

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE
MÉMOIRES, PLAIDOIRIES ET DOCUMENTS

AFFAIRE DE LA BARCELONA
TRACTION, LIGHT AND POWER
COMPANY, LIMITED

(NOUVELLE REQUÊTE: 1962)

(BELGIQUE c. ESPAGNE)

VOLUME V

Réplique

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE
PLEADINGS, ORAL ARGUMENTS, DOCUMENTS

CASE CONCERNING THE
BARCELONA TRACTION, LIGHT
AND POWER COMPANY, LIMITED

(NEW APPLICATION: 1962)

(BELGIUM v. SPAIN)

VOLUME V

Reply



Référence abrégée:

*C.I.J. Mémoires, Barcelona Traction, Light and Power Company,
Limited (nouvelle requête : 1962),
vol. V*

Abbreviated reference:

*I.C.J. Pleadings, Barcelona Traction, Light and Power Company,
Limited (New Application: 1962),
Vol. V*

N° de vente: **409**
Sales number:

AFFAIRE DE LA BARCELONA
TRACTION, LIGHT AND POWER
COMPANY, LIMITED
(NOUVELLE REQUÊTE: 1962)
(BELGIQUE c. ESPAGNE)

CASE CONCERNING
THE BARCELONA TRACTION, LIGHT
AND POWER COMPANY, LIMITED
(NEW APPLICATION: 1962)
(BELGIUM *v.* SPAIN)

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

MÉMOIRES, PLAIDOIRIES ET DOCUMENTS

AFFAIRE DE LA BARCELONA
TRACTION, LIGHT AND POWER
COMPANY, LIMITED

(NOUVELLE REQUÊTE: 1962)

(BELGIQUE c. ESPAGNE)

VOLUME V

Réplique

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

PLEADINGS, ORAL ARGUMENTS, DOCUMENTS

CASE CONCERNING THE
BARCELONA TRACTION, LIGHT
AND POWER COMPANY, LIMITED

(NEW APPLICATION: 1962)

(BELGIUM v. SPAIN)

VOLUME V

Reply



PLAN GÉNÉRAL DE LA PUBLICATION

L'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête : 1962), inscrite au rôle général de la Cour sous le numéro 50 le 19 juin 1962, a fait l'objet de deux arrêts rendus le 24 juillet 1964 (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1964, p. 6*) et le 5 février 1970 (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3*).

Les mémoires et plaidoiries relatifs à cette affaire sont publiés dans l'ordre suivant :

- Volume I. Introduction de l'instance et début de la procédure écrite;
- Volumes II-III. Procédure orale (exceptions préliminaires);
- Volume IV. Contre-mémoire;
- Volume V. Réplique;
- Volumes VI-VII. Duplique;
- Volumes VIII-X. Procédure orale (deuxième phase) et correspondance.

Les documents (annexes aux pièces de procédure écrite et documents présentés après la fin de la procédure écrite) seront traités séparément.

N.B. — Le dossier de la première affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, introduite en 1958 et rayée du rôle en 1961, a fait également l'objet d'un traitement séparé (voir *C.I.J. Mémoires, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*).

GENERAL PLAN OF PUBLICATION

The case concerning the *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (New Application: 1962), entered as No. 50 in the Court's General List on 19 June 1962, was the subject of two judgments, the first of 24 July 1964 (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1964, p. 6*) and the second of 5 February 1970 (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3*).

The order of publication of the pleadings and oral arguments in this case is as follows:

- Volume I. Institution of proceedings and initial pleadings;
- Volumes II-III. Oral proceedings (preliminary objections);
- Volume IV. Counter-Memorial;
- Volume V. Reply;
- Volumes VI-VII. Rejoinder;
- Volumes VIII-X. Oral proceedings (second phase) and correspondence.

The documents (annexes to the pleadings and documents submitted after the closure of the written proceedings) will be treated separately.

N.B. The documentation in the first case concerning the *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, brought before the Court in 1958 and removed from the List in 1961, has also been the subject of separate treatment (see *I.C.J. Pleadings, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*).

MATIÈRES DU VOLUME V

Le présent volume contient la réplique du Gouvernement belge.

Cette pièce est reproduite en offset d'après son texte imprimé original. Seuls les renvois à certaines autres publications de la Cour ont été modifiés en tant que de besoin; lorsqu'il s'agit d'un renvoi à un autre volume de la présente édition, un chiffre romain gras indique le numéro de ce volume. Les renvois aux annexes aux pièces de la procédure écrite ont été laissés tels quels et visent par conséquent la pagination du texte imprimé original.

CONTENTS OF VOLUME V

This volume contains the Reply of the Belgian Government.

These pleadings are printed by offset reproduction of the original letterpress. The only modifications are of references to other of the Court's publications, where necessary; where the reference is to another volume of the present edition, the volume number is indicated by a roman figure in bold type. The references to the Annexes to the Pleadings have been left unchanged, and consequently relate to the pagination of the original printed text.

Table des Matières

| | <i>Page</i> |
|---|-------------|
| INTRODUCTION | I |
| PREMIERE PARTIE | |
| CHAPITRE I — La procédure de faillite | 3 |
| Introduction | 3 |
| SECTION I — Le jugement de faillite, les décisions complémentaires et leur exécution | 5 |
| I. — La requête du 9 février 1948 | 5 |
| II. — L'ordonnance du 10 février 1948 | 8 |
| III. — Le jugement de déclaration de faillite | 10 |
| a) Omission dans le jugement de faillite de disposi- tions prévues par la loi | 10 |
| b) Les illégalités affectant celles des dispositions du jugement de faillite qui rentrent dans le cadre normal de pareils jugements | 11 |
| 1° — Les considérants relatifs à la juridiction et à la compétence | 11 |
| 2° — La motivation de la déclaration de faillite | 13 |
| 3° — L'ordre de saisie des biens de la Barcelona Traction donnés en gage à la National Trust | 16 |
| 4° — La nomination du commissaire et du sé- questre provisoire | 17 |
| 5° — Les ordres de publication du jugement de faillite | 19 |

| | <i>Page</i> |
|--|-------------|
| c) Dispositions contenues dans le jugement de faillite et les décisions connexes, et qui sont étrangères au cadre légal de la faillite | 22 |
| 1 ^o — La saisie des actifs des sociétés auxiliaires | 22 |
| A — Portée réelle de la saisie des actifs des sociétés auxiliaires | 24 |
| (i) Etendue générale de la saisie des actifs | 24 |
| (ii) L'absence de caractère conservatoire de la saisie des actifs. | 28 |
| (iii) L'absence de caractère temporaire de la saisie des actifs | 28 |
| B — La prétendue reconnaissance par le juge de Reus de la personnalité distincte des sociétés auxiliaires | 34 |
| C — Motivation imaginée dans le <i>Contre-Mémoire</i> pour justifier la saisie des actifs | 37 |
| 2 ^o — Les pouvoirs donnés au commissaire de révoquer le personnel des sociétés auxiliaires. | 38 |
| 3 ^o — La possession médiate et civilissime des titres des sociétés auxiliaires | 40 |
| SECTION II — La pseudo-normalisation des sociétés auxiliaires | 46 |
| I. — La révocation des administrateurs | 47 |
| II. — La nomination des nouveaux administrateurs | 49 |
| III. — La révision des statuts de six sociétés auxiliaires, avec annulation des anciens titres et hispanisation de deux sociétés qui étaient canadiennes | 52 |
| a) Les sommations préalables faites à la Barcelona Traction et à la National Trust de livrer les titres | 52 |
| b) Les révisions des statuts de six sociétés auxiliaires et les annulations de titres | 55 |

| | |
|---|----|
| SECTION III — La paralysie des recours contre le jugement de faillite et contre les mesures connexes | 62 |
| I. — Désisions ajournant les recours | 63 |
| a) Suspensions décrétées à raison du déclinatoire Garcia del Cid | 63 |
| b) Suspensions décrétées à raison du déclinatoire Boter | 65 |
| c) Les moyens mis en œuvre pour prolonger l'effet suspensif unilatéral du déclinatoire Boter | 69 |
| 1° — L'octroi à Boter d'un délai extraordinaire de preuve | 69 |
| 2° — Les admissions d'appel à deux effets | 70 |
| 3° — L'incident Genora | 71 |
| 4° — L'application abusive du principe : Le criminel tient le civil en état | 73 |
| II. — Décisions qui ont déclaré les recours irrecevables ou qui y ont <i>définitivement fait obstacle</i> | 75 |
| a) Décisions basées sur le défaut de qualité de l'auteur du recours | 75 |
| 1° — A l'égard des sociétés auxiliaires | 75 |
| 2° — A l'égard du personnel dirigeant de l'Ebro révoqué | 76 |
| 3° — A l'égard de la National Trust | 78 |
| b) Extinction par substitutions d'avoués et désistements | 80 |
| c) Extinction par la prétendue chose jugée | 83 |

| | <i>Page</i> |
|--|-------------|
| SECTION IV — Les mesures préparatoires à la vente et la vente. | 86 |
| I. — La nomination des syndics | 86 |
| II. — Les motifs invoqués dans la demande d'autorisation de vente des syndics | 93 |
| III. — Utilisation abusive de l'expertise internationale dans l'intérêt du groupe March | 96 |
| a) L'omission d'un expert belge | 97 |
| b) La désignation comme expert de M. Andany. | 98 |
| c) Le véritable objet de l'expertise et ses déformations | 99 |
| d) L'altération des conclusions des experts dans la déclaration conjointe des Gouvernements | 102 |
| e) L'altération de la déclaration conjointe dans le communiqué officiel du Gouvernement espagnol | 102 |
| IV. — L'objet de la vente | 103 |
| V. — Modalités et conditions de la vente | 108 |
| a) Vente aux enchères et par courtier. — Evaluation non contradictoire des biens. | 108 |
| b) L'évaluation des biens par l'expert Soronellas | 109 |
| c) Le cahier des charges de la vente | 119 |
| d) L'adjudication | 125 |
| SECTION V — Les conséquences des mesures dénoncées et leur caractère irrémédiable | 127 |
| CHAPITRE II — Réfutation de la thèse suivant laquelle la cause de la mise en faillite de la Barcelona Traction serait imputable à ses dirigeants | 132 |
| SECTION I — La prétendue faillite latente et la prétendue irrégularité foncière de la Barcelona Traction et des sociétés de son groupe | 136 |

| | |
|---|-----|
| Sous-Section 1 — Exposé sur les groupes de sociétés, leurs méthodes de gestion et de constitution | 139 |
| Sous-Section 2 — L'absence de toute fraude et de toute irrégularité lors de la formation du groupe de la Barcelona Traction | 160 |
| a) La création des trois sociétés de base | 160 |
| b) Le caractère prétendument fictif de Spanish Securities | 164 |
| c) La formation du capital de la Barcelona Traction | 165 |
| d) La formation du capital de l'Ebro | 171 |
| e) L'évolution ultérieure du capital des deux sociétés | 172 |
| f) L'émission des obligations par ces sociétés au point de vue juridique | 173 |
| Sous-Section 3 — Le développement du groupe et la prétendue complexité de celui-ci | 176 |
| a) La structure générale du groupe | 176 |
| b) L'acquisition des participations et la constitution de sociétés filiales nouvelles | 180 |
| c) Conventions entre les sociétés du groupe | 184 |
| Sous-Section 4 — L'absence de toute fraude et de toute irrégularité dans le choix par le groupe de ses méthodes de financement — Le financement initial | 188 |
| Sous-Section 5 — L'histoire financière du groupe de la Barcelona Traction et l'absence d'état de faillite latente | 201 |
| a) Les financements complémentaires en 1913 | 201 |
| b) La première réorganisation due à la guerre de 1914 | 203 |
| c) La situation jusqu'en 1918 | 207 |
| d) La réorganisation de 1918 | 209 |
| e) Les réorganisations de 1921 et 1924 | 210 |
| f) La prospérité jusqu'à la guerre civile et après celle-ci | 212 |

| | <i>Page</i> |
|---|-------------|
| Sous-Section 6 — L'absence de fraude aux droits des épargnants et l'absence de fraude fiscale | 219 |
| a) Les prétendues fraudes aux droits du public des épargnants | 219 |
| b) Les prétendues fraudes fiscales | 223 |
| Sous-Section 7 — L'ampleur de l'investissement réalisé au bénéfice de l'économie espagnole | 232 |
| Sous-Section 8 — Conclusions | 237 |
| SECTION II — La Barcelona Traction n'exerçait pas elle-même d'activités en Espagne | 238 |
| SECTION III — Les refus de devises et l'opposition des autorités administratives au plan d'arrangement | 263 |
| Sous-Section 1 — Les autorisations de transfert au cours de la période 1931-1936 | 268 |
| Sous-Section 2 — Les refus d'autorisations de transfert au cours de la période de 1940 à 1944 | 276 |
| Sous-Section 3 — Les refus du Gouvernement espagnol à l'exécution du plan d'arrangement accepté par les obligataires | 283 |
| a) Preuves des raisons du rejet du plan d'arrangement par le Gouvernement espagnol et de leur convergence avec les desseins de Juan March | 284 |
| b) Réfutation de la prétendue insuffisance de renseignements | 289 |
| c) Réfutation de la justification de l'opposition au plan d'arrangement par le sacrifice imposé à l'Ebro au bénéfice de la Barcelona Traction et des personnes participant au financement | 294 |
| d) Réfutation de la justification de l'opposition au plan d'arrangement par le sacrifice imposé aux obligataires | 296 |
| e) Réfutation de l'attribution de l'échec du plan au désaccord de certains obligataires qui aurait amené la National Trust à s'opposer le 14 décembre 1946 à une éventuelle prolongation du délai de validité du plan | 299 |
| f) L'échec du plan ne fut pas causé par l'opposition des autorités britanniques | 300 |

| | |
|--|-----|
| DEUXIEME PARTIE — Le fondement de la demande | |
| INTRODUCTION | 305 |
| CHAPITRE I — Les principes de droit international applicables en la matière | 306 |
| I — Questions de terminologie | 306 |
| II — Principes relatifs à la limitation de la compétence juridictionnelle des Etats | 309 |
| III — Responsabilité du chef d'erreur grossière et manifeste | 311 |
| CHAPITRE II — Délits internationaux imputables à l'Etat espagnol du chef des décisions ou omissions de certains organes judiciaires et des actes connexes du pouvoir exécutif et de l'administration | 322 |
| Introduction | 322 |
| SECTION I — La déclaration de faillite | 324 |
| Sous-Section 1 — La preuve par témoins ordonnée par le juge de Reus était irrégulière | 326 |
| Sous-Section 2 — Les tribunaux espagnols n'étaient pas compétents pour connaître de la faillite de la Barcelona Traction | 328 |
| a) L'usurpation de compétence | 328 |
| 1º) Le droit international | 328 |
| 2º) Le « droit international privé comparé » | 329 |
| 3º) Le <i>forum conveniens</i> | 331 |
| b) La violation flagrante du droit espagnol | 333 |
| Sous-Section 3 — Les demandeurs à la faillite n'ont pas fait la preuve qu'ils avaient qualité pour agir | 344 |
| Sous-Section 4 — Les conditions de fond exigées par le droit espagnol pour la déclaration de faillite n'étaient pas réunies | 349 |

| | <i>Page</i> |
|--|-------------|
| Sous-Section 5 — L'attribution au commissaire du pouvoir de révoquer le personnel des sociétés auxiliaires n'avait pas de fondement légal | 357 |
| Sous-Section 6 — Le jugement déclaratif de faillite n'a pas fait l'objet de la publicité légale | 359 |
| SECTION II — La saisie des biens des sociétés filiales | 369 |
| Sous-Section 1 — La méconnaissance de la personnalité juridique des sociétés filiales | 371 |
| a) La violation de la loi espagnole résultant des motifs des décisions du juge de Reus | 373 |
| b) Analyse des motifs développés par le Gouvernement espagnol | 382 |
| c) Conclusions | 393 |
| Sous-Section 2 — Violation des règles sur la faillite des sociétés de services publics et la saisie des biens de telles sociétés | 395 |
| SECTION III — L'extension des effets de la faillite aux biens de la Barcelona Traction se trouvant au Canada | 403 |
| Sous-Section 1 — Le droit espagnol exige la saisie effective des biens du débiteur failli | 406 |
| Sous-Section 2 — La saisie des droits de la Barcelona Traction sur ses filiales n'a pu se réaliser indépendamment des titres représentatifs des actions | 410 |
| a) Les droits incorporés dans des titres-valeurs ne sont pas susceptibles d'être saisis indépendamment des titres qui les constatent | 411 |
| 1º) Caractères principaux des titres-valeurs | 411 |
| 2º) Le droit espagnol reconnaît aux actions de sociétés anonymes le caractère de véritables titres-valeurs | 413 |
| 3º) Réfutation des objections du Gouvernement espagnol | 415 |
| 4º) Conséquences de la règle de l'incorporation du droit au titre en ce qui concerne la saisie des actions et obligations émises par les filiales de la Barcelona Traction | 419 |
| b) Les droits prétendument saisis par le juge de Reus étaient situés au Canada | 421 |

| | <i>Page</i> |
|---|-------------|
| Sous-Section 3 — Le « pouvoir de domination » de la Barcelona Traction sur ses filiales n'était pas susceptible d'appréhension indépendamment des actions | 428 |
| Sous-Section 4 — La faillite déclarée par le juge de Reus n'a pas pu étendre ses effets au Canada | 430 |
| Sous-Section 5 — La Barcelona Traction n'a pas manqué à son devoir en tant que société déclarée en faillite | 435 |
| SECTION IV — L'atteinte portée aux droits résultant des contrats de <i>trust</i> passés entre la Barcelona Traction et la National Trust | 438 |
| SECTION V — La pseudo-normalisation des filiales | 441 |
| Sous-Section 1 — Irrégularités entachant l'exercice par les organes de la faillite du droit de vote afférant aux actions des sociétés auxiliaires | 442 |
| a) L'usurpation de compétence commise dans tous les cas où les actions se trouvaient au Canada | 442 |
| b) La méconnaissance du droit de gage de la National Trust | 444 |
| c) L'exercice du droit de vote dans les sous-filiales | 445 |
| Sous-Section 2 — Les révocations et nominations d'administrateurs par séquestre provisoire | 446 |
| a) Abus et détournement de pouvoirs du séquestre provisoire | 446 |
| b) Autres irrégularités | 448 |
| Sous-Section 3 — Les modifications de statuts comportant l'hispanisation de deux filiales canadiennes et l'émission des faux titres | 450 |
| a) Hispanisation des deux filiales canadiennes | 450 |
| b) Emission de faux titres dans six sociétés auxiliaires | 454 |
| Sous-Section 4 — Responsabilité de l'Etat espagnol | 458 |
| a) Les mesures de « pseudo-normalisation » ont bien contribué à causer le dommage | 458 |

| | |
|---|------------|
| b) Les décisions des organes de la faillite aux fins de la « pseudo-normalisation » sont des actes de la procédure de faillite qui engagent la responsabilité de l'Etat espagnol | 459 |
| SECTION VI — Les dénis de justice proprement dits dans la procédure . . . | 461 |
| Sous-Section I — Décisions ajournant l'examen des recours | 463 |
| a) Suspension décrétée à raison du déclinatoire Garcia del Cid | 463 |
| b) Suspension provoquée par le déclinatoire Boter | 464 |
| c) Moyens mis en œuvre pour prolonger l'effet suspensif unilatéral du déclinatoire Boter | 471 |
| 1º) Admission par le juge de l'inclusion dans la procédure du déclinatoire de juridiction d'un incident relatif à la qualité des demandeurs et octroi à Boter d'un délai extraordinaire de preuve | 471 |
| 2º) Discrimination dans l'admission des appels | 473 |
| 3º) L'incident Genora | 478 |
| 4º) Application abusive du principe : le criminel tient le civil en état | 479 |
| 5º) La prétendue responsabilité de la Barcelona Traction ou du Gouvernement belge dans les retards | 479 |
| Sous-Section 2 — Décisions qui ont déclaré les recours irrecevables ou qui y ont définitivement fait obstacle | 482 |
| a) Décisions basées sur le défaut de qualité de l'auteur du recours . . . | 482 |
| 1º) A l'égard des sociétés auxiliaires | 482 |
| 2º) A l'égard du personnel dirigeant de l'Ebro et des administrateurs de l'Ebro et des autres sociétés auxiliaires | 492 |
| 3º) A l'égard de la National Trust | 493 |
| b) Extinction par substitution d'avoué et désistement | 496 |
| c) Extinction par la prétendue chose jugée | 502 |

| | <i>Page</i> |
|--|-------------|
| SECTION VII — Les mesures préparatoires à la vente et la vente | 504 |
| Sous-Section 1 — La nomination des syndics | 508 |
| a) Premier obstacle légal : absence d'une liste des créanciers | 508 |
| b) Deuxième obstacle légal : la suspension de la procédure | 511 |
| Sous-Section 2 — Autorisation de vendre les biens | 519 |
| a) Conséquences de la nomination prématurée et illégale des syndics | 519 |
| b) <i>L'interlude de deux ans</i> | 521 |
| c) La « vente d'urgence » proposée par les syndics | 523 |
| d) Justification donnée par le <i>Contre-Mémoire</i> de la décision de vendre | 525 |
| e) Arguments invoqués par les tribunaux pour justifier l'autorisation de vendre | 528 |
| f) L'autorisation de vente en tant que détournement de la procédure de faillite de son but légal | 533 |
| Sous-Section 3 — Modalités et conditions de la vente | 538 |
| a) La vente aux enchères sans évaluation contradictoire | 538 |
| b) Le cahier des charges de la vente | 544 |
| Première condition : l'objet de la vente | 545 |
| Deuxième condition : la mise à prix | 549 |
| Troisième condition : liquidation et paiement des obligations | 564 |
| SECTION VIII — Les dénis de justice volontaires et les indices de partialité | 570 |
| Sous-Section 1 — Les dénis de justice volontaires des autorités administratives | 570 |
| Sous-Section 2 — Les indices de partialité des autorités judiciaires | 579 |
| SECTION IX — Le grief global | 583 |

TROISIEME PARTIE

| | |
|--|-----|
| CHAPITRE I — L'exception de non-épuisement des voies de recours internes | 589 |
| SECTION I — L'étendue du devoir d'épuisement | 591 |
| SECTION II — Le caractère efficace et suffisant des recours effectivement utilisés en la cause | 597 |
| Sous-Section 1 — De la multiplicité des griefs et de la multiplicité des recours à prendre en considération | 597 |
| Sous-Section 2 — L'opposition et la demande en nullité | 599 |
| a) L'écrit du 18 juin 1948 ne constituerait pas une véritable opposition | 599 |
| b) L'opposition du 18 juin 1948 serait tardive | 601 |
| c) La demande de nullité introduite par la Barcelona Traction les 5 et 31 juillet 1948 n'aurait pas été adéquate | 601 |
| Sous-Section 3 — Le caractère efficace et suffisant des recours autres que ceux exercés en juin et juillet 1948 par la Barcelona Traction | 604 |
| SECTION III — Réfutation des considérations du <i>Contre-Mémoire</i> quant à l'attitude de la Barcelona Traction, des actionnaires et des obligataires | 605 |
| Sous-Section 1 — | 606 |
| Sous-Section 2 — | 610 |
| SECTION IV — Révision et autres recours exceptionnels | 612 |
| Sous-Section 1 — La révision | 612 |

| | <i>Page</i> |
|--|-------------|
| Sous-Section 2 — Autres recours exceptionnels | 621 |
| SECTION V — L'absence de recours contre les dénis de justice en matière administrative | 623 |
| Sous-Section 1 — Le recours hiérarchique était-il possible et devait-il apparaître comme vraisemblablement adéquat et efficace? | 624 |
| Sous-Section 2 — Recours contentieux-administratif | 628 |
| CHAPITRE II — L'exception tirée du prétendu défaut de qualité du Gouvernement belge pour agir | 634 |
| SECTION I — La qualité du Gouvernement belge pour agir | 634 |
| Sous-Section 1 — Le fondement du droit de la Belgique | 634 |
| a) Position du problème | 634 |
| 1 ^o) La véritable demande belge | 634 |
| 2 ^o) Les règles générales du droit international en matière de protection diplomatique | 638 |
| b) L'atteinte aux droits et intérêts des actionnaires | 641 |
| 1 ^o) Le dommage subi par les actionnaires et le droit à réparation | 641 |
| 2 ^o) Les tentatives du Gouvernement espagnol pour masquer la réalité de l'atteinte aux droits et intérêts des actionnaires | 647 |
| 1) La théorie des droits propres des actionnaires | 647 |
| 2) La théorie selon laquelle les actes illicites reprochés à l'Espagne ne concerneraient pas la Belgique parce que dirigés contre une société canadienne | 650 |

| | <i>Page</i> |
|---|-------------|
| 3) Les arguments tirés de l'Avis consultatif sur la réparation des dommages subis au service des Nations-Unies | 652 |
| Sous-Section 2 — Les exceptions que l'Espagne prétend apporter aux règles générales du droit international | 656 |
| a) La prétendue interdiction de lever le voile de la personnalité morale | 656 |
| b) La pseudo-règle « de la qualité exclusive de l'Etat national de la société pour agir en cas de préjudice causé à la société par un Etat étranger » | 659 |
| Sous-Section 3 — La pratique internationale | 663 |
| a) La pratique diplomatique | 663 |
| b) La pratique conventionnelle | 670 |
| c) La pratique arbitrale | 679 |
| 1 ^o) La présentation de la pratique arbitrale dans le <i>Contre-Mémoire</i> | 679 |
| 2 ^o) Les cas de protection des actionnaires contre l'Etat national de la société | 682 |
| 3 ^o) Les autres précédents | 688 |
| SECTION II — Intérêts belges dans la Barcelona Traction | 693 |
| Sous-Section 1 — Actions nominatives appartenant à Sidro | 694 |
| Sous-Section 2 — Les actions nominatives de Sidro (suite). — La question des <i>nominees</i> | 699 |
| a) La question de droit interne | 700 |
| 1 ^o) La relation entre Sidro et ses <i>nominees</i> (droit des Etats-Unis) | 700 |
| 2 ^o) La position des <i>nominees</i> d'après la loi personnelle de la société (droit canadien) | 702 |
| 3 ^o) Réfutation de l'argumentation du <i>Contre-Mémoire</i> et conclusion | 703 |
| b) La question de droit international | 706 |
| 1 ^o) Le droit international et la protection des intérêts | 707 |

| | <i>Page</i> |
|---|-------------|
| 2°) Le droit international et la question des <i>nominees</i> | 709 |
| 1) Décisions judiciaires internationales et nationales | 709 |
| 2) La doctrine | 719 |
| c) Le cas particulier de la protection de Sidro | 720 |
| Sous-Section 3 — Actions au porteur appartenant à Sidro | 723 |
| a) Situation à l'époque de la déclaration de faillite | 723 |
| b) Situation au 14 juin 1962 | 727 |
| Sous-Section 4 — Actions au porteur d'actionnaires belges autres que Sidro | 728 |
| a) Situation à l'époque de la déclaration de faillite | 728 |
| b) Situation au 14 juin 1962 | 730 |
| Sous-Section 5 — Le caractère belge de Sidro | 734 |
| Appendice | 741 |
| QUATRIEME PARTIE — La réparation du préjudice | 747 |
| CHAPITRE I — La réparation en tant que droit du Gouvernement belge | 747 |
| CHAPITRE II — La situation des actionnaires belges dans la Barcelona Traction | 749 |
| CHAPITRE III — La demande de <i>restitutio in integrum</i> — Réfutation des critiques espagnoles | 751 |
| CHAPITRE IV — La demande de réparation par voie d'indemnité — Méthodes à suivre — Réfutation des critiques espagnoles | 753 |
| CHAPITRE V — La réparation des préjudices accessoires | 758 |
| CONCLUSIONS | 763 |
| LISTE DES ANNEXES A LA RÉPLIQUE DU GOUVERNEMENT BELGE | 769 |

RÉPLIQUE
DU GOUVERNEMENT BELGE

EXPLICATIONS DES ABREVIATIONS UTILISEES
DANS LE PRESENT OUVRAGE

- A.C.M. = Annexes au Contre-Mémoire du Gouvernement espagnol.
- A.E.P. = Annexes aux Exceptions Préliminaires du Gouvernement espagnol.
- A.M. = Annexes au Mémoire du Gouvernement belge.
- A.O.C. = Annexes aux Observations et Conclusions du Gouvernement belge en réponse aux Exceptions Préliminaires du Gouvernement espagnol.
- A.R. = Annexes à la République du Gouvernement belge.
- C.M. = Contre-Mémoire du Gouvernement espagnol.
- E.P. = Exceptions Préliminaires du Gouvernement espagnol.
- M. = Mémoire du Gouvernement belge.
- O.C. = Observations et Conclusions du Gouvernement belge en réponse aux Exceptions Préliminaires du Gouvernement espagnol.
- P.O. = Procédure Orale.

INTRODUCTION

I. L'affaire portée devant la Cour internationale de Justice par le Gouvernement belge présente, à maints égards, un caractère exceptionnel.

Des ressortissants belges étaient, au début de 1948, actionnaires largement majoritaires d'une société canadienne, Barcelona Traction Light and Power Company, Limited, clé de voûte d'un groupe d'entreprises d'électricité exploitant en Espagne, dont la situation financière était foncièrement saine et dont l'actif net représentait une valeur de près de 90 millions de dollars des Etats-Unis.

Cette société a été vidée de son contenu économique et ses actionnaires totalement dépouillés par l'effet d'une procédure de faillite illégalement déclarée en Espagne, détournée de son but légal et dont le déroulement a été systématiquement faussé, de manière à favoriser les desseins du groupe financier espagnol qui l'avait provoquée.

Les porte-parole de ce groupe prirent pour prétexte de leur requête en faillite l'interruption dans le service des emprunts en Livres Sterling de la Barcelona Traction. Provoquée par la guerre civile, et prolongée par la pénurie de devises qui suivit la fin du conflit, cette interruption ne subsistait à la veille de la déclaration de faillite que par suite du refus abusif des autorités espagnoles de consentir à l'exécution du plan d'arrangement que la Barcelona Traction avait conclu avec ses obligataires, précisément pour remédier à cette situation.

Introduite devant un juge manifestement incompétent et dans des conditions qui auraient dû normalement la faire rejeter, la faillite fut accordée et mise en train au mépris total de la légalité. Ses effets furent étendus, de la manière la plus arbitraire, dans le jugement déclaratif, aux biens d'autres sociétés, qui n'étaient pas déclarées elles-mêmes en faillite, dont la personnalité juridique fut ainsi ouvertement méconnue et qui furent mises dans l'impossibilité de se défendre judiciairement.

Pendant que les recours formés par les intéressés étaient systématiquement bloqués, paralysés ou sommairement rejetés, les actions et obligations constituant le portefeuille de la Barcelona Traction, qui se trouvaient à l'étranger, furent, par une manifeste usurpation de compétence, arbitrairement déclarées annulées et remplacées par de faux titres, créés et imprimés en Espagne. Ces pseudo-titres, avec le contrôle de fait qu'ils conféraient sur toutes les entreprises du groupe de la Barcelona Traction en Espagne, furent adjugés, au terme d'un simulacre de vente aux enchères, à une société espagnole, Fuerzas Eléctricas de Cataluña S.A. (Fecsa), créée *ad hoc* par Juan March, le promoteur de la manœuvre, moyennant le simple engagement par l'adjudicataire de rembourser les obligations émises par la Barcelona Traction, dont le groupe March s'était, au préalable, assuré la propriété à concurrence de 85 %.

Par cette opération, Juan March et son groupe s'approprièrent, pour ainsi dire gratuitement, l'excédent considérable que l'actif de la Barcelona Traction présentait par rapport à son passif. En revanche, ni la société faillie, ni les actionnaires, ni les créanciers chirographaires ne reçurent rien.

Du consentement des autorités chargées de la contrôler, une procédure de faillite fut ainsi convertie en un instrument de confiscation des biens d'une société holding étrangère au profit d'un groupe privé espagnol qui voulait en prendre la place, sans que cette société ni ses actionnaires eussent eu, à aucun moment, la possibilité de s'opposer judiciairement, de façon efficace, au déroulement inexorable de l'opération.

Les actes et omissions des autorités administratives et judiciaires, qui conduisirent à ce résultat, ont été dénoncés par le Gouvernement belge comme entachés d'usurpation de compétence ou comme pris en flagrante violation non seulement du droit espagnol, mais du droit commun de tous les pays civilisés, et constitutifs de dénis de justice.

Ce rappel sommaire des faits, d'une exceptionnelle gravité, sur lesquels est fondée la demande, a paru indispensable au Gouvernement belge, car l'objet principal des 750 pages du *Contre-Mémoire* et de 4.722 pages d'annexes paraît avoir été d'en détourner l'attention de la Cour.

II. Le Gouvernement espagnol ayant opposé quatre exceptions préliminaires à la demande dont la Cour internationale de Justice a été saisie par la *Requête* du 14 juin 1962, l'arrêt du 24 juillet 1964 a rejeté deux de ces exceptions, et il a joint les deux autres au fond. C'est donc, à la fois, de ces deux exceptions et du bien-fondé de la demande belge que traitera la présente *Réplique* en fonction des arguments développés dans le *Contre-Mémoire* du Gouvernement espagnol. Elle s'attachera principalement, et en premier lieu, à l'examen du fond, les deux exceptions réservées ayant déjà fait l'objet d'un exposé détaillé dans les *Observations et Conclusions du Gouvernement belge en réponse aux Exceptions préliminaires*.

III. Au seuil des plaidoiries sur les exceptions préliminaires, le Gouvernement défendeur avait dénoncé l'in vraisemblance des griefs belges. Pour tenter de les réfuter, il a déposé un *Contre-Mémoire* d'une exceptionnelle et anormale ampleur. C'est qu'ayant probablement conscience des insuffisances de sa démonstration et de la situation singulièrement embarrassante où il se trouvait dès qu'il s'en tenait aux seuls faits de la

cause, le Gouvernement espagnol a cru de bonne tactique de s'étendre longuement sur l'origine, la structure et les activités du groupe de la Barcelona Traction pendant les quelque trente-sept années qui ont précédé la déclaration en faillite de cette société.

IV. Il fallait s'y attendre : cet exposé historique du Gouvernement espagnol n'est qu'une répétition, amplifiée, des accusations les plus variées de fraude, de dissimulation et de tromperie auxquelles le Gouvernement défendeur avait consacré près du tiers de ses *Exceptions préliminaires*, la plus grande partie des annexes qui y étaient jointes, ainsi que sept audiences de plaidoirie.

Les conseils du Gouvernement belge n'avaient pas manqué, à l'époque, de souligner le manque de pertinence de ces développements, particulièrement déplacés dans un débat portant exclusivement sur des exceptions préliminaires. Il ne s'agissait, en réalité, que d'une manœuvre de diversion. Le Gouvernement espagnol s'efforçait de discréditer, après coup, la Barcelona Traction, ses dirigeants et ses actionnaires (1), dans l'espoir d'atténuer ainsi le caractère particulièrement choquant de la spoliation dont ils ont été les victimes.

V. Le même souci a manifestement inspiré les deux premiers et volumineux chapitres du *Contre-Mémoire*, de même que la publication, dans des annexes, d'innombrables notes internes trouvées dans les archives des sociétés exploitant en Espagne. Mais il semble que s'y soit joint, cette fois, l'espoir de faire admettre par la Cour qu'à supposer fondés les griefs articulés contre les autorités administratives ou judiciaires espagnoles, le préjudice subi par les ressortissants belges ne serait, néanmoins, que la conséquence des fautes ou des fraudes dont les dirigeants ou fondateurs du groupe se seraient rendus coupables.

Cet audacieux système de défense ne trouve aucun appui dans les décisions judiciaires qui conduisirent à la spoliation des actionnaires. Nonobstant, et encore que la mainmise des autorités espagnoles sur les archives de l'Ebro n'ait pas permis de contrôler le choix des pièces publiées, le Gouvernement belge n'a voulu épargner aucun effort pour faire toute la lumière sur les faits, souvent fort anciens, allégués dans le *Contre-Mémoire*. L'examen objectif des documents annexés au *Contre-Mémoire*, complétés par certains écrits puisés dans les archives de Bruxelles ou de Toronto, démontré l'inanité complète des accusations dirigées contre le groupe de la Barcelona Traction. Ces accusations calomnieuses ne sont ainsi qu'une injustice de plus s'ajoutant à toutes celles dont les actionnaires ont été les victimes.

VI. Le Gouvernement belge a hésité à suivre le Gouvernement espagnol sur ce terrain. Il se rend parfaitement compte que ce dernier n'a d'autre souci que d'embrouiller ce qui est clair et, sous le couvert d'une documentation torrentielle et de digressions répétées, de masquer ce qui constitue l'essentiel du procès pour en détourner l'attention de la Cour.

(1) *Procédure orale*, II, pp. 333 et ss.

Le silence du Gouvernement belge n'eût cependant pas manqué d'être considéré par le Gouvernement défendeur comme une impossibilité de répondre. Aussi, tout en réalisant l'effort considérable qu'il impose à la Cour, s'est-il résigné à rencontrer la contre-attaque espagnole. Il a cependant jugé préférable de n'aborder celle-ci qu'au deuxième chapitre de la première partie de la *Réplique*, réservant au chapitre premier l'exposé de ce qui constitue le nœud même de la présente affaire, à savoir l'extraordinaire, insolite et illégale procédure de faillite qui fut l'instrument choisi pour spolier ses ressortissants. Cet exposé permettra de montrer que, dans son *Contre-Mémoire*, le Gouvernement espagnol a préféré garder, sur de nombreux points, un silence qui a toute la valeur d'un aveu, tandis que sur la plupart des autres, il n'a pu échafauder qu'une réponse dont la faiblesse ou l'inexactitude seront aisément mises en évidence.

La deuxième partie de la *Réplique* sera consacrée à la qualification juridique des nombreux agissements illicites reprochés à diverses autorités judiciaires et administratives, ainsi qu'à la réponse aux objections soulevées sur ce plan par le *Contre-Mémoire*.

Une troisième partie réfutera, à la lumière des éléments de fait et de droit exposés dans les précédentes parties sur le fond de l'affaire, les deux exceptions préliminaires restantes.

Une quatrième et dernière partie traitera du préjudice subi par les actionnaires belges et justifiera la demande de réparation formée par le Gouvernement belge.

Enfin, la *Réplique* se terminera par une réponse aux conclusions du *Contre-Mémoire* et formulera celles du Gouvernement belge.

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

La Procédure de faillite

INTRODUCTION

(1) C'est le 10 février 1948 que les premiers agents du groupe March déposèrent leur requête en déclaration de faillite de la Barcelona Traction, faillite qui devait se terminer, quatre ans plus tard, par l'adjudication au groupe March, presque gratuitement, de la totalité des entreprises faisant partie du groupe de la Barcelona Traction.

