de l'adjudication survenue entre-temps, contestèrent la qualité de Boter, des promoteurs de la faillite et de Genora pour demeurer parties à la procédure.

La preuve semble ainsi faite que, pendant toutes ces années, la conduite de Barcelona a été celle non pas seulement d'un plaideur normal, mais d'un plaideur exceptionnellement diligent.

(1) Boter soutenait que seuls avaient juridiction les tribunaux de Londres, tandis que Barcelona Traction, bien qu'elle estimât que la compétence appartenait aux tribunaux de Toronto, était d'avis qu'il n'appartenait pas à l'autorité judiciaire de se prononcer sur la compétence du juge étranger, mais seulement sur la sienne propre, ainsi que le stipule l'article 79 de la Loi de procédure civile en liaison avec l'article 533, 1^o, de la même Loi.

(262) Cette conclusion n'est en rien affectée par les objections qu'y oppose le Gouvernement espagnol dans l'annexe 89, pp. 724 et suiv., de ses *Exceptions préliminaires*.

Elles se rapportent pour la plupart à l'écrit du 18 juin 1948.

Suivant la première objection, Barcelona Traction, le 18 juin 1948, « n'introduisit aucune question de compétence » (vol. I d'annexes aux E. P., p. 725).

A première vue, cette observation est formellement contredite par le texte même de l'acte d'opposition qui, comme on l'a vu, indique comme premier moyen le manque de juridiction des tribunaux espagnols et introduit donc la contestation de compétence par voie d'exception. Mais, peut-être, le Gouvernement espagnol entend-il se référer simplement à sa contestation du caractère d'opposition de l'écrit du 18 juin 1948 dans lequel il ne veut voir que l'annonce d'une opposition. Ce dernier argument est réfuté au § 242 ci-dessus, auquel il est renvoyé.

(263) Suivant une deuxième objection, « même dans le cas où elle l'aurait introduite (lisez où la Barcelona Traction aurait introduit un déclinatoire de compétence), l'action serait restée infructueuse, du fait que le jugement déclaratif de faillite était déjà devenu définitif » (vol. I d'annexes, *ibidem*).

Cette fois, l'erreur est double, car non seulement le jugement de faillite ne peut être considéré comme définitif pour les raisons indiquées ci-dessus, le délai d'opposition n'ayant pas commencé à courir (voir ci-dessus § 244), mais le fût-il, cela ne pouvait faire obstacle à l'introduction d'un déclinatoire de compétence. Pour s'en convaincre, il suffit de s'en rapporter à la date du déclinatoire Boter lui-même. Celui-ci se situe au 30 mars 1948, alors que, suivant les *Exceptions préliminaires* elles-mêmes, la date extrême — considérée comme « la plus favorable » — à laquelle le jugement de faillite serait devenu définitif serait le 15 mars 1948 (E.P., p. 251); et cependant, à aucun moment il ne fut allégué que le déclinatoire Boter fût tardif et notamment le juge spécial, qui le rejeta par son jugement du 12 février 1949, se garda d'invoquer ce moyen.

(264) Suivant une troisième objection formulée au même endroit, Barcelona Traction ne serait plus recevable à contester la compétence des juridictions espagnoles en général, et en particulier celle du juge de Reus, parce que, suivant une jurisprudence bien arrêtée, les protestations incluses dans l'acte de comparution du 18 juin 1948 seraient « sans efficacité » vu la demande de notification qui y était formulée, la conduite de la Barcelona Traction devant, dès lors, suivant le Gouvernement espagnol, être considérée comme valant soumission tacite à la compétence du Tribunal de Reus, ce qui ferait obstacle à toute contestation ultérieure de cette compétence.

Cette objection aussi doit être écartée, car aucune des décisions du Tribunal Suprême citées, notamment celle dont un extrait est reproduit en note, ne concerne une espèce comparable à l'affaire de la Barcelona Traction. En effet, dans son écrit d'opposition, la Barcelona Traction ne se borna pas à faire des réserves relatives à la compétence en demandant que son écrit ne soit pas considéré comme valant soumission, elle formula une dénégation formelle. Et cette dénégation était bien contenue dans le premier acte introduit par la société faillie, acte qui, comme il a été démontré, était à la fois constitutif d'opposition et d'exception d'incompétence; et en ce cas, selon l'ordre logique, indiqué du reste à l'article 538 de la Loi de procédure civile, le juge devait se prononcer en premier lieu sur la compétence.

(265) Enfin, on trouve dans la même annexe espagnole, cette fois à propos de la déclaration d'adhésion du 11 avril 1953, une quatrième objection dont la portée n'apparaît pas clairement. Il est dit que cette adhésion, qualifiée jonction, « ne pouvait produire aucun effet à l'égard de ladite société (lisez Barcelona Traction), mais seulement impliquer sa conformité (*sic*) avec le fait que le cours de la question de compétence susmentionnée suspendait la Première section de la faillite conformément à l'article 114 du Code de Procédure civile ».

Si, par ce texte sibyllin, le Gouvernement espagnol a entendu indiquer que la Barcelona Traction aurait marqué son accord sur une interprétation de l'article 114 de la Loi de procédure civile à la faveur de laquelle son opposition au jugement de faillite fut tenue en suspens à raison du déclinatoire de Boter, cette affirmation est en contradiction évidente avec les faits. La Barcelona Traction n'a, au contraire, pas cessé de contester que la disposition légale invoquée puisse s'appliquer aux cas d'autres contestations que celles visant la compétence interne et puisse être étendue à une contestation de juridiction. Le fait de son adhésion n'impliquait manifestement aucun changement de sa position sur ce point.

(266) Au surplus, Barcelona Traction ne fut pas seule à contester la compétence des juridictions espagnoles. La National Trust a comparu à cette fin à la procédure de faillite dès le 27 novembre 1948.

Le Gouvernement espagnol a bien voulu le rappeler, sinon dans ses *Exceptions préliminaires*, du moins dans son Annexe 89, mais il fournit une indication inexacte ou, en tout cas, incomplète en indiquant que « le Tribunal spécial n'a pas admis le National Trust comme partie parce qu'il n'était pas légitimé du point de vue procédural pour comparaître dans le procès correspondant » (vol. I des Annexes aux *Exceptions préliminaires*, p. 708, note 1). S'il est vrai en effet qu'une ordonnance fut rendue par le juge spécial le 4 février 1949, déniaut à la National Trust la qualité de créancier, cette ordonnance fit aussitôt l'objet d'une demande de reconsidération et le jugement sur celle-ci fut tenu en suspens par une ordonnance du 25 mars 1949, à raison de l'autorisation donnée à Boter par ordonnance du même jour d'interjeter appel à deux effets du jugement qui, dans l'intervalle, avait rejeté son déclinatoire. Tout cela a été relaté en détail dans le *Mémoire* (§§ 162 à 164) et les décisions citées ont été reproduites en annexe. Il est regrettable qu'il n'en ait pas été fait mention dans les *Exceptions préliminaires*.

(267) Le Gouvernement espagnol se montre particulièrement laconique au sujet du déclinatoire de compétence de la National Trust. On ne notera pas sans surprise l'observation qu'il formule à ce sujet. (Vol. I des Annexes, p. 708, dernier alinéa) que « le National Trust ... s'est borné à invoquer un déclinatoire d'incompétence (*sic*) en faveur des Tribunaux du Canada, en sollicitant que l'on donne suite à sa pétition mettant en suspens le cours de la faillite jusqu'à ce qu'on rende un arrêt définitif et exécutoire sur ladite question, ainsi qu'à demander que son déclinatoire d'incompétence soit joint au déclinatoire invoqué en faveur des Tribunaux de Londres par M. Juan Boter Vaquer qui était en cours » (1).

(1) Les italiques ne sont pas au texte.

Etrange reproche. Tandis que Barcelona Traction a été critiquée pour avoir inséré sa contestation de compétence dans son écrit d'opposition, c'est une prétendue faute inverse qui est reprochée à la National Trust!

Mais le rapprochement des attitudes différentes adoptées par les deux sociétés n'en est pas moins utile, car il met en lumière les raisons qui motivent l'initiative de la National Trust. Barcelona Traction se rendait compte à cette époque (novembre 1948), en présence des décisions de suspension qui se succédaient, que pour avoir été insérée dans une opposition, sa contestation de compétence avait de grandes chances de se voir ajournée *sine die*, par suite de l'initiative prise par Boter et de la suspension qui en était résultée pour la première section de la faillite. Elle suggéra dès lors à la National Trust, et obtint de ses dirigeants, de se prévaloir de la qualité de représentant des obligataires que possède cette société, pour introduire à son tour un déclinatoire autonome susceptible d'être défendu avec plus de vigueur.

(268) Pour le surplus, le Gouvernement espagnol ne trouve d'autre objection (1) à formuler quant à l'efficacité potentielle du déclinatoire d'incompétence de la National Trust que celle de se référer à « un jugement déclaratif de faillite, qui était définitif lorsque la question fut soulevée ».

Or, il a été démontré ci-dessus (§ 263) que ni en droit, ni en fait, cette argumentation ne pouvait être retenue.

(269) En résumé il résulte de ce qui précède, quant au premier genre de recours dont l'omission ferait obstacle à l'action internationale du Gouvernement belge, tout au moins en tant qu'elle dénonce l'usurpation de compétence qui entacherait la déclaration de faillite, que le reproche est manifestement dénué de fondement.

En effet, dès fin mars 1948, les juridictions espagnoles se sont trouvées en présence d'une dénegation de leur compétence. Dès son premier écrit, le 18 juin 1948, la Barcelona Traction a formellement soulevé cette exception d'incompétence. Voyant son opposition atteinte par la suspension, elle a tout mis en œuvre pour mettre un terme à celle-ci.

Parallèlement, elle a, en novembre 1948, suscité le déclinatoire de compétence de la National Trust.

Enfin, lorsque le déclinatoire de compétence de Boter eut été rejeté en première instance et celui de la National Trust à son tour paralysé par une contestation de sa recevabilité, elle-même frappée de suspension, Barcelona Traction fut empêchée d'adhérer à l'appel de Boter par suite de l'intervention de Genora et, en 1953, lorsque cette intervention prit fin, Barcelona Traction adhéra à l'appel de Boter dans le but, comme on l'a vu, de se substituer à lui pour mieux défendre son déclinatoire et en éviter l'exploitation à des fins dilatoires. Certes, ce ne fut pas de sa faute si cette tentative échoua.

(1) Il ne peut être question pour National Trust d'avoir tacitement admis la compétence des tribunaux espagnols avant d'avoir formellement introduit un déclinatoire de compétence, puisque, comme il a été souligné par le Gouvernement espagnol, il n'y eut pas d'acte de National Trust antérieur à ce déclinatoire formel de compétence et ce dernier ne contient rien d'autre!

On imaginerait difficilement des manifestations plus tangibles du zèle exceptionnel mis par Barcelona Traction et ses cointéressés à utiliser tous les moyens mis à leur disposition par la législation espagnole pour mettre fin à l'injustice dont ils étaient victimes.

d) *L'abstention de Barcelona Traction et des cointéressés à l'égard des autres recours mentionnés dans les Exceptions préliminaires.*

(270) D'autres recours encore sont mentionnés dans les *Exceptions préliminaires* comme ouverts aux intéressés par la législation espagnole. Un premier est intitulé « recours en appel accordé au défaillant » (1) (E.P., p. 253, § 23), un autre « recours de ou en revision ou pourvoi en revision » (E.P., pp. 253 à 255, §§ 24 et 25).

Un peu plus loin il est question de trois autres recours, le recours en plainte, celui en responsabilité civile et diverses actions de caractère pénal (E.P., p. 257, § 29).

On les retrouve tous les cinq à l'annexe 89 du volume d'Annexes (pp. 706-707) sous une rubrique commune: «recours possibles contre un jugement déclaratif de faillite en droit espagnol ». Mais ils sont présentés dans un ordre différent, deux d'entre eux sont autrement dénommés, ce qui rend le rapprochement difficile.

Il faut préciser que le « recours en audience » et « le recours en doléances » figurant à l'annexe 89 s'identifient respectivement avec ce qui, dans les *Exceptions*, est dénommé « recours en appel accordé au défaillant » et « plainte ».

(271) En ce qui concerne le recours en audience (*audiencia al rebelde*), le Gouvernement espagnol précise dans l'annexe 89 (p. 706) à laquelle les *Exceptions préliminaires* renvoient que : « ce recours est autorisé par l'article 777 du Code de procédure civile dans le cas où le défendeur dans une procédure aurait été assigné par annonces-par-avis (*sic*), si l'on prouve, dans le délai d'un an, qu'il a été absent là où ont eu lieu le procès et la publication des annonces-par-avis ».

Même si l'on devait s'en tenir à ce résumé, on devrait constater que les conditions requises par la disposition invoquée n'étaient pas réunies dans le chef de la Barcelona Traction, puisque l'article 777 du Code de procédure civile n'ouvre le recours en audience qu'au défendeur assigné (*demandado emplazado*), alors que Barcelona Traction atteinte par un jugement rendu sur requête ne se trouvait pas dans cette situation.

(272) D'autre part l'article 777, dont le texte est reproduit dans les annexes aux *Exceptions préliminaires*, est libellé comme suit:

« Le défendeur qui, en raison du fait qu'il n'a pas de domicile connu, a été assigné par avis, sera entendu contre la sentence définitive quand seront réunies toutes les circonstances suivantes : 1° Qu'il le sollicite dans le délai d'un an, à compter de la date de la publication du dispositif de la sentence (*ejecutoria*) au Bulletin Officiel de la

(1) Cette traduction est évidemment défectueuse; le recours en audience ne peut en rien être considéré comme un recours en appel.

province; 2° Qu'il établisse qu'il a été constamment hors de la ville où le procès a eu lieu, depuis le moment de son assignation jusqu'à publication de la sentence; 3° Qu'il établisse également qu'il se trouvait en dehors de la ville de sa dernière résidence au moment où on y a publié les avis pour l'assigner ».

Ainsi, parmi les conditions mises par cette disposition à l'exercice du recours en audience, on peut en relever trois qui ont été omises dans le résumé reproduit ci-dessus qu'en donnent les *Exceptions préliminaires* et qui ne se retrouvent pas dans le cas de la Barcelona Traction :

1° Le recours suppose que le défendeur n'ait pas de domicile connu; il ne suffit donc pas que cette absence de domicile connu ait été alléguée par la décision entreprise. En l'espèce, le jugement contenait sans doute une déclaration en ce sens mais son inexactitude était, on l'a vu, éclatante.

2° Il est prévu contre la « sentence définitive ». Ce terme « sentence définitive » a en droit espagnol un sens précis, qui n'en fait aucunement un synonyme de jugement. L'article 773 qui prévoit un autre cas de recours en audience explicite le terme par l'indication que la « sentence définitive est celle qui a mis fin au procès » (*sentencia firme que haya puesto término al pleito*). Il ne peut être question évidemment d'accorder cette qualification à la décision qualifiée *auto*, qui ouvre la procédure de faillite. Le Tribunal Suprême s'est du reste prononcé en ce sens dans un arrêt récent du 4 mai 1962.

3° La publication dans le journal de la province à partir de laquelle le délai prend cours doit avoir eu pour contenu le dispositif de la sentence (*la ejecutoria*). Il s'agit donc de tout autre chose que de la publication de la déclaration de faillite prévue par les dispositions légales propres à cette matière, auxquelles le juge de Reus prétendit se conformer en ordonnant les publications dans les journaux de Tarragone et de Barcelone. Or, il n'y eut pas d'autre publication.