Il n'est sans doute pas sans précédent qu'à l'issue d'une procédure de faillite, tout ou partie de l'actif se trouve transféré à un ou plusieurs créanciers. Mais ce qui l'est, c'est qu'une procédure de faillite soit ouverte et poursuivie *dans le but* d'assurer le transfert de la masse faillie à ceux qui ont provoqué la faillite, et que ce résultat puisse être atteint avant même qu'aient été vidées les contestations suscitées par le jugement de faillite et que les créances aient été vérifiées.

Il va de soi qu'une telle utilisation de l'institution de la faillite est sans aucun rapport avec ses objectifs légaux, et il n'est pas étonnant qu'elle n'ait pu aboutir que par une série de distorsions de la procédure. Les mesures ordonnées par les tribunaux sur proposition des comparses de Juan March, seraient inexplicables sans cette finalité anormale, qu'il importe donc d'avoir présente à la mémoire dans leur examen.

(2) La réalisation des desseins de March se heurtait à une série d'obstacles considérables :

1^o) les entreprises de production et de distribution d'électricité que March convoitait se trouvaient exploitées en Espagne par des sociétés concessionnaires distinctes dont la mise en faillite n'aurait pas pu être obtenue vu, d'une part, la procédure spéciale prévue par la législation espagnole pour les personnes concessionnaires de services publics et, d'autre part, le fait qu'on ne pouvait retenir à leur charge la cessation, même partielle et passagère, des paiements;

2^o) la Barcelona Traction elle-même était une société canadienne, pure holding, qui n'exerçait aucune activité propre en Espagne et n'y avait ni siège ni biens. En effet, ceux-ci, qui consistaient essentiellement dans les titres d'actions et d'obligations des sociétés auxiliaires, se trouvaient au Canada et ne pouvaient être atteints, par les organes d'une faillite prononcée en Espagne, qu'avec le concours des autorités judiciaires canadiennes;

3^o) en outre, la quasi totalité des titres appartenant à la Barcelona Traction avaient été remis par elle en gage à la National Trust pour garantir les droits de l'ensemble des obligataires Prior Lien et First Mortgage; la loi espagnole s'opposait à ce que ces biens fussent englobés dans une masse faillie sans paiement préalable des dettes gagées, et il n'appartenait pas à quelques obligataires isolés de renoncer, par une procédure de faillite, au bénéfice de cette disposition légale et encore moins à la garantie collective; une clause de l'emprunt obligataire leur interdisait du reste l'intentement d'actions en justice sans sommation préalable et infructueuse à la National Trust.

Ces diverses barrières furent successivement ou simultanément renversées avec un égal mépris des principes juridiques les plus élémentaires. Ceux-ci n'ont du reste généralement pas été contestés dans le *Contre-Mémoire*, qui a le plus souvent préféré nier l'interprétation donnée dans le *Mémoire* aux décisions judiciaires attaquées, voire même parfois la portée des mesures d'exécution prises.

Il importe donc avant tout de rétablir la réalité des faits.

(3) Ceux qui sont à la base des griefs formulés par le Gouvernement belge peuvent être groupés sous cinq rubriques. Il s'agit :

1^o) du jugement de faillite et des décisions complémentaires, ainsi que de leur exécution;

2^o) de la pseudo-normalisation des sociétés auxiliaires;

3^o) de la paralysie des recours dirigés contre le jugement de faillite et contre les mesures connexes;

4^o) des décisions ayant conduit à la vente et de la vente;

5^o) des conséquences de la faillite de la Barcelona Traction et de leur caractère irrémédiable.

Ces points feront l'objet des cinq sections de ce chapitre.

La Cour voudra bien noter que les deux premières sections ne feront que très incidemment référence aux innombrables recours dont les actes et décisions qui y sont dénoncés ont fait l'objet. Il a paru en effet de meilleure méthode de grouper dans la troisième section du présent chapitre les considérations relatives aux procédés variés qui furent mis en œuvre pour les empêcher d'aboutir, ainsi qu'à la discussion de la « justification » que le *Contre-Mémoire* tente d'en donner.

SECTION PREMIÈRE

LE JUGEMENT DE FAILLITE, LES DÉCISIONS COMPLÉMENTAIRES
ET LEUR EXÉCUTIONI. — *La requête du 9 février 1948.*

(4) Avant de rendre, le 12 février 1948, le jugement déclarant la faillite de la Barcelona Traction, le juge de Reus avait dû, deux jours auparavant, déclarer, par une ordonnance préalable, la requête recevable.

Le Gouvernement belge conteste la légalité de cette ordonnance, qui porte la date du 10 février.

Mais avant que ne soient rappelés les griefs formulés contre cette décision, la requête elle-même mérite de retenir l'attention de la Cour à raison de la certitude qu'elle apporte de l'existence d'un concert préalable entre les trois demandeurs et le groupe March dont ils n'étaient que les hommes de paille, ainsi que du caractère illicite des mobiles qui les animaient et du but qu'ils poursuivaient.

(5) Une première présomption en ce sens a été relevée dans le *Mémoire* (I, n° 76, p. 41); elle résulte des liens particuliers existant entre March et l'un des requérants, le sieur Felipe Lafita Babio, beau-frère de son fils et administrateur d'une des sociétés de son groupe (1). On lira avec intérêt la réponse embarrassée du *Contre-Mémoire* (IV, p. 242, note 1) qui, tout en affirmant que les « circonstances personnelles » ne sont pas celles qu'indique le Gouvernement belge, et tout en s'élevant contre la « manière subjective, partielle et parfois inexacte » suivant laquelle la personnalité des demandeurs ou de leurs conseils juridiques est présentée, omet de préciser ce qui serait inexact dans l'indication donnée relativement au sieur Lafita Babio.

(6) Non moins significative est la personnalité à laquelle les trois requérants avaient acheté les obligations invoquées par eux comme titre de leur qualité de créanciers. Il s'agit de M. Montañes qui, depuis des années, était le très actif collaborateur de Juan March (*M.*, n° 60, p. 33; n° 64, p. 35; n° 78, p. 42; n° 87, p. 46).

(7) Il faut également signaler comme décisif le fait que cet achat se situait à la date du 5 février 1948, c'est-à-dire quatre jours avant l'introduction de la requête, ce qui n'empêcha pas les requérants de clamer, dans celle-ci, leur indignation d'être restés onze ans sans être payés, allant même jusqu'à ajouter : « On ne nous accusera pas d'un manque de patience » (*A.M.*, n° 49, vol. II, p. 259).

(1) Lors du décès de l'ancien séquestre provisoire, M. Gambus, nommé successivement directeur général de l'Ebro, puis de Fecsa (*infra*, n° 26), M. Lafita Babio lui succéda dans cette dernière qualité (*Revue « El Economista »*, Madrid, 15 octobre 1966. *A.R.* n° 1).

Ces diverses circonstances ont été exposées dans le *Mémoire* et ont été laissées sans réponse dans le *Contre-Mémoire*.

(8) Enfin, non moins significatif est le fait, révélé en annexe au *Contre-Mémoire* (n° 12, doc. 1, vol. VII, p. 98), que c'est trois semaines avant que les requérants acquièrent leurs titres, qu'une copie certifiée conforme de la première inscription de l'Ebro au registre du commerce de Barcelone avait été demandée par un avocat, et ce sans doute à leur intention, puisque la pièce se retrouve parmi celles jointes à leur requête (*A.M.*, n° 49, vol. II, p. 263). C'est là une preuve manifeste de ce que les requérants ne se rendirent obligataires que pour devenir les instruments d'une manœuvre soigneusement préparée par d'autres.

(9) Mais tout autant que par les circonstances insolites qui viennent d'être relevées, le juge de Reus eût dû être alerté par le style délinant de la requête, rédigée en forme de réquisitoire, et par l'audace de la demande accessoire tendant à englober dans les mesures de saisie les biens des sociétés auxiliaires.

De même, il est anormal de voir les plaideurs, dans un litige commercial, exciper de déclarations politiques. C'est cependant ce que firent les requérants, qui joignirent à leur requête un document officiel auquel ils déclarèrent attribuer « une valeur inestimable ». Ce document, c'était la réponse faite aux Cortes le 12 décembre 1946 par le Ministre de l'Industrie et du Commerce, M. Suanzes, à la question d'un *procurador*, M. Pedro Lamata (1). Cette déclaration avait été publiée en annexe au *Mémoire* (*A.M.*, n° 40, vol. I, p. 218). Le Gouvernement espagnol la reproduit à son tour, en y joignant, lui aussi, le texte de la question posée (*A.C.M.*, n° 9, vol. VII, p. 75).

Le Gouvernement espagnol feint de ne pas avoir compris la signification que le Gouvernement belge attache à l'appui que les requérants de la faillite cherchèrent dans les déclarations du ministre espagnol. A en croire le *Contre-Mémoire* (IV, n° 3, pp. 243-244), sa production n'aurait eu d'autre motif que l'exposé qu'on y trouvait de « l'organisation de Barcelona Traction et sa domination sur Ebro et d'autres sociétés "connues sous le nom de groupe canadien" ». Or, on chercherait en vain dans le texte de la requête la trace d'une préoccupation semblable.

En effet, ce que les requérants avaient extrait du discours, ou plus exactement des notes y jointes, c'était exclusivement un résumé du projet d'arrangement et une appréciation des propositions faites successivement aux autorités espagnoles en vue de son exécution. Le projet était décrit par le ministre comme devant causer aux obligataires, du moins selon les apparences, « un préjudice important ». Une des propositions y était résumée de manière telle qu'elle permettait aux requérants de la qualifier de « scandaleuse ».

Mais cela n'eût sans doute pas suffi à les amener à ce paroxysme qu'eux-mêmes décrivent comme « la passion déferlant en une vague écumante d'indignation », s'ils n'avaient trouvé, dans les discours de l'interpellateur et du ministre, certains propos particulièrement propres à éveiller les passions et à troubler les jugements.

(1) Cet interpellateur, M. Pedro Lamata, qui est qualifié de député syndical, avait pour titre exact « procureur syndical » (depuis la fin de la guerre civile, les Cortes se composent de procureurs). Le procureur syndical est le représentant du syndicat unique dépendant du pouvoir politique, c'est-à-dire du Gouvernement. Il n'est donc pas douteux que son interpellation fort brève a été concertée avec celui-ci pour donner au ministre Suanzes l'occasion de déclarations retentissantes.

L'interpellateur, non content de mettre gratuitement en cause une haute personnalité belge, avait demandé au ministre s'il était au courant des relations que celle-ci et les dirigeants du groupe de la *Barcelona Traction* « entretiennent avec M. Giral et les hommes de sa bande? »

Or, tout en affectant d'écarter les accusations dirigées par l'interpellateur contre la personnalité belge mise en cause, à laquelle il s^{est} borna en fait à accorder le bénéfice du doute (voir à ce sujet le deuxième alinéa reproduit à la page 221 du vol. I, *A.M.* : il est difficile d'être plus injurieux dans la formulation d'une réserve), le ministre interpellé fit chorus avec les imputations formulées contre « le groupe Giral et consorts - criminels en fuite et traîtres à la patrie qui eut le malheur de les voir naître », déclarant qu'ils « ont joué, jouent et joueront encore cette carte, comme toute autre qui se présentera à leurs appétits et à leur désespoir maladif » (*ibidem*, p. 221 *in fine*).

(10) L'adjonction à titre d'annexe d'un document aussi totalement étranger à l'objet de la requête aurait dû accentuer, chez un magistrat indépendant, le réflexe de méfiance, voire de suspicion, qu'auraient déjà fait naître en lui les autres circonstances anormales rappelées plus haut.

En l'espèce cependant, le juge de Reus semble n'y avoir vu qu'une indication précieuse quant au climat qui régnait en haut lieu à l'égard du groupe de la *Barcelona Traction*, et partant, l'assurance que les autorités supérieures du pays approuvaient par avance les mesures, quelque graves et exorbitantes qu'elles fussent, qu'on lui demandait de prendre. On ne peut donner d'autre explication à la légèreté et à la désinvolture avec lesquelles il s'empressa de les adopter.

(11) Le choix par les requérants du tribunal de Reus pour y déposer leur requête était d'ailleurs en lui-même particulièrement révélateur.

Le *Mémoire* (I, n° 77, p. 41) avait souligné l'absence de tout lien de rattachement quelconque entre la circonscription judiciaire de Reus et l'affaire d'exceptionnelle importance qui y était portée. Le *Contre-Mémoire* (IV, n° 9, p. 247) se borne à qualifier d'imputation gratuite la conclusion, cependant logique, que le Gouvernement belge en tirait, à savoir qu'en l'absence de tout autre motif valable, le choix des requérants n'avait pu être dicté que par la certitude de pouvoir compter sur la bienveillance du juge de Reus envers les mesures, à tous égards exorbitantes, qu'ils sollicitaient.

Incapable de donner une autre explication valable (1), et contraint de reconnaître lui-même que les motifs invoqués par le juge pour justifier sa propre compétence étaient contestables (*ibidem*, pp. 247-248), le *Contre-Mémoire* n'en estime pas moins, non sans suffisance, pouvoir « faire justice » de l'imputation belge en se bornant à rappeler « que le juge n'avait point à juger des raisons de convenance qui avaient incité les demandeurs à le saisir » (*C.M.*, n° 9, p. 248).

Dans les circonstances de la cause, une telle réponse équivaut à un aveu.

(1) Ce n'en est pas une que d'affirmer gratuitement, comme le fait le Gouvernement espagnol (*C.M.*, p. 247, note 2) qu'il est fréquent en Espagne de s'adresser à un tribunal autre que celui de la résidence du débiteur, afin d'éviter que celui-ci, prévenu du dépôt de la requête, ne puisse se livrer, dès avant la saisie, à toute une série d'actes frauduleux.

Les indications qui seront fournies ci-après quant à l'existence de contacts irréguliers entre les requérants et le juge et à l'empressement avec lequel celui-ci accéda aveuglément aux requêtes les plus graves et les plus insolites confirmeront encore le bien-fondé de l'explication donnée dans le *Mémoire* quant aux motifs qui inspirèrent le choix du juge de Reus.

II. — L'ordonnance du 10 février 1948.

(12) Cette bienveillance empressée allait déjà se manifester dans l'ordonnance d'admission qu'il rendit le jour même du dépôt de la requête.

L'ordonnance a fait l'objet de critiques sévères dans le *Mémoire* (I, n° 82 à 86, pp. 44 à 46).

Ainsi, le juge avait l'obligation, comme le reconnaît le *Contre-Mémoire*, de vérifier

« si les demandeurs avaient légalement la qualité nécessaire pour demander la faillite et si leur offre de preuve testimoniale était recevable », pour ensuite, le cas échéant, « fixer le jour et l'heure d'administration de ladite preuve » (1) (*C.M.*, IV, n° 12, p. 249).

La vérification devait porter notamment, ainsi qu'il a été indiqué dans le *Mémoire* (n° 83, p. 44), sur le point de savoir si les demandeurs avaient fait l'acquisition régulière des titres déposés par eux, c'est-à-dire, aux termes de la loi, à l'intervention d'un officier public (agent de change, courtier en valeurs ou notaire). Cette condition est imposée, comme la deuxième partie de cette *Réplique* le démontrera, à peine de nullité. Le juge devait donc vérifier « la qualité de créanciers » des demandeurs, c'est-à-dire exiger d'eux qu'ils produisent les actes d'acquisition des titres dont ils faisaient état. Il est flagrant qu'il n'en fit rien.

De même, il ne vérifia pas si les demandeurs avaient le droit, suivant les dispositions des lois et règlements espagnols en matière de contrôle des changes, de détenir les valeurs étrangères (obligations en £ de la Barcelona Traction) dont ils se prévalaient pour justifier de leur titre de créance. Ce point sera également repris dans la deuxième partie de la *Réplique*.

(13) Il est tout aussi peu compréhensible que le juge de Reus ait admis, telles qu'elles étaient formulées dans le second *otrosi* (2) qui accompagnait la requête, les questions sur lesquelles les témoins seraient interrogés.

(1) On notera qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'une « véritable preuve » telle qu'elle résulterait d'une audition contradictoire des témoins. Il s'agit d'une procédure particulière qui n'est admise par la loi espagnole, en cas de faillite, que pour la vérification des affirmations des requérants concernant la qualité du créancier pour agir et la cessation générale de paiements du débiteur. Il paraît évident que le caractère exceptionnel du procédé eût dû conduire le juge à veiller strictement à ce que les questions posées ne sortent pas du cadre prévu par la loi. Or, comme il est montré ci-dessous, il n'en fut rien. Cette question sera reprise dans la deuxième partie de la présente *Réplique* (*infra*, n° 479).

(2) L'*otrosi* est une demande complémentaire ou accessoire qu'une partie formule dans un écrit présenté au tribunal. L'*otrosi* en question ici est reproduit à la page 266 du vol. II des annexes au *Mémoire*.

Ces questions portaient en effet presque exclusivement sur les liens de la Barcelona Traction avec les sociétés auxiliaires et sur ceux de diverses sociétés auxiliaires entre elles et, dans cette mesure, elles n'entraient donc pas dans le cadre prévu par la loi.

La décision du juge de Reus à cet égard était d'autant plus illégale qu'en faisant procéder à un interrogatoire sur ces points en l'absence, non seulement de la société faillie, mais aussi des sociétés auxiliaires directement concernées, elle admettait implicitement la recevabilité de la demande de saisie de leurs biens, formulée dans le premier *orosi*. A la suite des requérants, le juge mettait ainsi en cause des tiers, au mépris des droits les plus élémentaires de la défense.

(14) Quant à l'enquête, le *Mémoire* a déjà souligné combien il est suspect qu'elle ait été fixée au lendemain à seize heures. On ne peut accepter comme une explication sérieuse de cette célérité la circonstance que le juge devait présumer que les témoins produits comparaitraient volontairement et qu'il était dès lors « logique » que l'enquête fût fixée au « jour le plus rapproché » (*C.M.*, n° 16, p. 252).

En l'absence de toute indication, dans la requête et dans les pièces annexées, au sujet de la comparution volontaire des témoins, le juge devait, au contraire, prévoir leur citation; s'il ne l'a pas fait, c'est nécessairement parce qu'il fut verbalement informé des dispositions prises par les requérants, ce qui démontre l'existence de contacts irréguliers entre eux et lui.

(15) L'enquête se déroula, elle aussi, dans des conditions insolites (*M.*, n° 87 et 88, pp. 46 et 47). Rien que la présence parmi les témoins d'un collaborateur attiré de Juan March, le sieur Montañes, qui était de surcroît le vendeur des obligations achetées par les requérants, suffisait à montrer le caractère suspect de cette enquête.

Sur toutes ces circonstances, le *Contre-Mémoire* se montre remarquablement évasif. Il préfère « glisser » discrètement en alléguant, suivant son habitude, la parfaite légalité du comportement du juge. Mais conscient de la faiblesse d'une telle réponse, il cherche à minimiser l'importance de l'information par témoins : « Le juge — dit-il — ne se fonda d'ailleurs pas sur cet unique moyen de preuve » (*C.M.*, n° 18, p. 253). Et il ajoute qu'au surplus, « la suite des événements » aurait prouvé que les déclarations des témoins étaient vraies. Même si cette constatation était exacte — et elle ne l'est pas (1) — elle n'excuserait nullement la légèreté coupable avec laquelle le juge de Reus a considéré comme établis des faits que, manifestement, les témoins ne pouvaient connaître

(1) Le Gouvernement belge n'admet nullement que les déclarations des témoins (*A.M.*, n° 55, vol. II, pp. 281 à 283) soient « vraies ». Il n'était pas « vrai », par exemple, que la Barcelona Traction possédât toutes les actions de l'Ebro : toutes ces actions étaient en la possession de la National Trust, de Toronto. Il était faux que la totalité des actions Barcelonesa appartint à la Barcelona Traction ou à l'Ebro : 12 de ces actions se trouvaient en fait en mains du public. Il n'était pas « vrai » non plus, comme on l'a fait dire aux témoins, que la Barcelona Traction se trouvât « en état de cessation générale de ses obligations de paiement ». On notera à ce dernier égard que le témoin Montañes, répondant aux deux premières questions, a bien soin d'omettre toute référence au fait que les intérêts des obligations en pesetas de la Barcelona Traction étaient régulièrement payés, ce qu'il ne pouvait ignorer si, comme il l'affirme lui-même, il continuait à être au courant des affaires du groupe.

de science certaine et personnelle (1) (telle, par exemple, la prétendue possession et la propriété par la Barcelona Traction de la totalité des actions (nominatives) de l'Ebro ou des actions (au porteur) de la Barcelonesa), et sur lesquels il allait cependant fonder une partie essentielle du dispositif de son jugement.

III. — *Le jugement de déclaration de faillite.*

(16) Si l'ordonnance du 10 février 1948 admettant la requête des sieurs Felipe Lafita Babio et consorts apparaît entachée d'irrégularités et témoigne de contacts suspects du juge de Reus avec les requérants, bien plus graves encore sont les vices qui entachent le jugement de faillite lui-même.

Ces vices sont nombreux et de nature diverse. A tout juriste quelque peu informé de la procédure de faillite en vigueur en Espagne, une simple lecture du jugement de Reus suffit à révéler que, d'une part, *ne s'y trouvent* pas certaines dispositions importantes qui sont de règle en pareille matière, que, d'autre part, les dispositions qui s'y trouvent et qui appartiennent au cadre normal de la faillite *violent la loi*, et qu'enfin le juge a introduit dans sa décision, d'une manière à tous égards inadmissible, des dispositions *étrangères au cadre des jugements de faillite*.

Pour la clarté de l'exposé, il sera traité successivement de ces trois ordres d'irrégularités.

a) *Omission, dans le jugement de faillite, de dispositions prévues par la loi* (2).

(17) D'après la loi espagnole, et selon la pratique courante en la matière, les jugements déclaratifs de faillite (voir notamment en annexe n° 2 trois exemples de ces jugements empruntés aux formulaires les plus classiques) comportent l'ordre d'inscrire le jugement au registre du commerce et au registre de la propriété.

Aucune disposition de ce genre ne figurait dans le jugement prononcé à charge de la Barcelona Traction. Cette anomalie se comprend aisément : il était impossible

(1) Sans doute le témoin Montañes fait-il état de « la part si importante qu'il a prise, comme ingénieur, dans l'établissement des installations électriques de Catalogne » et du fait « qu'il possède des obligations de la Barcelona Traction » (*A.M.*, n° 55, vol. II, p. 281). Mais, outre le fait qu'à l'époque où il témoignait, il avait quitté le service du groupe depuis plus de vingt ans, on ne voit pas en quoi cette double qualité lui aurait permis de connaître de science certaine la composition du portefeuille de la Barcelona Traction, au sujet de laquelle il était cependant appelé à témoigner. Quant aux deux autres témoins, il résulte des termes mêmes des réponses qu'ils donnèrent aux trois dernières questions, qu'ils ne parlaient que par ouï-dire (*hear-say*) en invoquant le caractère notoire des faits dont ils témoignaient.

(2) En fait, le juge a omis, dans son jugement du 12 février 1948, d'autres dispositions qui cependant se retrouvent dans la plupart des jugements de ce type, ainsi qu'en témoignent les trois formules reproduites à l'annexe n° 2. C'est ainsi qu'il n'a pas fixé la date à laquelle la cessation des paiements était censée s'être produite et qui détermine la limite dans le temps de l'effet rétroactif du jugement de faillite quant à l'annulation de plein droit des actes accomplis par le failli avant sa déclaration en faillite. Le juge n'a pas non plus ordonné l'établissement de la liste des créanciers, destinée à préparer la convocation de la première assemblée des créanciers. Si ces omissions ne sont pas retenues ici comme griefs contre le jugement de faillite, c'est que les dispositions omises, si elles sont usuelles, ne semblent être imposées par aucune règle légale impérative. Il a paru utile cependant d'y faire allusion dans la présente note, parce qu'il en sera fait état dans la suite de la *Réplique*.

de procéder à l'inscription du jugement de faillite dans le registre du commerce ou dans le registre de la propriété, en marge des feuillets relatifs à la Barcelona Traction, puisque, faute de siège ou d'immeubles appartenant à cette société, celle-ci n'apparaissait pas dans lesdits registres. L'impossibilité où se trouvait le juge de Reus d'insérer dans son jugement une disposition qui, normalement, eût dû s'y trouver, aurait donc dû, s'il n'y avait été volontairement aveugle, lui montrer la distorsion que, dès le départ, il devait faire subir aux règles de la faillite pour les appliquer au cas qui lui était soumis.

D'autre part, du moment que le juge de Reus prétendait étendre la saisie au patrimoine d'autres personnes juridiques que la société faillie, il devait ordonner que son jugement leur fût notifié. C'est si vrai, que le juge n°4 de Barcelone, au moment de procéder à la saisie des biens de l'Ebro et de la Barcelonesa en exécution de la commission rogatoire, ne crut pas pouvoir se dispenser de procéder à une signification préalable (1).

b) *Les illégalités affectant celles des dispositions du jugement de faillite qui rentrent dans le cadre normal de pareils jugements.*

(18) Sans anticiper sur le rappel des principes de droit international et des règles de droit espagnol qui ont été violés dans les dispositions susvisées, il convient d'établir, à la lumière des textes et parfois de l'application qui en fut faite par les organes de la faillite, quelle était leur portée exacte, et de réfuter les allégations contenues à ce sujet dans le *Contre-Mémoire*.

Les dispositions du jugement de faillite pouvant entrer dans le cadre d'un jugement de ce type et qui sont dénoncées comme irrégulières par le Gouvernement belge, sont :

- 1°) les considérants relatifs à la juridiction et à la compétence;
- 2°) la motivation de la déclaration de faillite;
- 3°) l'ordre de saisie des biens de Barcelona Traction donnés en gage à la National Trust;
- 4°) la nomination du commissaire et du séquestre provisoire;
- 5°) les ordres de publication du jugement de faillite.

1° *Les considérants relatifs à la juridiction et à la compétence.*

(19) Le premier grief formulé dans le *Mémoire* au sujet du jugement a trait au défaut de juridiction des tribunaux espagnols et au manque de compétence du juge de Reus pour prononcer la faillite de la Barcelona Traction.

Le juge de Reus prétendit justifier l'une et l'autre dans le dernier considérant de son jugement (*A.M.*, n° 56, vol. II, p. 288). Il invoqua deux circonstances à l'appui de sa juridiction, à savoir, la première, que si la Barcelona Traction n'a pas de domicile

(1) La chose se trouve relatée dans le procès-verbal de saisie du 13 février 1948 et dans le recours en reconsidération introduit le 16 février par l'Ebro (*A.M.*, n° 63 et 77, vol. II, pp. 300 et 326).

en Espagne, les biens qui ont été grevés d'hypothèques (par l'Ebro) en sûreté de ses obligations sont sis en Catalogne; la seconde, que ces biens, quoique propriété de l'Ebro, appartiennent de façon médiate à la Barcelona Traction. A l'appui de sa compétence *ratione loci*, il releva qu'une partie des biens faisant l'objet de ces hypothèques (en fait la ligne de transmission entre Reus et Barcelone) est située dans sa circonscription judiciaire.

(20) Cette motivation, ainsi qu'il sera démontré dans la deuxième partie de la présente *Réplique* (*infra*, n° 486), était littéralement aberrante. Aussi le Gouvernement espagnol ne la reprend-il pas à son compte dans le *Contre-Mémoire*. « De telles allégations — dit-il — peuvent être contestées, mais elles ne sauraient l'être d'office » (*C.M.*, IV, n° 8, p. 247). Ce serait donc surabondamment, suivant lui, que le juge aurait exprimé son avis sur « l'existence d'une connexion entre l'affaire dont il était saisi et le ressort de son tribunal ».

Cette thèse sera également rencontrée et réfutée dans la deuxième partie de la *Réplique* (*infra*, n° 486).

(21) Le Gouvernement espagnol a compris le besoin de proposer à son tour, dans le *Contre-Mémoire*, un essai de justification du pouvoir de juridiction des tribunaux espagnols. Le système qu'il défend est complètement distinct de celui invoqué par le juge, mais celui-ci, selon lui, aurait pu l'adopter. Il peut se résumer en une phrase : la Barcelona Traction était une société exerçant une activité en Espagne (1).

Le juge, d'après le *Contre-Mémoire*, aurait pu tirer cette conclusion des documents qui lui avaient été remis, encore qu'on relève quelque hésitation dans le *Contre-Mémoire* quant à l'indication de ceux qui auraient pu être ainsi interprétés.

Sous le n° 7 (p. 246), le *Contre-Mémoire* se réfère à diverses mentions figurant dans les actes d'hypothèque précités, ainsi qu'au rapport annuel et au bilan de la Barcelona Traction. La société y mentionne l'« exploitation industrielle qu'elle réalisait en Espagne, par l'intermédiaire de ses filiales, sous le contrôle d'Ebro ». Le Gouvernement espagnol relève en outre la circonstance que la Barcelona Traction était elle-même partie à ces actes d'hypothèque (2).

Huit pages plus loin (n° 21, p. 254), le *Contre-Mémoire* reprend ce dernier argument pour y voir la preuve de l'« exercice d'activités financières et d'affaires et possession de biens en territoire espagnol » dans le chef de la Barcelona Traction.

(1) La question de l'exploitation en Espagne a fait l'objet d'autre part d'abondants développements dans la première partie du *Contre-Mémoire* à laquelle il sera répondu dans la deuxième Section du Chapitre II de cette *Réplique* (Première partie).

(2) Au même endroit, le Gouvernement défendeur invoque encore en passant la présence en Espagne d'un lieu d'exécution de certaines obligations de la Barcelona Traction, la nationalité espagnole des demandeurs ainsi que le fait que les obligations dont les requérants étaient porteurs étaient garanties par des hypothèques grevant des biens sis en Espagne. Il sera montré dans la deuxième partie que ces liens de rattachement étaient en droit tout à fait insuffisants pour conférer juridiction aux tribunaux espagnols (voir *infra*, n° 492).

Avant cela, sous le numéro 20, même page, le *Contre-Mémoire* contient une étrange référence au plan d'arrangement, auquel il déclare emprunter les mots définissant « la nature de l'affaire de la société ». Il relève que la Barcelona Traction y est décrite comme possédant la totalité des actions de plusieurs sociétés, dont l'Ebro, « qui directement ou indirectement exploitent des entreprises de services publics en Espagne » et il y trouve la preuve que la Barcelona Traction

« était effectivement considérée comme une société canadienne possédant la totalité des actions et des obligations d'Ebro et exploitant en Espagne des affaires d'électricité ».

Le coup de pouce est visible : le plan d'arrangement avait exposé que c'étaient les sociétés auxiliaires, dont l'Ebro, qui exploitaient les entreprises de services publics en Espagne; les auteurs du *Contre-Mémoire* lui font dire que c'était la Barcelona Traction qui devait être considérée comme exploitant ces entreprises. Cette sollicitation du texte est d'autant plus inadmissible qu'il était précédé de la constatation, omise dans le *Contre-Mémoire*, que la Barcelona Traction « est une pure société holding ». Dira-t-on d'une société holding, qui contrôle une société d'exploitation, qu'elle est elle-même une société d'exploitation? C'est ce qu'a fait le *Contre-Mémoire*, et c'est par ce genre d'arguments que le Gouvernement espagnol se croit autorisé à soutenir que les dirigeants du groupe de la Barcelona Traction auraient, dans ce document, perdu de vue l'existence de personnes juridiques distinctes et attribué à la société-mère l'activité des sociétés auxiliaires (1). Tout autre commentaire serait cruel... Aussi peut-on conclure que les faits, réels ou prétendus, sur lesquels le juge aurait pu, suivant le *Contre-Mémoire*, justifier sa compétence, aboutissent à la conclusion inverse.

2^o La motivation de la déclaration de faillite.

(22) Le deuxième élément, à vrai dire essentiel, de tout jugement de faillite est, sans aucun doute, la déclaration de faillite et la motivation de celle-ci. Pareille motivation a trait, d'une part, à la qualité de créancier des demandeurs, de l'autre, à la situation financière du débiteur dont la faillite est demandée (2).

En ce qui concerne les demandeurs, le juge de Reus se borna dans son deuxième considérant, à faire état des titres d'obligations déposés par eux, sans plus se soucier,

(1) La même observation peut être faite en ce qui concerne les deux autres documents cités par le *Contre-Mémoire* sous les littéras b et d du numéro 21 (p. 255). Le premier est le rapport du président de l'Ebro, annexé au rapport annuel de la Barcelona Traction parce que, est-il dit, il apporte quelques détails sur les opérations de l'entreprise en Espagne. Le second est le *trust deed* de 1926, suivant lequel « Ebro Irrigation avait élu domicile en Espagne pour effectuer des opérations commerciales sur le territoire de ce pays en se soumettant aux lois espagnoles ». Il n'a jamais été contesté en effet que les diverses sociétés auxiliaires constituaient avec la Barcelona Traction « un ensemble », mais l'unité économique de cet ensemble ne faisait évidemment pas obstacle à la pluralité des personnes juridiques (*infra*, Section I du Chapitre II); d'autre part, il était inévitable, et du reste imposé légalement, que celles de ces sociétés qui exerçaient leur activité réellement en Espagne y installent officiellement leur siège d'exploitation. De toute évidence, cela n'entraînait aucune conséquence quant à la situation légale en Espagne de la Barcelona Traction elle-même.

(2) Le premier considérant du jugement de faillite lui-même relève exactement les conditions requises pour une déclaration de faillite, « à savoir un document dont résulte la qualité de créancier du demandeur et la preuve que le débiteur a cessé d'une manière générale le payement courant de ses obligations » (*A.M.*, n^o 56, vol. II, p. 287).

pas plus d'ailleurs qu'il ne l'avait fait dans son ordonnance d'admission, de la régularité de leur acquisition. Son jugement donne prise dès lors, de ce chef, au même grief que celui formulé à l'égard de son ordonnance du 10 février 1948.

En ce qui concerne le débiteur, il s'agissait de constater l'existence, non de l'inexécution de certains paiements, mais de « la cessation générale des paiements ». Ces termes, ou des termes analogues, furent ceux-là mêmes qu'utilisa le juge de Reus, qui s'efforça même d'expliquer, dans ses troisième et quatrième considérants, pourquoi il attribuait à la suspension par la Barcelona Traction de certains paiements un caractère général et chronique, et non accidentel.

Les considérations de fait qu'il fit valoir à cet effet sont en tous points inadmissibles.

Le juge, en effet, fit état du bilan de la Barcelona Traction pour 1946, d'où il ressort que, depuis onze ans, la société n'avait plus effectué les paiements destinés à l'amortissement des obligations en £ émises par elle, ni ceux dus aux obligataires à titre d'intérêts. Mais il omit de tenir compte du rapport du conseil d'administration pour le même exercice 1946, cependant annexé à la requête et qui, lui, d'une part, indiquait clairement la continuation du paiement des intérêts sur les obligations émises en pesetas et la situation financière fondamentalement saine du groupe et, d'autre part, expliquait, tout aussi clairement, que l'arrêt survenu dans le service des obligations en £ de la Barcelona Traction était dû exclusivement aux restrictions de change imposées par l'administration espagnole et qui empêchaient l'Ebro de régler, en devises, les sommes qu'elle devait à la Barcelona Traction. Le juge ne releva pas davantage le fait, cependant significatif, que les requérants eux-mêmes ne prétendaient pas qu'ils avaient vainement présenté leurs coupons à l'encaissement ou réclamé en justice le paiement des coupons échus, soit qu'un autre obligataire avait tenté de pareilles démarches. Or, c'était là une constatation essentielle pour qu'il pût être question d'une cessation de paiement.

Connaissant ces diverses circonstances par les documents qui lui étaient soumis, le juge n'y fit même pas allusion, alors que, manifestement, elles eussent dû l'amener à reconnaître le caractère limité et temporaire de l'interruption de paiement incriminée.

Le *Contre-Mémoire* allègue, il est vrai, que les explications données quant aux causes de la suspension du service des obligations en £, dans le rapport du conseil d'administration de la Barcelona Traction et dans les autres pièces jointes au dossier par les requérants, étaient de simples « affirmations gratuites » (*C.M.*, IV, p. 264, note 5). On sait que le *Contre-Mémoire* soutient par ailleurs que l'interruption du service des obligations n'aurait pas eu pour seule cause le refus de devises par les autorités espagnoles, mais un état de faillite latente de la Barcelona Traction, et ces refus eux-mêmes auraient été dus aux réticences des dirigeants du groupe de la Barcelona Traction à l'égard des autorités espagnoles. L'inanité de cette double assertion sera démontrée au Chapitre II de cette première partie. On se bornera à noter ici que les requérants n'ayant rien allégué en ce sens, le juge de Reus n'avait aucune raison d'écarter, ou plus exactement d'ignorer, comme il le fit, la cause de force majeure expressément invoquée par la société dans les documents du dossier où les requérants eux-mêmes prétendaient trouver la preuve de la cessation générale des paiements.

(23) Le juge de Reus affirma ensuite que la cessation générale des paiements aurait été corroborée par le plan d'arrangement, au prétexte que ce dernier comportait une proposition de remise de dette. Se basant sur cette interprétation du plan qui lui

avait été fournie par la requête dans les conditions rappelées plus haut, le juge prétendit enfermer la Barcelona Traction — qui n'était là ni pour se défendre ni pour s'expliquer — dans un dilemme : ou bien la Barcelona Traction était de bonne foi, et sa demande de remise de dette était dictée par l'impossibilité de payer; ou bien elle cherchait abusivement à s'enrichir au détriment de ses créanciers. Donnant à la Barcelona Traction le bénéfice de la bonne foi, le juge en conclut l'existence d'une « impossibilité de payer ».

Ce raisonnement, rigoureux en apparence, était affecté d'un vice radical. En effet, il reposait sur un point de départ entièrement inexact : il n'y avait pas eu de demande de remise de dette, mais une simple proposition de « dation en paiement ». Le plan d'arrangement prévoyait la répartition entre tous les porteurs du montant total des livres sterling que la société espérait se procurer et, pour le surplus de leurs créances en principal et intérêts, elle leur proposait l'attribution gratuite d'un certain nombre d'actions Barcelona Traction à émettre. C'était là une opération normale et raisonnable, vu les circonstances de la cause, comme le confirma l'accueil favorable qui lui fut fait par les obligataires.

Au surplus, il est pour le moins singulier que le juge ne se soit pas préoccupé de savoir si cette proposition n'avait pas été approuvée par le *trustee* et acceptée par les obligataires (on sait qu'elle le fut : v. *Mémoire*, I, n° 53, p. 30) et pour quelles raisons elle n'avait pu être exécutée (on sait que c'est à cause de l'opposition des autorités espagnoles — opposition que Juan March avait lui-même suscitée parce que l'échec de cette proposition d'arrangement était une condition nécessaire à la réalisation de la manœuvre qu'il avait conçue : v. *Mémoire*, n° 54 à 58 et 62 à 65, pp. 30 à 32 et 34 à 36; voir également *infra*, n° 399 et suiv.). Eclairé sur ces deux points et sur la qualité des requérants, le juge aurait nécessairement dû constater que la demande de faillite ne reposait que sur une cessation de paiement *partielle temporaire*.

Les motifs « si nets » du jugement ne résistent donc pas à l'examen. Comme le *Contre-Mémoire* n'en indique lui-même aucun autre qui aurait pu justifier la décision du juge de Reus sur ce point, il est permis d'affirmer que cette décision est indéfendable : sur base des documents qui lui étaient soumis, le juge aurait dû conclure que les requérants n'apportaient pas la preuve qui leur incombait à l'appui d'une demande aussi exceptionnelle que la leur.

(24) Enfin, il faut noter les inexactitudes flagrantes des constatations dont les auteurs du *Contre-Mémoire* ont cru pouvoir corser leur argumentation en prétendant les tirer des documents que le juge de Reus « avait sous les yeux », à savoir le bilan et le plan d'arrangement.

Il n'est pas vrai, comme l'affirme le *Contre-Mémoire* (n° 23, d), p. 256), que le montant des dettes échues à la date du 31 décembre 1946 dépassait trente millions de dollars (1). A cette date, et encore au 12 février 1948, seuls les intérêts arriérés et les amortissements venus à terme étaient échus et non payés. Or, ce seul défaut de paiement ne suffisait pas à rendre exigible le principal des obligations; celui-ci ne le devenait qu'à partir du moment où le *trustee* décidait de procéder à l'exécution forcée, ce qui n'était pas le cas.

(1) Sur la conversion obligatoire en monnaie nationale des dettes du failli libellées en devises, voir *infra* n° 755 et suiv.

D'autre part, il est sans doute exact que, selon les documents produits, le plan d'arrangement ne pouvait être appliqué « sans les autorisations gouvernementales nécessaires en Espagne et au Royaume-Uni » (*ibidem*, n° 23 f), p. 256); mais rien n'autorisait le juge à considérer l'obstacle ainsi créé à la normalisation de la situation financière de la Barcelona Traction comme irrémédiable, et à en déduire une cessation de paiement présentant les caractères requis par la loi espagnole (cessation générale et définitive) pour justifier la faillite (v. *infra*, n° 496).

3° *L'ordre de saisie des biens de la Barcelona Traction donnés en gage à la National Trust.*

(25) La déclaration de faillite, à la supposer régulière, entraînait nécessairement certaines mesures complémentaires à prendre par le juge, à savoir, indépendamment de celles indiquées plus haut comme omises, l'ordre de saisie des biens du failli, la nomination du commissaire et du séquestre provisoire et la publication du jugement. Sur chacun de ces trois points, le *Mémoire* a formulé, à l'égard du jugement rendu par le juge de Reus, des critiques graves auxquelles aucune réponse valable n'est donnée dans le *Contre-Mémoire*.

Quant au premier, certes l'ordre de saisie « de tous les biens... actions et droits, etc... de la société faillie », tel qu'il figurait dans la première phrase du dispositif du jugement déclaratif, ne s'éloignait pas, dans la généralité de ses termes, de la formule habituellement utilisée dans toute déclaration de faillite. Il fallait donc interpréter la décision du juge de Reus comme ne préjugant pas du droit que pouvaient avoir certains tiers, en vertu de la loi, de s'opposer à ce que les biens du failli en leur possession soient inclus dans la masse.

Cette interprétation s'imposait d'autant plus que le juge de Reus, qui savait par les documents annexés à la requête que les actions de l'Ebro et de la Barcelonesa avaient été remises en gage à la National Trust, avait lui-même limité, dans son jugement, la « possession médiata et civilissime » qu'il prétendait conférer aux organes de la faillite aux seules actions de l'Ebro et de la Barcelonesa « *qui seraient en la possession de la Barcelona Traction* ».

Les organes de la faillite ignorèrent cependant cette limitation et ils invoquèrent la dite possession médiata et civilissime (1) pour exercer les droits de vote attachés aux actions *possédées par la National Trust*. Ils usaient ainsi d'une manière indiscutablement extensive des pouvoirs que le jugement avait prétendu leur conférer. Qu'à cela ne tienne : cet abus manifeste fut couvert postérieurement par le jugement du 27 mars 1948. L'illégalité de cette dernière décision sera soulignée plus loin (*infra*, n° 77 ss.). S'il en est fait

(1) Par cet astucieux procédé, le fait que la majorité des titres détenus en gage par la National Trust se trouvaient à Toronto ne constituait plus une protection naturelle contre les mesures illégales prises à leur égard en Espagne, puisque, sans se soucier du fait qu'ils n'avaient pas la possession matérielle des titres, les organes de la faillite allaient, en invoquant ladite possession, exercer tous les droits y attachés.

mention ici, c'est qu'elle rejaillit en quelque sorte sur le jugement du 12 février par le fait que le juge prétendit donner à son jugement du 27 mars la portée d'une simple « interprétation » de son jugement initial (1) (2).

4° *La nomination du commissaire et du séquestre provisoire.*

(26) Il n'est sans doute aucune disposition du jugement de faillite qui témoigne de façon aussi flagrante de la connivence qui a existé entre le juge de Reus, M. Carlos Andreu Domingo, et les demandeurs à la faillite et que révèlent les trois singularités relevées dans le *Mémoire* (I, n° 95 et 96, p. 49).

Première singularité : Tenu par la loi de choisir le commissaire parmi les commerçants patentés établis dans le ressort du tribunal (article 1044 du Code de commerce de 1829), le juge de Reus fit appel pour cette fonction d'importance capitale (3), destinée à être exercée pendant toute la durée de la procédure, à une personne étrangère au ressort de Reus, un sieur Adolfo Fournier Cuadros, de Barcelone, lequel ne s'était inscrit au registre du commerce de Reus que *depuis trois jours*, comme commerçant en parfumerie, mais sans qu'il pût indiquer lui-même l'adresse où il allait exercer ce commerce (*A.M.*, n° 57, vol. II, p. 290).

Deuxième singularité : Tenu par la loi de désigner comme séquestre provisoire un commerçant jouissant de sa confiance, le juge de Reus nomma à cette fonction un commerçant également venu de Barcelone, M. Francisco de P. Gambús Rusca, depuis plus de quinze ans collaborateur de March et qui fut, dès sa sortie de fonctions, appelé à la direction générale de l'Ebro par le nouveau conseil d'administration qu'il avait lui-même mis en place (4), puis, en 1952, nommé directeur général de Fecsa lorsque March se fut rendu maître, sous le couvert de cette société, de l'ensemble des entreprises du groupe de la Barcelona Traction.

(1) Au sujet des titres des sociétés auxiliaires remis en gage à la National Trust en garantie des obligations Prior Lien et First Mortgage de la Barcelona Traction, voir la liste donnée à l'annexe n° 27 au *Mémoire* belge (vol. I, p. 168), ainsi que les tableaux donnant la liste des titres composant le portefeuille de la Barcelona Traction au 12 février 1948 et indiquant leur lieu de dépôt ainsi que les charges qui les grèvent (*A.M.*, n° 29, vol. I, pp. 179 à 182).

(2) En ce qui concerne les actions Barcelonesa qui étaient toutes (à l'exception de 12 actions se trouvant dans le public) la propriété de l'Ebro, elles avaient été remises en gage à la National Trust en garantie des obligations General Mortgage de l'Ebro. Si la majorité des actions de cette société se trouvaient aux mains de la National Trust à Toronto, 25.000 actions privilégiées étaient déposées en Espagne, au Bank of London and South America sous dossier de la National Trust. C'est ce qui résulte du tableau-inventaire intitulé « Dépôts de valeurs constitués par nos sociétés au 31 décembre 1947 », joint par le commissaire au procès-verbal des opérations de saisie du 21 février 1948 (*A.C.M.*, n° 43, doc. 2, vol. VII, pp. 234 à 257). Il est remarquable de noter que les organes de la faillite ne tentèrent à aucun moment de saisir effectivement ces 25.000 actions déposées à Barcelone, et préférèrent se limiter à invoquer pour elles, de même que pour les autres actions Barcelonesa déposées à Toronto, la possession médiata et civilissime qui leur avait été conférée.

(3) Dans le cas d'espèce, l'importance de cette fonction était encore accrue par les pouvoirs exorbitants que le juge de Reus avait attribués au commissaire et qui feront l'objet des n° 66 à 69 ci-après.

(4) M. Gambús fut également appelé à la direction générale des autres sociétés auxiliaires: *cf. infra*, n° 87.

Troisième singularité : Les deux personnes ainsi désignées dans le jugement, bien qu'habitant toutes deux Barcelone, étaient présentes dans le prétoire lors du prononcé du jugement ou aussitôt après. Il résulte, en effet, des procès-verbaux d'« acceptation et serment » datés du même 12 février 1948, que l'une comme l'autre fut « averti(e) de sa nomination et déclara immédiatement accepter sa charge », en suite de quoi le juge reçut leur serment (1). Comme cet avertissement de leur nomination a nécessairement précédé celle-ci de plusieurs heures — sans quoi ils n'eussent pu se trouver au tribunal de Reus — il est clair qu'il a émané des demandeurs à la faillite. Et si les requérants ont pu ainsi informer les intéressés de leur nomination avant qu'elle ne soit faite, c'est, à toute évidence, qu'ils savaient à l'avance qu'ils seraient nommés. Dès lors, une conclusion s'impose : *les requérants ou leurs avoués ont eu avec le juge de Reus d'autres contacts que ceux prévus par le Code de procédure.*

(27) Sur ces points essentiels, le *Contre-Mémoire* témoigne d'une impuissance complète à formuler une réponse qui soit le moins du monde pertinente. L'examen de cette question embarrassante est rejeté, sous le titre discret de « Autres dispositions du jugement du 12 février 1948 », à l'extrême fin de la section du Chapitre III consacrée au jugement de faillite (*C.M.*, IV, n° 112, p. 314). Il se limite aux trois observations suivantes :

a) en procédant à ces nominations en vertu de son pouvoir discrétionnaire, le tribunal de Reus endossait certaines responsabilités en cas de désignation faite de mauvaise foi ou de désignation d'une personne manifestement « inapte »;

b) l'exercice de leurs pouvoirs par ces personnes est soumis à certains contrôles et peut faire l'objet de recours;

c) « le Gouvernement belge n'a jamais administré la moindre preuve, ni même présenté le moindre indice (*sic!*), à l'appui de l'idée que le juge de Reus aurait fait ces nominations en vue de permettre des soi-disant illégalités ou des manœuvres frauduleuses ».

Les deux premières de ces observations sont de banales généralités *sans rapport aucun* avec les griefs précis fondés sur la personnalité du commissaire et du séquestre et les circonstances anormales qui entourèrent leur désignation.

Quant à l'affirmation contenue dans la troisième observation, à savoir que les griefs articulés dans le *Mémoire* l'auraient été sans preuve, le Gouvernement espagnol n'a-t-il donc pas lu les numéros 95 et 96 du *Mémoire belge*, ou suppose-t-il que la Cour n'en prendra pas connaissance ainsi que des documents auxquels ils renvoient?

(1) Le jugement prévoyait, conformément au code, tant en ce qui concerne M. Gambús que M. Fournier, que leur nomination leur serait « notifiée immédiatement ». Il n'y a, bien entendu, pas trace au dossier d'acte de notification. Les procès-verbaux dont il est question ci-dessus emploient discrètement l'expression « averti de sa nomination ». Il faut donc admettre que celle-ci se fit verbalement aux intéressés qui, dûment informés par les requérants ou ayant reçu la veille la visite d'un messenger, s'étaient rendus à Reus pour que la cérémonie d'investiture puisse avoir lieu sur l'heure.

5° *Les ordres de publication du jugement de faillite.*

(28) La publication de la faillite est, aux termes de l'article 1044 du Code de Commerce de 1829, la dernière des mesures provisoires à prendre par le tribunal de première instance qui prononce la déclaration de faillite. Elle présente une double importance pratique : elle doit, d'une part, informer les tiers et sert ainsi à la protection du crédit public; d'autre part, elle indique au débiteur le point de départ du délai dont il dispose pour faire opposition. Mais pour pouvoir atteindre ce dernier résultat, il faut naturellement que la publication de la faillite se fasse dans les conditions prévues par la loi, c'est-à-dire (art. 1044, 5°)

* la publication 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 ou de la province s'il y en a ».

Or, en l'espèce, le juge ordonna dans son jugement la publication au Journal officiel de Tarragone, en donnant à sa décision cette motivation pour le moins surprenante : « vu que le domicile de la société est *inconnu* (1) », et il a, le même jour, pris une deuxième décision ordonnant également la publication dans la province de Barcelone (2).

(29) L'une et l'autre décisions ont été vivement critiquées dans le *Mémoire* (I, n° 97, p. 50) comme ne correspondant manifestement pas au prescrit de la loi et n'ayant donc pu, en aucune façon, marquer le point de départ du délai d'opposition, ni, en conséquence, permettre au juge de Reus, à l'expiration de ce délai de huitaine, de déclarer que son jugement avait acquis force de chose jugée. En effet, *le domicile était connu* ; il figurait en toutes lettres à la première page du rapport du conseil d'administration de la Barcelona Traction produit par les requérants eux-mêmes : « Head Office, 25, King Street West, Toronto, Canada ». Dès lors, les publications devaient avoir lieu à Toronto dans le journal officiel.

L'invocation du « domicile inconnu » apparaît dès lors comme une cynique contre-vérité. Le but poursuivi était évident : sachant qu'il était matériellement impossible à cette société canadienne, dépourvue de tout représentant en Espagne, de présenter son recours d'opposition dans les huit jours suivant la publication du jugement de faillite à Barcelone (14 février 1948), le juge voulait se réserver la possibilité de rejeter ce recours, au prétexte de tardiveté, sans avoir à l'examiner au fond. On en trouvera la confirmation dans l'exposé qui sera fait de la « Paralysie des recours », à la section 3 du présent Chapitre.

Le Gouvernement espagnol s'efforce de laver le juge de Reus de cette accusation (*C.M.*, n° 134, p. 328). Selon lui, ledit magistrat « n'a jamais nié que Barcelona Traction eût son siège statutaire à Toronto », et au contraire, dans une incidente, a fait mention

(1) Les italiques ne sont pas au texte.

REMARQUE GÉNÉRALE. — Dans la suite de la présente *Réplique*, afin d'éviter la multiplication de notes du genre de la présente, on adoptera le système inverse : une note en bas de page indiquera « Les italiques sont au texte », dans les cas, évidemment beaucoup plus rares, où la soulignaison est faite dans le texte original lui-même.

(2) C'est avec une grave altération de texte que le *Contre-Mémoire* (*A.C.M.*, n° 74, doc. 2, vol. VII, p. 391) reproduit les deux avis publiés le 14 février 1948. On reviendra sur ce point ultérieurement (*infra*, n° 33).

du fait que « Barcelona Traction n'a pas de siège social en Espagne ». Il en résulterait, toujours d'après le Gouvernement espagnol, que si le juge adopta la formule d'après laquelle « le siège de la société faillie n'est pas connu », il était sous-entendu qu'il parlait de siège en Espagne.

Ces « explications », qui se voudraient ingénieuses, n'ont qu'un défaut : elles sont contredites par le texte du jugement. En effet, les constatations relevées tour à tour par le jugement ne sont en rien synonymes ; il y a une nette différence entre, d'une part, alléguer qu'une société n'a pas de domicile en Espagne, à savoir ni siège propre ni centre d'exploitation (ou, comme il est dit dans le *Contre-Mémoire*, d'établissement direct), et, d'autre part, alléguer que le domicile d'une société, à savoir le lieu où juridiquement elle est domiciliée, est inconnu. Il serait difficile d'admettre que c'est par inadvertance que, pour justifier la publication à Tarragone, la deuxième formule a été substituée à la première.

(30) C'est du reste essentiellement sur le plan du droit que les auteurs du *Contre-Mémoire* se sont placés pour justifier l'ordre de publication du juge de Reus. Aussi est-ce dans la deuxième partie de cette *Réplique* que cette argumentation sera rencontrée. Il y sera montré (*infra*, n° 506) que le Gouvernement espagnol a imaginé plusieurs systèmes successifs et différents à l'appui de sa thèse. On y verra comment le dernier en date se heurte lui-même à cette constatation décisive que, *dans la seule espèce citée par le Contre-Mémoire* (1) *ou une société étrangère fut déclarée en faillite en Espagne — du reste à la requête de cette société elle-même — le tribunal ordonna la publication dans le journal officiel du pays dans lequel la société avait son siège social.*

(31) Il convient, au surplus, d'ajouter qu'à supposer même — *quod non* — que l'on puisse admettre la dernière interprétation de l'article 1044, 5°, du Code de commerce de 1829 proposée par le Gouvernement espagnol (*C.M.*, IV, n° 131 et ss., pp. 326 et ss.), encore la publication dans le Journal officiel de la province de Tarragone s'avérerait-elle insuffisante en droit (2). En effet, il est impossible d'extraire de cet article 1044 ou de n'importe quelle autre disposition de la loi espagnole la prétendue règle suivant laquelle, lorsque le failli n'a pas de domicile en Espagne, la publication ne devrait se faire qu'au siège du tribunal. Le Gouvernement espagnol, au surplus, ne s'y efforce pas.

(32) Est-ce pour cette raison que les requérants, aussitôt suivis par le juge de Reus, proposèrent une publication additionnelle dans le Journal officiel de Barcelone ? Le jugement qui ordonna cette mesure ne s'en expliqua pas. En revanche, suppléant à ce silence, le *Contre-Mémoire* affirme que la société faillie avait effectivement à Barcelone son siège d'exploitation (*C.M.*, n° 137, p. 329). Ailleurs, le *Contre-Mémoire* va jusqu'à imaginer (p. 330, note 1) « qu'il ne fait pas de doute que ce centre d'opération se soit trouvé situé dans les provinces de Barcelone, de Tarragone et de Lerida ». (3)

(1) Le Gouvernement belge a pour sa part découvert une *deuxième espèce* où une société étrangère fut déclarée en faillite en Espagne, cette fois à la requête d'un créancier. Dans ce cas également, le Tribunal espagnol ordonna la publication dans le pays où cette société avait son siège social (voir *infra* n° 509).

(2) La publication au siège du tribunal n'est pas prévue par la loi encore qu'elle soit habituellement pratiquée.

(3) On constatera qu'il n'y eut pas de publication à Lerida, ce qui, même dans le système du Gouvernement espagnol, constituerait une irrégularité rendant la publication insuffisante.

Si l'on se rappelle que, dans les décisions analysées, ce que le juge a effectivement dit, c'est que le domicile de la société faillie est inconnu, ou même — suivant l'interprétation, discutable, du *Contre-Mémoire* — qu'elle n'a pas de siège en Espagne, il faut constater que le Gouvernement espagnol s'empêtre dans son argumentation.

(33) Le texte de l'avis publié dans le Bulletin officiel de la province de Tarragone et dans celui de Barcelone suscite lui aussi l'étonnement.

Il convient tout d'abord de corriger la version singulièrement altérée qu'en donne le *Contre-Mémoire* (A.C.M., n° 74, doc. 2, vol. VII, p. 391) : l'avis ne contenait pas les mots :

* toutes les personnes au pouvoir desquelles se trouvent des "pertenencias" de la société faillie *doivent les remettre* au commissaire M. Adolfo Fournier Cuadros * (1)

mais bien les mots :

« et avisant toutes les personnes, au pouvoir desquelles se trouvent des "pertenencias" de la société faillie, *qu'elles les déclarent par une note* qu'elles remettront au commissaire M. Adolfo Fournier Cuadros ».

Mais plus extraordinaire encore était l'omission, dans les avis publiés, de toute mention de la disposition du jugement de faillite ordonnant l'inclusion, dans la masse faillie, de tous les biens des sociétés Ebro et Barcelonesa.

Or, pratiquement, tous les biens de ces deux sociétés se trouvaient en Espagne; et parmi ceux-ci certains étaient aux mains de tiers espagnols (par exemple les dépôts de fonds en banques) tandis que d'autres consistaient en créances sur des débiteurs espagnols.

Il était donc particulièrement important que cette partie du dispositif du jugement de faillite fût portée à la connaissance du public en Espagne.

Pareille omission devient particulièrement incompréhensible dans le système actuellement défendu par le Gouvernement espagnol — système dont le Gouvernement belge démontrera par ailleurs l'absence de fondement — quand il soutient que la publication de ces avis, en tant qu'acte d'*imperium*, ne pouvait être faite et sortir ses effets qu'à l'intérieur du territoire espagnol.

Si cette thèse est exacte, comment le Gouvernement espagnol justifie-t-il que n'a été publiée en Espagne que la partie du dispositif se rapportant à la Barcelona Traction, encore que celle-ci n'ait, en Espagne, ni bien, ni créance, et qu'en revanche n'y a pas été publiée la partie du dispositif qui se réfère aux sociétés auxiliaires, alors que notoirement elles avaient, elles, en Espagne, des biens et des créances ?

(1) Le texte complet de l'avis est reproduit en annexe 3. Il est difficile d'attribuer l'altération relevée à une simple erreur de traduction ou de copie. Il faut constater que c'est seulement sur base de ce texte inexact que le *Contre-Mémoire* pourra affirmer à de multiples reprises l'obligation qu'avait le failli de remettre aux organes de la faillite ceux de ses biens qu'il avait en sa possession, car aucune disposition ni du jugement, ni des avis qui le publièrent, ni de la loi espagnole elle-même, n'impose une telle obligation. Comme il sera démontré dans la deuxième partie de la présente *Réplique* (*infra*, n° 549), c'est aux organes de la faillite qu'il incombe de prendre les mesures nécessaires pour appréhender physiquement (*ocupar*) les biens rentrant dans la masse faillie.

En réalité, pareille attitude n'a qu'une explication plausible. S'il y eut omission dans les publications, c'est que les auteurs et inspireurs ou coauteurs de ces textes reculèrent devant la sensation que n'eût pas manqué de causer, tant dans le monde judiciaire que dans celui des affaires (1), la révélation des mesures sans précédent ordonnées dans le jugement de faillite à l'égard de sociétés tierces.

c) *Dispositions contenues dans le jugement de faillite et les décisions connexes, et qui sont étrangères au cadre légal de la faillite.*

(34) Des illégalités particulièrement graves dans le jugement de faillite, dénoncées par le Gouvernement belge, entachent l'ensemble des dispositions par lesquelles les effets de la faillite de la Barcelona Traction furent étendus à des sociétés distinctes sans que ces dernières fussent déclarées en faillite, et suivant des modalités qui donnèrent aux organes de la faillite plus de pouvoirs à l'égard des dites sociétés qu'ils n'en avaient à l'égard de la société faillie elle-même.

Ces dispositions furent prises pour l'Ebro et la Barcelonesa par le jugement déclaratif de faillite du 12 février 1948, pour Aplicaciones Eléctricas et sept autres sociétés par un jugement du 25 février (A.M., n° 60, vol. II, p. 294), pour Catalanian Land et Electricista Catalana par un jugement du 27 mars 1948 (A.M., n° 61, vol. II, p. 296) et pour International Utilities par un deuxième jugement du même jour (A.M., n° 62, vol. II, p. 297).

Les mesures prises étaient triples : 1° la saisie ordonnée visait tous les biens des dites sociétés; 2° le commissaire se voyait attribuer pouvoir de révocation, destitution et nomination des membres de leur personnel, employés et gérants; 3° le séquestre provisoire était investi, à titre médiat et civilissime, de la possession des titres de ces sociétés qui, à raison de leur dépôt à l'étranger, échappaient à toute saisie effective.

Aux vives critiques émises dans le *Mémoire* contre ce détournement flagrant des buts de l'institution de la faillite, le *Contre-Mémoire* donne des réponses qui méconnaissent complètement, soit la nature réelle des mesures prises, soit la vraie portée des décisions judiciaires les édictant, soit le sens manifeste des textes légaux invoqués.

Le présent paragraphe mettra en lumière les inexactitudes manifestes qui sont à la base tant de l'interprétation donnée aux mesures ordonnées et à leur motivation que de l'argumentation en fait invoquée dans le *Contre-Mémoire* pour tenter de les justifier. La réfutation des arguments juridiques développés à cette occasion trouvera sa place dans la deuxième partie de la *Réplique*.

1° *La saisie des actifs des sociétés auxiliaires.*

(35) Elle fut ordonnée dans le jugement du 12 février 1948, à l'égard de l'Ebro et de la Barcelonesa, dans les termes les plus clairs et de la manière la plus radicale et définitive : « on saisira également tout l'actif de la société filiale "Riegos y Fuerza del Ebro S.A."... et, par conséquent, tous ses biens, livres, papiers et documents de toute

(1) On verra (*infra*, n° 43) la vive réaction que créa, dans les diverses banques où les sociétés filiales avaient des dépôts, la notification des mesures de saisie frappant ces fonds.

sorte ». Quant à la Barcelonesa : « de même et pour les mêmes motifs, on saisira les biens et l'actif social, livres, papiers, documents, droits et actions de la Compañía Barcelonesa de Electricidad » (A.M., n° 56, vol. II, p. 288). Enfin, quant aux autres sociétés auxiliaires, le jugement du 25 février 1948 et ceux du 27 mars 1948 se bornèrent à leur étendre la partie du dispositif du jugement déclaratif de faillite relative à l'Ebro et à la Barcelonesa (A.M., nos 60 à 62, vol. II, pp. 294-299).

Par cette mesure brutale, dont la jurisprudence espagnole ne connaît pas d'autre exemple, les demandeurs à la faillite obtinrent d'emblée la maîtrise dans les sociétés qui étaient l'objet de la convoitise de leur mandant, et sans que ces sociétés eussent été mises elles-mêmes en faillite.

Une telle saisie méconnaissait de toute évidence la personnalité distincte des sociétés auxiliaires, et il ne sera pas difficile de démontrer, dans la deuxième partie, qu'en ce faisant elle violait diverses dispositions de la législation espagnole, semblable, sur ce point, à celle de tous les pays.

Le juge de Reus n'était pas inconscient des principes juridiques qui *prima facie* s'opposaient à ce qu'il donnât aux mesures de saisie l'extension sollicitée par les demandeurs à la faillite, et il crut devoir s'en justifier en adoptant les considérations contenues dans la première demande accessoire qui accompagnait la requête (A.M., n° 49, vol. II, pp. 263 à 265). Avec, cependant, une différence : ce que la demande accessoire développait avec un grand luxe de métaphores, le jugement de faillite le formula en termes laconiques, voire lapidaires. La saisie des avoirs de l'Ebro fut ordonnée « *en raison du fait que toutes ses actions sont la propriété de la Barcelona Traction* », et celle de l'actif de la Barcelonesa « *pour le même motif* » pour autant que les actions de cette société puissent appartenir à l'Ebro et à la Barcelona Traction.

C'est la même motivation, un peu plus élaborée, que reprit le jugement complémentaire du 25 février, lequel étendit le dispositif du jugement du 12 février aux sociétés Aplicaciones Eléctricas, Sociedad Española Hidráulica del Freser, Compañía General de Electricidad, Saltos de Cataluña, Saltos del Ebro et Energía Eléctrica de Cataluña :

« Considérant qu'il a été prouvé par les documents qui ont déjà été présentés dans ce procès et par ceux fournis en annexe à l'écrit sur lequel il est présentement statué, que le capital des dites sociétés n'est pas réparti en diverses mains, puisqu'il appartient à la société en faillite, qu'il n'y a pas pluralité de personnes ; qu'il en résulte donc que Barcelona Traction étant le seul possesseur des actions représentatives du capital, c'est comme si la personnalité juridique de ces mêmes sociétés disparaissait, du fait même de l'inexistence de l'un des deux sujets exigés pour constituer toute société commerciale selon l'article 116 du Code de Commerce ».

Semblablement le premier jugement du 27 mars 1948, relatif aux sociétés Catalanian Land et Electricista Catalana, releva :

« Si une société n'a pas son capital réparti en diverses mains, qu'au contraire il est prouvé que la totalité de ses actions appartient à la société en faillite, la réalité économique s'impose par dessus la personnalité juridique que possède la filiale, puisque la société faillie est détentrice de toutes les actions de sa filiale, absorption qui implique nécessairement que la société filiale aura à subir les conséquences de la faillite, son patrimoine étant donc considéré comme masse de la faillite ».

Quant au second jugement du 27 mars, relatif à la société International Utilities, il se réfère, purement et simplement, aux motifs des jugements antérieurs. (A.M., n° 62, vol. II, pp. 297-299).

(36) Ces motifs seront, eux aussi, aisément réfutés dans la deuxième partie de la *Réplique* (*infra*, n° 515 ss.). Dès à présent, et sans, pour autant, anticiper, il convient de souligner ici le singulier système de défense adopté à ce sujet dans le *Contre-Mémoire*. Incapable apparemment de défendre la mesure ordonnée, il en nie ou en dénature d'abord la portée; il prétend ensuite découvrir chez le juge la volonté de respecter la personnalité juridique distincte des sociétés auxiliaires, et ce dans les jugements mêmes où les mesures prises en impliquent la négation; enfin, suivant un procédé fréquemment utilisé, le *Contre-Mémoire* substitue à la motivation des jugements une motivation entièrement différente, dont on ne trouve pas trace sous la plume du juge de Reus et qui est elle-même indéfendable.

Ce sont ces trois artifices qu'il importe de démasquer ici.

A. Portée réelle de la saisie des actifs des sociétés auxiliaires.

(37) A en croire le Gouvernement espagnol, la saisie des actifs n'aurait porté que sur « les biens qui auraient pu être frauduleusement soustraits, c'est-à-dire les papiers et l'argent ou les valeurs », n'aurait eu qu'un caractère provisoire et conservatoire et aurait pris fin par l'ordonnance du commissaire du 7 avril 1948. A partir de cette dernière date, les pouvoirs du séquestre provisoire n'auraient plus été que de simple contrôle, l'administration des biens étant restituée aux sociétés qui en étaient propriétaires (*C.M.*, IV, Chap. III, n° 106, p. 311).

Autant d'affirmations, autant de contre-vérités.

1) *Etendue générale de la saisie des actifs.*

(38) Et, d'abord, quels furent, en fait, les biens saisis? Sur quelle preuve le *Contre-Mémoire* peut-il s'appuyer pour soutenir qu'en fait la saisie des biens des sociétés auxiliaires se limita à ceux susceptibles d'être frauduleusement soustraits? Alléguant cette circonstance au n° 106, le *Contre-Mémoire* renvoie, pour l'étayer, au n° 76. Or, au n° 76, le lecteur trouve exactement le contraire de ce qui est affirmé au n° 106. Il y lit, en effet, « que le juge... voulut garantir l'efficacité de ses décisions fondamentales en ordonnant la saisie immédiate de l'actif d'Ebro, avec tous ses biens, droits, actions et papiers ». La formule utilisée par le juge n'exclut donc, de l'aveu même du *Contre-Mémoire*, aucun bien et notamment pas les immeubles. Et elle l'exclut si peu que le *Contre-Mémoire* entend la justifier par la considération que les chutes d'eau, les réseaux électriques, etc., bien que ne pouvant être dilapidés, « pouvaient être rendus inutiles ou même soustraits par des moyens juridiques... » (*ibid.*). Qui donc le Gouvernement espagnol espère-t-il abuser en ayant recours à de tels procédés?

(39) Les procès-verbaux de saisie qui, il faut le souligner, portaient exclusivement sur les biens des sociétés auxiliaires, à l'exclusion de tout bien de la société faillie (1), ne font que confirmer le caractère tout-à-fait général de la saisie.

(1) Dans une lettre adressée le 13 mars 1948 au juge n° 4 de Barcelone chargé sur commission rogatoire de l'exécution des saisies, le séquestre provisoire écrit : « en ce qui concerne la société faillie, *Barcelona Traction*, je n'ai effectué d'encaissement ni de paiement d'aucune sorte, raison pour laquelle je ne puis en donner le détail ni les justifier » (*A.R.*, n° 4).

En effet, dans le procès-verbal de la première séance, celle du 13 février 1948, que le juge n° 4 avait tenu à présider en personne, le juge déclara mettre

« le séquestre provisoire en possession de tous les biens qui se trouvent dans cet édifice (celui de la Plaza Cataluña où se déroulaient les opérations) et dans les autres locaux de la ville, biens qui constituent l'actif des sociétés mentionnées (Ebro et Barcelonesa), c'est-à-dire l'argent liquide et les effets publics, les fruits et revenus, les valeurs, les créances, les biens qui se meuvent par eux-mêmes (*semovientes*)(1), les biens immeubles et les biens meubles et titres de toute autre sorte, sans préjudice de leurs *énumération et description éventuelles dans des actes postérieurs* » (A.M., n° 63, vol. II, p. 301).

Effectivement, de multiples procès-verbaux (2) ultérieurs énumérèrent et décrivent les divers objets mobiliers appréhendés dans les locaux occupés par les sociétés auxiliaires.

(40) En ce qui concerne les immeubles occupés par les préposés des sociétés auxiliaires, eux-mêmes placés sous l'autorité directe du séquestre provisoire, leur prise de possession s'effectua automatiquement sans qu'elle dût s'accompagner d'aucune formalité.

Encore une fois, pareille omission est éclairante. Pour garantir les effets de la saisie à l'égard des tiers, la loi espagnole prescrit, en effet, son annotation au registre de la propriété (article 140 du Règlement de la Loi hypothécaire) (3). Pareille annotation fut omise tant dans le jugement que lors de l'exécution de celui-ci. Il n'est pas téméraire d'expliquer l'omission par la crainte de voir le conservateur du registre (*registrador*) s'y refuser sur la base du 1° de ce même article qui prévoit que l'annotation sera refusée ou suspendue lorsque le bien n'est pas inscrit au nom de la personne contre laquelle on procède.

(41) Quant à l'argent liquide et aux rares titres (4) qui furent trouvés au siège social de l'Ebro, ils furent matériellement saisis sur place par le séquestre provisoire. Tandis que pour ce qui se trouvait en dépôt dans les banques, ce fut par des notifications du séquestre provisoire aux banques dépositaires que la prise de possession s'effectua réellement, ainsi qu'il sera précisé ci-après.

(42) L'argent liquide appartenant à l'Ebro et à d'autres sociétés auxiliaires se trouvait dans sa quasi-totalité à Barcelone, en dépôt dans des banques. L'ordre de saisie fut notifié par le juge n° 4. Dès le 14 février 1948, celui-ci ordonna au Banco Español de

(1) Il s'agit du *bétail*, ce qui montre que le juge avait cueilli son énumération dans un formulaire.

(2) On n'en dénombre pas moins de 36. A titre d'exemple, le procès-verbal du 24 février 1948 est joint en annexe (A.R., n° 5).

(3) Article 140 du Règlement de la Loi hypothécaire : « On fera l'annotation préventive de toute saisie (*embargo*) de biens immeubles ou de droits réels qui est ordonnée dans une procédure civile ou criminelle, même si la saisie est préventive, ou dans une procédure administrative d'exécution, les règles suivantes devant être observées : 1°) si la propriété du bien saisi apparaît inscrite en faveur d'une personne qui ne serait pas celle contre laquelle on aurait ordonné la saisie, on refusera ou suspendra l'annotation, selon les cas. . . . »

(4) Le tableau-inventaire reproduit en annexe au *Contre-Mémoire* mentionne en effet 865 actions de Saltos de Cataluña comme se trouvant au 31 décembre 1947 dans les caves de l'Ebro (A.C.M., n° 43, doc. 2, vol. VII, pp. 254-255).

Crédito de transférer à la Banque d'Espagne (Banco de España) (1) les sommes figurant au compte d'Ebro ou de Barcelonesa (2).

Deux jours après, un ordre semblable fut adressé par le juge à d'autres banques, pour les informer de la saisie des fonds d'Ebro et de Barcelonesa dans le cadre de la faillite de la Barcelona Traction et leur enjoindre le transfert à la Banque d'Espagne des soldes des comptes courants des dites sociétés existant dans leur établissement (A.R. n° 6) (3). Comme le laconisme de cette communication avait sans doute provoqué des hésitations de la part des établissements qui l'avaient reçue, elle fut complétée le 19 février 1948 par une nouvelle communication indiquant cette fois le nom du séquestre provisoire et mentionnant sa capacité à disposer des fonds, sans préjudice des transferts ordonnés antérieurement (A.R. n° 7) (4).

(43) Il n'est pas sans intérêt de relever, au passage, les hésitations et le trouble des banques devant de telles communications, malgré l'autorité dont elles émanaient. On en trouve l'expression dans les cinq lettres, dont deux du 20 février 1948, les trois autres des 23, 24 et 27 du même mois, versées aux débats par le Gouvernement espagnol (A.C.M., n° 70, vol. VII, pp. 353 à 360).

On remarquera particulièrement celle du 20 février 1948 du Banco Español de Crédito (*ibidem*, p. 353), dans laquelle ledit établissement témoignait de la difficulté qu'il avait à imaginer que des biens d'Ebro et de Barcelonesa pussent être saisis par l'effet de la faillite de la Barcelona Traction sans qu'elles-mêmes, au préalable, eussent été déclarées en faillite (5).

Le juge n° 4 y répondit en se référant au jugement de faillite, sans tenter, le moins du monde, d'expliquer comment l'extension donnée aux saisies pouvait se concilier avec l'article 1175 de la Loi de procédure civile que la Banque rappelait dans sa lettre

(1) Il faut noter en passant, comme une nouvelle preuve de l'arbitraire avec lequel procéda le juge de Reus, que les ordres de transfert à la Banque d'Espagne signifiés aux banques dépositaires des fonds des sociétés auxiliaires, violaient la loi de manière flagrante: l'article 1175, 1° de la Loi de Procédure civile stipule en effet que l'argent liquide doit être déposé « dans l'établissement désigné à cet effet ». Or il résulte du Décret royal du 24 décembre 1906 sur la forme des dépôts judiciaires et du Règlement du 19 novembre 1929 relatif à la Caisse générale de Dépôts et Consignations, en vigueur au moment de la déclaration de faillite, que les dépôts de fonds ordonnés par décision judiciaire doivent être confiés à la Caisse générale de Dépôts. D'autre part lorsque le dépôt d'une somme est ordonné judiciairement, l'argent doit être déposé à la disposition du Tribunal, et non laissé à la libre disposition de l'administrateur judiciaire ou du séquestre provisoire, selon les cas. L'ordonnance du 10 mai 1948 du premier juge spécial (voir *infra* n° 49 et annexe n° 16) marque à cet égard le retour, au moins partiel, à l'orthodoxie juridique.