Il apparaît donc clairement qu'il ne pouvait être question pour Barcelona Traction d'exercer un recours en audience contre le jugement de faillite, et que son omission ne peut être considérée comme de nature à faire obstacle à la recevabilité de la demande belge.

(273) Il n'en va pas autrement du *recours en révision* prévu à l'article 1796, dont cette fois le texte intégral est reproduit en traduction dans les *Exceptions préliminaires* (p. 253, § 24) (1). Aux termes de cet article et des dispositions subséquentes, le Tribunal Suprême a en effet pouvoir de prononcer l'annulation de la sentence lorsque celle-ci a été obtenue injustement « par subornation, violence ou autre machination frauduleuse ».

Le Gouvernement espagnol paraît attacher grand prix au fait que la Barcelona Traction avait la possibilité de faire valoir devant le Tribunal Suprême les « accusations » qui seraient aujourd'hui dirigées par le Gouvernement belge contre le juge de Reus, auteur du jugement de faillite.

(1) Une traduction différente et de qualité plutôt inférieure est donnée en même temps que l'original dans l'annexe 89, à la page 685 du Volume d'Annexes.

Mais le raisonnement n'aurait quelque base en fait, que si le Gouvernement belge prétendait faire la preuve devant la Cour d'actes de subornation, violence ou autre machination frauduleuse. Or, aucune accusation semblable n'a été formulée dans la *Requête* et le *Mémoire*; on a, il est vrai, dénoncé l'injustice manifeste, l'irrégularité grossière, voire même la partialité du jugement de faillite. Mais ces vices peuvent fort bien être dus à une cause autre que la subornation, la violence ou quelque autre machination frauduleuse et, dès lors, en l'absence d'autres indications quant à ce qui aurait pu se passer en dehors du prétoire (1) le recours en revision était inconcevable.

(274) Il faut ajouter que pas plus que le recours en audience, il n'eût pu être reçu par le Tribunal Suprême, car cette fois encore l'article 1796 du Code de procédure civile ne prévoit le recours que contre une sentence définitive (*una sententia firme*). Et cette condition est considérée comme si importante qu'elle fait, à elle seule, l'objet de la disposition suivante, à savoir l'article 1797: « Le recours en revision ne sera admis que s'il concerne une sentence définitive ».

Or, trop de pourvois en cassation dirigés contre diverses décisions postérieures au jugement de faillite ont été écartés par le Tribunal Suprême comme non recevables, pour qu'on puisse mettre en doute que devant cette haute juridiction le jugement de faillite lui-même n'avait aucune chance de se voir reconnaître le caractère de sentence définitive (2) (3).

Le moyen tiré par le Gouvernement espagnol du non-exercice du recours en revision apparaît donc également comme non fondé.

(1) On notera que les faits énumérés en dernier lieu dans l'article 1796 du Code de procédure civile comme pouvant servir de base à un recours de revision sont nécessairement extérieurs à la procédure. La jurisprudence espagnole en a fait fréquemment la constatation.

(2) Le Gouvernement espagnol affirme, il est vrai, à la page 253, note 3, de ses *Exceptions préliminaires*, que « La Cour Suprême l'a admis, et admet, que l'on puisse se pourvoir en revision contre des « autos » à la condition qu'ils aient un caractère définitif, ce qui est précisément le cas d'un jugement déclaratif de faillite, lorsque le recours en « reposición » n'a pas été formé dans le délai de huit jours ». Mais cette affirmation n'est accompagnée d'aucune référence, et il n'a pas été découvert de décision qui l'appuie. Par contre, on peut citer en faveur de la thèse mentionnée plus haut:

- un arrêt du Tribunal Suprême du 25 juin 1932: « Le recours de revision n'est ouvert que contre des sentences coulées en force de chose jugée (*sentencias firmes*) » (*Jur. civ.*, T. 204 p. 652);
- un arrêt du 17 juin 1940: « Considérant que le recours de revision ayant été interjeté contre un « auto »... il est de toute évidence exclu que ce recours puisse aboutir, parce que la résolution entreprise par ce moyen extraordinaire n'est pas de celles qui sont susceptibles de revision, étant donné que l'article 1796 se réfère en général, et dans les cas particuliers qu'il prévoit, à des sentences passées en force de chose jugée (*sentencias firmes*) » (Aranzadi, *Repertorio de Jurisprudencia*, vol. VII, année 1940, n° 526, p. 335);
- enfin un arrêt du 3 juin 1959 dans lequel on relève: « Considérant (2°) que... l'article 1796 dans son texte littéral, ne fait allusion qu'aux « *sentencias firmes* », contrastant ainsi avec ce qui est stipulé par la règle plus large de l'article 1690 qui, en liaison concrète avec l'article 1695 de la Loi de procédure civile, accorde le même traitement qu'aux « *sentencias* » à d'autres résolutions qui peuvent ou non avoir cette structure formelle » (Aranzadi, *op. cit.*, vol. XXVI, année 1959, n° 2486, p. 1513).

(3) On peut ajouter que suivant le Tribunal Suprême d'Espagne lui-même, le recours de revision est extraordinaire et même exceptionnel (Arrêt du 12 avril 1946, Fenech, *op. cit.*, t. V, p. 10.584), en sorte que les dispositions légales qui en règlent l'ouverture sont de stricte interprétation.

(275) *Le recours en plainte ou en doléances* est, suivant l'Annexe 89 aux *Exceptions préliminaires*, autorisé par l'article 302 du Code de procédure civile « dans le cas d'un retard injustifié dans une procédure judiciaire » (1).

Si on se rapporte au texte de l'article 302, on constate qu'il s'agit en l'espèce d'une « répression disciplinaire » dans le cas où des membres de l'ordre judiciaire se rendent coupables d'inobservance des délais légaux.

La plainte (*queja*) de l'article 302 n'est donc autre chose qu'une réclamation ou dénonciation et n'a jamais été comprise comme un « recours », le plaignant ne devenant aucunement partie à une procédure spéciale (2).

D'autre part, une plainte sur base de cette disposition disciplinaire ne peut être motivée que par suite de l'inobservance des délais fixés par la loi au personnel des tribunaux pour l'accomplissement de certains actes, ou de retards causés par leur manque de diligence. Il était parfaitement exclu qu'une telle plainte puisse être motivée, comme il est soutenu page 723 de la même annexe, par « le retard ou la stagnation à cause de la suspension de la Première Section ». Ce n'est pas en effet de l'inaction des magistrats que résultent ce retard et cette stagnation, mais d'une série de décisions positives qui, alternativement, bloquaient la procédure de vérification des griefs et autorisaient l'acheminement de la faillite vers le dénouement recherché par ses promoteurs.

La suggestion du Gouvernement espagnol ne peut donc être retenue.

(276) Le reproche de ne pas avoir intenté de *recours en responsabilité civile* contre les juges ou magistrats coupables d'avoir enfreint la loi par négligence ou par ignorance excusable, relève plutôt de l'humour noir.

Outre qu'un tel recours est par sa nature *exceptionnel* et dès lors très généralement considéré comme entrant dans la catégorie de ceux qu'un plaideur normal ne doit pas utiliser (3), on aimerait savoir comment Barcelona Traction aurait pu concevoir le moindre

(1) On n'est pas peu surpris de constater qu'alors qu'aux §§ II à V d'une section A de l'annexe 89 aux *Exceptions préliminaires* (volume d'annexes, pp. 706-707) il est déclaré que ni Barcelona Traction, ni Sidro, ni National Trust, ni le *receiver* n'ont jamais formé de recours en doléances (ou plainte), ce qui n'est pas contesté, la même annexe indique aux §§ II à V d'une section C que les recours en doléances formés par Barcelona Traction et par des tiers dans son intérêt, seraient au nombre de 23, dont 19 auraient pris fin. La contradiction s'explique par le fait que, victime d'une homonymie partielle, l'auteur de la note ou celui de la traduction a inclus dans les recours en doléances les « *recursos de queja* » qui sont concédés à une partie lorsqu'une juridiction lui refuse l'autorisation de se pourvoir en appel ou en cassation contre sa décision. Aux termes des articles 398, 1703 et 1755 de la Loi de procédure civile, la partie lésée peut demander cette autorisation à la juridiction supérieure à qui elle désire déférer la décision intervenue.

(2) Guasp, *Commentaires de la Loi de procédure civile*, Madrid, 1943, t. I, p. 808, note 1. « La plainte (*queja*) visée par la disposition qui est examinée à présent (art. 302) ne peut être un véritable recours car la seule chose qui peut être demandée est l'imposition de la sanction disciplinaire, non la réformation de la décision (*auto*) si celle-ci a déjà été rendue; or, une des caractéristiques du recours, selon ce qui sera dit plus loin (*infra*, IX) est précisément de poursuivre cette réformation ».

(3) Cf. Castor H. P. Law, *The local remedies rule in international law*, Geneva, 1961, p. 79 et les autorités y citées. Voir aussi § 223 ci-dessus.

espoir de faire reconnaître la faute lourde commise par certaines juridictions en s'adressant à une instance supérieure, alors que les décisions qui lui étaient défavorables étaient uniformément confirmées à l'échelon supérieur et les récusations repoussées.

Faut-il ajouter qu'il eût été impossible à Barcelona Traction ou à ses cointéressés de faire la preuve d'un dommage précis, actuel et définitif, imputable aux magistrats, tant qu'elle ne fut pas définitivement dépouillée de ses avoirs, tandis que lorsque cette spoliation fut devenue définitive, il atteignit une ampleur telle qu'il eût été parfaitement dérisoire d'en poursuivre le recouvrement à charge de certains magistrats, à supposer que leur responsabilité fût reconnue.

De toute façon un tel recours ne pouvait en rien affecter la validité des décisions intervenues, et il était dès lors nécessairement dépourvu d'efficacité (art. 917 de la Loi de procédure civile).

(277) *A fortiori* faut-il écarter comme peu sérieuse l'hypothèse de l'action pénale, qu'elle soit isolée ou jointe à l'action civile. A aucun moment, le Gouvernement belge n'a prétendu être en possession de pièces ou d'informations lui permettant d'accuser quelque magistrat que ce soit d'avoir enfreint la loi pénale. Il n'a pas formulé pareille accusation dans la *Requête* ou le *Mémoire* présentés à la Cour internationale de Justice et il est donc incompréhensible que sa demande se voie opposer le fait que les intéressés n'en ont pas saisi l'autorité espagnole compétente.

Au surplus, l'action pénale elle non plus ne peut par sa nature conduire ni à l'effacement des décisions incriminées ou de leurs conséquences, ni à l'obtention par les intéressés des indemnités réparatrices que demande pour eux le Gouvernement belge, ce qui suffit à l'exclure des recours efficaces dont l'exercice s'imposait préalablement à l'intentement de l'action internationale.

Il faut ajouter qu'à diverses reprises Barcelona Traction ou ses cointéressés ont fait valoir en justice, par des demandes de récusation, les raisons graves qu'ils avaient de ne pas avoir confiance dans l'impartialité de certains de leurs juges. Suivant les *Exceptions préliminaires* elles-mêmes (Annexe n° 89, p. 718), pareilles demandes furent introduites six fois. Aucune d'elles n'aboutit.

(278) Ainsi, ni l'action pénale, ni l'action en responsabilité civile, ni le recours en plainte ou doléances pour retards, ni le recours en révision, ni le recours en audience du défendeur défaillant n'auraient pu, pour des raisons de fait et de droit, être considérés par un plaideur normal comme accessibles ou de nature à remédier à la situation dans laquelle les actionnaires de Barcelona Traction se débattaient. Leur omission ne peut donc être retenue comme de nature à faire obstacle à la recevabilité de la demande introduite en leur faveur par le Gouvernement belge.

Section IV. — *L'épuisement des voies de recours internes
relativement aux décisions judiciaires subséquentes de la procédure de faillite
ayant conduit à l'aliénation du portefeuille de la Barcelona Traction*

a) *les recours relatifs à la miximise par les organes de la faillite sur l'administration des sociétés auxiliaires.*

(279) Le jugement de faillite n'aurait pu entraîner l'aliénation du portefeuille de la Barcelona Traction sans une série d'actes ultérieurs, dont la plupart furent effectués par les organes de la faillite à l'aide des titres des sociétés auxiliaires dont la possession médiata et civilissime leur avait été attribuée; c'est par cette voie notamment qu'ils décidèrent le remplacement des titres existants — absents d'Espagne — par des titres nouveaux inscrits ou imprimés en Espagne et susceptibles d'être mis en vente.

Ainsi, quand bien même le jugement de faillite n'aurait pas fait l'objet de plusieurs recours valables dont l'inaboutissement ne fut pas imputable à leurs auteurs, il suffirait que soit établi que, contre l'exercice abusif par les organes de la faillite des droits afférents aux titres se trouvant au Canada, les voies de recours internes avaient été pleinement utilisées, pour que la quatrième exception doive être rejetée comme non fondée.

Or, diverses précisions ont été fournies à ce sujet dans le *Mémoire*, sans qu'aucune réfutation en soit tentée dans les *Exceptions préliminaires*.

(280) On se souviendra notamment qu'après que le commissaire Fournier eut révoqué les ressortissants belges employés dirigeants de la plupart des sociétés auxiliaires, le séquestre provisoire, lorsqu'il procéda à partir du 20 février 1948 à la destitution des administrateurs et à leur remplacement par des hommes nouveaux, agit en qualité d'assemblée générale de l'Ebro, puis des autres sociétés auxiliaires dont il possédait les titres — encore que fictivement — par l'effet du jugement de faillite (*Mémoire*, pp. 53 à 55, §§ 103 à 107).

(281) Or, indépendamment des recours aussitôt formés par les dirigeants destitués, ces mesures furent expressément visées dans la demande additionnelle à sa demande incidente de nullité, introduite par Barcelona Traction le 31 juillet 1948. On relève, en effet, parmi les décisions attaquées dans ledit écrit (*Mémoire*, pp. 72-73, § 152, et Annexe n° 130) :

a) sous le n° 5, la nullité de toute la procédure postérieure aux jugements des 12 et 25 février 1948, parce qu'il n'a pas été donné suite aux recours interjetés contre ces décisions par les sociétés filiales;

b) sous le n° 7, la nullité des mesures prises quant à la destitution des dirigeants des sociétés filiales;

c) sous le n° 9, la nullité de toutes les mesures de saisie (*ocupación*) réalisées par la voie médiata et civilissime sans avoir respecté les dispositions légales qui prescrivent la saisie matérielle (*ocupación*) des biens du failli;

d) sous le n° 12, la nullité des décisions prises par le séquestre provisoire comme prétendu actionnaire de l'Ebro et des résolutions du commissaire qui les approuvaient;

e) sous le n° 13, la nullité de l'ordonnance du 27 mars 1948 qui approuvait les mesures de saisie (*ocupación*) faites par le juge n° 4 de Barcelone.

Or, cette demande incidente de nullité connue, on l'a vu, le même sort que l'opposition et fut comme elle tenue en suspens par suite du déclinatoire de compétence, en dépit des recours dont cette décision fit l'objet (*Mémoire*, p. 73, § 153, Annexes 131 à 133).