(2) Cet ordre est reproduit dans la lettre adressée le 20 février 1948 au juge n° 4 dont la traduction est publiée en annexe au *Contre-Mémoire* (A.C.M., n° 70, doc. 1, vol. VII, p. 353).

(3) Il est fait mention de cet ordre dans la lettre du 20 février du Banco Hispano-Colonial et dans celle du 27 février du Banco Exterior de España, adressées toutes deux au juge n° 4 (A.C.M., n° 70, doc. 2 et 5, vol. VII pp. 355 et 359).

(4) Il est fait mention de cette communication dans la lettre du 27 février du Banco Exterior de España, précitée.

(5) Le texte publié en traduction en annexe au *Contre-Mémoire* (A.C.M., n° 70, doc. 1, vol. VII, p. 353) n'est pas complet et la traduction est parfois inexacte; aussi a-t-il paru nécessaire de le reproduire à nouveau dans une version correspondant mieux à l'original (A.R., n° 8). On remarquera la vigueur avec laquelle la banque souligne l'incongruité de la référence à l'article 1175 de la Loi de procédure civile par laquelle le juge n° 4 avait cru pouvoir justifier la saisie des biens de l'Ebro, ledit article n'autorisant manifestement que celle des biens du failli.

(A.R. n° 9). Au reçu de cette réponse, la Banque ne put que s'incliner, ainsi qu'elle le fit savoir aux dirigeants de l'Ebro (A.R. n° 10).

(44) Ce qui est également significatif, c'est que la Banque d'Espagne manifesta plus qu'aucun autre établissement sa répugnance à reconnaître au séquestre provisoire de la faillite de la Barcelona Traction des droits sur les avoirs de l'Ebro et de la Barcelonosa, et elle persista dans cette attitude longtemps après qu'elle eut reçu les premières informations et instructions des autorités judiciaires.

Il n'est, bien entendu, soufflé mot de ces incidents dans le *Contre-Mémoire*. Le Gouvernement belge est heureux de pouvoir, à cet égard, combler cette lacune (A.R. n° 11). Les pièces qu'il produit permettent de prendre connaissance du véritable S.O.S. que, le 3 avril 1948, le séquestre provisoire se décida à envoyer au juge de Reus. On y lit qu'à cette date encore, la Banque d'Espagne « fait des difficultés pour le retrait de sommes, déclarant qu'elle a besoin d'un ordre exprès du tribunal de la faillite pour chaque retrait... » et il signalait que « la semaine précédente encore elle a refusé le paiement d'un chèque présenté aux fins d'encaissement ».

Pourquoi ces répugnances et pourquoi cette résistance des dirigeants de la Banque d'Espagne, s'ils n'avaient réalisé combien étaient insolites les mesures auxquelles il leur était ordonné de se conformer ?

(45) Cette prudence était assurément due aussi, pour partie, aux notifications reçues de dirigeants de l'Ebro les 14 et 20 février 1948 (A.R. n° 12).

Le Gouvernement espagnol croit pouvoir critiquer ces dirigeants (C.M., IV, n° 126, p. 323). Leur attitude n'avait cependant rien que de naturel, vu l'énormité de l'atteinte portée aux intérêts dont ils avaient la garde. Par ailleurs, lorsqu'ils intervinrent, ni M. Menschaert, ni M. Puig Doménech (1) ne se sont prévalus d'une qualité qui leur aurait été retirée soit par une décision judiciaire, soit par une décision prise en vertu d'un jugement. Les lettres du 14 février 1948 furent signées par M. Menschaert au nom d'Ebro avant qu'il ait été relevé de ses fonctions de directeur général. Lorsque M. Puig Doménech fit acter ses déclarations par un notaire, le 19 février 1948, il excipia d'une délégation de pouvoirs datant du 13 janvier 1948, et il en alla de même de M. Menschaert lorsque, le 1^{er} mars 1948, il fit notifier une défense à la Banque d'Espagne (A.R. n° 13). Or, c'est seulement quelques semaines plus tard, que le séquestre provisoire, approuvé par le commissaire, mit fin à cette délégation.

(46) Quant aux titres, également déposés dans les banques (2) — principalement au Banco de Londres y América del Sur — sans doute se trouvaient-ils englobés dans la notification adressée aux banques par le commissaire et le séquestre provisoire le 16 février 1948, contemporaine de celle par laquelle ordre de transfert leur était fait concernant les avoirs en banque (A.R., n° 14). Aux termes de cet écrit, elles étaient invitées en effet à « retenir tous les papiers, biens et autres choses appartenant auxdites sociétés et qui se trouveraient en leur pouvoir, soit en compte courant, soit en dépôt, coffre ou sous une autre forme quelconque ». Nul doute que les titres y étaient compris.

(1) Respectivement Directeur général et chef du service juridique d'Ebro à Barcelone.

(2) On notera qu'il ne s'agit pas ici des titres des filiales appartenant à Barcelona Traction, qui tous se trouvaient à Toronto, mais des titres de sous-filiales appartenant aux filiales et faisant partie de leur actif dont la saisie avait été ordonnée.

Quelques jours plus tard cependant, l'avoué des demandeurs, ayant eu connaissance du document découvert dans les archives de l'Ebro qui contenait le relevé des titres déposés au Banco de Londres y América del Sur et dans les autres banques au 31 décembre 1947 (*A.C.M.*, n° 43, doc. 2, vol. VII, pp. 234 - 257), demanda au juge n° 4 qu'il ordonnât aux banques d'adresser au tribunal tous renseignements relatifs à ces dépôts, et le nécessaire était fait (*A.R.*, n° 15).

2) *L'absence de caractère conservatoire de la saisie des actifs.*

(47) Il est tout aussi inexact de présenter la saisie des actifs des sociétés auxiliaires comme une simple mesure *conservatoire* n'ayant d'autre objet que d'empêcher les administrateurs de commettre des fraudes (*C.M.*, IV, n° 106, p. 311 (1)). Le Gouvernement espagnol a beau répéter à de multiples reprises, son affirmation (n° 73, 74, 76, 106, 108, 111, pp. 288 à 291 et 311 à 314) : il est incapable de reproduire une ligne d'un acte judiciaire ou d'un écrit de l'époque qui aurait attribué pareil caractère à la saisie litigieuse. Et pour cause : dans le considérant du jugement déclaratif de faillite relatif à la saisie des biens des sociétés auxiliaires, le juge de Reus s'est référé, en termes exprès, à l'article 1334 de la Loi de procédure civile, qui vise la saisie des biens du failli. Il y avait donc, dans son esprit, assimilation complète entre les biens des sociétés auxiliaires et ceux du failli, et la saisie qu'il ordonna des uns et des autres est de même nature.

Le Gouvernement espagnol se rend-il compte au surplus que cet effort maladroit d'atténuation de la gravité de la mesure prise n'efface en rien l'illégalité résultant de ce qu'elle a pu être ordonnée sans que les sociétés visées soient à la cause? Où est-il dit, en effet, que des mesures, même provisoires, pourraient être prises à l'égard de biens appartenant à des tiers sans que ces tiers aient jamais eu la possibilité de se défendre?

Il faut souligner, enfin, que l'interprétation, pour le moins inattendue, donnée aujourd'hui par le *Contre-Mémoire* à la saisie des actifs de l'Ebro et autres sociétés auxiliaires ne se trouve dans aucune des décisions judiciaires qui se sont succédé pour tenter — vainement, du reste — de justifier la procédure suivie. C'est dire le peu de sérieux de la dernière version imaginée, après dix-sept ans, par le Gouvernement espagnol pour essayer de justifier une mesure qu'aucune des « explications » antérieures n'avait réussi à rendre défendable.

3) *L'absence de caractère temporaire de la saisie des actifs.*

(48) Selon le *Contre-Mémoire*, le caractère temporaire de la saisie des biens des filiales résulterait de l'ordonnance du commissaire du 7 avril 1948, ratifiée par le juge

(1) Selon le *Contre-Mémoire* (*C.M.*, n° 76, p. 290), « Si le juge s'était borné à ordonner la saisie des droits et des actions de Barcelona Traction » dans ces sociétés, sans doute le séquestre provisoire aurait-il pu, en se constituant lui-même en assemblée générale, « assumer le contrôle et la domination que la société faillie exerçait sur les dites filiales ». Mais, ajoute-t-il, « pour imposer les décisions prises dans l'exercice des droits saisis, les organes de la faillite auraient dû exercer en dehors de la faillite les actions possessoires visant à obtenir le contrôle effectif des filiales... ». Constatant que l'exercice de telles actions eût requis « un laps de temps, plus ou moins long, pendant lequel les administrateurs des filiales, obéissant à la société faillie, auraient pu faire disparaître biens et documents », le *Contre-Mémoire* explique que le juge a voulu, par la saisie directe et immédiate des biens des filiales, assurer à titre conservatoire l'efficacité pratique et immédiate de l'ordre de saisie des droits. Il est clair que si telle avait été réellement la portée de la saisie ordonnée, cela ne ferait que souligner son caractère de voie de fait.

de Reus le 10 avril, aux termes de laquelle ordre avait été donné « de restituer aux filiales les biens — argent et papiers — qui avaient fait l'objet de saisie », celle-ci faisant place à une simple activité de contrôle et de surveillance (C.M., n° 111, p. 313, dans le même sens n° 74, pp. 288-289 et n° 106, p. 311).

Or, c'est là un grossier travestissement des faits.

Certes, il y eut, le 7 avril 1948, une modification dans la gestion des sociétés auxiliaires, qui reprirent, à certains égards, les apparences extérieures de l'autonomie. Mais cette mesure qui fut parfois présentée comme ayant achevé la normalisation des sociétés et aurait pu, à ce titre, être étudiée dans la section suivante, n'eut aucunement pour effet de mettre un terme à la saisie ou de la réduire à des mesures de contrôle qui, en l'absence de saisie, seraient du reste inimaginables car inconnues de la procédure de faillite.

Comment d'ailleurs pourrait-on concevoir qu'une mesure aussi grave et importante, ordonnée, en termes exprès, dans le jugement de faillite et les jugements ultérieurs en étendant le dispositif, puisse être rapportée par une simple ordonnance du commissaire, celle-ci dût-elle même être ratifiée ultérieurement, comme n'importe quelle autre décision de ce mandataire de justice, par une ordonnance du tribunal lui-même ?

Les termes de l'ordonnance du 7 avril écartaient, d'ailleurs, à cet égard, toute espèce de doute. Le commissaire y constatait que « les soldes des dépôts et comptes courants bancaires qui existaient dans les banques... en faveur des sociétés saisies ont été saisis et sont devenus partie de la masse de la faillite », et il la terminait par les mots fort clairs : « tout ce qui précède s'entend sans préjudice de la subsistance de la saisie (*ocupación*) de tous les biens et actifs des sociétés en cause » (A.M., n° 67, vol. II, pp. 310-311). Qu'y a-t-il dans la mesure ordonnée en ces termes, qui permette d'y trouver la preuve que la saisie ne fut que temporaire ?

Bien plus, par l'ordonnance du 7 avril, le commissaire ordonnait au séquestre provisoire qu'il « extraie des comptes courants bancaires des sociétés subsidiaires qui ont été saisies les montants nécessaires pour totaliser la somme de 155 millions de ptas et que cette somme soit mise à la disposition de Riegos y Fuerza del Ebro... », et encore que

« Le restant du solde actuel des comptes courants restera au pouvoir du séquestre provisoire-administrateur, en application des dispositions de la Loi de procédure civile; il devra être enregistré dans la comptabilité de la faillite, qui sera ouverte à cet effet, et on effectuera par le débit de ce compte les paiements nécessaires, ainsi qu'il est prévu dans ladite Loi de procédure ».

L'ordonnance précisait donc, en des termes on ne peut plus exprès, que ce n'était qu'une partie des fonds d'Ebro qui devait être mise à la disposition du conseil d'administration de cette société par le séquestre provisoire, et que ce dernier était tenu d'en conserver le solde, en vue notamment de pourvoir aux dépenses de la faillite.

Le 7 avril 1948, il n'était donc pas question, le moins du monde, d'opérer, au profit des sociétés filiales, une restitution globale de leurs fonds, et moins encore de l'ensemble de leurs biens.

(49) Si ces formules laissent encore la place à quelque doute, celui-ci disparaît totalement lorsqu'on examine le sort qu'a connu, en fait, au lendemain du 7 avril 1948, l'actif des sociétés auxiliaires.

Les documents produits par les Parties sont, sur ce point, d'une clarté totale et établissent de la façon la plus certaine que les organes de la faillite conservèrent après le 7 avril 1948 la disposition d'une partie importante de l'argent liquide, appartenant à l'Ebro, qu'ils avaient saisi dans les banques.

Le Gouvernement belge se bornera à prouver cette affirmation par la production de l'ordonnance du 10 mai 1948, en vertu de laquelle le premier juge spécial, récemment entré en fonctions, ordonnait le versement à la Caisse générale des dépôts des sommes qui se trouvaient déposées au nom de l'Ebro dans deux banques de Barcelone, soit 30 millions au Banco de Aragon et 70 millions au Banco Hispano-Americano.

Certains des termes de cette ordonnance, dont le texte intégral est donné en annexe (A.R., n° 16), méritent d'être relevés ici.

Parlant des sommes en question, le juge déclarait :

« ...étant donné que ces sommes ne seront pas nécessaires pour la bonne marche administrative des sociétés saisies (1), vu les rentrées qui sont reflétées dans les rapports présentés par le séquestre provisoire-administrateur, que lesdits 100 millions soient versés à la Caisse générale des dépôts de Barcelone à la disposition de ce tribunal... ».

Le juge spécial enjoignait ensuite aux organes de la faillite d'établir un rapport détaillé « de tous les autres montants, qu'il s'agisse d'argent, de valeurs ou d'effets de commerce, qui ont été saisis comme appartenances du failli... ».

Il leur demandait enfin de faire

« constater avec exactitude le solde en pesetas dont dispose le séquestre provisoire-administrateur... pour faire face aux dépenses futures et quelle somme il estime indispensable de retenir dans la caisse de la faillite pour que ne soit interrompue la bonne marche administrative des services. Dans le cas où il y aurait un excédent, qu'il soit déposé à la Caisse générale des dépôts, qui est l'établissement destiné à cette fin ainsi que l'ordonne l'article 1353 de la Loi de procédure civile... ».

Ainsi, un mois après la prétendue restitution des avoirs saisis à charge des sociétés auxiliaires, le juge spécial ne faisait aucune distinction entre l'argent qui appartiendrait à la Barcelona Traction et celui des filiales qu'il décrivait d'ailleurs comme ayant été saisi en tant qu'appartenance du failli. La confusion des patrimoines apparaît donc comme totale.

La seule distinction qu'il introduisit, c'est celle entre les fonds qui, étant nécessaires à l'administration courante, pouvaient rester à la disposition du séquestre provisoire, et ceux qui, ne l'étant pas, devaient être versés à la Caisse générale des dépôts et consignations à la disposition du tribunal. Dans les deux cas, le dessaisissement des filiales était, à la fois, complet et définitif et non pas, comme le soutient le *Contre-Mémoire*, partiel et provisoire.

(1) Ces termes fort clairs n'empêcheront pas les syndics, dans l'acte dressé par eux le 17 juin 1952 à l'intention du commissaire relativement à l'exécution par l'adjudicataire des conditions du cahier des charges, de « constater » que « le poste de 81.000.000 ptas. qui figure à l'actif du bilan de l'Ebro sous le titre « Dépôts à la Caisse générale de Dépôts » est le solde résultant de divers versements et retraits de fonds, propriété de cette société, qui ont été effectués à cette Caisse générale de Dépôts en espèces et pour les nécessités de cette entreprise, comme il est constaté dans le jugement du 18 juin 1949 rendu par le juge spécial de la faillite, parce qu'on les considère à tout moment comme propriété de cette société ». Le texte dudit jugement, jusqu'ici inédit, est reproduit en annexe (A.R., n° 17); il est à peine besoin de dire qu'il ne contient aucunement la contre-vérité avancée par les syndics dans le document de 1952.

On peut ajouter que, lorsqu'en 1952 l'adjudicataire Fecsa versa la partie liquide du prix de la vente (10 millions de pesetas), cette somme, bien qu'elle constituât un avoir propre de la faillite, fut versée par les syndics à la Caisse générale des dépôts où elle se mélangea, dans un même compte, aux fonds qui s'y trouvaient déjà et provenaient des caisses de l'Ebro. La confusion des patrimoines persistait donc à cette date.

(50) De même, en ce qui concerne les titres des sous-filiales saisis dans les banques comme faisant partie des avoirs des filiales atteints par l'ordre de saisie, il n'est pas soutenable, en présence des éléments du dossier, que la mesure les atteignant aurait pris fin le 7 avril 1948. En effet, l'ordonnance du 13 avril 1948, qui constata la clôture des opérations de saisie tout en déclarant normalisés les organes statutaires de ces compagnies, déclara également

« accomplie et réalisée la saisie (*ocupación*) des actions des sociétés Riegos y Fuerza del Ebro, *Cia Aplicaciones Eléctricas, Cia Barcelonesa de Electricidad, Electricista Catalana, Union Eléctrica de Cataluña, Energia Eléctrica de Cataluña, Saltos del Segre, Saltos del Ebro, Cia General de Electricidad, S.E. Hidraulica del Freser, Saltos Cataluña* et Catalanian Land

Il convient de noter que, dans cette énumération, figuraient à la fois des filiales directes de Barcelona Traction (Ebro et trois autres), et des sous-filiales (Barcelonesa et sept autres) dont les actions appartenaient aux filiales (1). Ces dernières actions furent saisies parce que faisant partie de l'actif des filiales, et si leur saisie fut maintenue le 13 avril 1948, c'est évidemment parce que la saisie de ces actifs l'était également.

(51) Pour tenter de faire admettre que la situation avait, à partir du 7 avril 1948, subi « une modification radicale », le Gouvernement espagnol soutient encore, inexactement il est vrai, que la saisie des actifs n'aurait été maintenue après le 7 avril qu'en apparence, mais qu'en fait les actes accomplis après cette date par les organes de la faillite n'auraient plus été que « l'exercice des droits saisis appartenant à la société faillie » (*C.M.*, IV, n° 111, p. 313). Cette thèse pourrait à la rigueur se soutenir à l'égard des titres de l'Ebro et des autres filiales directes de la Barcelona Traction (2), mais elle se trouve à nouveau contredite par ce qui a été fait à l'égard des titres de la Barcelonesa et des autres sous-filiales. La société faillie, en effet, n'était actionnaire ni de la Barcelonesa ni des autres sous-filiales, en sorte que les organes de la faillite ne pouvaient pas agir pour compte de Barcelona Traction en cette qualité. Pour la Barcelonesa, l'actionnaire était la société Ebro. Si la saisie des avoirs d'Ebro, ordonnée le 12 février 1948, avait, comme le soutient le *Contre-Mémoire*, pris fin le 7 avril 1948, il est clair que les syndics n'eussent pu participer en tant qu'actionnaires à l'assemblée générale de la Barcelonesa du 17 décembre 1949. Or, le procès-verbal de ladite assemblée, reproduit en annexe à la présente Réplique (*A.R.*, n° 18, doc. 1) (3), mentionne leur présence comme *représentants légaux des actions de cette société en leur qualité de syndics de la faillite de Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.* Et la même mention se retrouve dans les procès-verbaux des autres sociétés sous-filiales produits en annexe (*A.R.*, n° 18 doc. 2 à 4). Ce qu'affirme le *Contre-Mémoire* est donc contredit par les documents du dossier.

(1) Les sous-filiales sont les sociétés dont les noms ont été imprimés en italiques.

(2) A condition qu'on reconnaisse une valeur juridique à la saisie de leurs actions effectuée par voie de possession médiata et civilissime.

(3) L'examen détaillé des résolutions prises par les pseudo-assemblées des filiales en décembre 1949 sera fait ultérieurement (v. *infra* n° 94 ss.). Il a paru préférable de grouper dans une même annexe tous les procès-verbaux relatifs aux dites pseudo-assemblées.

(52) Mais ce n'est pas tout. L'inventaire général des « biens, effets, livres, documents et papiers saisis (*ocupados*) dans la faillite », dressé peu avant la tenue de ces assemblées, soit le 28 septembre 1949, en présence du commissaire, confirme expressément que la saisie des biens des filiales persistait encore à cette date (*A.M.*, n° 160, vol. III, p. 626). Sans doute y voit-on groupés pour la première fois dans une première catégorie des titres des cinq filiales directes de la Barcelona Traction, à savoir Ebro, Catalonian Land, Electricista Catalana, Union Eléctrica de Cataluña et International Utilities. Mais cette énumération est suivie des mots :

« en vertu du jugement de déclaration de faillite du 12 février 1948 et de ses extensions des 25 février et 27 mars de la même année, ainsi que par la saisie (*ocupación*) des dites actions on a saisi tout l'actif social des personnes morales sus-mentionnées selon le détail qui ressort de la comptabilité des dites sociétés ».

L'actif des dites société filiales demeurait donc saisi, en ce compris les titres des sous-filiales dont chacune des filiales était propriétaire.

C'est ce que confirmait pleinement la mention de l'inventaire, qui introduit l'énumération des titres des sous-filiales et qui est ainsi libellée : « C'est également en vertu des décisions judiciaires sus-énoncées et en conséquence de la dite saisie (*ocupación*) qu'ont été saisies... ».

Enfin, et surabondamment, les syndics confirmaient, en terminant leur inventaire, que les saisies y relatées ne se rapportaient pas à un fait historique dont les effets auraient pris fin le 7 avril de l'année précédente, mais bien à une situation existante : « La situation ainsi décrite des valeurs et biens saisis ressort des livres, papiers et documents saisis en vertu de la faillite ».

En présence de textes aussi clairs, il est incompréhensible que le Gouvernement espagnol ait cru pouvoir invoquer l'inventaire général à l'appui de sa thèse (*C.M.*, n° 74, IV, p. 289, et n° 111, p. 313).

(53) Quant à la vente, il est sans doute vrai que, pour des raisons d'opportunité qui seront mises en lumière plus loin (*infra*, n° 79), le groupe March préféra la faire porter directement sur les titres des cinq sociétés filiales de la Barcelona Traction. Mais ainsi qu'il sera démontré dans les paragraphes consacrés à l'objet de cette vente (*infra*, n° 173 et ss.), les syndics, dans leur écrit proposant la vente des biens — qui contenait l'énumération des biens saisis — ne se bornèrent pas à mentionner parmi ceux-ci les titres des sociétés auxiliaires : ils ajoutèrent expressément « et tout leur actif social », et inclurent dans la liste des titres saisis ceux émis par les sous-filiales (*A.M.*, n° 175, vol III, pp. 675 à 677).

Par ailleurs, si, comme dit ci-dessus, le cahier des charges de la vente aux enchères ne mentionnait en termes exprès, comme constituant l'objet de la vente, que les titres des cinq filiales directes, le littéra C de la deuxième partie (*A.M.*, n° 201, vol. IV, p. 781,) s'exprimait néanmoins comme suit :

« Dans la totalité du capital-actions des cinq sociétés ci-dessus et leurs droits inhérents, se trouve compris le patrimoine de celles-ci dont font partie les biens désignés au paragraphe 6 de la première partie du présent cahier des charges ».

Or, les biens énumérés au dit paragraphe 6 du cahier des charges comprenaient, outre les actions des cinq filiales, celles des sous-filiales, et encore

« tous les biens immeubles, concessions, droits, autorisations, baux et toutes obligations, obligations hypothécaires et autres valeurs, ainsi que toutes les actions de toute société ou autre entité juridique que la société posséderait alors ou sur laquelle elle aurait des droits... » (*A.M.*, n° 201, vol. IV, p. 779).

Ainsi donc, lorsque le *Contre-Mémoire* affirme que « la vente n'a pas porté... sur les biens constituant l'actif des dites sociétés » (*C.M.*, n° 207, p. 380), il joue sur les mots, puisque, dans le curieux système imaginé par les syndics et approuvé par les Tribunaux, l'acquéreur des titres des cinq sociétés filiales devenait automatiquement propriétaire de leur actif, lequel comprenait les actions des sous-filiales et, en conséquence, suivant le même système, l'actif de celles-ci. En tout cas, quelle que soit l'interprétation que l'on donne audit système, on n'aperçoit pas comment il en résulterait que la saisie desdits actifs aurait été levée auparavant.

(54) Au contraire, la présente *Réplique* a déjà démontré que la saisie des actifs des sociétés auxiliaires n'avait aucunement pris fin le 7 avril 1948 (*supra* n° 48 et ss.); elle a également rappelé qu'en décembre 1949, et sur base de la possession médiata et civilisime, les syndics avaient prétendu exercer les droits de vote attachés aux actions de la Barcelonesa faisant partie de l'actif de l'Ebro, ce qui signifie nécessairement qu'à cette date la saisie persistait encore.

Mais il y a bien plus fort. En août 1952 encore, après que Fecsa eut été déclarée adjudicataire des actions de l'Ebro (et d'autres sociétés auxiliaires) appartenant à la Barcelona Traction, la saisie des actifs des sociétés auxiliaires avait tellement peu cessé que les syndics durent solliciter une ordonnance du juge spécial pour que celui-ci mît fin aux mesures de saisie qui continuaient à peser sur les sociétés filiales (*A.R.*, n° 19). Le même juge spécial refusa d'ailleurs de libérer les 81 millions de pesetas déposées à la Caisse générale des Dépôts et Consignations en provenance des caisses de l'Ebro, et il fallut attendre un arrêt de la Cour d'appel de Barcelone du 22 décembre 1954 pour que ce remboursement fût autorisé, sous déduction de la somme versée pour compte de l'Ebro du chef de l'amende monétaire. Le texte de cet arrêt est reproduit en annexe (*A.R.*, n° 20) : la Cour y relevait que l'adjudication à Fecsa a porté notamment sur « la propriété, possession et appartenance de la dite filiale » (*Ebro*).

(55) Et ce n'est pas tout. Il est un dernier acte qui dément de façon flagrante le caractère prétendument provisoire de la saisie et le terme qui y aurait été mis le 7 avril 1948 : c'est la date de radiation de l'inscription, faite en 1948 au registre du commerce de Barcelone, et relative à l'Ebro et à la Barcelonesa. Cette inscription, bien que non prévue dans le jugement de faillite, avait été faite sur ordre du juge n° 4 à la feuille 189 du tome 536, livre 114 de la section 2; elle reproduisait la partie du dispositif du jugement du 12 février 1948 relative à la saisie des biens de l'Ebro (*A.R.*, n° 21).

Or, elle ne fut rayée, à la requête de l'Ebro représentée par ... M. Gambús, l'ancien séquestre provisoire devenu directeur général de Fecsa, que le 19 août 1952. Comment, après cela, oser encore soutenir que la saisie avait pris fin le 7 avril 1948!

B. *La prétendue reconnaissance par le juge de Reus de la personnalité distincte des sociétés auxiliaires.*

(56) Le caractère durable de la saisie des actifs des sociétés auxiliaires n'étant pas sérieusement contestable, le point de savoir si le juge avait nié ou au contraire — comme le soutient le *Contre-Mémoire* — reconnu leur personnalité distincte, ne présente plus qu'un intérêt secondaire.

L'évolution qu'ont subie à cet égard les constructions juridiques du juge de Reus méritent néanmoins d'être relevées : en moins de deux mois, elles ont passé de la dénégation à la reconnaissance de la personnalité distincte des sociétés filiales, sans du reste tirer de cette dernière toutes ses conséquences naturelles et éviter de sombrer dans les contradictions les plus évidentes.

(57) Le 12 février 1948, le juge de Reus, constatant que toutes les actions de l'Ebro sont la propriété de la Barcelona Traction, en déduisit que les biens de l'Ebro sis en Catalogne « appartiennent de façon médiate à Barcelona Traction », et s'en prévaut pour justifier sa compétence. C'était, on ne peut plus clairement, nier la personnalité distincte de l'Ebro. En effet, à supposer même que l'on puisse qualifier de possession médiate celle qu'une personne a sur un bien détenu par une autre — et sous réserve de l'usage fait de cette notion dans le jugement —, un bien ne peut appartenir, en pleine propriété, à deux patrimoines. Reconnaître un droit de propriété à la Barcelona Traction sur les biens de l'Ebro, c'était, nécessairement et corrélativement, dénier toute personnalité juridique autonome à l'Ebro.

Sans doute est-ce du reste à cette dénégation initiale de personnalité juridique distincte aux sociétés auxiliaires qu'il faut attribuer le fait que, comme il a été signalé au n° 17. p. 11. il omit d'ordonner que le jugement leur soit signifié.

(58) Ce qui était implicite dans le jugement du 12 février 1948 devint d'ailleurs explicite dans celui du 25 février (*A.M.*, n° 60, vol. II, p. 294), qui confirme l'ordonnance du commissaire par laquelle la saisie était étendue aux actifs de huit autres sociétés auxiliaires.

L'unique considérant que contient ce jugement était libellé comme suit :

« Considérant qu'il a été prouvé, par les documents qui ont déjà été présentés dans ce procès et par ceux fournis en annexe à l'écrit sur lequel il est présentement statué que le capital desdites sociétés n'est pas réparti en diverses mains, puisqu'il appartient à la société en faillite, qu'il n'y a pas pluralité de personnes; qu'il en résulte donc que Barcelona Traction étant le seul possesseur des actions représentatives du capital, *c'est comme si la personnalité juridique de ces mêmes sociétés disparaissait* du fait même de l'inexistence de l'un des deux sujets exigés pour constituer toute société commerciale, selon l'article 116 du Code de commerce;... »

Et le considérant se terminait par ces mots, qui donnent à son début, reproduit dans l'alinéa précédent, la portée d'une véritable interprétation authentique du jugement du 12 février 1948 :

« ...que partant, et pour les mêmes motifs que ceux qui sont à la base du jugement déclaratif de faillite rendu le 12 courant, il y a lieu de faire droit à la demande formulée, en ratifiant l'ordonnance (*providencia*) rendue par le commissaire le 23 courant. »

(59) D'autres décisions du juge de Reus continuèrent à dénier aux sociétés filiales la personnalité juridique. C'est ainsi que dans un jugement du 1^{er} mars 1948 par lequel le juge rejeta un recours en reconsidération introduit par l'administrateur et directeur général de l'Ebro, M. Menschaert (*A.M.*, n° 83, vol. II, p. 341) (1), il déclara que « toutes les allégations faites par le représentant de cette société sur l'existence d'une personnalité juridique indépendante du failli ne sont que des apparences juridiques... ».

(60) De même, dans une ordonnance (non encore produite par les Parties) du 9 mars 1948 (*A.R.*, n° 22) par laquelle il rejetait un recours de deux employés supérieurs de l'Ebro révoqués, le même M. Menschaert et M. Puig Doménech, il refusa à nouveau, en termes exprès, de tenir compte de la personnalité juridique distincte de l'Ebro et de la Barcelonesa, la qualifiant « d'apparente » et lui déniait toute importance parce que, disait-il, « si l'on admettait *cette fiction*, cela reviendrait à laisser sans protection les créanciers de la Barcelona Traction ».

(61) Ces textes sont formels ; à les lire, il est impossible de soutenir que le juge de Reus a reconnu la personnalité morale des sociétés dont il englobait les actifs dans la masse de la faillite de la Barcelona Traction. C'est cependant ce que n'hésite pas à faire le *Contre-Mémoire*. Pour contester l'incontestable, il invoque tout d'abord (*C.M.*, IV, n° 84, p. 295) le jugement du 17 mars 1948 par lequel le juge de Reus rejeta le recours en rétractation de l'Ebro contre l'ordonnance du 18 février lui refusant qualité pour agir contre le jugement déclaratif de faillite (*A.C.M.*, n° 46, vol. VII, p. 263). C'est à tort. Dans ce jugement, en effet, le juge se borne à reproduire les termes de son jugement du 25 février 1948 suivant lequel, la Barcelona Traction étant le seul possesseur des actions représentatives du capital de l'Ebro, c'est comme si la personnalité morale de la société disparaissait.

(62) Ensuite, le *Contre-Mémoire* cueille cinq mots dans le jugement du 12 février 1948 et deux dans celui du 25 février, et il leur donne une interprétation extensive en flagrante contradiction avec les passages des jugements ci-dessus reproduits. Pareil procédé devrait déjà suffire à écarter l'interprétation proposée. Le contresens est du reste aisé à déceler.

Le jugement du 12 février 1948 déclarait que la saisie de l'actif de l'Ebro est ordonnée « *sin detrimento de su función* », ce que le Gouvernement belge avait traduit par « sans préjudice à sa *fonction* » et que le Gouvernement espagnol traduit par « sans préjudice de son *fonctionnement* » (*C.M.*, n° 80, p. 293).

La différence est sensible : la « *fonction* » de l'Ebro, concessionnaire d'un service public, était d'assurer ce service, et l'on comprend que le juge de Reus, au moment où il ordonnait la saisie de ses avoirs (2), ait prescrit au séquestre provisoire qu'il n'en résulte aucune interruption dans la production et la distribution de l'énergie électrique. En revanche, par « *fonctionnement* » (*funcionamiento*) d'une société commerciale, il faut entendre la continuation de sa gestion par ses organes statutaires de la façon prévue aux statuts.

(1) Pour l'examen des recours, voir la section 3 du présent chapitre.

(2) Sur la violation par le juge de Reus des règles spéciales applicables aux sociétés de services publics, voir la section 2 du chapitre II de la deuxième partie (n° 538 et suivants).

En l'espèce, non seulement le terme « *función* », mais le contexte, démontrent que c'était bien la continuation du service public, et non le fonctionnement statutaire de la société, que le juge de Reus avait désiré sauvegarder. En effet, dès lors qu'il englobait l'actif social de l'Ebro dans la masse faillie confiée à la gestion d'un séquestre provisoire, le fonctionnement du conseil d'administration de cette société, à le supposer maintenu en fonctions, en était considérablement affecté.

Qu'en février 1948, ce soit, non le fonctionnement interne des sociétés auxiliaires, mais la continuation du service public, qui ait préoccupé le juge, se trouve du reste confirmé en termes non équivoques par l'ordonnance rendue le 23 février. Etendant aux actifs de huit autres sociétés auxiliaires la saisie des actifs de l'Ebro et de la Barcelonesa ordonnée dans le jugement de faillite (*A.C.M.*, n° 44, vol. VII, p. 258), le commissaire, après s'être référé expressément à ce dernier jugement, motiva cette nouvelle saisie notamment par la « nécessité inéluctable de ne pas voir troublé le bon fonctionnement du service public » (1).

Le premier argument tiré prétendument du texte s'avère donc dépourvu de valeur.

(63) Du jugement du 25 février 1948, le Gouvernement espagnol détache les mots : « c'est *comme si* la personnalité morale des filiales disparaissait », et, sans s'expliquer clairement, feint de croire qu'en employant cette « conjonction », le juge aurait implicitement admis qu'en dépit de certaines analogies avec la disparition de la personnalité morale, cette personnalité subsistait dans le cas de l'Ebro et des autres sociétés auxiliaires (*C.M.*, IV, n° 83, p. 295, et n° 94, p. 302).

Il suffit de placer l'expression « *comme si* » dans son contexte pour faire apparaître qu'elle exclut la signification que le gouvernement espagnol lui attribue. Le jugement, en effet, s'exprime comme suit :

« Barcelona Traction étant le seul possesseur des actions représentatives du capital, c'est *comme si* la personnalité juridique de ces mêmes sociétés disparaissait du fait même de l'inexistence de l'un des deux sujets exigés *pour constituer* toute société commerciale selon l'article 116 du Code de commerce ».

La comparaison est donc faite entre deux hypothèses. Dans l'une, celle de l'espèce, toutes les actions de la société sont concentrées en une seule main; dans l'autre, un des deux sujets indispensables pour constituer valablement une société est inexistant. Dans les deux cas, suivant le juge de Reus, la personnalité juridique de la société disparaît; c'est uniquement ce que veut dire le « *comme si* » et il est vain d'essayer de lui faire dire autre chose.

(64) Ce qui est vrai, c'est qu'à partir du jugement du 27 mars 1948, la terminologie du juge se modifia, au point d'aboutir finalement à l'affirmation du maintien de la personnalité juridique expressément rejetée dans ses décisions antérieures.

Le Gouvernement belge l'a signalé dans son *Mémoire* (I, n° 99, p. 51). Le jugement complémentaire qui étendait la saisie aux actifs de Catalonian Land et d'Electricista Catalana (*A.M.*, n° 61, vol. II, p. 296) contient un considérant libellé comme suit :

(1) Plus explicite encore est la déclaration du séquestre provisoire qui, dans le procès-verbal de saisie du 23 février, précède l'ordonnance reproduite en annexe au *Contre-Mémoire*. Il y est fait expressément mention de « *l'exigence figurant dans le jugement déclaratif de la faillite que l'on n'apporte pas de perturbation au service public des sociétés affectées* » (cf. *A.R.*, n° 23, le texte intégral de ce procès-verbal).

« Si une société n'a pas son capital réparti en diverses mains... la réalité économique s'impose par dessus la personnalité juridique que possède la filiale », en sorte que « la société filiale aura à subir les conséquences de la faillite, son patrimoine étant considéré comme masse de la faillite ».

Cette nouvelle manière de s'exprimer allait se trouver confirmée et amplifiée encore par les trois ordonnances des 7, 10 et 13 avril 1948 relatives à la normalisation des sociétés auxiliaires. Elles furent rendues, la première et la troisième, par le commissaire à la faillite, la deuxième, par le juge de Reus (la première ordonnance a été reproduite comme annexe au *Mémoire belge*, n° 67, vol. II, p. 310; la troisième comme annexe au *Mémoire belge*, n° 104, vol. II, p. 403; toutes trois le sont dans les annexes au *Contre-Mémoire*, sous le n° 41, vol. VII, pp. 227-230).

Dans la première, le commissaire n'hésita pas à affirmer, dans une parenthèse figurant dans le premier considérant, que « les compagnies sont des sociétés anonymes et donc des personnes morales dont l'activité se déroule normalement », tandis que, dans le deuxième considérant, il appuya cette manière de voir par une référence au jugement de faillite. C'est lui, en effet, qui, le premier, reprit de ce jugement les mots dont le Gouvernement espagnol fait aujourd'hui si grand cas : « *sin detrimento de su función* ». Mais pour mieux justifier l'interprétation qu'il leur donna, il n'hésita pas à leur substituer l'expression « *sin detrimento del normal funcionamiento de las sociedades ocupadas* ».

Le juge de Reus, lui, pour motiver son ordonnance du 10 avril 1948 qui confirmait celle du commissaire du 7, se borna à affirmer qu'elle s'inspirait des mêmes principes que le jugement de mise en faillite du 12 février, à savoir que les sociétés saisies conservent toujours leur personnalité morale... !

De l'exposé qui précède, la Cour voudra bien retenir spécialement l'extrait du jugement du 27 mars reproduit ci-dessus. En effet, au moment même où le juge de Reus affectait de revenir à l'orthodoxie juridique en reconnaissant la personnalité distincte de *Catalonian Land* et d'*Electricista Catalana*, il la méconnaissait à nouveau en ordonnant la saisie de leurs biens. En sorte que la modification survenue dans la terminologie du juge de Reus, si elle n'eut aucun effet sur la portée de la saisie ordonnée, en soulignait, par contre, l'illégalité. Si le juge modifia en ce sens sa présentation des mesures prises à l'égard des sociétés auxiliaires, c'est sans doute pour l'harmoniser avec la remise en place, au sein de ces sociétés et sur demande des requérants, des conseils d'administration autrement composés. En l'adoptant, le juge n'eut aucun égard pour la contradiction foncière qui, dès lors, caractérisait toute sa procédure.

C. Motivation imaginée dans le *Contre-Mémoire* pour justifier la saisie des actifs.

(65) Après ces laborieux efforts pour interpréter la pensée du juge de Reus, le Gouvernement espagnol a cru devoir tenter de justifier lui-même la mesure prise par une considération qui ne se retrouve dans aucun des divers jugements, à savoir « l'abus » qu'aurait commis la *Barcelona Traction* « en ayant recours à une pluralité apparente

de personnalités morales, mise au service d'une véritable *fraude à la loi* » (C.M., IV, n° 150, p. 523) que le jugement de faillite aurait eu pour objet de réprimer (1).

L'inanité de cette accusation, réfutée dans le Chapitre II de la présente partie, n'a d'égale que l'incohérence de la construction juridique échafaudée : la deuxième partie de la *Réplique* en fournira la démonstration. On en retiendra ici le peu de confiance que cette explication dénote de la part du Gouvernement espagnol lui-même dans la solidité de l'unique motif invoqué par le juge de Reus.

2° *Les pouvoirs donnés au commissaire de révoquer le personnel des sociétés auxiliaires.*

(66) Déférant une fois de plus à la demande des requérants, le juge de Reus inséra dans le jugement déclaratif de faillite une disposition, que la loi ne prévoit même pas en ce qui concerne les sociétés faillies, aux termes de laquelle le commissaire pouvait, s'il l'estimait nécessaire,

« procéder à la révocation, la destitution et la nomination des membres du personnel, employés et gérants, de toute catégorie et de tout rang, même de haute direction, dans les sociétés appartenant totalement à la société faillie, du fait que celle-ci possède toutes les actions représentatives de leur capital ».

Et dès le 14 février, le commissaire, faisant usage du pouvoir qui lui était ainsi attribué, « prit prétexte », comme le relate le *Mémoire belge* (I, n° 102, p. 53) des protestations formulées la veille par les cinq employés supérieurs de l'Ebro et de la Barcelonesa (2) pour les révoquer (A.M., n° 64, vol. II, pp. 303-304).

Ainsi les sociétés auxiliaires, déjà atteintes par la saisie des actifs, le furent une deuxième fois par la destitution de leur personnel supérieur.

(67) Le *Contre-Mémoire* s'élève contre les critiques formulées dans le *Mémoire*.

« Cette mesure... fut prise, » affirme-t-il (C.M., n° 126, p. 323), « non pas à cause des protestations dont le *Mémoire* fait état, mais en raison du comportement manifestement hostile des intéressés à l'égard du tribunal et des organes de la faillite ».

Mais le libellé du procès-verbal du 14 février 1948 est formel dans le sens du *Mémoire*. Il se réfère expressément et exclusivement aux opérations de saisie effectuées le jour précédent, relate les déclarations faites par MM. Puig Doménech, Menschaert et consorts, et, tout en reconnaissant qu'il n'y a pas eu de « refus d'obéissance », se fonde sur le « trouble » que ces déclarations apportent aux « relations qui doivent

(1) Le juge de Reus avait si peu songé à accuser la Barcelona Traction et son groupe de fraude, qu'il avait même omis, comme on l'a vu, d'insérer dans son jugement du 12 février 1948, la disposition, cependant usuelle, fixant la date de la cessation des paiements. Or, la fixation d'une telle date, avec l'effet rétroactif d'annulation qu'elle entraîne, est précisément l'un des remèdes spécifiques dont le juge dispose pour faire échec aux fraudes qu'aurait commises le failli avant sa déclaration en faillite voir à ce sujet la section 2 du chapitre II de la deuxième partie.

(2) Une décision semblable fut prise le 27 février 1948 par le commissaire concernant les « postes de direction et d'administration » occupés par MM. Menschaert et Puig Doménech à l'Union Eléctrica de Cataluña et dans six autres sociétés auxiliaires; elle est reproduite en annexe au *Contre-Mémoire* (A.C.M., n° 73, doc. 3, vol. VII, p. 378). Mais comme pour les saisies, on se bornera *ratione brevittatis* à commenter dans la *Réplique* les révocations relatives à Ebro et Barcelonesa.

les lier au commissaire... et à la mission qui incombe au séquestre provisoire » pour relever leurs auteurs de « toutes les charges qu'ils remplissent et exercent dans les sociétés atteintes par la déclaration de faillite, en particulier Ebro et Barcelonesa » (1).

Le commentaire du *Mémoire belge* s'avère donc parfaitement justifié et singulièrement modéré.

(68) Le *Contre-Mémoire* commet du reste sur le plan juridique une erreur flagrante lorsqu'il prétend justifier l'octroi au commissaire du pouvoir de destitution par le fait que ce pouvoir « découlait non seulement de la saisie des droits de Barcelona Traction mais aussi du dessaisissement du failli lequel entraînait corrélativement habilitation des organes de la faillite ». Et il l'aggrave en ajoutant :

« eût-on même éliminé du jugement du 12 février tout le deuxième alinéa du dispositif — c'est-à-dire le passage qui fait allusion à la possession médiata et civilissime —, les choses ne se seraient pas passées différemment, c'est-à-dire que le commissaire aurait eu le pouvoir de destituer les administrateurs des filiales et de nommer de nouveaux administrateurs jouissant de sa confiance » (*C.M.*, n° 49, p. 275).

En réalité, ni dans le droit, ni dans le fait, la révocation et le remplacement des administrateurs, d'une part, et ceux du personnel supérieur, d'autre part, ne se présentaient de la même manière : le *Contre-Mémoire* lui-même le reconnaît (n° 127, p. 324). C'est à l'égard du personnel supérieur seulement qu'un pouvoir de licenciement fut attribué au commissaire et exercé par lui; en revanche, les administrateurs de l'Ebro et des autres sociétés auxiliaires furent remplacés par le séquestre provisoire, lequel ne put le faire, contrairement à ce qu'affirme le *Contre-Mémoire*, qu'à la faveur de la possession médiata et civilissime des actions Ebro, sur laquelle il se fonda pour exercer le droit de vote qui y était attaché et s'arroger la compétence d'une assemblée générale.

C'est donc clair. Lorsque le commissaire destitua le personnel dirigeant de l'Ebro, il n'exerça pas une compétence appartenant à la société faillie comme actionnaire de l'Ebro, il n'intervint pas davantage au nom de l'Ebro, il excipa exclusivement d'une disposition expresse du jugement lui accordant ce pouvoir. Il n'avait dès lors à se soucier ni des clauses du contrat d'emploi des employés destitués, ni des règles du droit espagnol relatives à la durée des préavis et aux formalités de résiliation pour motif grave. Il s'agissait, dès lors, d'un acte d'autorité; le personnel pouvait être licencié si le commissaire le jugeait nécessaire, que ce soit à titre de sanction ou autrement.

(69) Y a-t-il, dans le droit espagnol, une disposition qui autorisait le juge de Reus à octroyer au commissaire le pouvoir de licencier du personnel sans garantie de procédure et, comme on le verra plus loin, sans recours? Une fois écartée l'explication du *Contre-Mémoire* qui, comme on l'a vu, ne peut être attribuée qu'à une inadvertance, le Gouvernement espagnol excipera sans doute dans sa *Duplique* de l'article 1045 du Code de commerce de 1829, qui définit le rôle du commissaire et a été invoqué par celui-ci à deux reprises (dans son ordonnance du 14 février 1948 — *A.M.*, n° 64, vol. II p. 303 — et dans

(1) Il est vrai que pour renforcer le caractère manifestement insuffisant des motifs invoqués par le commissaire à l'appui de sa décision, le *Contre-Mémoire* (*ibid.*, p. 323) fait état de divers agissements postérieurs qui auraient constitué autant d'« obstacles » à l'action du tribunal et des organes de la faillite. Il est fait mention notamment d'un « acte très grave » dont MM. Menschaert et Puig Doménech se seraient rendus coupables le 14 février 1948. Ces appréciations sont non-fondées, mais comme cette tentative de justification *a posteriori* de la décision prise n'est évidemment pas admissible, leur réfutation a été renvoyée à une annexe (*A.R.*, n° 24).

celle du 27 février 1948 — *A.C.M.*, n° 73, doc. 3, vol. VII, p. 378). La deuxième partie de la présente *Réplique* montrera que ledit article ne prévoit rien de semblable et n'a jamais été interprété dans la pratique judiciaire espagnole comme couvrant pareille mesure (*infra*, n° 503).

3° *La possession médiate et civilissime des titres des sociétés auxiliaires.*

(70) Ce fut la troisième disposition du jugement de faillite imaginée par le groupe March et admise par le juge de Reus pour conférer aux organes de la faillite des pouvoirs dépassant ceux que l'application du droit commun eussent pu leur procurer.

Après avoir ordonné la saisie des actifs de l'Ebro, le juge déclara « étant entendu que la saisie implique la possession médiate et civilissime pour ce qui concerne ses actions qui seraient en la possession de Barcelona Traction » (*A.M.*, n° 56, vol. II, p. 288). Une disposition analogue fut prise en ce qui concerne les actions de la Barcelonesa. Et la mesure fut étendue dans la suite, par des jugements complémentaires, aux actions des autres sociétés auxiliaires dont la totalité des actions appartenait à la Barcelona Traction, à ses filiales ou à ses sous-filiales (voir *infra*, n° 76).

En sorte que, désormais, c'est à un double titre que le séquestre provisoire était habilité à s'occuper des entreprises en Espagne; à celui résultant de l'incorporation des actifs des filiales à la masse faillie, vint s'ajouter à la permission d'exercer les droits inhérents aux actions de l'Ebro et de la Barcelonesa se trouvant au Canada, sur lesquelles le séquestre fut ainsi dispensé, du moins dans l'immédiat, d'exécuter l'ordre de saisie.

C'est ce que reconnaît sans ambages le Gouvernement espagnol, quand il expose (*C.M.*, IV, n° 67, pp. 285-286) qu'en procédant à cette déclaration, le juge avait tenu à préciser que

« tant que les organes de la faillite n'acquerraient pas la détention ou possession matérielle des titres », ces droits « pouvaient être exercés en toute circonstance, c'est-à-dire même dans les hypothèses ou, normalement, leur exercice est conféré à celui qui justifie de sa qualité de sociétaire par présentation de titres ou documents... »

(71) Ainsi que le signale le *Mémoire* (I, n° 93, p. 49), il n'était pas possible de comprendre à première vue les mobiles qui avaient porté les demandeurs à la faillite à solliciter l'habilitation des organes de la faillite à exercer les droits d'actionnaires de l'Ebro, alors que la saisie de l'actif leur donnait déjà pouvoir direct sur l'entreprise et que la méconnaissance de la personnalité distincte de la filiale, qui était à la base de cette saisie, aurait dû enlever toute signification aux actions.

Mais, sans doute, le groupe March s'était-il rendu compte que si la saisie des actifs appartenant en Espagne aux sociétés auxiliaires réalisait au maximum, dans l'immédiat, son objectif de mainmise sur l'entreprise, elle ne manquerait pas de poser des problèmes juridiques insurmontables lorsqu'il s'agirait, pour lui, d'acquérir, sur ces biens, un titre définitif présentant au moins une certaine apparence de légalité. D'une part, en effet, il s'agissait de biens affectés à un service public, dont la cession n'était possible que suivant une procédure particulière; d'autre part, leur incorporation dans la masse faillie constituait une telle énormité juridique qu'une vente de biens ainsi saisis n'aurait conféré à l'acquéreur qu'un titre purement illusoire.

La vente qui devrait intervenir un jour — pour permettre au groupe March de devenir le maître de l'ensemble des entreprises—devrait donc nécessairement porter sur les actions émises par les filiales de la Barcelona Traction, seul actif social véritable de la société faillie. Les organes de la faillite devraient donc avoir, au moins à ce moment, la disposition de ces titres, c'est-à-dire leur possession effective. En attendant qu'un moyen fût trouvé pour la leur procurer, les demandeurs avaient cherché à obtenir, dans leur requête du 9 février 1948, que lesdits organes pussent exercer les droits de vote attachés aux actions et avaient imaginé à cet effet que le juge de Reus leur reconnût la « possession médiate » de ces titres (1). Le jugement de faillite accueillit cette demande, se bornant à ajouter au qualificatif « médiate » celui de « civilissime ».

De fait, l'exercice des droits de vote inhérents aux actions des filiales s'avéra dans la suite un des « instruments essentiels de la machination » (*M.*, n° 93, p. 49) imaginée par les conseils de Juan March. Elle fut, dès le 20 février 1948, utilisée par le séquestre provisoire pour révoquer les administrateurs de l'Ebro; le mois suivant, elle servit à les remplacer par d'autres; puis, en décembre 1949, elle fournit aux syndics le moyen de procéder à cet incroyable bouleversement des statuts avec émission de faux titres, qui allait parachever ce que l'on a audacieusement baptisé la normalisation des sociétés auxiliaires.

La critique précise et complète de ces machinations a été faite par le Gouvernement belge dans son *Mémoire* (n° 93, p. 48; n° 337 à 339, pp. 168 à 170; et n° 361, p. 176)

(72) La réponse du Gouvernement espagnol au grief relatif à cette extraordinaire extension des effets de la saisie hors du territoire espagnol est obscure et parfois même contradictoire.

A l'en croire (*C.M.*, n° 60, p. 281), la construction juridique imaginée serait empreinte de « rigueur scientifique », mais elle aurait été *sans rapport* avec l'exercice que les organes de la faillite étaient en droit de faire du droit de vote attaché aux actions de l'Ebro et des autres filiales, propriété de la Barcelona Traction (2). Elle n'aurait concerné (*C.M.*, n° 67, p. 286) que les titres ou documents en tant que choses corporelles, sur lesquelles, comme sur tous autres biens corporels, la possession que conférerait *ipso jure* la déclaration de la faillite ne serait pas immédiate tant qu'ils ne sont pas « soumis à la volonté des organes de la faillite ».

(1) *A.M.*, n° 49, vol. II, p. 265.

(2) Le *Contre-Mémoire* s'exprime littéralement comme suit : « En disant que la saisie des actions * implique la possession (ou a le caractère de) médiate et civilissime », le tribunal n'ordonnait rien de nouveau. Il n'ajoutait au jugement aucun effet qu'il n'eût déjà par le seul effet de la loi; il se bornait tout simplement à exprimer ou illustrer, avec une rigueur scientifique, l'effet juridique substantiel que produisait la déclaration de faillite à l'égard des titres ou documents en tant que choses corporelles appartenant au débiteur failli ».

Il faut relever incidemment que le juge de Reus n'a jamais dit, contrairement à ce qui résulte du passage précité du *Contre-Mémoire*, que la saisie des actions impliquait la possession médiate et civilissime de celles-ci : dans la partie de son dispositif relative à la saisie (*ocupación*) de tout l'actif de l'Ebro, le juge de Reus ajoutait que : « La saisie (*ocupación*) implique la possession médiate et civilissime pour ce qui concerne ces actions qui seraient en la possession de Barcelona Traction ». Pour l'interprétation exacte de ce passage du jugement déclaratif de faillite, voir *infra*, n° 75 et 76.

Et pourtant, suivant le Gouvernement espagnol, le juge aurait du même coup, par l'emploi de cette expression sibylline, tenu à préciser dans son jugement que « tant que les organes de la faillite n'acquerraient pas la détention ou possession matérielle des titres », les droits inhérents aux actions pourraient néanmoins être exercés par eux en toute circonstance, c'est-à-dire « même dans les hypothèses où normalement leur exercice est conféré à celui qui justifie de sa qualité de sociétaire par présentation de titres ou documents » (*C.M.*, IV, n° 67, pp. 285-286).

Suivant cette interprétation, l'exercice par les organes de la faillite du droit de vote inhérent aux actions n'aurait pas, cependant, été la conséquence de la possession médiate et civilissime qui leur avait été accordée par le jugement, mais aurait résulté automatiquement de la loi elle-même — *ope legis* — comme un effet de l'ordre de saisie en tant que celui-ci aurait porté sur des droits incorporels et non sur les titres.

(73) Il ne sera pas difficile de démontrer, dans la deuxième partie de la *Réplique*, (*infra*, n° 549 ss.) l'absence complète de fondement, en droit espagnol, tant de la construction juridique échafaudée dans le *Contre-Mémoire*, et dont une ébauche seulement a été donnée dans le numéro qui précède, que de celle esquissée dans le jugement sur la suggestion des demandeurs.

Qu'il suffise d'indiquer ici que ces deux constructions sont sans aucun rapport entre elles. Le Gouvernement espagnol fera peut-être observer qu'il lui est toujours loisible de proposer une autre justification que celle adoptée par le juge de Reus à la suggestion des demandeurs. C'est exact. Il faut cependant convenir que, dans un débat portant sur une mesure dénoncée comme exorbitante du droit espagnol, il n'est pas sans intérêt de constater le caractère antagoniste des deux justifications qui en sont proposées, l'une dans le jugement de faillite, l'autre dans le *Contre-Mémoire*.

(74) La conception de la possession médiate et civilissime exprimée dans le jugement de Reus si elle est juridiquement indéfendable, était du moins relativement claire, en ce sens que, comme il a été exposé dans le *Mémoire* (I, n° 93, p. 48), le juge

« s'autorisait de la saisie desdits avoirs (des sociétés auxiliaires) pour conclure à une possession purement fictive par les organes de la faillite des actions représentatives de ces mêmes avoirs, actions qui se trouvaient à l'étranger ».

C'est ce qu'indique clairement, d'une part, la place qu'occupe dans le jugement de faillite la mention de la possession médiate et civilissime, (elle ne suit pas l'ordre de saisie des biens de la Barcelona Traction, mais l'ordre distinct visant la saisie des avoirs des sociétés filiales), et c'est ce que confirme, d'autre part, le lien établi par le mot « implique » entre cette dernière saisie et la possession médiate et civilissime des actions des filiales, celle-ci étant réputée impliquée par celle-là.

(75) Il faut relever également à cet égard :

1°) qu'il n'y a pas trace dans le jugement de faillite de la prétendue distinction entre les titres matériels représentatifs des actions, seuls objets, suivant le *Contre-Mémoire*, de la possession médiate et civilissime, et les droits y attachés sur lesquels la saisie se serait effectuée *ope legis* ;

2°) que lorsque le séquestre provisoire et plus tard les syndics ont exercé le droit de vote avec l'approbation du commissaire, ils se sont réclamés de la possession médiante et civilissime des actions que leur avaient attribué le jugement de faillite et/ou les jugements complémentaires;

3°) que, de même, lorsque les titres furent mis en vente, le cahier des charges établi par les syndics à la fin de l'année 1951 précisa que la délivrance des biens vendus comporterait le transfert, non seulement de la propriété, mais aussi de la « possession effective » des biens vendus et de « celle acquise en vertu du jugement déclaratif de faillite et de la saisie qui l'a suivi » (*A.M.*, n° 201, vol. IV, p. 786).

(76) Les arguments invoqués dans le *Contre-Mémoire* à l'appui de son interprétation du jugement de faillite et des jugements connexes ne résistent pas à leur confrontation avec le texte réel des décisions invoquées.

1°) Ainsi, on chercherait en vain dans le jugement de Reus ce que le Gouvernement espagnol prétend y découvrir, à savoir que *la saisie des actions* « implique la possession (ou a le caractère de) médiante et civilissime » (*C.M.*, n° 60, p. 281). Or, comme on vient de le voir, le jugement de faillite, après avoir ordonné la saisie de tous les biens, actions et droits, livres de comptabilité, papiers et documents de toute sorte de la société faillie, ordonnait dans une nouvelle phrase *la saisie de tout l'actif de l'Ebro*, dont la totalité des actions appartenait en propriété à la société faillie, et par conséquent tous ses biens, livres, papiers et documents de toute sorte, et ajoutait : « étant entendu que *la saisie* implique la possession médiante et civilissime pour ce qui concerne les actions qui seraient en la possession de la Barcelona Traction ».

Il ne peut donc y avoir de doute que la saisie qui « implique » la possession médiante et civilissime des actions de l'Ebro était bien celle de son actif.

2°) De même, c'est à tort qu'il est allégué dans le *Contre-Mémoire* (n° 69, p. 287) que « la saisie des actifs n'a concerné que deux de ces filiales », alors que la saisie des actions s'est étendue à toutes. Ceci, dit-il, démontre que « l'on ne saurait dire que la saisie des actifs ait été un instrument imaginé par le juge pour saisir les actions ».

Il y a là une double erreur. D'une part, le Gouvernement belge n'a jamais soutenu que la saisie des actifs aurait été un instrument pour saisir les actions, mais il a exposé qu'elle a fait office, dans le jugement de faillite, de prétendue base juridique pour justifier la possession médiante et civilissime des actions attribuées aux organes de la faillite.

D'autre part, s'il est vrai que l'ordre de saisie contenu dans le jugement de faillite visait toutes les actions des sociétés auxiliaires appartenant à la société faillie, alors que la possession médiante et civilissime ne fut ordonnée que pour les actions de deux de celles-ci (Ebro et Barcelonesa), le *Contre-Mémoire* ne peut tirer de cette constatation aucune conclusion en faveur de sa thèse. En effet, la saisie des actifs des filiales, et corrélativement la possession médiante et civilissime de leurs actions, fut étendue par les jugements ultérieurs des 25 février et 27 mars 1948 à toutes les autres sociétés auxiliaires dont les actions appartenaient en totalité à la Barcelona Traction, à des filiales ou sous-filiales de celle-ci, et rien qu'à elles; elle ne fut pas étendue, par exemple, à la Productora de Fuerzas Motrices dont une partie seulement des actions appartenaient aux sociétés du groupe de la Barcelona Traction.

Pareille différence de traitement prouve à coup sûr la parfaite corrélation, dans le système du juge de Reus, entre saisie des actifs d'une part et possession médiata et civilissime des actions représentant ceux-ci d'autre part.

Si, comme le voudrait le *Contre-Mémoire*, la possession médiata et civilissime devait seulement indiquer aux organes de la faillite qu'ils pouvaient exercer les droits attachés aux actions sans avoir la possession matérielle des titres incorporant ceux-ci, pareille indication, par identité de motifs, aurait été également valable pour toutes les actions de sociétés tierces appartenant à la société faillite, que ces actions représentassent une participation totalitaire, majoritaire, ou seulement minoritaire dans ces sociétés tierces.

Il est donc certain que, dans la pensée du juge de Reus, la possession médiata et civilissime était un corollaire, non de l'ordre de saisie des titres des sociétés auxiliaires, mais de la saisie effective des actifs de celles-ci, également ordonnée par lui.

(77) Aussi indéfendable par les motifs du *Contre-Mémoire* que par ceux du jugement de faillite, l'attribution aux organes de la faillite d'une possession fictive des actions appartenant à la Barcelona Traction, et par suite, du pouvoir d'exercer le droit de vote y attaché, avait du moins été initialement limitée par le Juge de Reus aux actions « qui seraient en la possession de Barcelona Traction ». Elle ne s'étendait donc pas à celles détenues en gage par la National Trust dans les conditions qui ont été rappelées plus haut (*supra*, n° 25).

Cette limitation, prévue en termes exprès, n'empêcha cependant pas le séquestre provisoire, — on l'a vu — d'exercer par deux fois, les 20 février et 16 mars, les droits d'actionnaire d'Ebro, dont les actions étaient détenues en gage par la National Trust, en s'érigeant, si l'on peut s'exprimer ainsi, en assemblée générale, d'abord pour prononcer la révocation des administrateurs, ensuite pour les remplacer (voir *infra*, nos 79 à 87).

Les actes accomplis étaient à ce point inconciliables avec les termes du jugement qu'il fallut se résigner à le modifier rétroactivement, en usant de la « voie interprétative ». Ce fut l'objet d'une disposition spéciale du jugement du 27 mars 1948 (*A.M.*, n° 62, vol. II, p. 299). Le juge de Reus y ordonnait que

« la saisie avec possession médiata et civilissime à laquelle on a procédé ou à laquelle on procédera en ce qui concerne les actions, obligations, bons ou valeurs qui seraient aux mains de la Barcelona Traction est considérée comme ayant été faite, même si ces valeurs étaient déposées à la National Trust Cy. de Toronto, ou auprès de tout autre établissement pour répondre du paiement des dettes du failli ».

C'était là une méconnaissance flagrante des droits de la National Trust et des créanciers gagistes qu'elle représentait, sans qu'elle fût assortie, comme le relevait le *Mémoire* (n° 99, p. 51), de la moindre tentative de justification.

Celle qu'esquise le *Contre-Mémoire* (IV, n° 75, p. 289) n'en est pas une. En premier lieu, parce qu'elle est fondée sur une déformation manifeste de l'argument présenté dans le *Mémoire* (I, n° 94, p. 49 et note 1).

Au premier alinéa dudit n° 75, le Gouvernement espagnol s'exprime comme suit :

« Dans le *Mémoire* du Gouvernement belge (par. 94, p. 49, note 1), on lit que la notion de possession médiata ne pouvait s'appliquer en l'espèce étant donné que les titres ou documents ne se trouvaient pas aux mains de Barcelona Traction mais de National Trust ».

Or, si la Cour veut bien se reporter à la page 49 du *Mémoire*, elle remarquera qu'au n° 94, le Gouvernement belge soulignait précisément la restriction apportée dans le jugement du 12 février 1948 au champ d'application de la « possession médiata et civilissime », qui, suivant ce jugement, ne visait que celles des actions Ebro (ou Barcelonesa) « qui seraient en la possession de Barcelona Traction ».

Dans la note (1) au bas de cette page, le *Mémoire* se limitait à relever que :

« Si on s'en était tenu à cette restriction, la prétendue possession médiata serait demeurée sans application, puisque les actions de l'Ebro étaient toutes en possession de la National Trust et non de la Barcelona Traction ».

Ce n'était là qu'une constatation de fait évidente : si l'application de la possession médiata et civilissime était limitée aux actions d'Ebro (et Barcelonesa) en possession de Barcelona Traction, cette disposition du jugement devait nécessairement demeurer sans application, c'est-à-dire rester lettre morte du moment qu'aucune des susdites actions n'était en possession de Barcelona Traction.

En deuxième lieu, le *Contre-Mémoire* erre, lorsqu'il insinue qu'en étendant la possession médiata et civilissime aux actions qui seraient en la possession de National Trust, le jugement de faillite du 27 mars 1948 ne portait pas atteinte aux droits de créancier-gagiste que National Trust tenait des *Trust Deeds* ; c'est ce qui sera démontré dans la deuxième partie de la *Réplique* (*infra*, n° 584 et suiv.).

(78) En dépit de cette tentative un peu puérile de minimiser l'importance du rôle joué, dans les décisions du juge de Reus, par la théorie de la prétendue possession médiata et civilissime (1), il est clair que toute cette construction aberrante n'avait d'autre but que de donner une apparence de justification au droit attribué arbitrairement par le juge aux organes de la faillite de se comporter *comme s'ils* avaient la possession matérielle (d'ailleurs indispensable) des titres négociables appartenant à la Barcelona Traction, c'est-à-dire d'exercer les droits incorporés dans ces titres, alors qu'en fait ils n'avaient aucunement cette possession. Le Gouvernement belge se borne ici à l'indiquer. Il reviendra sur ce point dans la seconde partie de cette *Réplique* (*infra*, n° 549 et suiv. et 553 et suiv.).

(1) Il est significatif que dans sa tentative le *Contre-Mémoire* va jusqu'à affirmer qu'en employant les termes « possession médiata et civilissime », expression pour le moins hermétique même pour des initiés, le juge « évitait toute interprétation erronée de la part de ceux qui devaient procéder à l'exécution étant donné surtout qu'il s'agissait de personnes... qui ne devaient pas nécessairement être des juristes experts » (*C.M.*, n° 60, p. 282).

SECTION II

LA PSEUDO-NORMALISATION DES SOCIÉTÉS AUXILIAIRES

(79) L'analyse qui vient d'être faite des dispositions essentielles du jugement du 12 février et des jugements qui en complétèrent le dispositif, a montré que les décisions prises comportaient une contradiction interne, à première vue inexplicable.

Alors que le juge de Reus ordonnait la saisie et l'inclusion dans la masse faillie, *des actifs* des sociétés auxiliaires, ce qui impliquait la négation de leur personnalité juridique distincte, celle de leur patrimoine distinct et par suite celle de leurs actions, il conférait, d'un même souffle, aux organes de la faillite la « possession médiate et civilissime » des *actions* émises par ces mêmes sociétés auxiliaires.

La suite de la procédure, si elle n'élimina, à aucun moment, la contradiction existant entre ces deux dispositions, permit cependant d'en comprendre l'astuce en révélant le rôle essentiel que chacune d'elles devait jouer successivement dans le déroulement de la manœuvre de spoliation conçue par Juan March.

En ordonnant la saisie des actifs des sociétés auxiliaires et leur incorporation à la masse faillie, le juge de Reus n'avait pas seulement assuré au groupe March, par l'intermédiaire d'agents qui lui étaient dévoués, la mainmise sur les installations de ces sociétés, sur leurs livres et leurs documents, mais il avait procuré aux organes de la faillite la certitude que, pendant toute la durée de la procédure, ils disposeraient en abondance des fonds indispensables pour faire face aux nombreux recours que le jugement et son exécution allaient nécessairement provoquer, et pour assurer leur propre rémunération.

Mais la perspective, au stade final de la procédure, d'une mise en vente des biens saisis appartenant aux sociétés auxiliaires, avait dû apparaître au groupe March comme se heurtant à des difficultés insurmontables du fait que ces biens non seulement appartenaient à des sociétés tierces, mais, en plus, étaient affectés à un service public.

Il fallait donc arriver, d'une façon ou d'une autre, à mettre en vente les actions et obligations représentatives de ces biens; or, elles se trouvaient hors d'atteinte au Canada.

De là sans doute le premier jalon posé dans le jugement déclaratif : l'attribution aux organes de la faillite de la possession médiate et civilissime.

D'autres circonstances, qui seront exposées ci-après, amenèrent les organes de la faillite à se servir de cette possession fictive de ces titres pour rendre progressivement quelque apparence de vie aux sociétés auxiliaires, sans qu'à aucun moment du reste fût levée la saisie qui affectait leurs biens.

C'est de ce processus de résurrection, poursuivi avec le concours inconditionnel des tribunaux, et parfois qualifié par eux de « normalisation », que la présente section va retracer les étapes en s'efforçant, pour chacune d'elles, d'opposer les mobiles réellement poursuivis et les illégalités commises aux prétextes et justifications invoqués au moment des faits et à ceux, non moins inacceptables, que le *Contre-Mémoire* a tenté, *a posteriori*, de leur substituer.

Ces étapes sont au nombre de trois. Toutes, fondamentalement, présentent un trait commun : l'artifice employé fut, dans chacune d'elles, l'exercice par les organes de la faillite du droit de vote attaché aux actions des sociétés auxiliaires, qu'ils ne possédaient pas réellement mais dont le juge de Reus leur avait conféré la « possession médiata et civilissime ». Mais si le procédé utilisé fut le même, l'analyse des faits montrera que le but, au moins immédiat, fut chaque fois distinct, et chaque fois, d'ailleurs, illicite.

Au cours de la première étape, à savoir la révocation des conseils d'administration des sociétés auxiliaires, le séquestre provisoire visa à s'assurer le pouvoir absolu de gestion et la représentation exclusive de ces sociétés, dont il devint le seul organe et qui n'eurent dès lors plus personne pour les défendre contre les actes arbitraires que le séquestre provisoire commettrait à l'égard de leurs biens.

Au cours de la deuxième étape, le séquestre provisoire, en reconstituant des conseils d'administration composés d'hommes de confiance de Juan March, eut surtout en vue le scandaleux remplacement des avoués, destiné à priver définitivement les sociétés de tout moyen de défense en justice contre les mesures illégales prises à leur égard. En outre, ayant désormais des « personnes sûres » en place, il put, sans danger, rendre à l'organe normal de gestion de ces sociétés les apparences de l'autonomie.

La troisième étape eut pour but de tourner les deux obstacles majeurs qui s'opposaient à la consécration en droit du contrôle de fait que Juan March s'était assuré sur l'entreprise. La vente des biens des filiales saisis de manière aussi évidemment illégale, aussi bien que celle de la « possession médiata et civilissime » des titres composant le portefeuille de la Barcelona Traction se trouvant au Canada, n'eussent procuré à Juan March qu'un droit bien précaire.

En émettant et en s'attribuant de nouvelles actions et obligations des sociétés auxiliaires, destinées à remplacer celles qui se trouvaient hors de leur atteinte, les syndics, nommés entretemps, se procurèrent enfin des *titres* dont le transfert à Juan March, en vertu d'une vente couverte par l'autorité de justice, assurerait à celui-ci sur les biens de la société faillie elle-même une possession ayant en Espagne les apparences de la légalité.

I. — *La révocation des administrateurs.*

(80) Il semblait que la gamme des atteintes susceptibles d'être portées aux sociétés auxiliaires avait été épuisée par le juge de Reus lorsque, par son jugement du 12 février 1948, il avait décrété, en ce qui concerne l'Ebro et la Barcelonesa, et dans des décisions subséquentes en ce qui concerne les autres sociétés, la saisie des actifs et permis au commissaire, s'il l'estimait nécessaire, la destitution du personnel supérieur. En effet, par la

première mesure, notamment par le blocage des avoirs en banque, le séquestre provisoire avait été substitué aux conseils d'administration pour l'encaissement et le paiement des sommes revenant aux sociétés auxiliaires ou ducs par elles; par la deuxième mesure, ces mêmes conseils avaient vu détruire la hiérarchie du personnel nommé par eux, ce qui ne leur permettait même plus de se tenir informés de la marche des affaires. Les sociétés se trouvaient ainsi réduites à une situation pire que celle qui eût résulté pour elles de leur mise en faillite.

Du moins conservaient-elles leurs conseils d'administration. Ceux-ci avaient beau avoir été mis dans l'impossibilité de gérer les entreprises, ils continuaient à les représenter juridiquement face aux organes de la faillite et pouvaient contrôler la légalité des décisions de ceux-ci, éventuellement par l'introduction des procédures judiciaires adéquates.

Tel fut effectivement le régime que connurent les deux sociétés Ebro et Barcelonesa du 13 au 20 février 1948, période au cours de laquelle l'Ebro introduisit la série de recours mentionnés au *Mémoire* (I, n° 117, p. 59).

(81) C'est certainement pour mettre fin à cette résistance légitime que le séquestre provisoire révoqua la plupart des administrateurs des sociétés auxiliaires. La mesure fut prise pour l'Ebro et la Barcelonesa le 20 février 1948, et elle frappa l'ensemble des membres des conseils d'administration (*A.M.*, n° 65, vol. II, pp. 306-307).

Cette décision n'était pas motivée. Théoriquement, elle ne devait pas l'être, vu le caractère révocable du mandat conféré aux administrateurs d'une société par son assemblée générale qu'en l'espèce le séquestre provisoire prétendait à lui seul constituer. Mais les circonstances de la cause faisaient apparaître la décision du séquestre provisoire comme un tel abus de pouvoir que le commissaire crut devoir, dans l'ordonnance par laquelle il ratifiait cette décision et qui se trouve insérée dans le procès-verbal même des opérations de saisie, substituer d'autres motifs à ceux qui avaient réellement inspiré la manœuvre.

Ceux qu'il imagina sont d'une effarante pauvreté.

Le commissaire fit valoir, en ce qui concerne l'Ebro, l'intérêt social qu'il y avait, vu l'état de faillite, à ce que « l'action du conseil d'administration et du comité consultatif local (soit exercée) près du centre des activités de la société ». Il avait d'autre part, rappelait-il, le devoir de « veiller à ce que les appartenances (*pertenencias*) du failli soient bien gérées ».

L'un et l'autre motifs manquaient manifestement de sérieux : l'Ebro avait à Barcelone des administrateurs dotés des pouvoirs nécessaires; ils étaient assistés d'un comité consultatif local qui, comme son titre l'indique, était près du centre des activités de la société. La gestion de celle-ci n'avait fait l'objet d'aucune critique de la part du séquestre provisoire et le contrôle que le commissaire estimait devoir exercer sur elle aurait aussi bien pu s'exercer sans révocation des administrateurs réguliers de l'Ebro.

Quant à la Barcelonesa, qui était une société espagnole dont le siège social était à Barcelone, il ne pouvait évidemment être question d'invoquer le prétexte de lui assurer une administration sur place; aussi le commissaire se borna-t-il à faire état des « motifs

analogues » existant à l'égard de cette société, sans que le seul motif allégué à l'égard de l'Ebro qui pût entrer en ligne de compte dans le cas de la Barcelonesa présentât davantage une apparence de fondement.

(82) Ces révocations des administrateurs des sociétés auxiliaires par le séquestre provisoire présentaient une autre grave anomalie. Lorsqu'une assemblée générale révoque des administrateurs, elle doit pourvoir à leur remplacement, du moins lorsque cette révocation s'applique à tous les membres du conseil d'administration.

Or, ici, il n'y eut rien de pareil.

Certes, le 20 février 1948, le séquestre provisoire exprima l'intention de pourvoir aux vacances qui se produisaient « dès que le commissaire en aurait été informé ». Mais cette information eut lieu sur l'heure (1), et cependant il ne fut pourvu aux vacances que près d'un mois plus tard. Le commissaire avait, de son côté, prévu que « la gestion des affaires sociales sera assurée par le conseil d'administration », et ordonné qu'une fois effectués « les remplacements qui doivent être faits », il en soit informé par le Séquestre provisoire-Administrateur lui-même. Mais il ne se soucia pas du temps qui s'écoula avant qu'il fût pourvu à ces remplacements.

Ainsi apparaissait clairement le caractère fallacieux des raisons données pour justifier la révocation qui, en fait, n'avait d'autre but que celui indiqué sous le numéro précédent.