(282) Un an plus tard, le 6 juillet 1949, l'Ebro, qui tentait d'échapper aux substitutions d'avoués qui avaient paralysé ses interventions dans la procédure de faillite, introduisit à son tour auprès du Tribunal de Première Instance de Barcelone une action déclaratoire dirigée contre les prétendus administrateurs et tendant à faire déclarer leur nomination irrégulière comme n'émanant pas d'une véritable assemblée générale. Elle connut la satisfaction éphémère de voir son action déclarée recevable par le Tribunal, et cette décision maintenue sur demande en reconsidération des défendeurs. Mais ceux-ci recoururent à nouveau devant la Cour d'appel de Barcelone au subterfuge de substituer d'autres avoués à ceux des demandeurs et, bien que l'utilisation de ce procédé parût particulièrement révoltant dans un litige portant précisément sur la régularité du titre qu'ils invoquaient pour représenter l'Ebro, la Cour d'appel déclara itérativement la substitution valable et le Tribunal Suprême déclara le pourvoi des avoués légitimes non recevable (*Mémoire*, p. 69, § 144, et annexes 118 à 121).

b) *les recours relatifs à la décision de convoquer l'assemblée générale des créanciers en vue de la nomination des syndics.*

(283) Le Gouvernement belge a indiqué dans son *Mémoire* l'importance considérable que revêtait pour l'exécution du plan d'accaparement de Juan March la nomination des syndics par une assemblée générale des créanciers. Ainsi devait s'ouvrir la voie pouvant conduire à la liquidation du patrimoine de Barcelona Traction.

A première vue, la chose paraissait exclue, tant que n'auraient pas été définitivement tranchées les contestations relatives à la régularité du jugement de faillite et, avant cela même, celle relative à la compétence.

Tel fut du reste initialement l'avis du juge spécial lorsqu'il fut saisi de la demande par la société Namel, du groupe March, mais lorsque, à l'intervention de Genora, autre société du même groupe, la Cour d'appel de Barcelone eut distrait de la première section de la procédure en faillite le dossier de la convocation de l'assemblée générale et le lui eut renvoyé, le juge spécial ne crut pas pouvoir maintenir sa première décision et le 28 juillet 1949, statuant sur la demande de reconsidération de Namel, il ordonna la convocation de l'assemblée des créanciers.

Le *Mémoire* a fait l'énumération des nombreux recours introduits par Barcelona Traction pour combattre cette demande de Namel, puis faire obstacle à la décision de convocation. A deux reprises, le Tribunal Suprême en fut saisi. Le tout en vain, puisque, avant même que la dernière décision de rejet fût intervenue, l'assemblée se tenait et les syndics étaient nommés. (*Mémoire*, pp. 78 à 80, §§ 167 à 174, Annexes 144 à 156).

(284) Sans doute convient-il de rappeler également que la désignation des syndics fit elle-même l'objet de divers recours qui furent, eux aussi, portés jusque devant le Tribunal Suprême sans aboutir. (*Mémoire*, p. 80, § 175, Annexes 157 à 159).

Il serait sans doute prématuré d'exposer ici à nouveau les moyens développés à l'appui de ces divers recours et dont le rejet systématique conduisit au dénouement dénoncé par le Gouvernement belge comme constitutif de déni de justice. Il suffit, à ce stade de la procédure internationale, de constater qu'à l'une des phases capitales de la procédure de faillite tous les recours possibles furent utilisés jusqu'à épuisement et que, sur ce point non plus, la quatrième exception ne peut donc être retenue.

c) *les recours internes relativement à l'annulation des actions des sociétés auxiliaires et leur remplacement par des faux titres.*

(285) Particulièrement audacieuses et graves étaient les résolutions, proposées en décembre 1949 par les pseudo-conseils des sociétés auxiliaires et adoptées par les syndics réunis en pseudo-assemblées générales d'actionnaires, d'amender les statuts en remplaçant les actions existantes par de nouveaux titres qui seraient remis aux syndics (cf. *Mémoire*, pp. 82 à 83, §§ 178 à 181).

Ces décisions, qui ne furent mises à exécution qu'après un assez long délai, furent énergiquement combattues par la National Trust, *trustee* des obligations en £ en sûreté desquelles elle avait reçu les vrais titres en gage.

Il a été exposé dans le *Mémoire* que successivement elle s'adressa au juge spécial puis au deuxième juge spécial, pour faire déclarer nulles les décisions prises par les syndics constitués en pseudo-assemblées générales relativement aux titres de l'Ebro et de Catalanian Land. L'une et l'autre actions furent tenues en suspens par suite du déclinatoire de compétence et ces décisions furent confirmées par la Cour d'appel de Barcelone (*Mémoire*, §§ 182 et 183).

(286) Il faut y ajouter qu'une troisième action fut intentée par la National Trust, le 8 septembre 1951, contre le pseudo-conseil d'administration de l'Ebro et les syndics. Introduite devant le Tribunal de Première Instance de Barcelone, elle fut, à la suite de divers incidents mentionnés dans le tableau des procédures (*Annexe n° 31*, pp. 18 et 19), ramenée devant le juge spécial — le troisième — qui à son tour en suspendit l'examen jusqu'à ce qu'il ait été statué sur le déclinatoire de compétence.

Ainsi, la nouvelle et redoutable étape de la création des faux titres avait été marquée, elle aussi, par l'intentement des recours appropriés poursuivis à tous les degrés de juridiction, sans qu'une décision sur leur mérite fût obtenue en un temps raisonnable.

d) *les recours relatifs à la mise en vente des faux titres.*

(287) On approchait du dénouement. Bien qu'il ne pût être question d'une liquidation proprement dite d'une faillite dont la régularité était encore toujours contestée, c'est sous couleur de mesure conservatoire que les syndics demandèrent à pouvoir réaliser les faux titres des sociétés auxiliaires, après quoi ils imaginèrent des modalités

et conditions de nature telle que seule pourrait y satisfaire la société FECSA créée à cette fin par le groupe March et que l'acquisition du butin par celle-ci se ferait à vil prix. Le tout s'effectua sous le contrôle et avec le concours du commissaire à la faillite et du deuxième juge spécial (*Mémoire*, pp. 89 à 92 et 94 à 100, §§ 195 à 201 et 206 à 223).

(288) A nouveau, la Barcelona Traction multiplia les recours :

1^o le 1^{er} septembre 1951, contre la décision du deuxième juge spécial autorisant la vente — ce qui lui valut un jugement particulièrement véhément du juge spécial et ne réussit même pas à ralentir les opérations; car l'appel interjeté de ce jugement ne fut admis qu'à un effet et, finalement, le Tribunal Suprême ne rendit que le 12 janvier 1954 la décision qui déclarait le pourvoi interjeté contre l'arrêt de la Cour d'appel irrecevable faute de caractère définitif de la décision attaquée, qui ne mettait pas fin à la procédure de faillite. Il y avait deux ans à cette date que l'adjudication avait eu lieu (*Mémoire*, pp. 92 à 94, §§ 202 à 205).

2^o le 17 octobre 1951, contre la décision du juge spécial approuvant la procédure insolite admise par le syndic pour procéder à la détermination du juste prix, c'est-à-dire du prix minimum à partir duquel les enchères publiques auraient lieu (*Mémoire*, p. 95, § 205). Appel fut cette fois encore interjeté en vain, et s'il ne fut pas recouru au Tribunal Suprême, c'est parce que ses décisions antérieures démontraient qu'un pourvoi n'avait aucune chance d'aboutir.

3^o enfin, le 3 décembre 1951, contre la décision du juge spécial approuvant l'extraordinaire cahier des charges. Mais les griefs formulés contre cette décision ne furent même pas examinés, ni par la Cour d'appel, ni par le Tribunal Suprême saisi en désespoir de cause. La Cour d'appel de Barcelone affecta de considérer le cahier des charges comme un acte de simple routine procédurale relevant du pouvoir discrétionnaire des syndics, dont aucune juridiction ne devait connaître. (*Mémoire*, pp. 100-101, § 224).

Dans l'intervalle du reste, le 4 janvier 1952, la vente avait eu lieu, non cependant sans que de suprêmes efforts eussent été tentés, l'un par la Barcelona Traction qui, le 27 décembre 1951, demanda, par voie incidente, la nullité de toute la procédure ayant abouti à la mise en vente, l'autre le 3 janvier 1952, par National Trust, revendiquant les titres mis en vente. Ni l'une ni l'autre n'eurent même pas pour effet d'empêcher que la vente eût lieu le jour fixé. Le motif pour lequel l'action de la National Trust fut déclarée irrecevable par le juge spécial était particulièrement révoltant, puisqu'il lui fut reproché de ne pas avoir justifié à suffisance de son titre, alors que des preuves concluantes avaient été fournies et que du reste l'existence du gage était expressément constatée dans le cahier des charges dressé par les syndics. Cette fois encore cependant ni la Cour d'appel, ni le Tribunal Suprême ne jugèrent bon dans la suite d'accueillir les recours dont ils furent saisis (*Mémoire*, pp. 101-102, §§ 225 et 226).

(289) Ainsi, pour un ensemble de mesures présentant une gravité particulière du point de vue du déni de justice, base de la demande du Gouvernement belge, les recours de voie interne que paraissait offrir la législation espagnole ont été non seulement utilisés, mais exercés surabondamment jusqu'à rejet final, c'est-à-dire littéralement épuisés. Il n'y a donc même pas lieu d'invoquer ici la notion d'écoulement d'un délai raisonnable prévue au traité; c'est définitivement que les actions introduites ont été rejetées. A

l'exposé détaillé de ces péripéties judiciaires, il n'a rien été répondu dans les *Exceptions préliminaires*. Il y a donc bien eu, au sens littéral du mot, épuisement dans le cas présent des voies de recours internes.

Ceci seul paraîtrait devoir suffire à faire écarter la quatrième exception.

e) *les recours relatifs à l'adjudication à FECSA du portefeuille de Barcelona Traction.*

(290) L'adjudication à FECSA, si catastrophique qu'elle parût, ne devait amener la remise des faux titres que lorsque les syndics auraient constaté l'exécution des conditions inscrites dans le cahier des charges. Il convenait donc de tenter de faire reconnaître dans l'intervalle l'irrégularité des opérations d'adjudication résultant de l'inobservance de certaines règles de procédure.

Barcelona Traction, résolue à continuer à se défendre jusqu'au bout, introduisit le 28 mars 1952 devant le troisième juge spécial une demande incidente de nullité de la vente aux enchères, qui fut rejetée.

Il semblait cette fois que Barcelona Traction dût tout au moins obtenir à coup sûr la suspension des opérations pendant que la Cour d'appel examinerait le recours dirigé contre cette décision de rejet. Celle-ci constituait en effet cette fois une véritable « *sentencia* », c'est-à-dire une décision finale dont l'appel doit toujours être reçu à deux effets. Aussi est-ce bien à deux effets que le troisième juge spécial autorisa l'appel de Barcelona Traction, mais dès le 13 juin 1952 la Cour d'appel mit fin à cette éclaircie, en admettant, suivant les suggestions des syndics, une thèse osée suivant laquelle les termes formels de l'article 758, 2^e al., du Code de procédure civile prévoyant les deux effets ne devaient pas recevoir application dans le cas où les « *sentencias* » dont l'appel avaient trait à une procédure d'exécution, alors que cette exécution était pratiquement terminée.

Deux ans après, elle confirmait le jugement rejetant la demande de nullité de Barcelona Traction, et c'est en vain que les recours furent dirigés contre l'un et l'autre de ces arrêts (*Mémoire*, pp. 105-106, §§ 233 à 235).

(291) On se souvient que telle fut l'indignation des conseils espagnols de Barcelona Traction devant l'arrêt du 13 juin 1952, que dès le lendemain ils présentèrent une demande de récusation de tous les magistrats composant la Chambre de la Cour ayant rendu ledit arrêt : la plaidorie prononcée à cette occasion, et dont le texte est reproduit en annexe au *Mémoire* (annexe 227), constitue un bon exposé des circonstances établissant le déni de justice dont la société faillie était victime.

(292) Sans doute serait-il prématuré de demander à la Cour internationale de Justice qu'elle se prononçât sur le bien-fondé de ces griefs ; mais du moins apparaît-il une fois de plus qu'à ce stade final de leurs mésaventures les intéressés déploierent un zèle exceptionnel à utiliser jusqu'au bout tous les moyens à leur disposition pour arrêter les effets des dernières mesures qui conduisaient à leur dépouillement, au point qu'il ne peut même être question d'un non-épuisement des voies de recours internes.

Encore n'a-t-il pas été fait mention des derniers recours tentés en avril et mai 1952, ainsi qu'en juin 1952, que Barcelona Traction poursuivit également jusque devant le juge

suprême, pour contester la validité de certains actes accomplis par FECSA en exécution du cahier des charges ou pour obtenir la suspension de l'adjudication définitive ou l'ajournement des actes de transfert (*Mémoire*, p. 106, §§ 237 à 240).

(293) D'autres actions encore suivirent l'adjudication définitive. Elles ont été énumérées dans le *Mémoire* (pp. 113 à 119, §§ 255 à 264). Dues alternativement à l'initiative de Barcelona Traction, de National Trust, de International Utilities, ou d'actionnaires belges tels que Sidro, elles eurent pour la plupart pour objet soit de reprendre les griefs déjà exposés en les présentant sous une forme qui permit d'échapper à la suspension ou aux moyens d'irrecevabilité qui avaient paralysé les tentatives antérieures, soit d'entraver la jouissance par FECSA des biens dont elle s'était emparée.

Elles furent impuissantes à modifier la situation et ne sont mentionnées ici que comme une preuve de la persévérance avec laquelle fut recherché par les voies de recours internes le redressement des irrégularités et des injustices commises.

Section V. — *Examen d'ensemble des causes d'échec des divers recours exercés, leur signification au point de vue de la quatrième exception et l'inopérance des décisions judiciaires intervenues au cours des derniers mois*

(294) Les exposés qui précèdent ont démontré que les procédures utilisées par Barcelona Traction ou des tiers agissant de concert avec elle étaient bien des remèdes appropriés de nature à aboutir au redressement des griefs que le Gouvernement belge a dénoncés dans sa *Requête* et son *Mémoire*.

Il a été rappelé dans chaque cas dans quelles conditions ces divers efforts avaient échoué.

Mais, sans doute, convient-il de procéder à un examen d'ensemble des causes d'échec et de vérifier si le point d'aboutissement des diverses voies de recours utilisées établit bien leur « épuisement » au sens où ce terme doit être compris suivant le droit international et l'article 3 du Traité hispano-belge. Cet examen s'impose d'autant plus que, sans que depuis des années aucun acte judiciaire ait été accompli par Barcelona Traction ou dans son intérêt, le déblocage du déclinatoire d'incompétence qui s'annonçait depuis 1959 s'est accompli à un rythme accéléré, amenant au cours des derniers mois une véritable avalanche de nouvelles décisions judiciaires dont le Gouvernement espagnol s'apprête sans doute à faire état au cours des débats oraux.

(295) Le sort le plus simple, en même temps que le plus extraordinaire, est celui que connurent les recours les plus anciens, à savoir ceux qu'intentèrent les sociétés auxiliaires en vue de faire échec à l'extension de la saisie à leurs avoirs, fondement de l'extension de cette même saisie aux titres qui représentaient ces avoirs et étaient situés hors d'Espagne.

Les substitutions d'avoués qui se répétèrent aux divers degrés de juridiction constituèrent une barrière infranchissable qui ne permit à aucun moment aux demanderessees d'obtenir l'examen au fond de la grave irrégularité qu'elles avaient dénoncée, à savoir la méconnaissance de leur personnalité juridique distincte de celle de Barcelona Traction.