II. — *La nomination des nouveaux administrateurs.*

(83) A l'expérience, la révocation des administrateurs de l'Ebro et des autres sociétés auxiliaires se révéla insuffisante pour mettre un terme aux procès intentés par elles. En effet, certains employés supérieurs révoqués par le commissaire avaient eu l'audace de se prévaloir des pouvoirs qui leur avaient été octroyés dans le passé pour effectuer des constats et des notifications aux banques de nature à mettre en doute la validité des actes de saisie auxquels il était procédé en vertu du jugement de faillite (v. *supra*, n° 45, p. 27) (A.R., n° 13).

Le séquestre provisoire ne tarda pas à y mettre bon ordre en révoquant les dits pouvoirs avec l'approbation du commissaire (2).

(84) Restaient les pouvoirs donnés aux avoués par les anciens conseils d'administration, et en vertu desquels ces avoués avaient, au nom des sociétés filiales, intenté divers recours contre le jugement déclaratif de faillite. La réalisation du plan March risquait d'en être retardée, sinon même compromise. Il fallait donc se débarrasser des gêneurs. La mise en place des nouveaux conseils d'administration en fournit le moyen :

(1) C'est en effet par ordonnance du même jour que le commissaire ratifia ces destitutions. (A.M., n° 65 vol. II, pp. 306-307).

(2) Il le fit en arguant une fois de plus de sa qualité de représentant de l'actionnaire unique, alors qu'il s'agissait en l'espèce de pouvoirs octroyés par le conseil d'administration et qui ne pouvaient dès lors être révoqués que par l'organe chargé de l'administration. Pour procéder à la révocation des fondés de pouvoirs, le séquestre provisoire aurait donc dû faire état non de sa qualité d'actionnaire, mais d'administrateur unique *ad interim*.

dès ce moment, il suffirait de faire révoquer par les nouveaux administrateurs les pouvoirs donnés aux avoués par les anciens. La nomination des nouveaux administrateurs eut lieu pour l'Ebro le 16 mars 1948 (1) (*A.M.*, n° 66, vol. II, p. 308 et *A.C.M.*, n° 73, doc. 7, vol. VII, p. 382), pour Union Eléctrica de Cataluña, Energia Eléctrica de Cataluña et Saltos del Ebro le 18 mars (*A.C.M.*, n° 73, doc. 9, vol. VII, p. 385) (2).

Que telle fut bien la raison de recréer de nouveaux conseils d'administration n'est plus, cette fois, une supposition, mais une certitude. Car, impatient d'atteindre ce résultat, le Séquestre provisoire inclut, pour chacune des sociétés en cause, dans la résolution même qui contenait la nomination des nouveaux administrateurs, un mandat à un ou deux d'entre eux de révoquer les avoués précédemment désignés et une injonction aux nouveaux conseils de constituer de nouveaux avoués. On remarquera que dans la délibération du 18 mars 1948 relative à Saltos del Ebro, le Séquestre provisoire prévoit expressément la faculté pour les deux administrateurs qu'il désigne de charger les nouveaux avoués de se désister, sans nécessité de ratification personnelle, des actions entreprises au nom de la société.

(85) Ces diverses décisions furent toutes ratifiées sur l'heure et en bloc par le commissaire (3), qui réutilisa au profit de la nomination des nouveaux administrateurs, la motivation qui lui avait servi le mois précédent pour l'approbation de la révocation des administrateurs en fonctions. Mais il ne trouva aucun semblant de justification pour la substitution de nouveaux avoués aux anciens, encore qu'il la ratifiât, elle aussi.

(86) Le *Contre-Mémoire* n'a tenté, en aucun endroit, de contester, voire de commenter les indications données dans le *Mémoire* (I, n° 105, p. 54) sur les liens existant entre le groupe Juan March et les nouveaux administrateurs.

(1) A ce moment-là le juge de Reus, comme il sera exposé dans la section relative à la paralysie des recours, n'avait pas encore statué sur le recours d'Ebro en reconsideration de l'ordonnance du juge de Reus du 18 février qui avait déclaré cette société non recevable à agir. Une fois les nouveaux administrateurs désignés, il rendit, le 17 mars 1948, un jugement basé notamment sur le considérant que les pouvoirs de l'avoué d'Ebro n'étaient pas suffisants pour représenter la société, vu qu'ils ne précisait pas « quels pouvoirs détient celui qui les a délivrés » (*M.*, n° 125, p. 62 et *A.M.*, n° 91, vol. II, p. 360). Il serait difficile de ne voir qu'une simple coïncidence dans la proximité de date de ces deux actes.

(2) Pour Electricista Catalana et Catalanian Land auxquelles les mesures de saisie n'avaient été étendues que par jugement du 27 mars 1948 (voir *supra*, n° 35, p. 23 et *A.M.*, n° 61, vol. II, p. 296), révocations et nominations eurent lieu simultanément le 9 avril 1948 (*A.C.M.*, n° 73, doc. 10 et 11, vol. VII, pp. 388 et 389). Quant aux autres sociétés auxiliaires, bien qu'elles aient fait, sans aucun doute l'objet de mesures similaires, le Gouvernement belge ne dispose pas des documents qui les relatent et que le Gouvernement espagnol n'a, lui-même, pas produits.

(3) Les deux ordonnances du commissaire sont reproduites dans l'annexe n° 73 au *Contre-Mémoire*, doc. 8 et 9 (vol. VII, pp. 384-387); la première relative à l'Ebro, également au vol. II des annexes au *Mémoire*, p. 309. L'attention de la Cour est attirée sur le fait que le texte reproduit à la page 387 du vol. VII des *A.C.M.* comme étant une traduction de l'ordonnance relative aux trois autres sociétés auxiliaires ayant constitué des avoués dont les pouvoirs furent révoqués, ne présente que peu de ressemblance avec l'original; non seulement le nom de la société Energia Eléctrica de Cataluña n'y figure pas, mais l'original se trouve amputé de la référence à la possession médiata et civilissime, ainsi que des motifs allégués par le commissaire pour justifier la reconstitution de conseils d'administration, tandis que les mots « conformément au droit » se trouvent interpolés. La traduction exacte du texte de l'ordonnance est donnée en annexe à la *Réplique* (*A.R.*, n° 25). A noter qu'une interpolation équivalente aux mots « conformément au droit » peut être relevée dans la traduction de l'ordonnance du 16 mars donnée en annexe au *Contre-Mémoire* (n° 73, doc. 8, vol. VII, p. 384), à savoir les mots « selon la loi ». Ainsi on voit par deux fois le Gouvernement espagnol attribuer au commissaire un souci de légalité dont, en fait, il ne s'embarrassait guère.

Leur nomination confirmait cependant, une fois de plus, la complète soumission à Juan March des personnes désignées par le juge de Reus comme organes de la faillite.

(87) Un mot doit être dit du rôle particulièrement modeste qui fut imparti aux nouveaux conseils dans l'administration des sociétés auxiliaires. Il fut même au début, tout-à-fait nul; au cours des premières semaines, en effet, les nouveaux administrateurs ne purent disposer d'aucun actif et durent se borner à exécuter la décision qu'avait prise le séquestre provisoire de révoquer les avoués nommés par les anciens conseils pour les remplacer par d'autres avoués chargés de se désister des recours intentés.

Leur situation se modifia quelque peu le 7 avril 1948, lorsque, comme il a été dit (*supra*, n^{os} 48 et ss.), intervint l'ordonnance du commissaire mettant à leur disposition 150 millions de pesetas. Encore ne s'agissait-il là, comme on l'a vu, que d'une partie des avoirs de l'Ebro qui avaient été saisis dans les banques. Au surplus, même alors, les nouveaux administrateurs furent contraints de laisser au Séquestre provisoire la véritable direction des sociétés auxiliaires.

C'est ce qui apparut de façon éclatante lors du procès qu'intentèrent les sociétés auxiliaires Ebro et Energia Eléctrica de Cataluña à une société tierce, Electro-Metalurgica del Ebro, en annulation d'un contrat de vente d'énergie électrique passé par la deuxième nommée avec la troisième le 14 février 1948. Les pièces produites démontrent, en effet, que lors des pourparlers engagés entre les parties pour régler ce litige, l'administrateur de la société défenderesse se trouva en présence non pas de nouveaux administrateurs, mais du seul Séquestre provisoire, M. Gambús. (*A.R.*, n^o 26).

Enfin, s'il est exact qu'après la nomination des syndics un plus large pouvoir de décision fut laissée à l'administration des sociétés auxiliaires, c'est uniquement parce que M. Gambús, l'homme de confiance de Juan March, fut, dès sa sortie de charge comme Séquestre provisoire, désigné comme directeur général de l'Ebro et des autres sociétés auxiliaires (1).

(1) L'importance du rôle joué par M. Gambús dans l'administration effective de l'ensemble des sociétés auxiliaires est parfaitement illustrée par les termes du procès-verbal de la réunion du conseil d'administration d'Energia Eléctrica de Cataluña, du 14 octobre 1949, qui le nomme directeur général: « ... les fonctions attribuées au Séquestre provisoire-administrateur judiciaire, M. Gambús, ont pris fin, fonctions qu'il a remplies durant les 20 derniers mois d'une manière si profitable pour les intérêts de la Société.

• Tenant compte de ce qui précède, le Président estime qu'il ne convient en aucune manière que ce Monsieur quitte la Direction de la société, et il propose au Conseil que M. Gambús soit nommé Directeur général avec tous les pouvoirs et attributions inhérents à cette charge. Le Président ajoute qu'il a traité précédemment de cette question avec Messieurs les Syndics, qui ont estimé cette proposition très satisfaisante.

• Le Conseil donne son accord à l'unanimité; il félicite et remercie M. Gambús pour son action louable en faveur des intérêts de la Société et, en même temps, déclare qu'il se solidarise complètement avec tous les actes effectués durant le temps où il exerça les fonctions de Séquestre provisoire-administrateur.

• Le Conseil décide, également à l'unanimité, que d'amples pouvoirs soient accordés à M. Gambús par le Président, en lui déléguant toutes les attributions qu'il estime nécessaires ... » (*A.R.*, n^o 27).

III. — *La révision des statuts de six sociétés auxiliaires, avec annulation des anciens titres et hispanisation de deux sociétés qui étaient canadiennes.*

(88) . Les mesures successives prises à l'égard des sociétés auxiliaires par les organes de la faillite, d'abord en exécution du jugement, puis par un usage extensif de la prétendue possession médiate et civilissime des actions des sociétés auxiliaires appartenant à la Barcelona Traction, avaient eu pour résultat de leur livrer les dites sociétés corps et biens, dans une mesure dépassant ce que leur simple mise en faillite aurait permis de réaliser; ces sociétés, notamment, avaient été écartées du prétoire, ce qui mettait un terme à des recours particulièrement embarrassants. Mais quelque'inespéré que fût ce résultat, il était loin de procurer au groupe March un titre légal et définitif à la possession ou au contrôle du réseau d'entreprises de Catalogne, géré par les sociétés auxiliaires; pour atteindre cet objectif, il fallait obtenir d'autres mesures d'une audace et d'une impudence au moins égales. Pourquoi? Parce que la vente au groupe March, qui devait couronner toute l'action entreprise, ne pouvait porter directement, pour les raisons déjà exposées, sur les actifs des sociétés auxiliaires dont le juge de Reus avait ordonné la saisie. Concessionnaires de services publics, ces sociétés, d'une part, ne pouvaient se voir amputées de tout ou partie de leur patrimoine sans une procédure spéciale impliquant l'intervention du pouvoir concédant; d'autre part, l'incorporation de leurs actifs dans la masse faillie d'une société tierce ne constituait pas un titre suffisant pour que leur vente pût s'effectuer avec ne fût-ce que l'apparence de la régularité. Il était donc indispensable que les organes de la faillite fussent mis en mesure de transférer au groupe March les actions des sociétés filiales appartenant directement à la Barcelona Traction. Mais alors surgissait un autre obstacle, à vrai dire insurmontable, à savoir que toutes ces actions se trouvaient à Toronto. Le juge de Reus en avait bien, à défaut de toute saisie effective, conféré au Séquestre provisoire la possession médiate et civilissime, mais pareille « possession » était, à la fois, manifestement trop insolite et trop fantomatique pour procurer à l'acquéreur éventuel un titre juridique valable et qui serait reconnu tel. Cet acquéreur aurait beau exciper des droits prétendument acquis *ope legis* ou *ex ministerio legis*, ces « droits » ne lui permettraient pas d'écarter la règle selon laquelle « normalement » — c'est-à-dire légalement — l'exercice des droits d'actionnaire « est conféré à celui qui justifie de sa qualité de sociétaire par présentation de titres ou documents » (C.M., IV, n° 67, p. 286).

a) *Les sommations préalables faites à la Barcelona Traction et à la National Trust de livrer les titres.*

(89) Pour écarter cet obstacle, les syndics, à peine nommés — et cette nomination même, qui date du 19 septembre 1949, était à coup sûr le signe, en dépit des dénégations de ceux qui l'ont provoquée, que la vente était, dès ce moment, décidée — se préoccupèrent de matérialiser les droits d'actionnaires qui leur étaient reconnus aux fins de pouvoir, le plus tôt possible, en assurer le transfert à leurs mandants.

A cet effet, ils prièrent le commissaire d'adresser aux avoués de Reus chargés par la Barcelona Traction et la National Trust de les représenter dans la procédure de faillite, des sommations, que le *Contre-Mémoire* appelle « *requerimientos* », aux fins d'inviter ces sociétés à remettre aux syndics, dans les quinze jours, les titres en leur possession (M., I, n° 178, p. 82). La notification eut lieu le 8 octobre 1949.

Les syndics ne pouvaient se faire d'illusions sur le résultat de pareille sommation faite à des avoués sans qualité pour la recevoir (*infra*, n° 582). C'est ce que les avoués ne manquèrent pas de faire remarquer le 27 octobre 1949 (*A.M.*, n° 162, vol. III, pp. 632-633).

Il convient d'ailleurs d'ajouter qu'à supposer même — quod non — que les sommations eussent pu être valablement signifiées par l'intermédiaire des avoués, encore eût-il été impossible aux sociétés sommées d'y satisfaire : la Barcelona Traction, parce qu'elle n'avait pas la possession des titres réclamés; la National Trust, parce que, si elle les détenait, c'était en gage des obligations dont elle était *trustee* (1).

Les syndics n'ont donc jamais cru, ni pu croire, que leurs sommations auraient la moindre efficacité. Mais leur vraie signification apparut quand, leur résultat négatif établi, elles furent aussitôt suivies de l'opération d'annulation des titres qui sera analysée ci-après.

(90) Au sujet de ces sommations, le Gouvernement espagnol soulève une contestation inattendue et, à vrai dire, incompréhensible. Le *Contre-Mémoire* (page 384 note 1) s'exprime en ces termes :

* Le *Mémoire*, toutefois, dénature le sens de ces *requerimientos* formulés, dit-il, pour sommer de remettre aux syndics les titres énumérés dans l'inventaire. Le *requerimiento* en question, tout au contraire, concernait la remise aux syndics "des biens et *pertenencias* qui pouvaient se trouver aux mains des sociétés assignées" (voir Chap. III, *Annexe n° 59*) *.

Le reproche adressé au Gouvernement belge est donc bien d'avoir parlé de la remise des titres au lieu de la remise "des biens et *pertenencias*". Et le Gouvernement espagnol ne craint pas d'ajouter : * La citation contenue dans le *Mémoire* est fautive, mais sans doute l'altération commise convenait-elle aux arguments avancés *.

Le Gouvernement espagnol est bien mal inspiré en proférant de telles accusations. Comme il n'y a pas eu, dans le *Mémoire*, de citation du texte des sommations, mais une simple interprétation, il n'a pu y avoir d'altération de texte. Par ailleurs, l'interprétation donnée par le Gouvernement belge est, comme on va le voir, tout-à-fait exacte.

(1) Les syndics étaient, eux-mêmes, parfaitement conscients du fait que National Trust, en tant que gagiste, ne pouvait pas légalement être contrainte de leur remettre les biens qu'elle détenait en gage.

C'est ce qui résulte à l'évidence de la circonstance suivante : parmi les actions Barceloneses données en gage à la National Trust, 25.000 actions privilégiées étaient déposées au Banco de Londres y América del Sur à Barcelone, ainsi que les syndics eux-mêmes le relevaient dans leur inventaire des biens saisis (*A.M.*, n° 160, vol. III, p. 628).

S'ils avaient estimé que National Trust, en n'obtempérant pas à la sommation du commissaire, commettait une infraction légale, il ne tenait qu'à eux de s'adresser soit à la banque de Barcelone où les 25.000 actions étaient déposées, soit, en cas de refus de celle-ci, aux tribunaux, pour se faire remettre les titres litigieux. Or, ils eurent bien soin de n'en rien faire, ainsi qu'il résulte d'une lettre de National Trust à l'avocat américain, Mr. Howard H. Bachrach, du 23 août 1966, transcrivant les termes d'une lettre reçue à ce sujet du Banco de Londres y América del Sur, et d'un affidavit du 17 mars 1967 établi par Mr. Lyndon, Trust Officer de National Trust, relatant une visite qu'il fit le 28 février 1967, au même sujet, à la banque de Barcelone (*A.R.*, n° 28).

En effet, si on veut bien se souvenir que les *requerimientos* suivaient de dix jours l'inventaire dans lequel les syndics n'avaient repris que les titres des sociétés auxiliaires se trouvant soit en Espagne, soit au Canada, on se demande par quelle curieuse opération mentale le commissaire aurait exclu ces titres des « biens et *pertenencias* » se trouvant au pouvoir de la Barcelona Traction ou de la National Trust et dont il réclamait la livraison.

(91) Au surplus, s'il pouvait subsister quelque doute à cet égard, il suffirait pour le dissiper de se référer au texte exact des *requerimientos*, et non au seul document reproduit à l'annexe n° 59 du volume VII des Annexes au *Contre-Mémoire*. Ce dernier, daté du 8 octobre 1949, est le procès-verbal de la remise par le commissaire, au greffé du tribunal, des communications destinées aux avoués de la Barcelona Traction et de la National Trust. C'est le même document que celui qui figure, dans une traduction cette fois plus exacte (1), à l'annexe n° 161 au *Mémoire* belge, au haut de la page 630 (vol. III). Mais le texte des communications elles-mêmes, signées par le commissaire le 5 octobre 1949 et remises le 8 au greffier du tribunal, n'est pas reproduit dans l'annexe au *Contre-Mémoire*, alors qu'il l'est dans l'annexe au *Mémoire* précitée.

Or, ce texte est clair : les deux communications visaient bien *les titres*. En effet, celle adressée à la National Trust (qui est la première reproduite au bas de la page 630 de l'annexe au *Mémoire* précitée) mentionne expressément et de façon détaillée les *actions et obligations* réclamées, tandis que celle adressée à la Barcelona Traction vise « tous les biens, valeurs et effets qui sont sa propriété et qu'elle détient en son pouvoir » (2) (p. 631).

Cette énumération plus générale se justifiait par l'ignorance où l'on se trouvait en Espagne quant à la consistance exacte de l'actif de la société faillie ; mais elle englobait évidemment, dans sa généralité, les *titres du portefeuille*.

(92) Le reproche du *Contre-Mémoire* est donc manifestement sans fondement. Mais, en plus, il s'avère tout-à-fait incompréhensible dès le moment où, comme il le fait à diverses reprises, le Gouvernement espagnol lui-même interprète les *requerimientos* de la même manière que le Gouvernement belge, c'est-à-dire comme portant bien sur *les titres* que la Barcelona Traction ou la National Trust avaient en leur pouvoir. C'est ainsi que le n° 216 (IV, p. 384) du *Contre-Mémoire*, accuse le Gouvernement belge d'avoir oublié l'existence de ces *requerimientos* lorsqu'il reprochait aux organes de la faillite de n'avoir pas fait le moindre effort « pour se faire remettre par National Trust les titres que celui-ci détenait ». De manière plus explicite encore, le n° 117 (p. 317) déclare, avec renvoi à l'annexe n° 59 : « Le commissaire requit en effet National Trust et Barcelona Traction elle-même de remettre les *titres* aux organes de la faillite ».

On comprendra qu'en présence de ces contradictions, le Gouvernement belge ait quelque peu hésité sur la portée précise à donner à l'argumentation du Gouvernement espagnol. Quel est exactement le sens qu'il attribue aux *requerimientos*, et à quelle pensée, suivant lui, obéissaient les syndics en les provoquant ? Sans doute faut-il, pour comprendre le *Contre-Mémoire*, se rapporter au *Mémoire* belge. Suivant ce dernier (n° 177 et 178,

(1) La traduction des procès-verbaux publiés sous le n° 59 du volume VII des annexes au *Contre-Mémoire*, a fait l'objet d'un erratum.

(2) L'imputation de mauvaise foi dirigée contre le Gouvernement belge s'avère ainsi dépourvue du moindre fondement. Elle est au surplus singulièrement déplacée vu l'omission dans le *Contre-Mémoire* et ses annexes du texte même des notifications du 8 octobre 1949, que le Gouvernement belge est accusé d'avoir faussement citées.

pp. 81-82) la préoccupation des syndics, à peine nommés, fut de se procurer la disposition effective des actions litigieuses; ne pouvant obtenir leur remise de gré à gré, et ne voulant pas recourir à la voie normale, mais beaucoup trop risquée, d'une demande d'exequatur, ils préférèrent user de la voie de fait en annulant les titres des sociétés auxiliaires situés hors d'Espagne et en les remplaçant par des titres qui seraient fabriqués en Espagne et remis aux syndics.

C'est cette version que le Gouvernement espagnol conteste. D'une part, il nie, audacieusement et contre toute évidence, que les syndics se seraient le moins du monde préoccupés de se procurer les titres. D'autre part, il soutient que bien que leur sommation eût pour objet de se procurer les titres, elle ne constituait pas une mesure destinée à préparer la vente, puisque celle-ci n'eut lieu qu'un an et demi plus tard, mais avait uniquement pour but de signifier à la société faillie et à la National Trust le devoir (1) qu'elles avaient de faire remise des biens et *pertenencias* de la société faillie (C.M. n° 216, p. 384). Cette démarche étant demeurée sans résultat, c'est la « logique » qui aurait amené les syndics à émettre de nouveaux titres pour les substituer aux anciens (C.M. n° 219, p. 385).

(93) Le Gouvernement belge voit dans ces dernières explications moins un démenti qu'une confirmation de l'explication qu'il a lui-même donnée au déroulement des opérations.

Il note que la vanité de la démarche entreprise auprès des avoués de la société faillie et de la National Trust n'est pas sérieusement contestée. Il note que le *Contre-Mémoire* ne conteste pas davantage que la seule voie par laquelle les syndics eussent pu obtenir la remise de titres saisis à l'étranger en vertu d'un jugement de faillite, à supposer que cette saisie fût régulière, eût été l'obtention d'un exequatur des tribunaux du pays où les titres étaient déposés.

La démarche faite n'avait et ne pouvait donc avoir, le *Contre-Mémoire* le reconnaît, aucune portée pratique. Si elle fut entreprise, ce fut pour donner un semblant d'excuse ou de justification (l'aveu s'en trouve dans le passage précité du *Contre-Mémoire*) à la fabrication de titres qui allait suivre aussitôt après, cette opération, à son tour, n'ayant d'autre but que de préparer la vente qui, finalement, eut lieu le 4 janvier 1952 : la démonstration en sera faite lorsque seront examinés (*infra*, nos 173 et ss.) l'objet et les modalités de celle-ci (2).

b) *Les révisions de statuts de six sociétés auxiliaires et les annulations de titres.*

(94) La ratification donnée par les tribunaux espagnols aux manipulations des statuts et des titres des sociétés auxiliaires a été dénoncée dans le *Mémoire* belge comme un cas particulièrement flagrant d'usurpation de compétence, puisqu'elles portaient atteinte à des biens ne se trouvant à aucun titre soumis à l'emprise des juridictions

(1) Il sera démontré dans la deuxième partie de la *Réplique* que ce prétendu « devoir » n'existe pas en droit espagnol (*infra*, n° 581).

(2) Le fait que la vente a été retardée pendant plus d'un an s'explique par la nécessité où se trouva le groupe March de procurer aux syndics des prétextes justifiant l'urgence de la mise en vente; il ne contredit en rien l'explication donnée ci-dessus du processus des opérations qui se succédèrent (voir *infra*, n° 156 et suivants).

espagnoles, et de déni de justice, puisque les modifications de statuts se firent en violation flagrante de diverses dispositions soit du droit espagnol, soit du droit canadien, selon que l'un ou l'autre était applicable.

Fait hautement significatif: alors que le *Contre-Mémoire* ne pèche pas précisément par sa brièveté, il ne consacre que trois pages, plus deux pages des neuf volumes d'annexes, à l'examen de ces très graves accusations (IV, pp. 385-387, et annexe n° 146, vol. VIII, pp. 248-249). Par ailleurs, c'est à l'annexe n° 146 au Chap. III (*A.C.M.*, vol. VIII, p. 248) que le *Contre-Mémoire* renvoie pour « l'explication des accords qui aboutirent à l'émission de nouveaux titres, ainsi que de la légalité formelle et matérielle de leur émission », tandis que le lecteur est censé trouver dans le *Contre-Mémoire* lui-même l'exposé de « la cause de l'émission de ces nouveaux titres, le lien qui existe entre cette émission et la procédure de faillite, et le sens qui en découle et qu'il convient de donner à ces mesures » (*C.M.*, n° 218, p. 385). Enfin, pour expliquer et justifier les résolutions, la note annexe ne contient rien d'autre qu'une énumération incomplète des décisions relatives à la seule société Ebro (1), accompagnée de brèves indications quant au contenu de ces décisions, les résolutions relatives aux autres sociétés étant, elles, déclarées « analogues ou identiques ».

(95) Les lacunes et les inexactitudes de cet exposé sont telles qu'il a paru utile, pour la pleine compréhension de l'opération réalisée en décembre 1949, de comparer aux résolutions relatives à l'Ebro, seules reproduites jusqu'à présent en annexe aux écrits des Parties (*A.M.*, n° 163 et 164, vol. III, pp. 634-640, et *A.C.M.*, n° 146, doc. 2 et 3, vol. VIII, pp. 253-256), celles relatives aux autres sociétés auxiliaires, dont les actions furent annulées et remplacées par des titres nouveaux (*A.R.*, n° 18, doc. 1 à 6) (2).

Contrairement à ce qui est affirmé dans le *Contre-Mémoire* (note 2, p. 385, et annexe 146, vol. VIII, p. 248), les sociétés auxiliaires qui « émirent des titres et les remirent aux syndics » furent au nombre non pas de quatre, mais de six.

Ce furent, outre les quatre mentionnées par le Gouvernement espagnol, Barcelonesa et Saltos del Segre (3). Il s'agit donc bien, comme l'avait indiqué le *Mémoire* belge, de toutes les sociétés auxiliaires dont les titres se trouvaient tous ou en partie au Canada, à l'exception d'International Utilities, à laquelle les syndics ne s'intéressaient pas (4), et exclusivement de ces sociétés.

(1) La note sert d'introduction à cinq annexes, dont trois sont les décisions prises en décembre 1949 et deux sont relatives à leur exécution. Qu'il y ait eu dix-huit mois d'intervalle entre celle-ci et celles-là est aussi une circonstance que la note passe sous silence, bien qu'elle ait été soulignée dans le *Mémoire* (I, n° 195 et 196, p. 89).

(2) Pour la facilité de la Cour, le Gouvernement belge a reproduit une nouvelle fois, sous le document 6 de cette annexe, le procès-verbal de la pseudo-assemblée de l'Ebro.

(3) L'omission, dans le *Contre-Mémoire*, de la révision des statuts de Barcelonesa et de Saltos del Segre est d'autant plus singulière qu'il en avait été fait mention dans le *Mémoire* (n° 181, p. 83). Elle s'explique sans doute par le fait que les actions de ces sociétés n'appartenaient pas à la Barcelona Traction et qu'elles ne firent donc pas directement l'objet de la vente, qui fut limité aux actions des filiales. (Sur l'objet de la vente, voir *infra*, n° 173 et suivants).

(4) Ce manque d'intérêt des syndics pour les titres d'International Utilities trouve sans aucun doute son explication dans le fait que cette société ne contrôlait aucune des sociétés auxiliaires exerçant leur activité en Espagne. On notera pour le surplus que, le 14 décembre 1949, l'assemblée générale de l'Ebro ratifia une résolution du conseil d'administration décidant de ne plus verser d'intérêts à International Utilities (voir la 16^{ème} résolution au procès-verbal reproduit à l'annexe n° 164 au *Mémoire*, vol. III, pp. 637-640).

(96) La comparaison des procès-verbaux des assemblées tenues à la même date (1) par chacune des six sociétés auxiliaires, fait immédiatement apparaître qu'indépendamment des dispositions relatives aux titres, les pseudo-assemblées générales des deux sociétés canadiennes Ebro et Catalanian Land votèrent des résolutions particulières réalisant notamment ce que le Gouvernement belge a appelé leur « naturalisation » espagnole, et que, pour plus de clarté, il appellera désormais leur « hispanisation ».

Cette « hispanisation » a fait l'objet des 3^e, 4^e, 5^e, 8^e et 12^e résolutions de l'Ebro (*A.R.*, n° 18, doc. 6), et des résolutions, à peu près identiques et portant le même numéro, de Catalanian Land (*A.R.*, n° 18, doc. 5). Sans que les conseils d'administration prissent même la peine d'indiquer les articles des statuts modifiés, ni le texte précis des dispositions nouvelles, ces résolutions décrétaient que le « domicile social » était établi à Barcelone où la société avait « actuellement son siège principal » et où les assemblées générales devaient se tenir (2); il était déclaré en outre que l'une et l'autre sociétés étaient soumises aux lois espagnoles « tant pour les opérations sociales qui se réalisent sur le territoire espagnol, qu'en ce qui concerne l'acquisition, le maintien et la subsistance de la personnalité juridique de la Société, sa capacité d'agir et les statuts qui la régissent » (3). Il n'est pas raisonnable, dans ces conditions, de prétendre, comme le fait le Gouvernement espagnol, qu'il n'y eut ni hispanisation ni naturalisation (sur la réfutation de cette thèse singulière, énoncée au n° 166, p. 530, du *Contre-Mémoire*, voir *infra*, n° 600).

(97) D'autres résolutions eurent pour objet la représentation du capital. Pour en comprendre la portée, il faut se rappeler que les actions des deux sociétés canadiennes étaient toutes nominatives (4), c'est-à-dire inscrites dans un registre tenu à Toronto, les titulaires recevant des certificats d'inscription (*share certificates*) transmissibles par endossement. Sur présentation des certificats ainsi endossés, les cessionnaires pouvaient obtenir le transfert à leur nom des actions inscrites au registre.

Dans chacune des deux filiales canadiennes, les syndics remplacèrent (2^e résolution (a) le livre-registre des transferts tenu à Toronto par de nouveaux registres qui seraient ouverts à Barcelone et tenus conformément à l'article 162 du Code de commerce

(1) Ce fut du moins le cas pour cinq d'entre elles qui se succédèrent de 11,30 h. à 16 h. Seule celle de la Barcelonesa se tint trois jours plus tard, soit le 17 décembre à 16 h.

(2) Pour apprécier la valeur de cette tentative de régularisation, il suffit d'observer qu'elle est prise par une assemblée se tenant à Barcelone, c'est-à-dire en un lieu autre que le siège social, en violation de l'article 17 des statuts de l'Ebro et de l'article 18 des statuts de Catalanian Land, et sur proposition de conseils d'administration élus par des assemblées générales qui se sont tenues de même irrégulièrement le 16 mars 1948 hors du siège social. Cela n'embarrasse pas le Gouvernement espagnol qui, dans la note publiée à l'annexe n° 146 (vol. VIII, p. 248), se borne, parlant de l'Ebro, à déclarer avec désinvolture : « Le conseil d'administration se réunit le 1^{er} décembre 1949 au siège social de la société, à Barcelone ».

On notera aussi que, tandis que si l'avis de convocation des assemblées des sociétés espagnoles fut publié au Bulletin officiel de Barcelone le 7 décembre, les convocations légales furent omises pour les deux sociétés canadiennes.

(3) Les syndics s'efforcèrent, il est vrai, de présenter cette déclaration ahurissante, comme une interprétation de l'acte du 14 décembre 1911, par lequel l'Ebro, avait conformément à la loi espagnole, créé une succursale dans ce pays (Pour l'interprétation exacte de la nature et de la portée de cet acte, voir la deuxième partie de cette *Réplique*, *infra*, n° 601).

(4) La loi canadienne n'admet les actions au porteur que lorsque les statuts sociaux le prévoient.

espagnol (1). Après avoir ainsi confirmé le caractère nominatif des actions, ils décidèrent (2^e résolution (c) d'émettre de nouvelles actions ordinaires (2) qui seraient détachées de livres à souches (6^e résolution), qui pourraient être représentées par un titre pour chaque action ou par des titres multiples (7^e résolution) et dont le dépôt préalable au siège social ou dans un établissement de crédit désigné à cet effet serait nécessaire pour permettre à l'actionnaire d'assister aux assemblées générales (9^e résolution). Ces trois dernières résolutions conféraient en fait aux actions les caractéristiques de l'action au porteur.

Il s'agissait donc en définitive de l'introduction, dans les deux sociétés canadiennes, d'un système hybride, combinant l'action nominative et l'action au porteur.

(98) La résolution visant l'émission des titres s'accompagnait d'une disposition suspensive qui ne trouvera tout son sel que par l'exécution qu'elle recevra : le conseil d'administration était autorisé à ne mettre en pratique la résolution visant l'émission des actions ordinaires et différées qu'au moment qu'il jugera opportun (voir 14^e résolution A.R., n° 18, doc. 5 et 6). En fait, le moment n'apparut opportun qu'au mois de juin 1951, au cours des préparatifs de la vente.

(99) Quant aux quatre sociétés auxiliaires espagnoles, dont toutes les actions étaient au porteur, on y introduisit ce même système hybride combinant l'action nominative et l'action au porteur : sans convertir les actions en titres nominatifs, on créa un livre-registre des actions, dans lequel seraient inscrites les transmissions des actions et les droits réels qui les grèvent, en stipulant que la société ne reconnaîtrait d'autres titulaires que ceux qui auraient été inscrits dans le registre (nouvel art. 9 des statuts de Union Eléctrica de Cataluña, art. 6 des statuts de Saltos del Segre et de Electricista Catalana, art. 12 des statuts de Barcelonesa).

On décida en outre de créer de nouveaux titres « en substitution des titres actuels » : on modifia, soit, dans le cas de la Barcelonesa, la numérotation des actions, soit, dans le cas de Union Eléctrica, Electricista Catalana et Saltos del Segre, le nombre d'actions représentées par chaque titre. De la façon la plus capricieuse, fut fixé ce nombre dans le premier cas, à cent actions par titre, dans le second à cinquante, dans le troisième à dix.

Les nouveaux titres devaient être remis

« aux actionnaires ou à leurs représentants légaux, après justification de leurs droits, étant bien entendu que la société ne reconnaîtra à l'avenir comme actionnaire que le porteur légitime des nouveaux titres inscrits dans le livre-registre des actions ».

Normalement, la justification des droits des actionnaires ne pouvait résulter que de la production des titres au porteur existants, qui avaient été remis en gage à la National Trust. Cette production aurait à tout le moins permis à la National Trust de faire mentionner son droit de gage dans le nouveau registre.

(1) Cet article (actuellement abrogé par l'art. 35 de la Loi sur les sociétés du 17 juillet 1951), stipule que les actions *nominatives* doivent être inscrites dans le registre qui est tenu à cet effet par la société et où sont inscrits les transferts successifs.

(2) La résolution relative à l'Ebro comportait également l'émission de nouvelles actions différées sans valeur nominale.

Les syndicats se prémunirent contre ce risque en apportant de légères retouches à une disposition existante des statuts :

* en cas de détérioration, perte, destruction ou *rétenion indue* des actions ou obligations de la société, le propriétaire de celles-ci sera obligé de porter le fait à la connaissance de la société, laquelle, après les vérifications et les formalités que le conseil d'administration aurait décidées et moyennant les garanties fixées par celui-ci, pourra remettre à l'intéressé un duplicata, *le titre primitif étant dans ce cas sans valeur ni effet* » (art. 11 des statuts de Union Eléctrica de Cataluña, 8 de Electricista Catalana, 12 de la Barcelonessa. — Les passages en italiques sont ceux qui ont été ajoutés aux statuts existants) (1) (2).

Grâce à ces astucieuses additions, les syndicats pouvaient, en cas de besoin, informer le nouveau conseil d'administration de chacune des sociétés que les actions appartenant à la Barcelona Traction étaient en possession de la National Trust; les nouveaux administrateurs à la dévotion de March ne manqueraient pas de décider qu'il s'agissait là d'une « rétenion indue » et de délivrer aux syndicats des duplicatas des titres qu'ils ne possédaient pas, de façon à leur permettre de se faire délivrer les nouveaux titres et à priver de valeur les titres primitifs !

(100) De cet échec important de décisions diverses et multiples, à peine quelques bribes se retrouvent dans la description qui en est donnée dans la note-annexe n° 146 du *Contre-Mémoire* (vol. VIII, pp. 248 - 249).

A l'en croire, il se serait agi tout simplement de l'émission des « actions ordinaires représentatives du capital social, ainsi que de celles différées sans valeur nominale créées par délibération du 28 octobre 1926 ». Il n'est pas dit un mot au sujet du changement de siège social, de l'hispanisation des sociétés canadiennes, de l'ouverture de nouveaux registres d'actions, du remplacement des actions nominatives par un système hybride.

De même, pas un mot au sujet des modifications apportées aux statuts des quatre sociétés espagnoles dont tout ou partie des actions se trouvaient à Toronto — modifications qui furent manifestement le prétexte imaginé pour annuler les actions originaires.

(101) Après avoir ainsi passé sous silence la plupart des amendements apportés aux statuts des sociétés auxiliaires et les circonstances qui font apparaître leur objectif frauduleux, le rédacteur de la note figurant à l'annexe n° 146 n'eut aucune peine à conclure à leur légalité formelle et matérielle. C'est évidemment ce qu'il fit. La tentative de justification juridique qu'il esquisse, sera réfutée dans la deuxième partie de la *Réplique*. On se bornera ici à rectifier les allégations et « explications » du Gouvernement espagnol qui figurent dans le *Contre-Mémoire* (IV, pp. 385-387) relativement aux *motifs de cette opération*.

(1) L'article 8 nouveau des statuts d'Electricista ne contient que la première des deux additions indiquées en italiques.

(2) Si la même disposition ne fut pas insérée dans les statuts de Saltos del Segre, c'est certainement parce que, dans l'inventaire, ces titres étaient indiqués comme étant « probablement au pouvoir de la Barcelona Traction » et non, même pour partie, au pouvoir de la National Trust (voir *A.M.*, n° 160, vol. III, p. 628).

(102) Et d'abord, une remarque préalable, mais importante : une nouvelle fois, les motifs que donne le *Contre-Mémoire* de la révision des statuts à laquelle il fut procédé en décembre 1949 ne sont pas ceux qui furent invoqués à l'époque.

C'est ainsi que le *Contre-Mémoire* ne reprend aucun point de la motivation embarrassée, présentée à la réunion du 1^{er} décembre 1949 (1), par le président du conseil d'administration de l'Ebro. Celui-ci disait (*A.M.*, n° 163, vol. III, p. 634) :

* étant donné le caractère vague des statuts sociaux qui régissent la société, dont le peu de précision présente un inconvénient constant qui s'accroît encore dans les circonstances actuelles affectant la société, il convient de préciser certains points de ces statuts ainsi que d'en développer d'autres, en faisant usage des autorisations qu'ils contiennent ».

Quelles étaient donc ces prétendues obscurités et lacunes des statuts de l'Ebro qu'apercevaient tout à coup, après plus de trente ans d'existence, les nouveaux administrateurs et auxquelles ils désiraient remédier ? Le Gouvernement espagnol se garde bien de le dire. Il a préféré substituer, au motif qui avait été réellement invoqué, un autre qu'il invente de toutes pièces, car il n'en a jamais été question dans les procès-verbaux des conseils d'administration et des assemblées générales, à savoir la prétendue nécessité de créer des nouveaux titres définitifs en remplacement des certificats provisoires.

D'après le *Contre-Mémoire*, « Plusieurs filiales de Barcelona Traction. . . n'avaient pas encore émis leurs titres définitifs ; ces sociétés existaient depuis de longues années, mais il n'y avait encore que de *simples certificats ou récépissés provisoires* dont certains étaient collectifs au lieu de titres définitifs » (*C.M.*, IV, n° 219, p. 385). Et une note nous apprend que « Ces sociétés étaient les suivantes : Riegos y Fuerza del Ebro S.A., Electricista Catalana S.A., Union Eléctrica de Cataluña S.A. et Catalonian Land Co. Ltd. » (*C.M.*, p. 385, note 2).

Ce que le Gouvernement espagnol a prétendu ainsi découvrir est radicalement faux. En effet, comme le montre la note annexe relative aux actions des diverses sociétés auxiliaires et les fac-similés des titres qui y sont joints, *les quatre sociétés citées par le Contre-Mémoire avaient toutes émis leurs titres définitifs* (*A.R.*, n° 29) (2).

(103) L'expérience prouve qu'il est difficile de substituer, de façon continue, le mythe à la réalité ; à un certain moment, la vérité finit toujours par percer. C'est ce qui arrive au *Contre-Mémoire* qui, sous le n° 219 (p. 385), laisse échapper cet aveu sans fard :

* Lors de la déclaration de faillite de Barcelona Traction les droits furent saisis mais on ne put pas saisir matériellement les titres, qui se trouvaient à l'étranger. Rien de plus logique donc que d'émettre de nouveaux titres pour les substituer aux certificats provisoires ».

(1) De même, quant aux quatre sociétés espagnoles, les délibérations de leurs assemblées générales reproduites en annexe se bornent à affirmer l'opportunité des modifications apportées dans la numérotation des titres ou le nombre d'actions qu'ils représentent, sans s'embarrasser de la contradiction existant entre les préférences exprimées dans les différents cas ni de l'anomalie de pareilles réformes dans des sociétés dont quasiment tous les titres étaient concentrés en une seule main.

(2) Il en est de même de la Barcelonesa. Seules les actions de Saltos del Segre étaient représentées par des certificats provisoires (*A.R.*, n° 29, app. 6), mais même dans le cas de cette société, le caractère provisoire des titres émis n'a pas été invoqué par l'assemblée générale extraordinaire qui a décidé l'impression de faux titres (*A.R.*, n° 18, doc. 2).

La reconnaissance est d'importance. C'est donc bien, comme l'a toujours soutenu le Gouvernement belge, pour pouvoir disposer effectivement des titres théoriquement saisis et pratiquement insaisissables (1) que les syndics votèrent l'annulation des titres existants et leur remplacement par des titres nouveaux.

Il est dommage qu'engagés ainsi dans la voie de la franchise, les auteurs du *Contre-Mémoire* n'aient pas également reconnu que les nouveaux titres ne présentaient d'autre intérêt pour les syndics que de pouvoir être mis en vente, puisque, à toutes autres fins et notamment pour exercer les droits de vote, les syndics s'étaient contentés de la possession médiata et civilissime. C'est pourtant l'évidence.

(104) Le *Contre-Mémoire* ose invoquer la « logique » à laquelle les syndics auraient obéi pour se procurer des titres en remplacement de ceux qu'ils ne pouvaient atteindre par des voies régulières. C'est peut-être la « logique » de spoliateurs en mal de spoliation; ce n'est certainement pas la logique du droit et il faut s'étonner que le Gouvernement espagnol n'ait pas craint de se réclamer d'une « logique » qui fait ainsi bon marché des règles juridiques les plus élémentaires.

L'adage « la fin justifie les moyens » devrait-il dorénavant prendre place, suivant lui, parmi les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées?

(1) Cette explication ne vaut même pas, comme on l'a vu plus haut (p. 53, note 1), pour les 25.000 actions privilégiées Barcelonesa qui étaient déposées en banque à *Barcelone* au nom de la National Trust.

SECTION III

LA PARALYSIE DES RECOURS DIRIGES CONTRE LE JUGEMENT
DE FAILLITE ET CONTRE LES MESURES CONNEXES

(105) Jusqu'à la vente, et à toutes les étapes de la procédure, se manifesta la *résistance opiniâtre* des diverses personnes atteintes par les mesures prises : sociétés auxiliaires dépouillées de leurs avoirs, administrateurs et personnel révoqués, Barcelona Traction, National Trust et même, après la vente, divers actionnaires de Barcelona Traction, belges pour la plupart.

D'innombrables recours furent introduits. Un certain nombre furent rejetés comme non fondés dès avant l'ouverture du procès international. Les critiques dirigées contre les décisions dont ils firent l'objet se confondent avec celles dirigées contre les actes judiciaires visés dans ces recours et qui ont été relatés dans les sections qui précèdent. Il n'en sera donc pas question dans la présente section.

Mais la plupart des recours furent soit suspendus, soit déclarés irrecevables, dans les conditions d'injustice et d'illégalité qui ont été dénoncées dans le *Mémoire* belge comme constitutives de déni de justice au sens propre du terme.

Les moyens employés furent divers. Certains servirent dans la plupart des cas; d'autres furent propres à certains recours; d'autres encore aidèrent à renforcer ou à prolonger l'effet déjà obtenu. Tous tendirent et aboutirent à ce résultat de faire obstacle à ce qu'il pût être statué sur les griefs formulés contre le jugement de faillite et les saisies, tandis que la procédure s'acheminait imperturbablement jusqu'à la vente.

Les mesures de blocage ont été exposées de manière relativement détaillée dans le *Mémoire* au fur et à mesure de la relation des recours auxquels elles se rapportaient et en suivant, en principe, l'ordre chronologique (1).

Mais il a paru, aux fins de la présente *Réplique*, que, plutôt que l'ordre chronologique, un exposé synthétique des divers moyens employés, avec indication pour chacun d'eux des recours auxquels ils avaient été appliqués, ferait mieux apparaître la signification réelle de la manœuvre.

Cette synthèse donnera l'occasion de redresser au passage certaines interprétations inexactes qui se rencontrent dans le *Contre-Mémoire*. Quant à la réfutation des arguments de droit qui y sont présentés pour justifier les décisions critiquées, il a paru de bonne méthode de la rassembler dans la partie juridique de la *Réplique*.

(1) Un chapitre entier, le Chapitre V, y a été consacré (I, pp. 57 à 76), et on y est revenu au Chapitre VI (pp. 100 à 102 et 105-106), ainsi que dans le Chapitre VII (pp. 107 à 111 et 113 à 119). D'autre part, un tableau des diverses actions et recours intentés et des décisions judiciaires intervenues a été publié en annexe aux *Observations et Conclusions du Gouvernement belge* répondant aux *Exceptions préliminaires* (A.O., n° 31, vol. II, pp. 399 à 439).

(106) L'ensemble des décisions judiciaires examinées dans la présente section a été qualifié, dans l'intitulé de celle-ci, de paralysie de recours, plutôt que de blocage des recours, en vue de mieux faire apparaître qu'il y sera traité à la fois, bien que successivement, des décisions ayant simplement retardé l'examen de certains recours et de celles qui, pour des motifs de procédure, y ont définitivement fait obstacle.

On distinguera dans l'une et l'autre catégories les moyens employés pour atteindre ces résultats.

Ce furent, dans la première catégorie, qui concerne les retards et ajournements :
1°) la suspension décrétée à raison du déclinaire Garcia del Cid ;
2°) celle décrétée à raison du déclinaire Borer ;
3°) les suspensions au deuxième ou troisième degré, qui vinrent se greffer sur le déclinaire Borer.

Ce furent, dans la seconde catégorie, comprenant les décisions d'irrecevabilité :
1°) le prétendu défaut de qualité de l'auteur des recours ;
2°) le désistement d'avoués nommés en remplacement des avoués originaires ;
3°) la prétendue chose jugée du jugement de faillite.

Tels seront les sujets traités dans les diverses subdivisions de cette section.

I. — Décisions ajournant les recours

a) Suspension décrétée à raison du déclinaire Garcia del Cid.

(107) La première suspension fut due au déclinaire de compétence que le sieur Garcia del Cid (M., I, n° 112 à 116, pp. 57 à 59) (1) introduisit dès le lendemain du jugement du 12 février 1948, c'est-à-dire le 13.

Que le sieur Garcia del Cid fut de connivence avec le groupe March est évident. Ce soi-disant créancier s'était nanti d'une obligation de la Barcelona Traction à la date du 4 février 1948 ; le 7 février, il s'était fait délivrer un certificat d'hypothèque (2) qui allait être utilisé par les demandeurs à la faillite comme pièce annexe à leur requête ; après s'être procuré une copie de l'acte de constitution de l'Ebro, il avait donné procuration à un avoué de Reus le 9 février, soit la veille du jour où les demandeurs à la faillite déposaient leur requête en cette ville ; enfin, c'est le 13 février, soit un jour avant la publication de la faillite, qu'il avait introduit son déclinaire.

(108) Le but du déclinaire de compétence de Garcia del Cid était la suspension de la procédure. Il s'agissait, pour le groupe March, de bloquer d'avance l'opposition de laquelle il s'attendait de la part de la société faillie. C'est réellement vrai, que le juge

(1) Cette suspension résultait de l'application de l'article 114 de la Loi de procédure civile, dont le texte est reproduit *infra* n° 153.

(2) Le *Mémorial* signalait encore que ledit certificat avait été payé par Garcia del Cid l'équivalent de 5.000, soit cinquante fois la valeur nominale de l'obligation unique déposée par lui (M., n° 112 et 114, n° 69).

de Reus voulut, bien que la chose ne lui ait pas été expressément demandée mais sans doute à l'instigation du groupe March, constater officiellement la suspension de la procédure (cf. son ordonnance du 14 février 1948, *A.M.*, n° 71, vol. II, p. 318) et que, pour mieux se prémunir encore contre cette opposition, les demandeurs à la faillite sollicitèrent et obtinrent sans difficulté du juge de Reus qu'il rendit, le 2 mars 1948, une ordonnance attribuant force de chose jugée au jugement de faillite, ce qui sans doute, dans la pensée des intéressés, devait constituer, le cas échéant, une barrière définitive à l'opposition de la société faillie (*M.*, I, n° 116, p. 59; *A.M.*, n° 75, vol. II, p. 324).

Mais les événements ne répondirent pas exactement à l'attente du groupe March. La riposte aux premières opérations de saisie, effectuées dans les locaux de la société Ebro, vint de cette société elle-même, sous forme d'un recours en reconsidération présenté dès le 16 février 1948. Le groupe March en fut, semble-t-il, surpris, car ni lui, ni à sa suite le juge de Reus, ne songèrent au moment même à faire état, à l'égard de l'Ebro, de la suspension de la procédure de faillite résultant du déclinatoire. Aussi l'ordonnance du 18 février 1948 déclara-t-elle le recours irrecevable pour défaut de qualité de la demanderesse.

Il suffit cependant de quelques jours pour que le juge se ressaisisse : invité à se prononcer sur la demande de reconsidération de l'ordonnance du 18 février, il déclara, par ordonnance du 23 février, que la suspension de la procédure le lui interdisait.

De même, lorsqu'il eut à statuer, le 3 mars 1948, sur le recours introduit par le personnel dirigeant de l'Ebro et de la Barcelonesa contre la décision du commissaire le révoquant, il jugea que du moment que « le droit que peuvent avoir Riegos y Fuerza del Ebro et Compañia Barcelonesa de Electricidad à être parties à la procédure de faillite est *sub judice*, en aucune manière ce droit ne peut être reconnu à leurs employés ». Constatant, en outre, que le recours des sociétés était tenu en suspens par l'admission à deux effets de l'appel interjeté contre la décision rendue entre-temps et par laquelle il avait écarté le déclinatoire de compétence, il décida que cette suspension l'empêchait de se prononcer sur la requête formulée par les intéressés (*A.M.*, n° 86, vol. II, p. 347).

(109) Cette première suspension ne fut, cependant, que de courte durée. Le déclinatoire ayant été écarté par jugement du 27 février 1948, le sieur Garcia del Cid se désista le 5 mars de l'appel qu'il avait interjeté le 28 février contre ce jugement.

Pourquoi ce revirement ? Prouverait-il, comme le soutient le *Contre-Mémoire* (IV, note 3 de la page 347), la bonne foi et l'indépendance du sieur Garcia del Cid ? En aucune manière. La vérité, c'est que les demandeurs à la faillite et le juge de Reus avaient perdu de vue que la suspension provoquée par eux n'avait pas seulement pour effet de paralyser les recours du groupe de la Barcelona Traction, mais qu'elle s'étendait à toute la procédure de faillite et que, pour y déroger, il aurait fallu une décision du tribunal admettant explicitement, sur base de l'article 114 de la Loi de procédure civile, qu'une telle dérogation était nécessaire pour éviter un préjudice irréparable. Faute de s'être conformés à cette disposition très claire de la loi espagnole, les juges de Reus et de Barcelone avaient outrepassé leurs pouvoirs en prenant des décisions pour l'exécution du jugement de faillite, et *a fortiori*, le 25 février 1948, celui de Reus, en étendant les saisies à de nouvelles sociétés auxiliaires et, le 2 mars 1948, en prétendant attribuer au jugement de faillite force de chose jugée.

Aussi, le désistement, opéré quelques jours après l'appel, était-il tout aussi « téléguisé » par le groupe March que l'avait été le déclinatoire. Il fallait pouvoir remettre la procédure temporairement en mouvement pour atteindre, dans des conditions moins évidemment irrégulières, les objectifs que l'on s'était proposé. C'est ce qui eut effectivement lieu : une fois la suspension levée, non seulement les opérations de saisie furent poursuivies, mais elles furent étendues à des sociétés auxiliaires non encore frappées; enfin, l'ordonnance du 17 mars 1948 décréta, pour la deuxième fois, que le jugement déclaratif de faillite avait acquis force de chose jugée.

Puis, tout ceci étant fait en quatre semaines, le 30 mars, un nouveau déclinatoire surgit, qui vint à nouveau bloquer la procédure : ce fut celui du sieur Boter, dont il sera question ci-après.

(110) L'exactitude des faits rappelés ci-dessus n'est pas déniée dans le *Contre-Mémoire*.

C'est dans une simple note (note 3 de la page 347) que le Gouvernement espagnol les effleure. Elle contient deux affirmations singulières.

La première fait état du désistement d'appel opéré par le sieur Garcia del Cid, pour en déduire que son déclinatoire n'aurait pas poursuivi des fins dilatoires. Elle a été rencontrée ci-dessus.

(111) La seconde ne conteste pas que Garcia del Cid agissait en accord avec les demandeurs à la faillite, mais soutient que « c'était là un problème qui échappait à l'appréciation du juge et qui échappe à celle du Gouvernement espagnol; on ne peut dans aucun pays empêcher l'action simultanée de plusieurs personnes dans une procédure universelle, si toutes ces personnes ont qualité pour ce faire, qu'il y ait ou non accord entre elles »

C'est une reprise de l'antienne du « principe dispositif », de cette fable pieuse que le Gouvernement espagnol a estimé si importante pour sa défense qu'il y a consacré, à l'annexe n° 1 du Chapitre III, la première des monographies juridiques jointes (vol. VII, pp. 5 à 11).

Le Gouvernement belge se refuse pourtant à admettre que, devant ce qui n'était manifestement qu'une comédie judiciaire jouée dans un but frauduleux par des hommes de paille, les tribunaux espagnols eussent été impuissants et eussent dû demeurer passifs, alors que, d'autre part, comme on le verra, ils allaient faciliter au véritable intéressé le franchissement successif des divers obstacles légaux qui s'opposaient au succès de son entreprise de spoliation. Il y voit un manquement certain au devoir de protection judiciaire qui s'impose pour tout Etat à l'égard des ressortissants étrangers.

b) *Suspension décrétée à raison du déclinatoire Boter.*

(112) Le Gouvernement belge a exposé dans son *Mémoire* (n° 129 à 132, pp. 63 et 64) que le déclinatoire Boter formé le 30 mars 1948, était la réédition, à l'aide d'un nouveau comparse, dans le même but, encore que sous un prétexte différent, de la manœuvre exécutée par le sieur Garcia del Cid. Il a notamment relevé que, comme Garcia

del Cid, Boter avait acheté ses obligations peu de jours avant le dépôt de sa requête et remis, dès le 7 février, procuration à l'avoué de Reus qui allait le représenter dans la procédure dont le juge de cette ville n'était pas encore saisi.

Le *Contre-Mémoire* s'indigne néanmoins de l'accusation de collusion entre M. Boter et les demandeurs à la faillite, alias le groupe March (IV, n° 176, p. 359). Cette fois encore, il exprime l'avis que M. Boter, étant titulaire d'obligations et étant représenté par un avoué régulièrement constitué, « ce sont là les seuls faits dont le juge pouvait et devait tenir compte ».

Il est cependant certain qu'un juge tant soit peu attentif n'aurait pas manqué d'être frappé par les circonstances rappelées ci-dessus, qui établissaient, à toute évidence, qu'il se trouvait en présence d'une comédie, pour ne pas dire d'un complot judiciaire, et l'on ne peut que réitérer à cet égard ce qui a été dit au n° 111 ci-dessus à propos du déclinatoire Garcia del Cid.

En outre, le *Contre-Mémoire* passe sous silence les raisons supplémentaires que le juge de Reus avait de ne pas recevoir le déclinatoire Boter et auxquelles il ne s'arrêta pas lorsqu'il rendit son ordonnance du 31 mars 1948. D'une part, il avait — encore qu'à tort — déclaré par deux fois le jugement de faillite coulé en force de chose jugée (1). Or, suivant le *Contre-Mémoire* (n° 173, p. 357), en ce cas le juge ne pouvait plus se déclarer incompetent (2). D'autre part, la nationalité espagnole de Boter interdisait à celui-ci de dénier la juridiction des tribunaux de son pays.

(113) Ce nouveau déclinatoire était empreint d'une astuce particulière. Il avait apparemment pour objet de faire admettre le manque de juridiction des tribunaux espagnols; mais d'être ainsi admis à prendre à son compte ce qu'il prévoyait devoir être le premier des griefs de la société faillie, le groupe March faisait coup double: il ne créait pas seulement une nouvelle cause de suspension de la procédure qui allait faire obstacle à l'examen des recours passés et futurs des personnes atteintes par le jugement de faillite; en s'assurant la direction de l'incident de procédure ainsi soulevé, il allait pouvoir à sa guise en retarder le cours.

L'un et l'autre de ces résultats ne tardèrent pas à se produire.

(114) La durée de la suspension obtenue par le déclinatoire Boter dépassa sans doute les prévisions les plus optimistes du groupe March, car si le juge spécial statua, en premier ressort, à son sujet par un jugement de rejet daté du 12 février 1949, ce n'est que le 15 mai 1963, soit bien après l'introduction du procès international, que ledit jugement fut confirmé par la Cour d'Appel de Barcelone.

Pendant ces quatorze années, la suspension remplit pleinement son rôle, en ce sens qu'elle provoqua l'ajournement *sine die* de tous les recours dirigés contre le jugement de faillite et les décisions connexes.

(1) Ces deux décisions étaient basées sur l'écoulement du délai d'opposition depuis la publication du jugement, le premier sans tenir compte de la suspension résultant du déclinatoire Garcia del Cid, le second en en tenant compte. Il a été démontré dans le *Mémoire* (I, n° 147, p. 70), et le point sera repris *infra* (n° 504 ss.), que l'une et l'autre décisions étaient manifestement erronées, vu l'insuffisance de la publication du jugement en Espagne.

(2) On notera avec quelle inconséquence inexplicable, et d'ailleurs inexplicable, le *Contre-Mémoire* ajoute, immédiatement après, que le juge était néanmoins tenu de déclarer recevable un déclinatoire présenté par toute personne ayant qualité pour ce faire.

a) Tel fut le sort de l'opposition de la Barcelona Traction du 18 juin 1948, qui fit l'objet d'une ordonnance du 26 juin 1948 et d'un jugement du 5 août 1948 du premier juge spécial, ainsi que d'un arrêt de la Cour d'Appel de Barcelone du 14 mai 1949 (*M.*, n° 149 et 150, p. 71; *A.M.*, n° 126 à 128, vol. II, pp. 442 à 446). Tel fut également le sort de l'acte du 3 septembre 1948, par lequel la Barcelona Traction confirma son opposition du 18 juin 1948.

b) La demande incidente de nullité présentée par la Barcelona Traction par écrits des 5 et 31 juillet 1948 partagea le même sort, en vertu des décisions rapportées au n° 153 du *Mémoire* et reproduites dans ses annexes n° 131 à 133 (vol. II, pp. 487 à 490).

c) Le 7 mars 1956 encore, le troisième juge spécial, par un jugement que la Cour d'Appel confirma par arrêt du 20 juin 1956, rattâcha à la première section de la procédure une action dirigée par la Barcelona Traction à la fois contre les sociétés auxiliaires passées sous le contrôle de la Fecsa et contre les organes de la faillite, demandant l'annulation de tous les actes accomplis au sein de ces sociétés depuis la déclaration de faillite (*M.*, n° 257, p. 115; *A.M.*, n° 242, vol. IV, p. 954).

d) Il en alla de même de divers recours introduits par la National Trust. Celle-ci avait introduit une demande de reconsidération de l'ordonnance par laquelle, en date du 4 février 1949, le premier juge spécial lui avait refusé la qualité de créancier requise pour l'admission à la procédure de faillite (*M.*, n° 162, p. 75; *A.M.*, n° 141, vol. III, p. 536). Le juge, hésitant, retarda sa décision. Mais le jour où il envoya à la Cour d'Appel le dossier relatif au recours interjeté par Boter contre le jugement rejetant son déclinaoire, c'est-à-dire le 25 mars 1949, il rendit une ordonnance d'ajournement du recours de la National Trust (*M.*, n° 163, p. 76).

Le même sort échut ensuite aux trois procédures que la National Trust introduisit les 23 novembre 1950, 16 août 1951 et 8 septembre 1951 pour attaquer la création des faux titres des sociétés auxiliaires Ebro et Catalanian Land (*A.O.C.*, n° 31, vol. II, pp. 415 à 417).

e) Enfin, en 1956 encore, la suspension bloqua, en fait, une action introduite devant un juge de Madrid contre Juan March et consorts par Sidro, pour faire annuler toute la procédure de faillite au motif qu'elle avait été détournée frauduleusement de son but légal (*fraude procesal*). Cette action fit, en effet, l'objet de déclinatoires de compétence qui furent accueillis à tous les degrés de juridiction, le juge spécial étant considéré comme seul compétent pour connaître de l'affaire. Sachant qu'elle n'avait aucune chance de se faire entendre par ce juge dans l'état de suspension où se trouvait la procédure, Sidro ne réintroduisit pas l'action devant celui-ci (*M.*, n° 262, p. 118).

f) Pour être complet, il y a lieu de signaler que furent également suspendus par le déclinaoire Boter : 1° une série de recours en rétractation formés par les dirigeants des sociétés auxiliaires contre les décisions qui confirmaient des ordonnances du commissaire les destituant (*A.O.C.*, n° 31, vol. II, pp. 409 à 411); 2° les actions introduites après la vente par Madame Mathot et Monsieur Duvivier, actionnaires belges de la Barcelona Traction, contre les syndicats, Fecsa et toutes personnes qui seraient intervenues à partir du 17 juin 1952 dans les assemblées générales des sociétés auxiliaires (*A.O.C.*, n° 31, vol. II, p. 433).

L'effet hautement suspensif du déclinatoire Boter est donc patent. Qu'en dit cependant le Gouvernement espagnol ? Que le *Mémoire* belge a eu tort de « présenter le déclinatoire Boter comme une tentative de blocage des recours » (*C.M.*, IV, n° 193, p. 371). C'est nier l'évidence, tout en se gardant de proposer aucune autre explication à la manœuvre poursuivie par le groupe March de mars 1948 à 1963, soit pendant quinze ans.

(115) Et pourtant, ce qui rendait cette suspension particulièrement néfaste et révoltante, c'était moins l'ajournement prolongé — si préjudiciable qu'il fût — de l'examen des justes réclamations introduites par les sociétés auxiliaires, par leur personnel et les administrateurs, par la société faillie, par la National Trust, etc., que le fait que, pendant le même temps, diverses décisions furent rendues à la demande de divers comparses du groupe March, qui conduisirent à la vente des avoirs saisis et à l'irréversible dépouillement des actionnaires de la Barcelona Traction. Il y avait suspension lorsqu'il s'agissait de juger les recours contre le jugement de faillite et ses conséquences ; mais il n'y en avait plus lorsqu'il s'agissait d'exécuter le jugement ordonnant la faillite jusqu'à ses conséquences les plus ultimes.

C'est ce caractère scandaleusement contradictoire de la suspension que le Gouvernement belge a principalement dénoncé tout au long du *Mémoire*, et que le *Contre-Mémoire* a vainement tenté de justifier.

(116) La première ordonnance, celle du 31 mars 1948, par laquelle le déclinatoire était reçu, se borna à déclarer suspendu « le cours de la présente procédure et des branches séparées en cours, constituée pour traiter les incidents introduits » (*A.M.*, n° 100, vol. II, p. 399). Elle a été critiquée dans le *Mémoire* (I, n° 132, p. 64) en tant qu'elle n'avait eu aucun égard à la collusion manifeste existant entre les parties, ni à la nationalité espagnole du sieur Boter qui le rendait non recevable à décliner la juridiction des tribunaux de son pays (1). Mais du moins l'ordonnance avait-elle une portée générale, et devait-elle, suivant ses termes, faire obstacle du même coup, à toute nouvelle opération de saisie.

Ceci était gênant pour les demandeurs à la faillite. Aussi, dès le 3 avril, demandèrent-ils au juge, par une nouvelle requête, « qu'il veuille bien disposer que l'on continue à effectuer la poursuite des actes de saisie auxquels procède le Tribunal n° 4 de Barcelone et que, pour ce motif, ne soient pas suspendues les formalités de la deuxième section relative à la saisie » (*A.M.*, n° 101, vol. II, p. 400). Satisfaction leur fut donnée par l'ordonnance du 5 avril 1948, qui excepta de la suspension, à raison du grave préjudice qui pourrait résulter de leur ajournement, « les actes à exécuter dans la deuxième section qui dérivent de l'exécution du jugement de faillite et des décisions postérieures auxquelles celui-ci a donné lieu ». (*A.M.*, n° 103, vol. II, p. 402).

(117) Pour critiquable qu'elle fût, la restriction ainsi apportée à la suspension au profit des demandeurs à la faillite et des cointéressés n'en était pas moins strictement limitée. S'il est vrai, en effet, que l'administration de la faillite échappait ainsi à toute interruption, les termes de l'ordonnance excluaient les actes de la deuxième section qui, comme la vente, ne se référaient pas directement à l'exécution des ordres de saisie. Elle se conformait du reste en cela à la requête des demandeurs à la faillite qui n'avaient sollicité que la poursuite des actes de la deuxième section relatifs à la *saisie*.

(1) Il sera montré ci-après (*infra*, n° 619) qu'en outre, l'article 114 de la Loi de procédure civile, dont le juge fit application pour suspendre la procédure, n'était pas applicable en l'espèce.

Au surplus, aucun doute ne pouvait exister quant au fait que la vente n'était pas comprise dans la dérogation apportée à la suspension par l'ordonnance du 3 avril 1948. En effet, comme il sera dit plus loin (*infra*, n° 681), la loi espagnole ne donne au séquestre provisoire que des facultés limitées, et, bien qu'elle place dans la deuxième section la vente des avoirs du failli, elle ne donne compétence pour y procéder qu'aux syndics; or, la nomination de ceux-ci par l'assemblée générale des créanciers relève de la première section, laquelle demeurerait certainement suspendue.

Il n'y avait donc, au lendemain de l'ordonnance du 3 avril 1948, aucun risque quelconque pour la société faillie de voir ses avoirs saisis mis en vente.

Mais ce qui, de l'avis général, parut être exclu pendant les quatorze premiers mois de la faillite fut obtenu, dans la suite, en deux étapes successives, dont le groupe March crut plus convenable de confier l'initiative à de nouveaux comparses.

Ces deux étapes seront mises en lumière ci-dessous. La première brèche fut essentiellement l'œuvre de la Cour d'Appel de Barcelone qui, sur requête d'une société Genora admise à la faillite en qualité d'obligataire, et également membre du groupe March, excepta de la suspension par un de ses deux arrêts rendus le 7 juin 1949 la nomination des syndics (*infra*, n° 153); la seconde brèche fut portée à la suspension par le deuxième juge spécial, M. Osorio, qui, dans son ordonnance du 27 août 1951 rendue à la demande du commissaire, lequel lui transmettait avec approbation une requête des syndics, autorisa ceux-ci à procéder à la vente des avoirs composant la masse faillie (v. *infra*, n° 156 ss.).

(118) Le déclinatoire Boter eût cependant été impuissant par lui-même à entraîner une suspension suffisamment longue pour permettre au groupe March, avant toute décision sur les recours du failli, de se faire adjuger les biens et apporter ensuite, au réseau d'entreprises dont il se rendait maître, des transformations telles que tout retour au pristin état serait rendu impossible (voir *infra*, n° 212 et suiv.).

Pour prolonger à ce point l'effet suspensif du déclinatoire Boter, il fallut recourir à une diversité incroyable de moyens, dont la mise en œuvre fut confiée à divers comparses du groupe. Certains furent utilisés au cours de la procédure relative au déclinatoire; d'autres le furent sous la forme d'incidents venant suspendre l'examen du déclinatoire, lui-même suspensif de la procédure de faillite; d'autres encore eurent pour effet de suspendre l'examen de l'incident qui suspendait celui du déclinatoire. C'est ce qui a été appelé la suspension au deuxième ou troisième degré.

Ce sont ces divers adjuvants qui font l'objet du paragraphe qui suit.

c) *Les moyens mis en œuvre pour prolonger l'effet suspensif unilatéral du déclinatoire Boter.*

1° *L'octroi à Boter d'un délai extraordinaire de preuve.*

(119) Le groupe March voulut, dès le début, assurer une certaine durée à la suspension causée par le déclinatoire Boter. A peine rendue l'ordonnance qui sauvait de la suspension la continuation des opérations de saisie, l'auteur du déclinatoire sollicita, le 13 avril 1948, un « délai extraordinaire de preuve » de huit mois.

Or, ainsi que l'a expliqué le *Mémoire* (I, n° 134, p. 65, et note 1), c'est à un subterfuge aussi artificiel qu'illégal (v. *infra*, n° 629) que Boter avait dû recourir pour que son déclinatoire pût bénéficier d'un tel délai. Il l'avait corsé d'une contestation de la qualité de créanciers des demandeurs à la faillite (1), parce que, seule, une telle contestation lui donnait quelque base légale pour solliciter le délai de huit mois si ardemment désiré.

Cette circonstance particulière n'empêcha pas les demandeurs à la faillite, dont la qualité était cependant contestée par Boter, de s'associer eux-mêmes à ce dernier en sollicitant avec lui, dans un seul et même écrit, le délai extraordinaire de huit mois. Le *Mémoire* (*eod. loc.*) avait vu, à juste titre, dans cet appui apporté par les demandeurs à Boter, une preuve nouvelle de la collusion qui existait entre eux.

Encore une fois, le juge de Reus ne s'arrêta en aucune manière aux circonstances tout à fait anormales dans lesquelles cette requête lui fut présentée. Dès le 14 avril, il s'empressa de concéder, à Boter et aux demandeurs de la faillite réunis, le délai extraordinaire sollicité.

Bien entendu, le *Contre-Mémoire* l'en approuve entièrement, cette comparution conjointe des parties ne suffisant pas « à elle seule à révéler au juge la collusion dénoncée dans le *Mémoire* belge » (*C.M.*, IV, n° 99, p. 503). Une fois de plus, une réponse de ce genre équivaut à un aveu.

2° Les admissions d'appel à deux effets.

(120) C'est un fait expressément reconnu dans le *Contre-Mémoire* que « les recours qui ne concernaient pas la vente des biens ou le paiement des créances furent admis à deux effets » (dévolutif et suspensif), « qu'ils provinssent de la société faillie ou des créanciers », mais qu'« en revanche, les appels relatifs à la vente ne furent admis qu'à un seul effet... » (*C.M.*, n° 200, p. 544) (2).

De fait, l'appel de Boter contre le jugement du 12 février 1949 rejetant son déclinatoire, avait été admis à deux effets par ordonnance du 25 mars 1949 (*A.M.*, n° 111, vol. II, p. 416). La Barcelona Traction, en comparaisant devant la Cour d'appel, avait demandé que cet appel ne soit admis qu'à un seul effet (*M.*, n° 139, p. 67). Par arrêt du 7 juin 1949, la Cour d'appel écarta la demande de la Barcelona Traction. Comme on le rappellera ci-dessous (*infra*, n° 153), c'est par un arrêt du même jour que la Cour d'appel décida d'excepter de la suspension frappant la première section de la procédure, la convocation de l'assemblée générale des créanciers en vue de la nomination des syndics. Le Gouvernement belge a tout spécialement dénoncé cette attitude hautement discriminatoire (*M.*, n° 171, p. 79, et n° 362, pp. 176 et 177). La situation créée par la combinaison de ces deux arrêts était pire que celle dérivant de la décision du premier juge, puisque l'effet suspensif était maintenu en ce qui concerne l'opposition et la demande de nullité de la Barcelona Traction, tandis qu'il était levé pour la nomination des syndics

(1) Il n'est pas sans intérêt de lire cette requête additionnelle qui, le 2 avril 1948, vint se greffer sur le déclinatoire Boter (*A.R.*, n° 30). Le procédé était à ce point anormal que tant le juge spécial, dans le jugement rejetant le déclinatoire du 12 février 1949 (*A.M.*, n° 109, vol. II, p. 411), que la Cour d'Appel dans l'arrêt confirmant ce jugement (*A.C.M.*, n° 193, vol. IX, p. 270), ne purent s'empêcher de le relever. Aussi le *Contre-Mémoire* n'esquisse-t-il même pas une tentative de justification de la décision rendue le même jour, 2 avril 1948, par le juge de Reus, pour accepter l'ajoute ainsi faite par Boter à son déclinatoire.

(2) Sur l'admission des appels à deux effets, voir la note (1) au bas de la page 59 du *Mémoire*.

par l'assemblée, prélude à l'autorisation de vendre. C'est ce que dans un de ses écrits (*A.M.*, n° 149, vol. III, p. 573) la société faillie avait appelé l'admission « à un effet et demi ou mieux à deux et à un effet ».

Pour le surplus, l'argumentation présentée sur ce point dans le *Contre-Mémoire* sera réfutée dans la deuxième partie de la présente *Réplique* (*infra*, n° 631 et suiv.).

3° *L'incident Genora.*

(121) On verra dans la section suivante comment cette société du groupe March intervint une première fois devant la Cour d'Appel de Barcelone dans la procédure d'appel du jugement rejetant le déclinatoire Boter, en vue de provoquer la convocation de l'assemblée des créanciers chargée de la nomination des syndics, et comment elle obtint un arrêt du 7 juin 1949 par lequel la Cour décidait que ces mesures devaient être exceptées de la suspension (*infra*, n° 153). Tandis qu'elle déclenchait ainsi le mécanisme qui allait conduire à la vente des avoirs saisis, elle s'employa, quasi simultanément, à verrouiller davantage la porte qui tenait enfermés les recours contre le jugement de faillite et les décisions connexes. En effet, comme le *Mémoire* l'a relaté sous les n° 139 et suivants, elle intervint aussi à la même époque, dans la même procédure d'appel, en introduisant un recours en rétractation de l'ordonnance de la Cour d'Appel du 10 mai 1949 qui avait admis la comparution de la Barcelona Traction à cette procédure. Genora prétendait contester la qualité de ceux qui représentaient la société faillie. Cette demande était si manifestement mal fondée qu'elle fut rejetée par arrêt du 21 mai 1949 (*M.*, n° 139, p. 67; *A.M.*, 112, vol. II, pp. 417 et ss.). Ce qui n'empêcha pas Genora — « car elle avait épuisé les voies de recours ordinaires », explique le *Contre-Mémoire* (note 1, page 370) — de reproduire, le 4 août 1949, devant la Cour, cette même contestation sous forme d'une demande incidente et préjudicielle, que la Cour s'empressa de déclarer recevable en suspendant la procédure sur l'appel de Boter.

(122) Encore fallait-il assurer à ce double verrouillage des recours du failli la plus grande longévité possible. Aussi Genora poussa-t-elle l'impudence jusqu'à demander à son tour un délai extraordinaire de preuve de huit mois, au prétexte qu'elle avait à obtenir des documents au Canada. La portée purement dilatoire de l'incident devenait aussi évidente que son manque de fondement. Néanmoins, une fois de plus, la Cour accéda à la demande de Genora et lui accorda le délai sollicité, au mépris de l'« opposition indignée » de la Barcelona Traction dont le *Mémoire* (n° 141, p. 67) fait mention.

Le *Contre-Mémoire* ne s'émeut pas de ces critiques. A l'en croire (*C.M.*, n° 98 et 99, p. 502), il suffit qu'un incident touche à la qualité pour agir des plaideurs, fût-ce dans des conditions manifestement abusives, et que son auteur déclare vouloir chercher des preuves outre-Atlantique, fût-ce sans donner de précision ni de justification de leur pertinence, pour que le tribunal soit tenu de lui accorder un délai extraordinaire de huit mois.

Décidément, les lois espagnoles, si l'on devait accepter l'interprétation qu'en donne le *Contre-Mémoire*, feraient des tribunaux un simple jouet aux mains des parties.