Même en faisant abstraction du déni de justice formel que le Gouvernement belge a dénoncé comme entachant les décisions des autorités judiciaires qui admirent

les substitutions d'avoués, il est clair qu'aucun reproche ne peut être adressé aux sociétés auxiliaires de ne pas avoir obtenu de « jugement définitif » sur leurs recours, et que le non-épuisement ne peut être opposé à cette partie de la demande du Gouvernement belge qui dénonce l'irrégularité grossière du jugement de faillite visée dans les recours des sociétés auxiliaires.

(296) La situation est presque aussi simple en ce qui concerne divers griefs qui, dénoncés dans des recours appropriés, aboutirent à des décisions de rejet rendues sur le fond par les tribunaux espagnols de première instance et d'appel, mais non le Tribunal Suprême.

Tel est le cas des recours relatifs à la convocation de l'assemblée générale des créanciers en vue de la nomination des syndics, à cette nomination elle-même, aux mesures prises en vue de la vente des faux titres et à l'adjudication du portefeuille de Barcelona Traction à la société FECSA.

En effet, dans ces diverses procédures, il n'a pas dépendu des demandeurs que le Tribunal Suprême se prononçât à son tour sur les griefs qu'ils avaient dénoncés dans leurs recours. Invariablement, il leur fut répondu que ces pourvois étaient irrecevables parce qu'ils ne se rapportaient pas à des décisions mettant fin au litige ou en empêchant la continuation.

Il n'est donc pas douteux qu'en ce qui concerne ces griefs il y eut, au sens propre du mot, « épuisement » des voies de recours ouvertes, et que la quatrième exception manque de base.

(297) Restent les griefs relatifs à l'incompétence du juge de Reus et aux graves irrégularités et flagrantes injustices qui caractérisent le jugement de faillite (indépendamment de l'extension inadmissible que ce jugement donne aux saisies), ainsi que la décision des syndics d'annuler les titres du portefeuille de la Barcelona Traction et de les remplacer par des faux titres.

On se souviendra qu'ils firent l'objet d'un déclinatoire d'incompétence de la National Trust, d'une opposition et d'une demande incidente de nullité de Barcelona Traction, de divers autres recours de Barcelona Traction, de National Trust ou de certains actionnaires, et que l'examen de ces divers recours a été uniformément suspendu, soit à raison du déclinatoire lui-même, soit, pendant quatre ans, à raison de l'intervention dilatoire de Genora, puis, à partir du 4 août 1953, à raison de l'intervention de MM. Andreu et Sagnier conçue dans un but opposé, mais elle-même suspendue par des plaintes contre ces derniers auxquelles fut jointe abusivement une instruction contre un M. Lostrie.

(298) Si telle était la situation au moment du dépôt de la *Requête*, elle s'est sensiblement modifiée depuis par la reprise soudaine et le dénouement rapide de la plupart des procédures demeurées en suspens, et il convient sans doute de présenter à la Cour une relation sommaire de ces événements avant d'examiner leur incidence ou défaut d'incidence sur le jeu de la règle de l'épuisement des voies de recours.

(299) On se souviendra que déjà dans le *Mémoire* belge avaient été signalées les alternatives de réveil et d'assoupissement que la procédure relative au déclinatoire de compétence avait connues depuis 1959 et le singulier parallélisme qui se manifestait entre cette évolution et celle de la procédure internationale (*Mémoire*, pp. 109-111, §§ 247 à 250).

Si en juin 1959, neuf mois après l'introduction de la première *Requête* du Gouvernement belge, les tribunaux s'étaient soudain avisés de proclamer la disjonction des poursuites contre M. Lostrie de celles contre MM. Andreu et Sagnier, et d'ainsi mettre un terme à la suspension de l'instruction de l'incident qui bloquait la procédure relative au déclinatoire Boter, le désistement du Gouvernement belge avait été suivi le 6 avril 1961 d'une nouvelle pause dans l'instruction de l'incident Andreu-Sagnier, par suite du pourvoi en cassation interjeté par un des promoteurs de la faillite, avec l'autorisation de la Cour d'appel de Barcelone, contre l'arrêt de celle-ci qui n'avait pas fait droit à sa demande reconventionnelle contre MM. Andreu et Sagnier.

De même, c'est seulement après que, le 14 juin 1962, la nouvelle *Requête* du Gouvernement belge eut été déposée au Greffe de la Cour, que, le 3 octobre 1962, la Cour d'appel de Barcelone s'avisait de rendre une ordonnance décidant la reprise de la procédure relative au déclinatoire Boter. A cette date, l'arrêt du Tribunal Suprême déboutant le promoteur de la faillite de son pourvoi et mettant fin à l'incident Andreu-Sagnier remontait à près de six mois, ayant été rendu le 23 avril 1962.

(300) Mais depuis lors les décisions se sont succédé à un rythme accéléré :

22 novembre 1962 : Arrêt de la Cour d'appel de Barcelone rejetant les demandes de reconsidération (*súplica*) formulées à la fois par Barcelona Traction, Boter et les promoteurs de la faillite contre l'ordonnance du 16 avril 1953 qui, d'une part avait admis l'adhésion de Barcelona Traction au déclinatoire de compétence, d'autre part avait écarté comme prématurée l'argumentation développée par elle pour étayer cette adhésion.

3 décembre 1962 : A la demande des promoteurs, arrêt interprétatif de la même Cour qui insère dans le dispositif ce qui figurait dans un considérant de l'ordonnance, à savoir que la société faillie était considérée comme ayant simplement adhéré au déclinatoire Boter en tant que celui-ci invoquait la compétence des tribunaux de Londres.

20 décembre 1962 : La Cour invita les promoteurs de la faillite à prendre attitude sur les demandes de preuve faites par Boter et Barcelona Traction en mars et avril 1953, et le 15 janvier 1963 les promoteurs répondirent à l'invitator en s'opposant auxdites demandes, mais en déposant le volume d'*Exceptions préliminaires* présenté par le Gouvernement espagnol dans la première instance internationale avec une série d'annexes. Cette production retarda quelque peu l'examen du déclinatoire par la Cour, toutes les parties ayant dû être interrogées.

15 mai 1963 : Arrêt de la Cour rejetant le déclinatoire Boter.

30 mai 1963 : Renvoi du dossier de la section première au juge spécial en même temps que la copie de l'arrêt devenu définitif, n'ayant fait l'objet d'aucun pourvoi.

6 juin 1963 : Le juge acta le retrait simultané de la procédure des sociétés Namel et Genora, de la Banca March et d'autres créanciers du groupe March; par contre, les Syndics comparurent à ce moment à la section première d'où ils avaient été absents jusque là.

7 juin 1963 : Le juge spécial statua sur l'écrit de la Barcelona Traction du 18 juin 1948, qui demandait la notification du jugement de faillite en même temps qu'elle formulait son opposition; il rejeta la première demande comme non fondée, et déclara l'opposition non recevable parce que tardive, sans toutefois indiquer à quelle date le délai d'opposition avait commencé à courir.

8 juin 1963 : Le juge spécial rendit deux jugements; dans l'un il rejetait comme irrecevables toutes les causes de nullité du jugement de faillite et de certains actes ultérieurs invoquées dans la demande incidente de nullité introduite par Barcelona Traction le 5 juillet 1948 et complétée par son écrit du 31 juillet; dans l'autre il rejetait la demande de reconsidération de la National Trust contre l'ordonnance du 4 février 1949, qui lui refusait l'admission comme partie à la procédure demandée par elle le 27 novembre 1948 en même temps qu'elle présentait son déclinatoire de compétence.

Le même jour, le juge spécial put donner acte aux promoteurs de la faillite qu'à leur tour ils se retiraient de la procédure, considérant apparemment leur tâche comme terminée (1).

(301) Les diverses décisions relatives ci-dessus furent rendues sans que la Barcelona Traction et ses coïntéressés prissent aucune part à cette reprise, ni sous forme d'écrits, ni sous forme de plaidoiries. Se conformant à ses instructions, ses avoués et avocats adoptèrent une attitude entièrement passive. Elle a jugé toutefois devoir s'abstenir de tout désistement ou révocation d'avoués, afin de laisser les choses strictement en état. C'est ce qui permit aux juridictions saisies de se prononcer sur plusieurs des recours qui leur étaient encore soumis.

Quant à certains autres recours, au sujet desquels il n'a pas encore été statué, la situation vient de subir une dernière modification. Les avoués ont été informés que des sommes énormes allaient être réclamées à leurs mandants à titre de taxes judiciaires dont ils seraient tenus pour subsidiairement responsables par application de l'article 5, 5^e alinéa, de la Loi de procédure civile, en suite de quoi ils se sont spontanément retirés des procédures pour lesquelles ils avaient fait l'objet de cet avertissement.

(302) La justification de la conduite de la Barcelona Traction concernant les divers recours suspendus rejoint incontestablement la question qui fait l'objet de la présente section, à savoir si, au moment du dépôt par le Gouvernement belge de sa *Requête*, la Barcelona Traction et ses coïntéressés et le Gouvernement belge lui-même étaient dispensés, par suite de l'écoulement d'un délai raisonnable, d'encore attendre que des jugements définitifs soient rendus. Plus précisément, il y a lieu de déterminer à quelle époque antérieure au dépôt de la *Requête* doit être fixée la date à laquelle ce délai a expiré.

(303) Le Gouvernement belge se gardera bien de supputer de façon abstraite quel est le laps de temps pendant lequel les ressortissants d'un Etat, qui prétendent avoir subi un dommage en pays étranger par suite d'une violation du droit international, sont tenus d'en poursuivre la réparation par les voies internes avant que leur Gouvernement puisse assumer leur protection diplomatique et judiciaire.

(1) Au moment où ces lignes sont rédigées, quelques autres actions encore sont pendantes devant le juge spécial, qui, sans aucun doute, les jugera dans les semaines ou les mois à venir.

Il s'agit du recours intenté en 1948 par le personnel dirigeant; d'une action intentée en 1954 par un actionnaire de la Barcelonesa, la Société Centrale d'Applications et de Participations Industrielles de Paris, contre la Barcelonesa, demandant la nullité de l'assemblée générale de cette société tenue le 17 décembre 1949; d'une action intentée en 1955 par M. Duvivier et Mme Mathot, actionnaires belges de la Barcelona Traction, contre les syndicats, FECSA et autres, en vue de faire déclarer que les titres des sociétés auxiliaires créés en Espagne ne sont pas les titres véritables de ces sociétés, la nullité de la vente, etc.

Il prétend être en mesure de déterminer ce moment, dans le cas d'espèce soumis à la Cour, en indiquant à quelle date, dans les circonstances de la cause, les recours en suspens perdirent nécessairement leur efficacité et où il devint inimaginable qu'un recours quelconque fût encore efficace.

On se souviendra à cet égard que dans l'exposé juridique, cette efficacité a été définie (§ 221) comme consistant dans l'arrêt de l'action dommageable en cours, ou dans l'effacement de ses effets, ou dans la fourniture aux victimes d'une réparation équitable. A cet égard, une date s'impose comme d'importance capitale, c'est celle du 4 janvier 1952, date de l'adjudication à FECSA des biens de la Barcelona Traction.

A cette date se situe la dernière mesure judiciaire qui marque l'aboutissement de la procédure par le dépouillement total de la société faillie. A cette date, il n'est plus question dès lors de pouvoir empêcher celui-ci. La décision dommageable est acquise. Le seul espoir qui subsiste ne peut plus être que d'en arrêter et d'en effacer les effets, car quant à l'obtention d'une réparation équitable par la voie judiciaire interne, elle doit être une bonne fois rayée des possibilités pour des raisons qui seront exposées plus loin.

(304) L'effacement des effets de l'action dommageable supposait l'annulation de la vente, suivie de la restitution des biens adjugés à la société FECSA, soit un résultat juridique et un résultat matériel. L'un et l'autre demandent à être examinés de plus près.

Juridiquement, on constate qu'à partir du 4 janvier 1952 tous les recours en suspens perdirent leur efficacité ou, en d'autres mots, cessèrent de présenter quelque intérêt que ce soit pour leurs auteurs, car quand même ils auraient été finalement accueillis par les tribunaux, ils étaient privés de toute efficacité si la vente elle-même n'était pas annulée.

En effet, la vente faite sur faillite et à l'intervention des autorités judiciaires équivaut à une vente faite par l'État lui-même, et ce serait méconnaître le principe de la sécurité juridique du commerce si des tiers, régulièrement (1) devenus, en vertu d'un tel titre, acquéreurs des biens d'un failli, pouvaient se voir troubler dans leur propriété à raison des vices qui auraient affecté des procédures antérieures (2). Donc, même l'annulation de toute la procédure de faillite n'entraînerait pas l'annulation de l'adjudication des biens. En outre, du reste, doctrine et jurisprudence espagnoles admettent de façon générale que des aliénations de biens réalisées dans une procédure d'exécution ne peuvent être remises en question par une action déclaratoire postérieure (3).

(305) Sans doute serait-il excessif de prétendre que l'annulation du jugement de faillite ou celle des titres vendus aurait été dépourvue de tout effet pratique quelconque, mais celui-ci aurait été limité à l'ouverture d'une action en dommages-intérêts contre les demandeurs de la faillite, les syndicats ou autres insolvable.

(1) Le Gouvernement belge conteste cette « régularité », mais il faut reconnaître que, du point de vue interne espagnol, celle-ci a été définitivement consacrée par le rejet des multiples recours de la Barcelona Traction concernant les décisions autorisant la vente aux enchères ou en approuvant les modalités et l'exécution.

(2) C'est ce que ne manque pas de souligner la doctrine contemporaine, spécialement en Italie (Navarrini, *Trattato di Diritto Fallimentare*, t. I, 1935) et en Allemagne (Jaeger, *Commentaire*, t. II, p. 184). Telle est aussi la position du droit espagnol.

(3) Prieto Castro, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1956, pp. 225 et 226, § 451; Gomez Orbaneja, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, p. 428.

Cette appréciation ne risque guère d'être contestée par le Gouvernement espagnol, car elle fut décrite en termes saisissants lors du procès qui s'est déroulé à Londres entre Sidro et le Comité des obligataires Prior Lien où dominait Juan March (voir *Mémoire belge*, § 164), par l'avocat espagnol et barrister, M^e Valls, produit comme expert par le Comité des obligataires.

Le juge anglais, auquel l'état paradoxal de la procédure de faillite avait été longuement exposé par l'avocat de la Sidro, s'enquit du point de savoir ce qui se passerait si la faillite était annulée alors que la vente des biens aurait déjà été exécutée, et, après avoir reçu la déposition de M^e Valls sur la législation espagnole, la résuma comme suit (1): « le résultat, comme je le comprends, me paraît être que lorsqu'une faillite est annulée pour défaut de compétence, le malheureux homme qui a été déclaré en faillite peut se retrouver avec les seuls actifs qui n'ont pas été distribués, s'il en reste, et il ne peut tenter d'action contre qui que ce soit si l'on a agi de bonne foi ».

(306) Or, il est à peine besoin de dire qu'aucune de ces actions en responsabilité (2) n'aurait présenté aucun caractère d'efficacité. En effet, pour réussir, les demandeurs auraient dû faire la preuve des manœuvres frauduleuses par lesquelles les défendeurs auraient induit en erreur les magistrats dont ils avaient obtenu les décisions, autorisations ou approbations dénoncées dans le *Mémoire belge*. Mais il semble malheureusement établi que c'est en pleine connaissance des faits réels de la cause que les tribunaux espagnols rendirent la plupart des décisions incriminées.

Et même au cas où, contre toute vraisemblance, ils auraient réussi dans cette preuve et obtenu les condamnations à la réparation du dommage subi, le montant de l'indemnité eût été sans commune mesure avec la solvabilité des condamnés.

Seule eût donc pu conduire à la réparation du préjudice subi une action en responsabilité dirigée contre l'Etat espagnol du chef des actes reprochés à ses juges, si une telle action avait existé en droit interne. Mais il n'a jamais été soutenu, même dans les *Exceptions préliminaires*, qu'il existait en Espagne une voie de recours quelconque permettant aux justiciables d'obtenir de l'Etat la réparation du dommage qui leur aurait été causé par des dénis de justice résultant des actions ou omissions de l'autorité judiciaire.

(307) Ainsi, à partir du moment où les biens eurent été adjugés à FECSA, et plus encore sans doute au moment où ils lui eurent été transférés (juin 1952), seuls importaient encore les recours qui auraient été susceptibles de conduire à l'annulation des mesures d'aliénation des biens.

(1) Cf. annexe n^o 35, le procès-verbal du contre-interrogatoire de M. Valls par M. Kenneth Diplock, Q.C., avocat de Sidro, et son réinterrogatoire par Sir Andrew Clark, Q.C., avocat du Comité des obligataires.

(2) Certaines d'entre elles furent toutefois intentées, plus pour des raisons morales que matérielles. Elles furent à leur tour déclarées irrecevables ou suspendues (voir *Mémoire*, § 257).

Or, comme nous l'avons vu, de semblables recours furent exercés par la Barcelona Traction ou dans son intérêt, et ils furent conduits jusqu'à l'épuisement, le dernier arrêt du Tribunal Suprême ayant été rendu le 25 juin 1956 (1). Cette date marque donc incontestablement, sur le plan purement procédural, la date ultime à partir de laquelle les recours en suspens ne pouvaient plus conduire à un résultat qui, même théoriquement, présentait encore le moindre intérêt pour les demandeurs.

(308) Sur le plan matériel, bien avant le 25 juin 1956, les recours avaient perdu leur efficacité.

Pour s'en convaincre, il faut se représenter avec précision quelle était la consistance de ces avoirs de la Barcelona Traction dont elle avait été dépouillée au profit de FECSA.

On se souviendra que la Barcelona Traction, société holding, possédait des titres, actions et obligations, de cinq sociétés qui étaient elles-mêmes propriétaires soit d'actions d'une série d'autres sociétés, soit d'installations industrielles, toutes indifféremment qualifiées dans la *Requête* et le *Mémoire* de « sociétés auxiliaires ». Ces sociétés auxiliaires possédaient et exploitaient en Espagne des entreprises d'électricité. La valeur du portefeuille de Barcelona Traction résultait donc de la valeur du patrimoine industriel des sociétés auxiliaires.

La Barcelona Traction possède toujours les titres authentiques de ces sociétés auxiliaires, mais les organes de la faillite ont été autorisés en Espagne (2) à se servir des droits afférents à ces titres, et ils s'en sont servis avec le concours des nouveaux conseils d'administration mis par eux en place, pour annuler les vrais titres et y substituer de faux titres qui furent mis en vente et adjugés à FECSA.

Enfin, une fois en possession des faux titres, FECSA, devenue maîtresse des sociétés auxiliaires, les a dissoutes, fusionnées, et a apporté aux entreprises elles-mêmes des modifications, altérations et extensions d'importance considérable.

Comment, dès lors, des décisions ordonnant la restitution de la Barcelona Traction dans le « *pristin état* » auraient-elles pu être encore susceptibles de produire des effets ? Les vrais titres des sociétés auxiliaires, à supposer que leur annulation soit elle-même annulée, ne représentent plus que les avoirs de sociétés dissoutes et liquidées. La reconstitution de ces sociétés, à la supposer réalisable (3), ne serait possible qu'après annulation de tous les actes ayant conduit à leur liquidation et donné naissance aux sociétés nouvelles. Tout ceci supposerait l'intentement d'un nombre illimité d'actions judiciaires qui n'auraient de chance d'aboutir qu'en cas de démonstration, certainement impossible, de la mauvaise foi de toutes et chacune des personnes ayant comparu aux actes.

(1) Date à laquelle fut écarté, comme non recevable, par le Tribunal suprême, le recours en cassation contre l'arrêt de la Cour d'appel de Barcelone du 30 avril 1954, qui rejetait la demande incidente de nullité de la vente aux enchères introduite par la Barcelona Traction le 28 mars 1952 (voir ci-dessus § 290 et *Mémoire*, §§ 233 à 235).

(2) L'ensemble des installations constituant l'entreprise du groupe se trouvant en Espagne, cette autorisation donnait aux organes de la faillite le contrôle de fait de toute l'entreprise.

(3) La « résurrection » de sociétés dissoutes et dont la liquidation a été terminée, pose des problèmes pratiquement insolubles en droit.

(309) Enfin, il faut signaler une dernière circonstance. Comme il a été indiqué déjà dans le *Mémoire*, la complexité de la situation volontairement créée par les acquéreurs des biens fut portée à son comble lorsque, le 12 novembre 1956, le Ministre des Finances, réformant une décision contraire de la Commission de la Bourse de Madrid, décida de l'admission des titres de FECSA à la cotation officielle de cette Bourse, ce qui leur assura une large diffusion dans le public (cf. *Mémoire*, pp. 112-113, §§ 253 et 254).

(310) En résumé, si on peut estimer qu'à partir de l'adjudication survenue le 4 janvier 1952 les recours relatifs au jugement de faillite et ceux relatifs à l'annulation des titres des sociétés auxiliaires — les uns et les autres suspendus par le déclinatoire de compétence — avaient pratiquement perdu tout intérêt pratique et ne devaient plus être poursuivis, on doit admettre que cette stérilisation définitive de ces recours ou de tous autres ultérieurs également suspendus est intervenue au plus tard à fin 1956, date à laquelle les recours contre la vente avaient été définitivement repoussés et où se réalisa sur une grande échelle la dispersion dans le public espagnol des titres émis par la FECSA.

Aucun doute dès lors qu'à la date du dépôt de la *Requête*, il avait été depuis longtemps pleinement satisfait à la condition d'épuisement préalable de tous les remèdes locaux.

(311) Peut-être cependant cette conclusion appelle-t-elle une réserve en ce qui concerne les griefs relatifs à l'usurpation de compétence et aux graves irrégularités substantielles affectant le jugement de faillite et l'émission des faux titres.

La conclusion proposée postule, en effet, que non seulement les recours suspendus aient perdu leur potentiel d'efficacité à la date du dépôt de la *Requête* du Gouvernement belge, mais encore qu'ils l'aient possédé avant cela, c'est-à-dire qu'ils étaient par eux-mêmes adéquats, introduits en temps utile et par des demandeurs ayant qualité pour ce faire.

Les raisons pour admettre qu'il en fut bien ainsi ont été exposées ci-dessus. Mais les parties sont en désaccord sur ce point, vu qu'il est soutenu par le Gouvernement espagnol soit que la voie suivie était inappropriée (absence de *déclinatoire de compétence* proprement dit de la Barcelona Traction), soit que le recours était tardif (opposition), soit qu'il était introduit par une personne juridique non qualifiée (*déclinatoire de compétence* de la National Trust). Or ces thèses elles-mêmes, qui ne font que reprendre celles défendues au cours des procédures par les promoteurs de la faillite, ont été consacrées par des décisions judiciaires qui sont elles-mêmes taxées de déni de justice.

Ainsi il paraît fort difficile, sinon impossible, que la Cour puisse écarter l'exception n° 4 en ce qui concerne les griefs visés dans le présent paragraphe, sans se prononcer en même temps sur le fond même de quelques-uns d'entre eux. On est donc amené à considérer que, sans doute, en ce qui les concerne, l'examen de la quatrième exception doit être joint au fond.

(312) Cette conclusion s'impose avec une force particulière en ce qui concerne les griefs de dénis de justice formels que le *Mémoire* a cru pouvoir relever (1) comme résultant des refus d'audience, violations des droits de la défense, admission arbitraire des appels à un ou deux effets.

(1) En ce qui concerne la Barcelona Traction et National Trust Co., car l'exclusion du prétoire dont ont été victimes les sociétés auxiliaires est un grief au sujet duquel, on l'a vu (§ 237 ci-dessus), il a été pleinement satisfait à la règle de l'épuisement, ce qui n'est pas contesté par le Gouvernement espagnol.

Comme il a été indiqué dans la *Requête* — et le Gouvernement espagnol a bien fait de le souligner dans les *Exceptions préliminaires* (p. 246, § 13) :

« Le grief au fond consiste essentiellement dans le déni de justice reproché au Gouvernement espagnol; or, au nombre des faits constitutifs de celui-ci, figure le défaut de jugement définitif dans un délai raisonnable sur de nombreux recours ».

Les *Exceptions préliminaires* contestent cette interprétation des faits, mais il est clair que dans la défense de son point de vue le Gouvernement espagnol est nécessairement amené à utiliser en faveur de son exception n° 4 les mêmes arguments que ceux qu'éventuellement il utilisera pour combattre le grief formulé par le Gouvernement belge contre les décisions rendues par les tribunaux espagnols. Ainsi, la Cour internationale de Justice semble devoir nécessairement surseoir à statuer sur le bien-fondé de la quatrième exception relativement à l'examen du grief du déni de justice formel et joindre cette exception au fond (1).

Section VI. — *Justification de l'absence de recours
contre les actes des autorités administratives*

(313) Le Gouvernement belge ne s'est pas borné à dénoncer le caractère injuste et discriminatoire de certains actes des autorités judiciaires d'Espagne; il attribue ce caractère aussi à divers actes des autorités administratives.

Ces actes sont énumérés dans le *Mémoire* (§§ 355 à 359). Il s'agit :

1° des refus d'autorisation opposés aux modalités d'exécution du plan d'arrangement convenu entre la société et ses obligataires;

2° du réquisitoire injuste prononcé aux Cortès contre la société en décembre 1946 par le Ministre de l'Industrie et du Commerce;

3° de la désignation en 1950, comme membre d'une commission internationale d'experts, d'un homme connu pour être à la solde de M. March;

4° du traitement de faveur accordé à FECSA pour l'exécution du cahier des charges.

C'est à tort que le Gouvernement espagnol range, au nombre des décisions incriminées, les refus de devises de l'Institut espagnol de Monnaie étrangère; le Gouvernement belge a clairement déclaré dans son *Mémoire* (p. 174, § 355) que ces refus pouvaient avoir été causés jusqu'en 1945 par la pénurie de devises en Espagne.

(314) A ces griefs aussi le Gouvernement espagnol oppose, de façon générale, l'exception tirée de l'article 3 du Traité belgo-espagnol de 1927.

(1) Telle est du reste la solution adoptée par la Cour permanente de Justice internationale dans la majorité des cas où elle prit une décision relativement à l'exception de non-épuisement invoquée devant elle, à savoir dans les affaires série A/B N° 54, 64, 75 et 76. Dans l'affaire *Interhandel*, jugée par la Cour internationale de Justice, cette solution eut les faveurs de nombreuses opinions dissidentes.

Le Gouvernement belge ne songe pas à contester qu'en principe la mise en cause de la responsabilité internationale d'un Etat à raison d'actes fautifs et dommageables de ses autorités administratives est, elle aussi, soumise à la condition de l'épuisement préalable des voies de recours internes. Mais il dénie formellement qu'en l'espèce la législation espagnole fournit aux intéressés des remèdes susceptibles d'efficacité.

Il dénie tout spécialement, sur base des renseignements qu'il a pu recueillir, l'exactitude de la seule indication précise contenue dans les *Exceptions préliminaires*, à savoir que « contre les refus successifs de devises par l'Institut espagnol de Monnaie étrangère, on pouvait former deux sortes de recours, tous les deux pouvant donner comme conséquence la révocation de la décision prétendument injuste : le recours d'appel devant le Ministre de l'Industrie et du Commerce et la voie contentieuse administrative devant la Cour Suprême (1).

(315) Suivant la note qui constitue l'annexe 90 aux *Exceptions préliminaires*, l'existence du recours en appel auprès du Tribunal Suprême résulterait essentiellement du « Règlement de la procédure administrative du Ministère de l'Industrie et du Commerce » approuvé par décret du 14 juin 1935. Aux termes de l'article 26 dudit Règlement: « contre les décisions du sous-secrétariat et des directions générales, il y aura lieu d'interjeter appel devant le Ministre, dans le délai de quinze jours ouvrables à compter du lendemain de la notification de la décision faisant l'objet du recours ».

Or l'Institut espagnol de Monnaie étrangère devrait, à raison de sa dépendance à l'égard du Ministre, être assimilé à une direction générale. Ses décisions seraient donc sujettes au recours d'appel.

Cette thèse serait confirmée par la jurisprudence, ainsi qu'il résulterait de trois arrêts de la « Cour de Cassation » (lisez le Tribunal Suprême) rendus les 24 octobre 1957, 21 mars 1959 et 5 novembre 1959, qui, bien que postérieurs à une réforme législative réglant expressément la question, se rapporteraient à des décisions de l'Institut datant de 1953, antérieures aux modifications légales introduites en droit espagnol dans le système des voies de recours, et constitueraient donc une interprétation valable du droit existant en 1940-1946.

Vérification faite cependant, ni le texte de la loi, ni la jurisprudence ne correspondent à l'image qui en est donnée, ni n'autorisent ces conclusions.

(316) Quant à l'article 26 du Règlement approuvé par décret de 1935, il se termine par les mots ci-après, qui suivent immédiatement ceux reproduits dans l'annexe aux *Exceptions préliminaires* :

« il n'y aura pas lieu à recours en appel contre les décisions rendues par le Sous-Secrétaire et les Directeurs généraux en vertu de facultés déléguées par le Ministre » (2).

(1) Indépendamment du recours d'appel et de la voie contentieuse administrative qui, suivant les *Exceptions préliminaires*, auraient pu être utilisés contre les décisions de l'Institut espagnol de Monnaie étrangère, l'annexe n° 90 expose que, de façon générale, il y avait possibilité d'autres voies internes de défense face aux actes administratifs. La réfutation de cette partie de la note fait l'objet de l'annexe n° 36 aux présentes Observations.

(2) Les italiques ne sont pas au texte.

Or, une simple lecture des dispositions statutaires démontre que les décisions rendues par l'Institut engagent le Ministre lui-même, soit qu'il ait présidé aux délibérations, soit qu'il y ait délégué un fonctionnaire.

On lit, en effet, à l'article 10 de la loi organique de l'Institut de Monnaie étrangère du 25 août 1939: « Le Conseil d'administration de l'Institut sera composé de la manière suivante: Président: le Ministre de l'Industrie et du Commerce qui pourra déléguer ses pouvoirs au Sous-Secrétaire du Département; Membres: le Directeur général de l'Institut et les Directeurs généraux de l'Agriculture, du Commerce Extérieur, de la Banque et de l'Enregistrement et des Monopoles ».

A ceci il faut ajouter que, en vertu de l'article 6 A du statut de l'Institut espagnol de Monnaie étrangère du 24 novembre 1939, « le Ministre de l'Industrie et du Commerce jouit de tous les pouvoirs et exerce la haute direction et l'inspection de l'Institut ».

Ces deux dispositions rendent également inconcevable que le Ministre puisse être appelé à statuer sur des recours contre des décisions qu'il était libre à tout moment de modifier et qui engageaient directement sa propre responsabilité, étant prises sous sa présidence ou celle de son délégué.

Si même un appel au Ministre de l'Industrie et du Commerce avait été prévu théoriquement, les circonstances de la cause eussent pleinement justifié les dirigeants des sociétés intéressées de ne pas y avoir recours. En l'espèce, en effet, le Ministre avait pris manifestement une part prépondérante à l'adoption de cette décision. Il suffit de rappeler à cet égard les circonstances dans lesquelles le Ministre avait refusé l'autorisation de rembourser les obligations en pesetas de la Barcelona Traction (pp. 31 et 32, §§ 56, 57 et 58 du *Mémoire*).

(317) Quant à la jurisprudence du Tribunal Suprême, loin de confirmer la thèse développée par le Gouvernement espagnol, elle l'infirme de façon si éclatante qu'on ne parvient pas à comprendre comment elle a pu être invoquée.

En effet, des trois arrêts cités dans les *Exceptions préliminaires*, les deux premiers, celui du 24 octobre 1957 et celui du 21 mars 1959, ne se prononcent aucunement sur la légalité du recours en appel contre les décisions de l'Institut espagnol de Monnaie étrangère et se bornent à constater le fait que, dans le cas qui était soumis au Tribunal Suprême, les particuliers intéressés avaient recouru préalablement en appel (1). Seul l'arrêt du 5 novembre 1959 traite de la question ici débattue et décide textuellement qu'à la

(1) Si la jurisprudence était clairement établie dans le sens indiqué, la doctrine était divisée. On trouve un exposé des divers points de vue dans une étude de M. Boquera Oliver: *Recours contre les décisions d'organismes institutionnels autarchiques*, parue dans le n° 18 de 1955 de la *Revue de l'Administration publique*, pp. 161 et suiv.

date du 23 octobre 1953 l'Institut « n'avait aucune obligation de se conformer aux dispositions du Règlement de procédure qui est d'application pour le Ministère du Commerce » (1).

(318) La seconde voie de recours que Barcelona Traction aurait prétendument dû exercer, à savoir le recours contentieux administratif, lui aurait été ouverte par la loi du 18 mars 1944 demeurée en vigueur jusqu'en 1947.

(1) L'arrêt s'exprime comme suit :

« CONSIDÉRANT : Que la question à élucider dans le présent litige consiste à déterminer si l'Institut espagnol de Monnaie étrangère doit ou non être régi par les normes de procédure administrative établies pour les organes de l'Administration de l'Etat; et si l'auteur de l'appel, en tant que fonctionnaire qui a presté ses services au dit Institut, jouit ou non du caractère de fonctionnaire public soumis aux dites normes de procédure.

• CONSIDÉRANT : Pour ce qui est du premier problème: Que l'Institut espagnol de Monnaie étrangère fondé par la Loi du 25 août 1939 s'est vu octroyer par l'article 4 le caractère d'organisme de droit public avec personnalité juridique propre, dépendant à l'époque du Ministère de l'Industrie et du Commerce et actuellement, depuis leur séparation, du Ministère du Commerce, mais est régi par ladite Loi et par ses Statuts, lesquels Statuts, conformément à l'article 18, seraient rédigés par le Conseil d'administration et approuvés par le Conseil des Ministres sur proposition du Ministère de l'Industrie et du Commerce; d'où il résulte que ce texte légal, qui a donné naissance au dit Organisme et qui a modelé sa physionomie et sa personnalité juridique, l'a coté également d'autonomie pour élaborer les normes auxquelles il doit conformer ses activités, même si ces normes requéraient l'approbation du Gouvernement, condition qui a été dûment remplie par le Décret du 24 novembre de l'année 1939, qui approuva les Statuts dans le cadre desquels se développe la personnalité de l'Institut en tant qu'Organisme de droit public avec ses organes propres constitués par le Président, le Conseil d'administration et la Direction générale, et avec son budget autonome distinct de celui de l'Etat, le Conseil ayant, entre autres, dans ses attributions, conformément à l'article 6, la nomination, la destitution et la réglementation des attributions du personnel technique et administratif, la rémunération de celui-ci et l'approbation du Règlement interne du dit personnel; c'est-à-dire qu'il prévoit et stipule une réglementation spécifique d'organisation et de procédure qui n'a rien à voir avec celle établie pour les organes directs de l'Administration de l'Etat, à cause des diverses dispositions légales qui règlent cette matière, ni, concrètement, avec le Règlement de procédure du dit Ministère daté du 14 juin 1935, spécificité qui ne peut paraître étrange ni insolite puisqu'elle est analogue à celle qui correspond à tant d'Organismes autonomes qui ont été créés par l'Etat au cours des dernières décades dans le dessein de leur confier, par délégation, certaines de ses fonctions publiques pour qu'ils les assument avec une autonomie et une souplesse plus appropriée à l'efficacité du service, ce dernier dessein justifiant précisément la faculté d'auto-détermination de leurs activités dont ils sont investis et qui, jusqu'à la récente publication de la Loi des Organismes étatiques autonomes datée du 26 décembre 1958, n'avait jamais été controversée, ni réglée d'une manière générale; et même après l'entrée en vigueur de cette loi, ces organismes ne se trouvèrent liés au système général administratif qu'avec un caractère supplémentaire; d'où l'on infère qu'à la date à laquelle l'auteur du recours a introduit sa requête en réintégration au service actif de l'Institut — 23 octobre 1953 — le dit organisme n'avait aucune obligation de se conformer aux dispositions du Règlement de procédure qui est d'application pour le Ministère du Commerce et, de ce fait, en reconnaissant qu'il en était bien ainsi, le dit Département ministériel n'a pas, dans la décision motivant le présent litige, enfreint l'ordre juridique en vigueur, et cela surtout si l'on tient compte des raisons suivantes: l'article 7 des Statuts dont question plus haut dispose que les Divisions de l'Institut fonctionnent à l'instar des banques afin d'atteindre leur pleine efficacité; l'Institut, par décision de son Conseil, applique à ses fonctionnaires le Règlement général en vigueur pour les fonctionnaires de la Banque d'Espagne, qui est un règlement de caractère professionnel; conformément à l'article 9 de l'Ordonnance du 12 avril 1958 édictée en vue de la réorganisation des services du personnel du Ministère du Commerce, le personnel dépendant du dit Institut est exclu de ses préceptes en raison de la spécialisation de sa réglementation; et le droit à la mise en congé sans solde de ses fonctionnaires, de même que la procédure pour la concession de ce droit, sont réglés en vertu d'une autre décision de son Conseil, prise en application de ses attributions, en date du 15 juillet 1948; à cette dernière procédure se sont conformés tant l'auteur du recours pour solliciter le congé sans solde dont il jouit, que l'Institut pour le lui concéder et lui refuser par la suite sa réintégration ». Les italiques ne sont pas au texte.

Et cette interprétation de ladite loi serait confirmée par les nombreux recours contentieux administratifs dont le Tribunal Suprême aurait été saisi en matière de devises, comme elle l'est par la nouvelle loi de juridiction contentieuse administrative, ainsi qu'il résulte notamment des arrêts des 30 mai et 16 novembre 1959, 30 mars 1960, etc.

Mais encore une fois, le raisonnement repose sur une représentation totalement inexacte de la législation en vigueur et de l'application qui en fut faite par le Tribunal Suprême.

(319) L'exposé que fait le Gouvernement espagnol de la législation passe en effet sous silence la loi de juridiction du 22 juin 1894 qui était en vigueur au moment des faits et dont l'article 4, n° 1, portait qu'il n'appartiendra pas aux tribunaux contentieux administratifs de connaître, premièrement, des questions qui, par la nature des actes dont elles résultent ou de la matière sur laquelle elles portent, *se réfèrent au pouvoir discrétionnaire*. Cette même norme a été maintenue dans la loi modificative du 8 février 1952 lorsque, à l'article 4, § 3, elle mentionne : « les questions qui, par la nature des actes dont elles résultent ou de la matière sur laquelle elles portent, se réfèrent *au pouvoir discrétionnaire* ».

Or, il n'est pas douteux que, par leur nature et la matière sur laquelle elles portent, les décisions de l'Institut espagnol de Monnaie étrangère relevant du pouvoir discrétionnaire, si amplement concédé au Ministre de l'Industrie et du Commerce par la disposition prérapplée des Statuts de l'Institut (*supra* § 316).

L'omission de cette considération dans le raisonnement tenu par le Gouvernement espagnol à propos du recours contentieux administratif est d'autant plus singulière que, dans la partie de la même note traitant du recours en appel, il attribuait au recours administratif « une importance considérable dans des matières comme celles des autorisations pour la conversion d'argent national en des devises qui ne peuvent pas être facilement séparées du cadre des facultés discrétionnaires » (E.P., annexe 90, p. 731); cette phrase implique que le Gouvernement espagnol admet à la fois l'exclusion du recours contentieux administratif pouvant résulter du caractère discrétionnaire de la décision entreprise, et la difficulté de ne pas considérer comme telles des autorisations pour la conversion d'argent national en devises. Il est inexplicable que, connaissant l'objection, le Gouvernement espagnol n'ait pas senti le besoin d'indiquer ce qui permettait, à son avis, de l'écarter.

Il remarque, il est vrai, qu'en cas de recours contentieux administratif préalable, le caractère discrétionnaire « pouvait parfaitement avoir été revisé à cette occasion ». Est-il besoin de dire que si le caractère discrétionnaire s'attache à la décision initiale de l'Institut espagnol de Monnaie étrangère, il doit être reconnu aussi à la décision ministérielle qui, éventuellement, la revise? Celle-ci, comme celle-là, échappe donc au recours contentieux administratif — et on ne conçoit pas qu'à la page 732 de l'annexe 90 des *Exceptions préliminaires*, le Gouvernement espagnol ait pu envisager que contre une telle décision ministérielle éventuelle, Barcelona Traction eût pu exercer un recours devant le Tribunal Suprême.

(320) On ne sera pas surpris dans ces conditions que la jurisprudence invoquée s'avère à nouveau sans consistance.

Des trois arrêts cités, les deux premiers, celui du 30 mai 1959 et celui du 16 novembre 1959, se réfèrent à un refus d'exemption d'une taxe à l'importation opposé par la Commission des Taxes à l'Importation du Ministère du Commerce; le troisième, du 30 mars 1960, porte sur une décision du Sous-Secrétaire relative à l'inclusion d'une maison d'importation dans une certaine classe d'importateurs de coton.

Si ce qu'on a voulu démontrer en citant ces arrêts, c'est qu'au sein du Ministère du Commerce certaines décisions sont prises qui donnent lieu à un recours contentieux administratif, la chose est exacte, mais n'a jamais été contestée. Mais si on a entendu prouver qu'il en va ainsi en ce qui concerne l'Institut de Monnaie étrangère et que les trois arrêts ont été rendus en ce sens, alors il faut bien constater que c'est là une pure affirmation que ne justifient aucunement les décisions citées — à moins qu'une erreur matérielle se soit glissée dans l'indication de leurs dates.

CONCLUSIONS
EN RÉPONSE A L'EXCEPTION PRÉLIMINAIRE N° 1

I. Attendu que le Gouvernement belge fut informé le 26 janvier 1961 par M. Frère, Président de la Sidro, des pourparlers engagés entre les représentants de la Sidro et le groupe March au sujet de l'indemnisation des actionnaires de la Barcelona Traction; qu'il lui fut signalé en même temps que le comte de Motrico, ambassadeur d'Espagne à Paris, prêtait ses bons offices pour ces pourparlers, et que, par son intermédiaire, le groupe March avait fait savoir qu'il subordonnait l'ouverture de la négociation au « retrait définitif de la requête »;

Attendu que le Gouvernement belge, jugeant qu'il serait prématuré de retirer définitivement sa *Requête* avant de connaître le résultat de la négociation, proposa de demander à la Cour une suspension de la procédure; qu'en présence du refus opposé par le groupe March à cette suspension, et de l'assurance formelle donnée par le comte de Motrico que les négociations entre les groupes privés aboutiraient dans les quinze jours à une solution satisfaisante pour les deux parties, le Gouvernement belge proposa un désistement qui ne serait rendu effectif par l'acceptation du Gouvernement espagnol qu'après la conclusion d'un accord entre les parties privées;

Attendu que cette proposition ayant, elle aussi, été repoussée par le groupe March, le Gouvernement belge proposa au Gouvernement espagnol de l'autoriser à prier la Cour, au nom des deux parties, d'accorder à l'État défendeur un délai de six semaines pour prendre attitude sur le désistement; que le Gouvernement espagnol fit savoir qu'il ne faisait pas d'objection à l'octroi d'un pareil délai, mais qu'il refusait cependant de marquer expressément son accord à ce sujet, ensuite de quoi le Gouvernement belge exprima seul ce désir, auquel il fut donné satisfaction par la Cour;

Attendu que la déclaration adressée au Greffe de la Cour, le 23 mars 1961, par le Gouvernement belge porte explicitement que ce Gouvernement, « faisant usage de la faculté que lui donne l'article 69 du Règlement de la Cour, renonce à poursuivre l'instance introduite par ladite requête »;

II. Attendu que l'abandon d'une instance engagée — c'est-à-dire le désistement, au sens propre du terme — n'emporte, par lui-même, aucune renonciation au droit invoqué dans l'instance abandonnée; qu'il s'agit d'un simple acte de procédure; que cet acte ne doit donc nullement être assorti d'une réserve pour que la partie qui se désiste conserve son droit et, partant, puisse éventuellement introduire une nouvelle instance en vue de faire valoir ce droit, s'il persiste à être méconnu; qu'il en est particulièrement ainsi du désistement organisé par l'article 69 du Règlement de la Cour auquel le Gouvernement belge s'est expressément référé;

III. Attendu que le Gouvernement espagnol allègue que les informations reçues par lui du comte de Motrico l'auraient amené à comprendre que le Gouvernement belge renonçait définitivement à la protection de ses ressortissants lésés par la faillite de Bar-

celona Traction et qu'il aurait été confirmé dans cette croyance par les termes du désistement belge et les circonstances où il intervenait;

Attendu que le comte de Motrico n'avait aucune qualité pour se faire le porte-parole du Gouvernement belge, ni encore moins pour engager celui-ci envers le Gouvernement espagnol;

Attendu, au surplus, que le Gouvernement belge dénie formellement que soit le comte de Motrico, soit le Gouvernement espagnol aient pu lui prêter une intention aussi déraisonnable que celle de renoncer définitivement à son droit de protéger ses ressortissants contre la simple promesse faite par un groupe privé espagnol d'ouvrir avec eux une négociation en vue de déterminer, de commun accord, le montant d'une indemnité qui serait versée aux actionnaires de la Barcelona Traction;

Attendu qu'il ressort au contraire clairement, tant des termes employés dans le désistement que des circonstances qui l'entourèrent, qu'en notifiant celui-ci le Gouvernement belge a sans doute consenti à retirer « définitivement » la *Requête* dont la Cour était à ce moment saisie, mais que ce désistement de l'instance était exclusif de tout abandon du droit;

IV. Attendu qu'à supposer même que le Gouvernement espagnol ait cru apercevoir une certaine équivoque dans la déclaration de désistement, il avait le devoir de veiller à la dissiper, alors qu'il en avait la possibilité, au lieu de garder le silence et de ne l'invoquer qu'ultérieurement, alors que les négociations privées avaient échoué et que le Gouvernement belge se préparait à déposer une nouvelle requête; que le silence qu'il observa à ce sujet en avril 1961 le rend non recevable à se prévaloir aujourd'hui de la prétendue équivoque pour défendre une interprétation de la déclaration de désistement manifestement étrangère aux intentions du Gouvernement belge;

V. Attendu que le Traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage, conclu le 19 juillet 1927 entre l'Espagne et la Belgique, a pour but d'assurer le règlement de « tous les litiges » entre les Hautes Parties Contractantes (art. 1 et 2); qu'aucune disposition de ce Traité n'interdit à une Partie qui s'est désistée de mettre à nouveau en mouvement la procédure de conciliation et d'arbitrage prévue par ce même Traité, pour faire trancher un différend demeuré sans solution; qu'aucune disposition de ce même Traité ne déroge aux effets ordinaires d'un désistement et, en particulier, n'exige que la Partie qui se désiste, si elle entend se réserver la faculté d'introduire une nouvelle instance, exprime cette intention et obtienne à ce sujet le consentement de l'État défendeur;

PLAISE A LA COUR,

dire et juger que les moyens invoqués par le Gouvernement espagnol sont irrecevables dans la mesure où ce Gouvernement se prévaut de prétendues équivoques qu'il n'a pas dissipées comme il en avait le devoir et la possibilité;

que ces moyens sont en toute hypothèse non fondés et que le désistement de l'instance introduite par la *Requête* du 15 septembre 1958 ne fait nullement obstacle à l'introduction d'une nouvelle requête, le différend entre les Parties n'ayant fait l'objet d'aucun règlement amiable et subsistant encore aujourd'hui.

CONCLUSIONS
EN RÉPONSE A L'EXCEPTION PRÉLIMINAIRE PRINCIPALE N° 2

I. Attendu que le Gouvernement espagnol, au cours des négociations diplomatiques avec le Gouvernement belge, a reconnu qu'à dater de l'entrée de l'Espagne aux Nations Unies un lien de juridiction obligatoire existait devant la Cour internationale de Justice entre la Belgique et l'Espagne; qu'il est dès lors irrecevable à invoquer un prétendu défaut de compétence de la Cour internationale de Justice dans la présente affaire;

II. Attendu, au surplus, que l'admission de l'Espagne aux Nations Unies, le 14 décembre 1955, a eu pour effet de la rendre Partie au Statut de la Cour internationale de Justice et que, dès lors, elle est tenue, comme la Belgique, de reconnaître la compétence obligatoire de la Cour dans les cas prévus à l'article 37 dudit Statut;

III. Attendu que l'article 37 du Statut produit effet à l'égard de tous les États Parties au Statut, quelle que soit la date à laquelle ils le sont devenus;

IV. Attendu que la prétention du Gouvernement espagnol, suivant laquelle l'article 37 ne lierait que les États originaires de la Charte, ayant participé à la Conférence de San Francisco, est incompatible avec les termes de cette disposition comme avec le but poursuivi par ses rédacteurs et la manière dont elle a été appliquée en pratique;

V. Attendu que le Traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage, conclu le 19 juillet 1927 entre l'Espagne et la Belgique, est un traité en vigueur par le jeu d'une clause de tacite reconduction, dont le Gouvernement espagnol ne conteste pas les effets;

VI. Attendu que, du fait des obligations assumées par l'Espagne suivant l'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice, la Cour internationale de Justice est compétente dans les cas où le Traité de 1927 prévoit la compétence obligatoire de la Cour permanente de Justice internationale, et ceci nonobstant la dissolution de celle-ci;

VII. Attendu, dès lors, qu'un lien de juridiction obligatoire devant la Cour internationale de Justice existe entre la Belgique et l'Espagne dans les conditions prévues à l'article 17, al. 2 et 4, du Traité de 1927;

PLAISE A LA COUR,

dire et juger que l'exception préliminaire n° 2 est irrecevable;

subsidiatement, qu'elle est compétente pour connaître et décider des demandes formulées par le Gouvernement belge par *Requête* fondée sur l'article 17, § 4, du Traité hispano-belge de 1927 et l'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice.

CONCLUSIONS
EN RÉPONSE A L'EXCEPTION PRÉLIMINAIRE SUBSIDIAIRE N° 2

Attendu que, par l'effet de l'article 37 de son Statut, la Cour internationale de Justice constitue la juridiction entre les Parties à ce Statut dans le cas où un traité en vigueur entre elles prévoit le renvoi à la Cour permanente de Justice internationale;

Attendu qu'aucune clause *ratione temporis* du Traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage conclu le 19 juillet 1927 entre l'Espagne et la Belgique ne limite la compétence de la Cour dans le présent litige;

Attendu que la prétention qu'un nouveau traité de juridiction obligatoire serait entré en vigueur entre l'Espagne et la Belgique le 14 décembre 1955 est dépourvue de tout fondement; que c'est, au surplus, manifestement à tort que le Gouvernement espagnol s'efforce d'introduire dans le prétendu nouveau traité une clause *ratione temporis* en prétendant s'inspirer du protocole final de 1927 dont le texte conduit à des solutions opposées;

PLAISE A LA COUR,

rejeter l'exception préliminaire subsidiaire n° 2 présentée par le Gouvernement espagnol et se déclarer compétente pour connaître du différend qui lui a été soumis par *Requête* du Gouvernement belge.

CONCLUSIONS

EN RÉPONSE A L'EXCEPTION PRÉLIMINAIRE N° 3

I. Attendu que la *Requête* introduite par le Gouvernement belge devant la Cour internationale de Justice, le 14 juin 1962, a pour objet la protection non de la société de statut canadien Barcelona Traction, mais celle des actionnaires belges de cette société lésés par sa mise en faillite et les autres mesures prises ultérieurement à son égard;

II. Attendu qu'il est établi en fait que la participation d'actionnaires belges dans la Barcelona Traction, société de statut canadien, est supérieure à 88 %, tant à la date à laquelle s'est produit le premier fait dommageable, soit la déclaration de faillite du 12 février 1948, qu'à celle de l'introduction de la présente instance devant la Cour internationale de Justice, le 14 juin 1962, les intérêts de la Société Internationale d'Énergie Hydro-Électrique (SIDRO), de statut belge, représentant à chacune de ces deux dates, respectivement 75,77 % et 77 % du capital-actions de la Barcelona Traction;

III. Attendu que pour interpréter la demande belge comme « manifestation d'une protection diplomatique de la société en tant que telle », le Gouvernement espagnol se base essentiellement sur certaines Conclusions présentées par le Gouvernement belge dans une instance antérieure dont la Belgique s'est désistée et qui a été radiée du rôle de la Cour; que cette prétention de rattacher l'instance actuellement pendante à une instance antérieure est manifestement irrecevable et d'ailleurs incompatible avec les articles 41, chiffre 2, 62, chiffre 2, et 74 du Règlement de la Cour, qui prévoient une procédure ordonnée et claire dans laquelle tous les actes de procédure sont liés les uns aux autres sans possibilité d'y introduire ceux d'une procédure radiée;

que doivent par conséquent être omises comme sans pertinence les considérations du Gouvernement espagnol relatives à l'instance radiée du rôle de la Cour par l'Ordonnance du 10 avril 1961;

IV. Attendu que c'est de même à tort que le Gouvernement espagnol invoque, à l'appui de son interprétation de la demande belge, le fait que celle-ci aurait postulé la restitution *in integrum* de la Barcelona Traction;

Attendu, il est vrai, que le Gouvernement belge a demandé, en ordre principal, l'annulation du jugement de faillite et des actes judiciaires et autres qui en ont découlé, mais uniquement comme un mode d'effacement de toutes les conséquences que ces actes contraires au droit des gens avaient eues pour ses ressortissants;

que cette demande est entièrement conforme non seulement aux dispositions du Traité hispano-belge de 1927, mais également aux règles du droit des gens relatives à l'obligation d'un État de réparer le dommage qu'il a causé par un acte ou une omission internationalement illicites, qui prévoient que la réparation doit, en premier lieu, consister dans le rétablissement de l'état de fait et de droit antérieur à l'atteinte illicite, et que ce n'est que lorsque ce mode de réparation est impossible qu'il peut être remplacé par le paiement de dommages-intérêts;

que, par ailleurs, la question du mode de réparation du préjudice subi concerne manifestement le fond du litige, et non pas la recevabilité de la *Requête* ;

V. Attendu qu'il est de doctrine et de jurisprudence que, dans les cas de dommages causés illicitement par un État au patrimoine d'une société douée de personnalité juridique, mais dans laquelle des ressortissants étrangers ont des intérêts substantiels, la protection internationale peut être exercée par l'État national des actionnaires ou associés pour le montant de leurs participations sociales et intérêts ;

VI. Attendu qu'en introduisant la présente instance, le Gouvernement belge ne perd pas de vue que le droit de protection appartient en principe également au Gouvernement de l'État dont une société tient son statut national, sans que ce droit ait un caractère préférentiel ou exclusif ;

que toutefois l'État dont la société a le statut national ne peut la protéger par la voie diplomatique ou judiciaire que s'il existe un lien effectif de rattachement entre ses ressortissants et la société lésée ;

que, sans qu'il y ait lieu de rechercher si en l'espèce le statut national canadien de Barcelona Traction se doublait d'un lien effectif de rattachement, il suffit de constater que, longtemps avant l'introduction de la *Requête* belge, le Canada avait renoncé à poursuivre son action diplomatique ;

VII. Attendu que le droit de protection de l'État national des actionnaires ou associés lésés peut être exercé à l'encontre de l'État responsable du dommage causé sans qu'il y ait lieu de distinguer si ce dernier État est celui du statut national de la société ou un autre État ;

VIII. Attendu que le droit de protection de l'État national des actionnaires d'une société n'est nullement subordonné à la dissolution de cette société ou à une paralysie de ses organes résultant des actes incriminés ;

qu'au demeurant la Barcelona Traction, bien que ne pouvant être juridiquement dissoute par un jugement de faillite rendu en Espagne, est virtuellement dissoute et ne peut se survivre à elle-même que grâce à l'aide qui lui est assurée par la Sidro, société de statut belge qui est son principal actionnaire ;

IX. Attendu toutefois que si la Cour venait à estimer, contrairement aux thèses soutenues par le Gouvernement belge, que la qualité pour agir de celui-ci dépendrait des conditions indiquées dans les *Exceptions préliminaires*, elle serait nécessairement amenée à vérifier si ces conditions sont remplies, ce qui soulèverait des questions que la Cour ne pourrait aborder sans examiner les mérites de la demande belge ;

PLAISE A LA COUR :

rejeter l'exception préliminaire n° 3 soulevée par le Gouvernement espagnol et déclarer le Gouvernement belge recevable en sa demande ;

subsidièrement, surseoir à statuer sur cette exception n° 3 et la joindre au fond de la cause.

CONCLUSIONS

EN RÉPONSE A L'EXCEPTION PRÉLIMINAIRE N° 4

Attendu que l'exception préliminaire tirée d'un prétendu non-épuisement des voies de recours internes est également non fondée, compte tenu du fait que la règle de droit international invoquée, telle qu'elle se trouve reprise à l'article 3 du Traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage conclu entre l'Espagne et la Belgique le 19 juillet 1927, ne subordonne le recours aux procédures prévues par le Traité qu'à l'utilisation préalable, jusqu'à jugement définitif, des voies de recours normales, accessibles, présentant des chances sérieuses d'efficacité, et seulement pendant un délai raisonnable;

Attendu, en effet, qu'en l'espèce il a été satisfait à cette exigence bien au delà de ce qu'on peut attendre de la moyenne des plaideurs, la Partie défenderesse évaluant elle-même à 2.736 les seules ordonnances rendues en la cause par les tribunaux espagnols à la date du dépôt de la *Requête* belge, en ce non comprise la plus grande partie de celles rendues par la Cour Suprême;

Attendu que pour établir l'insuffisance d'une lutte judiciaire aussi ardente et prolongée, le Gouvernement espagnol ne fait état que des recours intentés par la seule Barcelona Traction contre le seul jugement de faillite, lesquels recours auraient été tardifs ou non recevables, ainsi que le décidèrent les tribunaux espagnols postérieurement au dépôt de la *Requête*;

I. Attendu que ce raisonnement perd de vue que le dommage subi par les intéressés belges et dont le Gouvernement belge poursuit la réparation est non le résultat de la seule déclaration de faillite de Barcelona Traction, mais de l'inadmissible extension donnée aux saisies, et constitue l'aboutissement d'une série de mesures postérieures illégales ou grossièrement injustes qui, avec l'approbation du tribunal, conduisirent finalement le 4 janvier 1952 à l'adjudication des biens à FECSA;

que les graves irrégularités du jugement de faillite firent dès le lendemain de son prononcé l'objet de recours de la part des sociétés auxiliaires victimes de la saisie, et que chacune des mesures ultérieures fut de même attaquée soit par Barcelona Traction, soit par la National Trust, les sociétés auxiliaires ou d'autres co-intéressés;

que les recours des sociétés auxiliaires contre le jugement de faillite furent bientôt éliminés par des désistements signifiés par des avoués constitués en lieu et place des leurs par les pseudo-conseils d'administration émanant des organes de la faillite; que ce procédé, admis à tous les degrés de juridiction, rendit vains tous recours ultérieurs par ces sociétés; que nombre de recours présentés par Barcelona Traction et d'autres co-intéressés contre les mesures ultérieures firent l'objet de décisions définitives de rejet, en sorte que rien ne peut retenir la Cour de se prononcer sur les griefs qui s'y trouvent énoncés ou les dénis de justice qui, suivant le Gouvernement belge, entachent ces décisions;

II. Attendu qu'en ce qui concerne l'opposition et les demandes incidentes de nullité de Barcelona Traction ou les divers autres recours de Barcelona Traction ou co-intéressés qui se trouvaient suspendus au moment du dépôt de la *Requête*, il y a lieu de tenir compte du fait que, lorsque prit fin leur suspension, ils avaient depuis dix ans

déjà perdu toute efficacité, vu que leur succès éventuel n'aurait pu entraîner l'annulation de la vente;

que notamment une revalidation des titres des sociétés auxiliaires appartenant à Barcelona Traction, abusivement annulés avec l'approbation des tribunaux, aurait été impuissante à les revaloriser, vu les dissolutions et manipulations dont les sociétés avaient été l'objet dans l'intervalle;

qu'il est dès lors sans pertinence que les recours visés au présent paragraphe aient encore été pendants lors du dépôt de la *Requête*, ou qu'ils aient fait l'objet depuis lors de décisions défavorables contre lesquelles il ne fut pas recouru;

Attendu toutefois que le Gouvernement belge reconnaît que la Cour internationale de Justice, pour pouvoir décider si les griefs visés dans l'opposition de Barcelona Traction ont été soumis en temps utile aux juridictions espagnoles, comme pour pouvoir juger de la recevabilité des demandes incidentes de Barcelona Traction ou de la contestation de compétence de National Trust, devrait prendre position à l'égard des thèses opposées développées à ce sujet par l'un et l'autre Gouvernements;

qu'en ce faisant, la Cour prendrait position en même temps à l'égard de certaines des accusations de déni de justice formulées dans la *Requête* belge;

que dès lors il y a lieu sur ces points de joindre l'exception au fond;

III. Attendu qu'en ce qui concerne la part prise par les autorités administratives à la spoliation de Barcelona Traction au profit de Juan March, la législation espagnole n'offrait manifestement aux intéressés aucun recours susceptible d'obtenir l'annulation des décisions défavorables prises par ces autorités, et que les suggestions émises à cet égard par le Gouvernement défendeur sont formellement contredites par la doctrine et la jurisprudence espagnoles;

PLAÎSE A LA COUR

déclarer l'exception n° 4 non fondée, sauf à la joindre au fond et à surseoir à statuer en tant qu'elle s'applique à certains des griefs formulés dans la demande du Gouvernement belge contre les décisions des autorités judiciaires espagnoles.

Bruxelles, le 14 août 1963.

L'Agent du Gouvernement belge,

(signé) Yves DEVADDER.

LISTE DES ANNEXES ET APPENDICES AUX
OBSERVATIONS ET CONCLUSIONS DU
GOUVERNEMENT BELGE

N° des
annexes

1. Note sur la prétendue organisation et les prétendues activités en Espagne de la société canadienne Barcelona Traction.

Appendice n° 1 : *Trust deeds* des *First Mortgage* du 1^{er} décembre 1911 et *trust deeds* des *Prior Lien* du 10 juillet 1915 (extraits).

Appendice n° 2 : Jugement du juge de première instance de Barcelone rendu le 15 décembre 1926 en cause *Ferrocarriles de Cataluna*.

Appendice n° 3 : Lettre du 3 novembre 1960 de M. A. Graydon Q.C. à M. Bachrach.

Appendice n° 4 : Arrêt du Tribunal suprême du 28 mai 1934.

2. Note sur la prétendue origine espagnole des capitaux investis par la Barcelona Traction en Espagne.
3. Note sur les prétendus profits excessifs que se seraient procurés les fondateurs du groupe.

Appendice n° 1 : Extrait du prospectus publié en vue de la vente des « 8% Secured Debentures ».

4. Note relative au prétendu état de faillite latente de la Barcelona Traction.

Appendice n° 1 : Rapport du D^r H. F. Parshall.

Appendice n° 2 : Cours des obligations de la Barcelona Traction.

5. Réquisitoire du procureur de la République française du 22 novembre 1913.
6. Mémorandum au sujet des négociations menées en 1961 entre les représentants de Sidro et du groupe majoritaire de Fecsa.

Appendice n° 1 : Photocopie de la note écrite de la main du comte de Motrico relatant les conditions auxquelles Juan March prétendait soumettre toute négociation.

Appendice n° 2 : Lettre du 22 octobre 1960 de M. Hernández au comte de Motrico (à la traduction française est joint le texte espagnol).

Appendice n° 3 : Lettre du 10 novembre 1960 de M. Hernández au comte de Motrico (à la traduction française est joint le texte espagnol).

Appendice n° 4 : Lettre du 2 décembre 1960 de M. Frère à M. Hernández.

Appendice n° 5 : Lettre du 24 janvier 1961 de M. Hernández au comte de Motrico (à la traduction française est joint le texte espagnol).

Appendice n° 6 : Lettre du 23 février 1961 de M. Frère au comte de Motrico et réponse de ce dernier du 24 février (à la traduction française de cette réponse est jointe une photocopie de l'original).

Appendice n° 7 : Projet d'aide-mémoire.

Appendice n° 8 : Projet d'aide-mémoire amendé de la main du comte de Motrico.

Appendice n° 9 : Projet de lettre portant la date du 9 mars 1961 présenté par M. Frère au comte de Motrico.

- Appendice n° 10* : Photocopie d'un nouveau projet de lettre mis au point par M. Frère et portant de la main de celui-ci les corrections suggérées par le comte de Motrico.
- Appendice n° 11* : Lettre du 20 mars 1961 de M. Frère au comte de Motrico et réponse de ce dernier de même date (à la traduction française de cette réponse est jointe photocopie de l'original).
- Appendice n° 12* : Photocopie d'un premier projet de lettre de désistement remis au comte de Motrico et renvoyé par ce dernier à M. Frère avec ses annotations.
- Appendice n° 13* : Deux projets de lettres de désistement préparés par le ministère belge des Affaires étrangères.
- Appendice n° 14* : Note datée du 11 avril 1961 intitulée « Indemnité aux actionnaires de la Barcelona Traction » exposant le point de vue de Sidro.
- Appendice n° 15* : Note remise le 12 avril 1961 au comte de Motrico par MM. March et Zuloaga (à la traduction française est joint le texte espagnol).
- Appendice n° 16* : Note datée du 14 avril 1961 intitulée « Indemnité aux actionnaires de la Barcelona Traction » remise par M. Frère au comte de Motrico.
- Appendice n° 17* : Nouvelle note datée du 17 avril 1961 et également intitulée « Indemnité aux actionnaires de la Barcelona Traction » remise par M. Frère au comte de Motrico.
- Appendice n° 18* : Extraits du rapport de l'administrateur-secrétaire de Fecsa à l'assemblée générale de cette société.
- Appendice n° 19* : Allocution du Président à l'Assemblée générale ordinaire des actionnaires de la Sofina du 27 avril 1961 (partie relative à la Barcelona Traction).
- Appendice n° 20* : Lettre du 25 avril 1961 de M. Frère au comte de Motrico.
- Appendice n° 21* : Note relative au rôle joué par le comte de Motrico dans les négociations, et proposées par M. March à la signature des parties (à la traduction française est joint le texte espagnol).
- Appendice n° 22* : Lettre du 9 septembre 1961 de M. Frère à M. March.
- Appendice n° 23* : Attestation de M. Zozaya, porteur de la lettre qui précède.
- Appendice n° 24* : Lettre du 12 septembre 1961 de M. Frère à Fuerzas Eléctricas de Cataluña S.A.
- Appendice n° 25* : Réponse du 18 septembre 1961 de M. March à M. Frère.
- Appendice n° 26* : Réponse du 3 octobre 1961 de M. Frère à la lettre précédente de M. March.
- Appendice n° 27* : Lettre du 25 octobre 1961 de M. March à M. Frère et lettre du 26 octobre 1961 de M. Zuloaga à M. Frère.
- Appendice n° 28* : Lettres du 24 novembre 1961 de M. Frère à MM. March et Zuloaga.
- Appendice n° 29* : Lettre du 25 novembre 1961 de M. Hernández au comte de Motrico (à la traduction française est joint le texte espagnol).
- Appendice n° 30* : Réponse du 12 décembre 1961 du comte de Motrico à M. Hernández (à la traduction française est joint le texte espagnol).

7. Photocopie du document produit par le Gouvernement espagnol dont étaient extraites les citations reproduites au paragraphe 26 (p. 98) des *Exceptions préliminaires* (à ce document en traduction française est jointe la photocopie du texte espagnol).
8. Photocopie du document produit par le Gouvernement espagnol dont est extraite une citation reproduite au paragraphe 29 (p. 99) des *Exceptions préliminaires*. A la même annexe figurent d'autres documents communiqués en même temps par le Gouvernement espagnol comme se référant également au paragraphe 29 des *Exceptions préliminaires*.
9. Rapport du vicomte Berryer à M. Paul-Henri Spaak du 14 juillet 1961.
10. Certificat d'enregistrement de la firme Charles Gordon and Co.
11. Mesures de protection adoptées pendant la deuxième guerre mondiale à l'égard des actions Barcelona Traction appartenant à Sidro.
Appendice n° 1: Rapport d'inspection.
12. Lettre du 6 juin 1963 de M. H. C. F. Mockridge à M. Bachrach au sujet de l'inscription d'actions au nom d'un *nominee*.
13. Lettre du Département du secrétaire d'Etat du Canada, Office du séquestre, adressée le 29 avril 1947 à M. Gow.
14. Relevé établi par Securitas des titres dont elle avait la garde au 31 décembre 1939.
15. Lettre du 6 juin 1963 de M. H. C. F. Mockridge à M. Bachrach établissant que la mention du blocage ne devait pas être faite sur le registre des actions nominatives.
16. Déclaration faite par la Sidro le 12 mars 1946 de ses valeurs mobilières sur l'étranger.
17. Certificat constatant la fin de l'état de danger.
18. Lettre du 24 septembre 1946 de Securitas à Sidro.
19. Lettre du 19 avril 1948 de Sidro à Newman and Co.
20. Lettre du 3 mai 1948 de Securitas à Sidro.
21. Lettre du 3 mai 1948 de Newman and Co. à Sidro.
22. Lettre du 7 juin 1948 de Newman and Co. à Sidro.
23. Lettre du 7 juin 1963 de la Canadian Imperial Bank of Commerce à M. Bachrach décrivant la pratique bancaire au Canada lorsque des actions sont inscrites au nom d'un *nominee*.
24. Lettre du 6 juin 1963 de la firme Arthur Andersen and Co. à M. Bachrach exposant les règles de comptabilité suivies lorsque des actions sont inscrites au nom d'un *nominee*.
25. Certificat de deux anciens administrateurs de Securitas en date du 30 octobre 1958.
26. Lettres du 31 juillet 1947 de Securitas à Sidro, du 27 novembre 1947 de Sidro à Sofina et du 3 décembre 1947 de Sofina à Sidro au sujet du transfert par Securitas à Sofina des actions déposées à la Winchester House.
27. Lettres des 31 janvier, 17 février et 14 mars 1947 de l'Institut belgo-luxembourgeois du change à la Sidro autorisant le transfert de New York à Bruxelles de 2.500 actions de la Barcelona Traction.
28. Note détaillée relative aux actions au porteur de la Barcelona Traction à la date du 12 février 1948.

Appendice n° 1: Exposé des mesures légales et réglementaires prises en Belgique au sujet des titres et valeurs et notamment

de celles qui ont conduit à la délivrance et à l'apposition des certificats de bonne provenance.

Sous-appendice n° 1 : Arrêté-loi du 6 octobre 1944 relatif à la déclaration des avoirs en or et en monnaies étrangères, des biens situés à l'étranger et des valeurs sur l'étranger.

Sous-appendice n° 2 : Arrêté-loi du 6 octobre 1944 relatif au contrôle des changes.

Sous-appendice n° 3 : Arrêté du régent du 6 octobre 1944 relatif au contrôle des changes.

Sous-appendice n° 4 : Arrêté du régent du 8 mai 1945 relatif au contrôle des changes.

Sous-appendice n° 5 : Règlement n° 12 de l'Institut belgo-luxembourgeois du change relatif aux opérations sur titres et coupons étrangers ainsi que sur titres belges et luxembourgeois détenus par des étrangers ou à l'étranger.

Sous-appendice n° 6 : Note de service n° 217 de la Banque nationale de Belgique.

Appendice n° 2 : Lettre du 2 août 1946 de la Sidro à l'Institut belgo-luxembourgeois du change.

Appendice n° 3 : Lettre du 18 septembre 1946 de la Sidro à l'Institut belgo-luxembourgeois du change.

Appendice n° 4 : Lettre du 20 septembre 1946 de l'Institut belgo-luxembourgeois du change à la Sofina.

29. Réfutation des arguments du rapport de MM. Rackier et Berghmans concernant la participation étrangère dans la Sidro et la Sofina.
30. Réalité des intérêts belges dans la Sidro et la Sofina.

Appendice n° 1 : Dispositions légales et réglementaires belges en matière de recensement, certification et échange de titres belges.

Sous-appendice n° 1 : Arrêté-loi du 6 octobre 1944 relatif au recensement des titres belges et étrangers.

Sous-appendice n° 2 : Arrêté ministériel du 26 mai 1945 relatif à la libre circulation des titres négociés en bourse.

Sous-appendice n° 3 : Modèle type de certificat de déclaration.

Sous-appendice n° 4 : Arrêté ministériel du 26 mai 1945 relatif à la preuve de la propriété des titres belges au porteur à une date antérieure au 10 mai 1940.

Sous-appendice n° 5 : Arrêté ministériel du 11 janvier 1946 relatif à la libre circulation des titres belges et étrangers.

Sous-appendice n° 6 : Arrêté ministériel du 22 mai 1946 relatif à la preuve de la propriété non ennemie des titres belges déclarés à l'étranger.

Sous-appendice n° 7 : Arrêté du régent du 17 janvier 1949 relatif à l'annulation des titres belges au porteur non déclarés.

Appendice n° 2 : Consultation de M. Emmanuel de Miomandre, conseiller juridique de la Banque nationale de Belgique.

Appendice n° 3 : Explication de la méthode suivie pour l'établissement du certificat de la firme Deloitte, Plender, Griffiths and Co. figurant à l'annexe n° 16 du mémoire belge et relatif à la participation belge dans Sidro.

Sous-appendice n° 1 : Lettre du 23 novembre 1951 du ministère

des Finances à la Sofina au sujet de la conversion en titres multiples de 290.000 actions Sidro.

Sous-appendice n° 2: Lettre du 1^{er} juin 1951 du ministère des Finances à la Sodéc au sujet de la conversion en titres multiples de 166.293 actions Sidro.

Sous-appendice n° 3: Photocopie de la page du registre des actions nominatives de la Sidro relative à l'inscription de 166.293 actions au nom de Sodéc.

Sous-appendice n° 4: Photocopie de la page du registre des actions nominatives de la Sidro relative à l'inscription de 290.000 actions au nom de Sofina.

Sous-appendice n° 5: Certificat de la firme Deloitte, Plender, Griffiths and Co. en date du 22 février 1961.

Appendice n° 4: Explication de la méthode suivie pour l'établissement des certificats de la firme Deloitte, Plender, Griffiths and Co. figurant aux annexes 18 et 19 du mémoire belge et relatif à la participation belge dans la Sofina.

Sous-appendice n° 1: Lettre du 9 août 1947 de l'Institut belgo-luxembourgeois du change à la Sofina autorisant notamment l'importation de 10.137 actions Sofina et leur réexportation après apposition d'un certificat de déclaration.

Sous-appendice n° 2: Lettre du 26 juillet 1948 du ministère des Finances à la Sofina sur le même sujet.

Sous-appendice n° 3: Certificat de la firme Deloitte, Plender, Griffiths and Co. en date du 22 février 1961.

Sous-appendice n° 4: Photocopie de la page du registre des actions nominatives de la Sofina relative aux 10.000 actions attribuées à l'Etat belge.

Sous-appendice n° 5: Lettre du 17 février 1947 de la Sofina au Crédit suisse au sujet du paiement du dividende aux actions de la Sofina pour l'exercice 1946.

Appendice n° 5: Lettres circulaires envoyées aux banquiers et agents de change.

Appendice n° 6: Dispositions fiscales adoptées en Belgique suite à la loi du 14 février 1961.

31. Tableau des principaux recours intentés par la Barcelona Traction et les autres sociétés antérieurement au dépôt de la requête.
32. Traduction des articles de lois espagnoles cités dans les observations en réponse à l'exception préliminaire n° 4.
33. Recours du 23 février 1948 de l'Ebro, présenté au juge de Reus, dans lequel elle donnait à ses griefs, pour autant que de besoin, la forme de l'opposition au jugement de faillite.
34. Recours de reconsidération du 2 mars 1948 des sociétés Aplicaciones Eléctricas, Saltos de Cataluña, Saltos del Ebro, Energía Eléctrica de Cataluña, Española Hidráulica del Freser, Compañía General de Electricidad, Saltos del Segre et Unión Eléctrica, contre la saisie de leurs biens.
35. Extrait du procès-verbal du contre-interrogatoire de M. Valls par M^e Diplock, avocat de la Sidro, et son réinterrogatoire par sir Andrew Clark, avocat du Comité des obligataires.
36. Note au sujet des recours possibles contre les actes des autorités administratives.