Toujours est-il que, comme l'avoue le *Contre-Mémoire* lui-même (n° 193, p. 370) l'incident Genora paralysa la procédure et la maintint « en suspens jusqu'au mois de

mars 1953 ». Il eût été plus exact de dire que ce furent les recours du failli qui demeurèrent ainsi suspendus, car, à cette dernière date, il y avait quatorze mois que les biens de la masse avaient été vendus.

(123) Le Gouvernement espagnol feint d'ignorer les liens, pourtant bien établis, entre les sociétés Namel et Genora, les demandeurs à la faillite et le groupe March, ainsi que le jeu compliqué de leurs interventions se relayant pour apporter de nouveaux raffinements au système complexe de suspension partielle imaginé par les conseils. Pour lui, Genora, par exemple, est simplement un « créancier de la société faillie », sans autre précision (*C.M.*, IV, n° 192, p. 369).

Quant aux suspensions de la procédure de faillite, il serait « manifestement (*sic*) injuste — selon le *Contre-Mémoire* — de prétendre que ces suspensions ne furent autre chose qu'une manœuvre agencée par le groupe des particuliers espagnols impliqués dans l'affaire et bien davantage encore de dire que les tribunaux espagnols avaient partie liée avec un groupe quelconque » (*C.M.*, n° 193, p. 371) (1).

A l'appui de cette dernière affirmation, on trouve dans le *Contre-Mémoire* deux allégations. Il sera fait plus loin justice de la première (*infra*, n° 124), à savoir que « les procédés suspensifs, mis en jeu par l'une ou l'autre partie, se sont croisés et entre-croisés jusqu'au point de ne pouvoir le dire ». C'est là une allusion à l'intervention de MM. Andreu et Sagnier qui, comme il sera montré ci-après, se produisit le 29 avril 1953, c'est-à-dire bien après la vente des biens de la Barcelona Traction et après la fin de l'incident Genora.

Quant à la deuxième allégation, elle est introduite à la faveur d'une affirmation faussement prêtée au Gouvernement belge. Celui-ci, à en croire le *Contre-Mémoire* (n° 192, p. 370), aurait imputé « à une manœuvre du groupe espagnol le fait que les plaidoiries aient été suspendues la plupart du temps pour cause de maladie de l'avocat ».

Il suffit de relire le passage visé du *Mémoire* pour constater qu'il ne contient rien de tel. C'est à la page 67, sous le n° 141, qu'on peut lire, à propos de l'incident Genora, qu'après l'expiration du délai de preuve de huit mois accordé à cette société, les plaidoiries furent fixées au 3 juillet 1950, mais « par suite de diverses remises n'eurent lieu que le 20 janvier 1951 ». On chercherait en vain, dans la mention de ces remises, un reproche quelconque qui serait dirigé contre les avocats qui les sollicitèrent, ou la Cour d'Appel qui les accorda. C'est donc sans la moindre pertinence que le *Contre-Mémoire* a cru devoir faire le relevé de ces remises avec indication de la partie qui en prit l'initiative (n° 192, p. 370).

On ne comprend pas, au surplus comment, par cette diversion, le Gouvernement espagnol a pu espérer affaiblir les critiques dirigées contre les procédés dilatoires mis en œuvre par les divers acteurs du groupe March et contre les décisions qui uniformément les accueillirent.

(1) On lit de même, quelques pages plus loin : « il est partial, inexact et inadmissible d'affirmer que les tribunaux espagnols ont toléré et même favorisé le blocage des recours pour éviter de se prononcer sur ceux-ci » (*C.M.*, n° 197, p. 374). Poussant le paradoxe à l'extrême, le *Contre-Mémoire* (n° 192, p. 540) ira jusqu'à dire « Quant au déclaratoire Boter, loin de bloquer les recours (Barcelona Traction eut toujours la possibilité d'en former), il exerça un effet différent ». Cet effet différent aurait, d'après le *Contre-Mémoire*, été tout-à-fait favorable, au contraire, à la société faillie, en lui donnant l'occasion de se joindre à l'appel de Boter, alors qu'elle avait perdu toute autre possibilité de contester la compétence des tribunaux espagnols. Il sera répondu à cette dernière allégation dans la deuxième partie de la *Réplique*.

4^o *L'application abusive du principe: Le criminel tient le civil en état.*

(124) Le *Mémoire* a relaté dans quelles circonstances la Barcelona Traction s'est efforcée avec ténacité, même après la vente de son portefeuille à Fecsa, d'obtenir des tribunaux que ses griefs fussent enfin examinés par eux. Or, à peine la suspension de deux ans et demi provoquée par Genora (*supra*, n^o 122) était-elle levée au début de mars 1953, que Boter, le 23 mars 1953, sollicitait de la Cour l'octroi d'un nouveau délai de huit mois, alléguant que la commission rogatoire envoyée à Toronto en 1949 n'avait pas donné de résultat (*A.M.*, n^o 228, vol. IV, p. 884). La Barcelona Traction s'opposa à cette requête, en soulignant, notamment, que la réponse de l'autorité canadienne (*A.M.*, *ibid.*, p. 886) signalait elle-même que la pièce réclamée avait déjà été présentée en Espagne et jointe au dossier du tribunal de Reus; la Barcelona Traction précisait même l'endroit exact du dossier où la dite pièce se trouvait (*A.M.*, n^o 229, vol. IV, p. 890). Craignant toutefois que la Cour se montrât une nouvelle fois accueillante à l'égard des manœuvres dilatoires du sieur Boter, la Barcelona Traction tenta d'y faire échec: elle en vit la possibilité dans la circonstance que, suivant les conditions qui régissaient la vente, les divers obligataires du groupe March, et notamment Boter, Genora et les syndics eux-mêmes, devaient avoir été remboursés par l'adjudicataire Fecsa ou autrement désintéressés, et ne devraient donc plus pouvoir, à défaut d'intérêt, participer à la procédure pour l'entraver.

Il était d'autre part essentiel pour elle que l'argument fondamental de l'incompétence des juridictions espagnoles demeurât soumis à la Cour d'Appel. C'est pourquoi, avant de tenter d'éliminer Boter et consorts de la procédure, la Barcelona Traction présenta à la Cour d'Appel le 11 avril 1953, un écrit dans lequel, après avoir protesté, comme dit ci-dessus, contre la nouvelle manœuvre dilatoire de Boter, elle déclarait adhérer au déclinatoire de juridiction de Boter, mais en fondant ce moyen d'incompétence sur une argumentation sérieuse et solide que Boter, agissant dans un but purement dilatoire, n'avait jamais eu cure de présenter (*A.M.*, n^o 229, vol. IV, pp. 887 et ss.).

La Barcelona Traction ayant ainsi repris à son compte le déclinatoire de Boter, elle chercha, en invoquant le moyen indiqué ci-dessus, à débarrasser la procédure de cet encombrant personnage et de ses comparses. C'est à cette fin que deux obligataires espagnols, MM. Andreu et Sagnier, introduisirent, le 26 avril 1953, auprès de la Cour d'Appel, une demande incidente contestant la qualité de Boter et consorts pour continuer à être parties à la procédure (*M.*, I, n^o 244, p. 108).

S'il est vrai que cette contestation avait pour résultat, dans l'immédiat, de suspendre la procédure sur l'appel de Boter, elle aurait dû, normalement, être réglée rapidement, d'autant plus qu'intervenant au second degré de juridiction, la décision qui la trancherait ne serait plus susceptible éventuellement que d'un recours en cassation.

Mais le groupe de la Barcelona Traction avait compté sans les ressources d'imagination de ses adversaires et l'appui que leur apporteraient les autorités judiciaires.

(125) Dès le 10 juillet 1953, une plainte, manifestement dépourvue de fondement, fut déposée par deux des trois syndics, pour escroquerie, faux et usage de faux, contre MM. Andreu et Sagnier et un sujet belge, M. Lostric, qui avait introduit une action indépendante sans incidence sur l'instance d'appel relative au déclinatoire.

Cette plainte avait pour but, et elle n'eut effectivement jamais d'autre effet que, en vertu de la règle « Le criminel tient le civil en état », de suspendre la demande incidente d'Andreu et Sagnier, et, par voie de conséquence, de suspendre au deuxième degré, le déclinatoire Boter auquel la Barcelona Traction avait adhéré.

Ainsi que le *Mémoire* l'a exposé (I, n° 247, p. 109), M. Andreu ne fut jamais mis en prévention, et la prévention mise à charge de M. Sagnier, dès qu'il se fut désisté de son action, fut abandonnée. Seul, M. Lostric continua à faire l'objet de poursuites, mais le retard, injustifié et injustifiable, du parquet à disjoindre sa cause de celles de MM. Andreu et Sagnier eut ce résultat, dont le moins qu'on puisse dire est qu'il n'était ni souhaité par, ni favorable à la Barcelona Traction, que la suspension de la demande incidente introduite par ceux-ci survécut sans raison pendant cinq ans à leur mise hors cause. Par voie de conséquence, il en alla de même de l'instance d'appel relative au déclinatoire (M., n° 247, p. 109).

(126) Un nouveau délai de deux ans s'écoula encore entre la liquidation de l'incident Andreu-Sagnier (8 mars 1961) et l'arrêt qui statua sur le déclinatoire de compétence (15 mai 1963). A cette date, il y avait longtemps que le groupe des entreprises autrefois contrôlées par la Barcelona Traction avait été disloqué par la Fecca et que sa reconstitution était devenue impossible, et longtemps aussi que le Gouvernement belge avait saisi la Cour internationale de Justice de sa réclamation. Si ces dernières phases de la procédure ont été succinctement décrites dans le *Mémoire*, c'est en vue de montrer le synchronisme entre, d'une part, les alternatives d'inaction et d'activité des autorités judiciaires espagnoles et, d'autre part, les aléas de la réclamation belge par suite du désistement survenu le 4 avril 1961, suivi de l'introduction de l'instance actuelle le 19 juin 1962 (M., n° 250, pp. 110 et 111).

(127) Le *Contre-Mémoire* ne fournit aucune réponse valable à ces accusations, se bornant à des diversions ou à des affirmations qui défilent le bon sens.

C'est ainsi qu'il ne craint pas d'accuser MM. Andreu et Sagnier d'avoir voulu, par leur intervention, retarder la décision sur la question de compétence alors que celle-ci « était sur le point d'être tranchée » (C.M., IV, n° 193, p. 371). Or, elle l'était si peu qu'au moment où MM. Andreu et Sagnier avaient présenté leur demande (29 avril 1953), Boter venait précisément, le 23 mars 1953, de solliciter un nouveau délai de huit mois sur lequel la Cour n'avait pas encore statué. Et, dès lors, loin d'avoir un but dilatoire, leur intervention répondait manifestement, au contraire, au seul souci de faire échec aux interminables ajournements provoqués par la partie adverse.

(128) Le *Contre-Mémoire* accuse aussi MM. Andreu et Sagnier d'avoir présenté « des documents tels qu'ils provoquèrent une plainte en faux » (C.M., *eod. loc.*). On a vu plus haut (n° 125) l'inanité de cette accusation.

Or, il a été rappelé, ci-dessus, que l'interminable suspension fut causée par le retard avec lequel les autorités judiciaires espagnoles prononcèrent la disjonction de l'instance à charge de M. Lostric. Le *Contre-Mémoire* esquivait complètement ce grief

fondamental (1), sans sembler se rendre compte qu'il rend totalement sans pertinence l'allégation du Gouvernement espagnol suivant laquelle les retards causés dans l'instruction pénale à charge de M. Lostrie devaient être cherchés dans l'entrave apportée par le Gouvernement belge à l'exécution des commissions rogatoires « auxquelles il avait l'obligation de donner suite en vertu de traités internationaux » (C.M., n° 194, pp. 371-372; A.C.M., n° 138 et 139, vol. VIII, pp. 213 à 217).

Cette allégation est, au surplus, dépourvue de tout fondement. Le Gouvernement belge s'en est clairement expliqué dans sa note diplomatique du 30 mars 1960, dont le passage essentiel est reproduit aux *Observations et Conclusions du Gouvernement belge* (I, n° 251, pp. 237 et 238, et note 1 à la page 238), auxquelles il se permet de renvoyer sur ce point.

Mais le retard dans l'instruction à charge de M. Lostrie eût-il été dû à l'attitude des autorités belges, qu'il n'aurait pu justifier la prolongation de la suspension de l'incident Andreu-Sagnier ni celle du déclinatoire Boter, puisque l'autorité judiciaire espagnole elle-même reconnut — combien tardivement — que les deux poursuites devaient être disjointes.

En réalité, pendant six années, les tribunaux espagnols, comme le *Mémoire* l'a clairement indiqué (n° 245 à 248, pp. 108 à 110), se montrèrent plus que complaisants à l'égard de toutes les demandes tendant à maintenir le blocage des recours. Il fallut que le Gouvernement belge introduise sa première *Requête* devant la Cour internationale de Justice (15 septembre 1958), pour que, par une coïncidence hautement significative, les juridictions espagnoles se décident à sortir de leur sommeil (M., n° 248 à 250, pp. 109 à 111). Contrairement à ce qu'allègue le *Contre-Mémoire* (n° 310, p. 447), ce ne fut nullement l'inactivité de la Société faillie à ce moment qui permit " de résoudre les questions pendantes „ ; ce furent, en effet, les autorités espagnoles qui prirent l'initiative de remettre la procédure en mouvement.

II. — *Décisions qui ont déclaré les recours irrecevables ou qui y ont définitivement fait obstacle.*

(129) Ce ne furent pas seulement les recours de la Barcelona Traction qui furent ainsi paralysés. Le furent également ceux émanant d'autres personnes, morales ou physiques.

a) *Décisions basées sur le défaut de qualité de l'auteur du recours.*

(130) Ce moyen radical fut employé pour éteindre les recours des sociétés auxiliaires, du personnel révoqué et de la National Trust.

1° *A l'égard des sociétés auxiliaires.*

(131) La société Ebro, au siège de laquelle furent pratiquées, du 13 février au 14 avril 1948, les seules opérations de saisie auxquelles le jugement de faillite donna

(1) On trouve au n° 105, p. 506, du *Contre-Mémoire*, cette singulière affirmation : « Ce fut précisément le ministère public espagnol lui-même qui, devant l'inaction et la passivité des parties, demanda au tribunal — et celui-ci y accéda — de disjointre les pièces pénales ». Elle n'explique certainement pas pourquoi le ministère public tarda six ans à le demander. Par contre, la coïncidence entre cette initiative tardive et l'introduction par le Gouvernement belge de la première procédure internationale est frappante.

lieu, introduisit notamment, le 16 février 1948 (1), deux actions, l'une, en récusation du juge de Reus, l'autre, en reconsidération du jugement de faillite (*M.*, I, n° 117, p. 59; *A.M.*, n° 77 et 78, vol. II, pp. 326 et 335).

Toutes deux furent rejetées par les ordonnances des 17 et 18 février, au motif que l'Ebro n'était pas partie au jugement de faillite, bien qu'il fût reconnu qu'elle en « subissait les conséquences » (*M.*, n° 118, p. 60; *A.M.*, n° 80 et 81, pp. 338 et 339), et ces ordonnances furent confirmées sur demande en reconsidération par jugements respectivement des 1^{er} mars et 17 mars 1948 (2) (*A.M.*, n° 83 et 91, vol. II, pp. 341 et 359).

Le caractère inadmissible de pareille thèse, qui revient à soutenir que l'on pourrait étendre à une société distincte de la société faillie les effets du jugement déclaratif, tout en lui refusant d'attaquer ce jugement dans ses dispositions qui la concernent, sera souligné dans la partie juridique de la *Réplique* (*infra*, n° 647 et suiv.).

2° A l'égard du personnel dirigeant de l'Ebro, révoqué.

(132) M. Menschaert, agissant en qualité de directeur-gérant de l'Ebro, introduisit, le 18 février 1948, un recours contre la décision qui l'avait révoqué. A la suggestion du juge n° 4 de Barcelone, auquel il l'avait présentée, il réintroduisit sa requête, le 27 février 1948, devant le juge de Reus. Celui-ci, ainsi qu'il a été rappelé ci-dessus (*supra*, n° 108), avait, le 3 mars 1948, sursis à statuer. Il faisait valoir, d'une part, que la qualité du requérant pour agir — et la même observation valait pour les requêtes des autres dirigeants — dépendait du point de savoir si les sociétés auxiliaires avaient qualité pour être parties à la procédure de faillite et que cette question était *sub judice*; d'autre part, il invoquait le fait que la procédure était suspendue par le déclinatoire Garcia del Cid

(1) Le même 16 février 1948 une demande de récusation avait été adressée aussi au juge n° 4 de Barcelone (*A.M.*, n° 79, vol. II, p. 336) à raison de la partialité dont ce magistrat avait fait preuve dans l'exécution du jugement de faillite en vertu de la commission rogatoire. Les décisions auxquelles ce recours donna lieu sont relatées aux pages 405 et 406 du tableau figurant à l'annexe n° 31 des *Observations et Conclusions du Gouvernement belge* (vol. II). Elles n'ont pas été reproduites en annexe au *Mémoire* à l'exception de l'arrêt du 14 mai 1949 dans lequel le Tribunal fixa son attitude à l'égard des substitutions d'avoués.

Le Gouvernement espagnol a jugé utile de combler très partiellement cette lacune en annexant au *Contre-Mémoire* (*A.C.M.*, n° 58, vol. VII, pp. 300-302) le texte des ordonnances du juge de Barcelone des 16, 21, 27 février et 8 mars 1948, mais il n'a garde de reproduire les décisions ultérieures d'où il résulte que la fin de non-recevoir opposée par le juge de Barcelone au recours de récusation de l'Ebro ne fut, pas plus que les décisions du juge de Reus relatives aux recours dont il était saisi, soumises aux instances supérieures d'appel ou de cassation à raison des substitutions d'avoués et des désistements dont il sera question ci-après (*infra*, n° 139 et suiv.).

(2) L'écart entre ces deux dates pourrait, à première vue, surprendre, s'agissant de recours contre des décisions pratiquement contemporaines. En réalité, comme il a été expliqué plus haut (*supra*, n° 109), le juge de Reus s'était aperçu, bien que tardivement, que le déclinatoire Garcia del Cid le privait de son pouvoir juridictionnel, et c'est ainsi qu'en ce qui concerne le recours de reconsidération contre la décision du 18 février 1948 il avait, le 23 février, déclaré que la suspension de la procédure l'empêchait de statuer. C'est donc seulement après que cette suspension eut pris fin que le juge statua sur le dit recours par la décision du 17 mars 1948. Par contre, la suspension n'affectait pas la procédure relative à la récusation; ainsi, le juge put statuer directement sur le recours en reconsidération de l'ordonnance du 17 février 1948, ce qu'il fit dès le 1^{er} mars 1948, alors que la suspension due au déclinatoire Garcia del Cid durait encore.

(A.M., n° 86, vol. II, p. 347). Le 6 mars 1948, la procédure reprenant son cours à la suite du désistement de Garcia del Cid, le juge rendit une nouvelle ordonnance dans laquelle il confirma sa décision du 3 mars 1948 (1), en se référant cette fois uniquement à son premier considérant.

Par *auto* du 20 mars 1948 (A.M., n° 122, vol. II, p. 436), le juge confirma sa décision du 3 mars 1948, déjà maintenue en vigueur par ordonnance du 6 mars 1948.

Finalement, le recours en appel, introduit par M. Menschaert contre le dit jugement du 20 mars 1948, fut déclaré suspendu par ordonnance du 8 avril 1948, en raison de la suspension générale affectant la procédure de faillite à la suite du déclinatoire Boter (M., n° 146, p. 70).

Ainsi, par une intolérable accumulation d'arguments contradictoires, les tribunaux espagnols, tantôt liaient la réclamation des dirigeants révoqués à la procédure de faillite, ce qui leur permettait de ne pas l'examiner au prétexte que cette procédure était suspendue, tantôt — et c'était lorsque la suspension ne pouvait plus jouer — la proclamaient étrangère à la dite procédure et la déclaraient irrecevable au motif, disait le juge de Reus dans son jugement du 20 mars, qu'il s'agissait de « questions de mandat, de louages de services ou autres de signification analogue ». Dans tous les cas, le but poursuivi était atteint, à savoir qu'aucun recours ne faisait l'objet d'un examen au fond.

Le Gouvernement espagnol affecte de trouver cela naturel (C.M., IV, n° 142, p. 334). Il donne ainsi la mesure de la conception qu'il se fait d'une Cour de justice...

Car l'une et l'autre thèses étaient insoutenables. D'une part, la révocation émanait du *commissaire*, organe de la faillite de la Barcelona Traction, et non du conseil d'administration de l'Ebro. Cette société n'était donc en rien responsable de l'acte d'autorité qui était venu mettre fin au contrat d'emploi la liant à son personnel. Il était clair, dès lors, que c'était contre le commissaire, c'est-à-dire dans le cadre de la procédure de faillite elle-même, que devait être poursuivie l'annulation de l'acte de révocation, et non contre la société Ebro, qui n'y était pour rien.

Mais, d'autre part, la circonstance que c'est dans le cadre de la procédure de faillite que MM. Menschaert et consorts devaient nécessairement agir, ne pouvait les condamner à subir la suspension de leurs recours pour une période indéfinie, car cette suspension était pour eux cause de préjudice irréparable, et il était, dès lors, du devoir du juge de faire en sorte que les parties pussent être entendues dans leurs moyens de fond.

(133) Le recours exercé par M. Menschaert contre sa révocation, cette fois en qualité d'administrateur et de président du conseil d'administration de l'Ebro, connut un sort analogue. On se souviendra (*supra*, n° 71 et 81) que cette révocation avait été faite par le séquestre provisoire le 20 février et ratifiée le même jour par ordonnance du commissaire. Le recours de M. Menschaert, introduit le 2 mars 1948 (A.M., n° 87, vol. II, p. 348), était évidemment dirigé contre cette ordonnance, et, dès lors, il n'est pas étonnant qu'il ait connu le même sort que ceux visés au paragraphe n° 114.

(1) L'ordonnance du 3 mars 1948 fit l'objet, le 8 mars 1948, d'un recours en reconsidération de la part de M. Menschaert, tandis qu'un recours en reconsidération du 16 mars 1948 était introduit par lui contre l'ordonnance du 6 mars 1948.

(134) Ainsi, dans l'un et l'autre cas, des personnes, directement frappées en exécution du jugement déclaratif de faillite, furent, pendant près de quinze ans, mises dans l'impossibilité de faire valoir leurs griefs.

Le Gouvernement espagnol ne s'en émeut pas (*C.M.*, IV, n° 142, p. 334) (1), et ne fait même aucune mention du cas des dirigeants et administrateurs, pas plus du reste que de celui des sociétés auxiliaires ou de la National Trust, dans la section intitulée : « Inexistence du déni de justice au sens propre du terme » (*C.M.*, p. 498). Il serait cruel d'autrement commenter ce silence...

3° A l'égard de la National Trust.

(135) La National Trust ne fut pas plus heureuse que les sociétés auxiliaires, les administrateurs et le haut personnel. Elle aussi se heurta à un refus d'audience lorsqu'elle voulut faire valoir ses droits.

Le 27 novembre 1948, elle fit acte de comparution, en présentant en même temps un déclinatoire de juridiction en faveur de la *Supreme Court* d'Ontario (Canada) (*A.M.*, n° 140, vol. III, pp. 517 à 535). Par ordonnance du 4 février 1949, le premier juge spécial lui refusa le droit de comparaître en invoquant son défaut de qualité (*A.M.*, n° 141, vol. III, p. 536); puis le 25 mars 1949, il ajourna sa décision sur la demande de reconsidération, parce que l'appel de Boter contre le jugement du 12 février 1949 entraînait la transmission du dossier à la Cour d'Appel et, dès lors, alléguait le juge spécial, ne lui permettait pas de prendre une nouvelle décision (*A.M.*, n° 142, vol. III, p. 537). Finalement, le recours introduit le 8 février 1949 ne fut jugé que le 8 juin 1963 ! (*C.M.*, n° 185, p. 365) (2).

(136) Ce qui est révélateur du traitement discriminatoire que les juridictions espagnoles faisaient subir aux plaideurs selon qu'ils étaient des comparses ou des adversaires de Juan March, c'est la manière dont elles accueillirent, au contraire, l'intervention dans la procédure d'un Comité des obligataires, élu à Londres, en avril 1949, par les votes de Juan March, et qui n'avait même pas la personnalité juridique.

La discrimination était flagrante. La National Trust dotée de la personnalité juridique, créancier-gagiste incontestable, était écartée du prétoire pour défaut de qualité; en revanche, y était admis comme ayant une qualité suffisante un comité dépourvu de la personnalité juridique et qui n'était même pas créancier. Pour la National Trust, la procédure était suspendue; pour le Comité des obligataires, elle ne l'était pas. Dans la deuxième partie, la *Réplique* reviendra sur cette discrimination.

(1) Le Gouvernement espagnol va jusqu'à reprocher aux requérants de s'être employés à semer une « terrible confusion dans la procédure » par « l'avalanche » de leurs recours en reconsidération contre les ordonnances du juge de Reus, mais il omet de dire que celles-ci avaient été provoquées par une manœuvre d'obstruction qui, fin mars 1948, affecta les recours de MM. Menschaert et consorts et à laquelle ceux-ci furent dans l'impossibilité de se soustraire, comme ils durent bientôt le reconnaître.

(2) On a vu plus haut (*supra*, n° 114) que par trois fois encore la National Trust se heurta à l'obstacle de la suspension lorsqu'elle voulut s'opposer à l'émission de faux titres par les pseudo-conseils d'administration de l'Ebro et de la Catalanian Land.

(137) C'est également à un brutal refus d'audience que se heurta la National Trust lorsqu'elle voulu introduire un recours *in extremis*, le 3 janvier 1952, en vue d'obtenir que la vente prévue pour le lendemain fût suspendue et que lui fussent restitués les titres de l'Ebro et de la Catalanian Land qui étaient inscrits à son nom sur le registre des actions de ces deux sociétés canadiennes. L'action fut sommairement rejetée comme irrecevable, par décision du 10 janvier 1952, qui fut confirmée en appel et en cassation (*A.M.*, n° 210, 211 et 212, pp. 811, 817 et 819; *M.*, n° 226, p. 101). Le moyen d'irrecevabilité fut, cette fois, invoqué parce que celui tiré de la suspension ne pouvait l'être, l'action se situant dans la seconde section de la procédure de faillite.

C'est au mépris de toutes les règles que ce moyen fut accueilli. La National Trust, en effet, avait introduit, cette fois, une *terceria* portant sur des actions des deux principales sociétés auxiliaires, Ebro et Catalanian Land, qui faisaient l'objet de la vente. Or, elle produisait à l'appui de sa *terceria*, outre un jugement canadien, un extrait du registre des actions nominatives des deux sociétés intéressées qui établissait que les actions faisant l'objet de la *terceria* étaient bien inscrites au nom de la demandresse. Néanmoins, le juge spécial et la Cour d'Appel, méconnaissant grossièrement la nature et la portée en droit canadien — seul applicable en l'espèce — des inscriptions invoquées, et l'interprétation à donner au jugement produit, estimèrent *in limine litis* et sans interpellation de la partie intéressée, les preuves insuffisantes (1). Il y eut là une faute grossière et manifeste.

(138) C'est à tort également que, de façon générale, le *Contre-Mémoire* croit pouvoir ironiser sur l'attitude de la National Trust qui « ne broncha pas » tant que les obligataires ne furent pas payés et que la procédure de faillite ne se fut pas ouverte en Espagne, mais déploya ensuite une grande activité « non pas pour faciliter le paiement, mais, au contraire, pour y faire obstacle » (*C.M.*, n° 184, p. 364).

Cette critique mettant en cause des tiers, qui au surplus ne sont pas des ressortissants belges, il a paru convenable au Gouvernement belge de leur fournir la possibilité de répondre aux critiques dont ils ont fait l'objet. La National Trust, informée par la Sidro des principales accusations formulées à son endroit dans le *Contre-Mémoire*, a établi un mémorandum qui est reproduit en annexe (*A.R.*, n° 31). Qu'il suffise de noter ici que la conception que le Gouvernement espagnol semble se faire du rôle d'un *trustee* est manifestement inexacte. L'institution a, en effet, pour objet de garantir, à la fois, le débiteur et la masse des créanciers contre l'action isolée et désordonnée de certains d'entre eux. En outre, c'est d'une manière gratuite, et tout-à-fait à tort, que le Gouvernement espagnol présente la National Trust comme ayant partie liée avec la Barcelona Traction et son groupe.

(1) Le document n° 1 annexé à la requête de la National Trust était une attestation d'un notaire canadien portant bien sur une inscription au nom de cette société dans le registre des actions nominatives de l'Ebro. Ce document, pour que la Cour s'en convainque, est reproduit en annexe (*A.R.*, n° 32). Or, dans les motifs du jugement de rejet du 10 janvier 1952, il est dit que le livre que la National Trust avait exhibé au notaire était un livre tenu par la dite société. Ce fait, matériellement vrai, était sans incidence, puisque si la National Trust tenait effectivement le registre des actions nominatives de l'Ebro, c'était non à titre personnel, mais en tant que teneur de registre (*registrar*) de l'Ebro.

b) *Extinction par substitutions d'avoués et désistements.*

(139) Ce fut le moyen sommaire et radical que, de façon tout-à-fait générale, le séquestre provisoire et le groupe March, dont il tenait ses ordres, utilisèrent pour étouffer les recours de l'Ebro et des autres sociétés auxiliaires contre la saisie de leurs biens (*M.*, I, n° 126 et 127, pp. 62-63; *A.M.*, n° 92 et 93, vol. II, pp. 361 et 363).

Il fut d'abord employé dans le cas des premiers recours de l'Ebro mentionnés ci-dessus (*supra*, n° 131), ainsi que pour tous les recours des autres sociétés. Le 23 mars 1948, le nouvel avoué désigné par les pseudo-conseils fraîchement nommés par le séquestre provisoire, comparait devant le juge de Reus en lieu et place des avoués désignés par les conseils légitimes et, d'un même souffle, déclarait se désister de tous les recours intentés par ces sociétés.

Lorsque le recours de l'Ebro contre cette première substitution d'avoués eut été rejeté à tous les degrés de juridiction, y compris par le Tribunal suprême (*M.*, n° 143, p. 68), la société, espérant qu'en se conformant aux indications contenues dans l'arrêt de cette haute juridiction (*M.*, n° 144, p. 69) elle pourrait éviter la répétition de cette inqualifiable manœuvre, tenta, par des actions indépendantes de la procédure de faillite, de faire reconnaître comme seul légitime le conseil d'administration siégeant à Toronto et de récupérer le contrôle de ses biens. Mais elle se vit baïllonnée exactement de la même façon.

Ainsi, le 6 juillet 1949, elle intenta devant le tribunal de Barcelone une action déclaratoire contre les pseudo-administrateurs de l'Ebro et le séquestre provisoire, M. Gambus, en vue de faire reconnaître la légitimité du conseil d'administration siégeant à Toronto (*M.*, n° 144, p. 69; *A.M.*, n° 118, vol. II, pp. 427-429). Cette demande fut, d'abord, admise *a tramite* et le tribunal ordonna l'annotation préventive au registre du commerce, rejetant la demande en reconsidération que les défendeurs avaient introduite contre cette ordonnance. Mais ce succès ne fut qu'éphémère : l'appel des défendeurs, admis à un seul effet par le tribunal par ordonnance du 1^{er} août 1949, fut, sur leur demande, admis à deux effets par jugement du 5 août, confirmé par la Cour le 14 septembre. Bien plus, dès le 18 janvier 1950, l'avoué désigné par le pseudo-conseil d'administration, dont les membres étaient cependant défendeurs en cette même action, fut autorisé à se substituer à l'avoué constitué par le conseil légitime de la société demanderesse. Un arrêt du 3 avril 1951 ordonna la suppression de l'annotation préventive, et, finalement, l'instance se termina par le désistement du pseudo-conseil. Comment aurait-il pu en être autrement dès le moment où c'étaient les défendeurs qui, autorisés à choisir l'avoué de la demanderesse, lui dictaient ses instructions !... (*A.O.C.*, n° 31, vol. II, p. 406).

(140) Il en alla sensiblement de même de l'action tendant entre autres à la revendication des biens indûment saisis dans la procédure de faillite (*terceria de dominio*), que l'Ebro avait intentée, le 15 septembre 1949, devant le juge spécial, contre les mêmes défendeurs et contre la Barcelona Traction.

Cette fois encore, après quelque hésitation au sujet de sa compétence (*M.*, n° 145, p. 69; *A.O.C.*, n° 31, vol. II, p. 408), le juge spécial n° 1 reçut l'action *a tramite* le 22 mars 1950 et ordonna l'annotation préventive au registre du commerce, tout en écartant la désignation d'un administrateur provisoire des biens de l'Ebro.

Mais, cette fois encore, dès le 24 mars 1950, le pseudo-conseil prétendit substituer à l'avoué de l'Ebro un avoué de son choix et, malgré les efforts du conseil légitime de l'Ebro, il ne fut plus jamais possible d'aborder le fond de l'action, dont le pseudo-conseil se désista finalement le 10 novembre 1953 (*A.O.C.*, n° 31, vol. II, p. 408).

L'inqualifiable procédé, sanctionné par les autorités espagnoles et qui donnait aux spoliateurs le droit de représenter en justice les spoliés, priva ainsi l'Ebro de tout moyen de défense contre les illégalités dont elle avait été victime.

(141) A cette scandaleuse violation des droits les plus élémentaires de la défense, quelle justification le *Contre-Mémoire* tente-t-il de donner ? Aucune dans le passage (IV, pp. 337 à 340) qu'il consacre à la « Réfutation des principales objections du Gouvernement belge » relatives au sort que connurent les premiers recours de l'Ebro.

Un peu plus haut (n° 130, p. 325), il s'efforce, en dix lignes, de banaliser l'incident : la substitution d'avoués n'aurait été, d'après lui, qu'une conséquence nécessaire (*sic*) et normale (*resic*) du remplacement des conseils d'administration, l'hypothèse que les anciens avoués eussent pu être maintenus dans leurs fonctions étant qualifiée d'« absurde » (*C.M.*, *ibidem*). Est-il besoin de commenter ?...

Quant aux désistements qu'effectuèrent ces avoués nouvellement nommés immédiatement après leur nomination, le Gouvernement espagnol n'en dit pas un mot. C'est qu'effectivement, même pour le Gouvernement espagnol, il est impossible de justifier l'injustifiable. L'avoué, défenseur — ô combien !... — des sociétés auxiliaires, n'avait-il pas osé écrire, dans l'acte de désistement de ces sociétés du 23 mars 1948 (*A.M.*, n° 92, vol. II, pp. 361 et 362) :

« ... qu'il ne les intéresse pas d'intervenir dans la procédure de faillite dans laquelle (elles) reconnaissent ne pas avoir le droit d'être parties... »

« ... qu' (elles) n'objectent rien à la saisie (*ocupación*) de leurs biens puisqu'ils sont une appartenance médiata et civilissime du failli, sans préjudice du fonctionnement commercial, économique et administratif qui continue à se dérouler sans trouble... ».

(142) Ce n'est qu'à propos de la deuxième vague de substitutions d'avoués, à savoir ceux qui permirent de mettre un terme final aux actions intentées par l'Ebro en 1949, que le *Contre-Mémoire* se risque à esquisser une argumentation (*C.M.*, n° 149 à 153, pp. 340 à 344). Il va la fonder sur un fait nouveau survenu après les premiers désistements.

On se souviendra (*M.*, I, n° 143, pp. 68-69) que lorsque le Tribunal Suprême avait, sous la date du 14 mai 1949, déclaré irrecevable le pourvoi formé par l'Ebro contre les décisions judiciaires qui avaient déclaré valable le désistement opéré par les nouveaux avoués, cette haute juridiction s'était fondée exclusivement sur la considération que la Cour d'Appel de Barcelone avait fait une application correcte de la loi en donnant la préférence à l'avoué porteur du pouvoir dernier en date.

Une assemblée générale de l'Ebro, régulièrement convoquée et tenue à Toronto le 30 avril 1949, donna alors mandat au conseil d'administration (dont les membres venaient d'être en partie élus et en partie réélus par la même assemblée) de poursuivre en Espagne toutes actions qu'il jugerait pertinentes, aux fins, notamment, de récupérer

la possession des biens illégalement saisis et de rétablir le contrôle du conseil d'administration légitime de la société sur l'administration des dits biens. L'assemblée confirma, en outre, pour autant que de besoin, les pouvoirs du conseil d'administration de nommer à ces fins des agents ou fondés de pouvoir. Et pour enlever aux tribunaux espagnols l'échappatoire facile que leur offrait la règle du « pouvoir dernier en date », le conseil d'administration de Toronto prit soin de faire donner de nouveaux pouvoirs aux avoués qui allaient intenter, au nom de l'Ebro, les deux actions en question.

Payant d'audace, le *Contre-Mémoire* dénonce ces actes comme « une nouvelle manœuvre » et, constatant que la Barcelona Traction, représentée par le *receiver* canadien, a voté à cette assemblée, n'hésite pas à qualifier radicalement nulle en droit espagnol l'assemblée tenue à Toronto le 30 avril 1949, nulles les délibérations du conseil d'administration qui s'ensuivirent, et nuls enfin les nouveaux pouvoirs conférés aux avoués légitimes !! Et d'ajouter (*C.M.*, IV, n° 153, p. 344) :

« Le tribunal, certainement, ne pouvait pas soulever d'office le vice concernant la qualité du demandeur et de son avoué, car la loi le lui interdisait; mais il devait résoudre cette question dès que les parties la formuleraient ».

Pourquoi cette restriction ? C'est que, précisément, la nullité que le Gouvernement espagnol invoque aujourd'hui pour les besoins de la cause, les défendeurs eurent bien soin de ne pas la soulever par voie d'exception, fondée sur le défaut de qualité de l'avoué et de son mandant. S'ils l'avaient fait, ils auraient, du même coup, obligé les tribunaux à examiner au fond la question de la validité de l'assemblée tenue à Toronto. Et — encore qu'ils en aient fait d'autres — comment les tribunaux espagnols auraient-ils pu contester la régularité d'une assemblée générale d'une société canadienne tenue en territoire canadien ?

Pour éviter cette discussion plus qu'embarrassante, les défendeurs utilisèrent une autre voie et, bien entendu, le *Contre-Mémoire* l'estime parfaitement légitime. Le pseudo-conseil de l'Ebro, réitérant la manœuvre qui lui avait si bien réussi en 1948, conféra tout simplement de nouveaux pouvoirs à ses avoués; ceux-ci comparurent au nom de l'Ebro; ils furent admis en lieu et place de ceux nommés par le conseil d'administration de Toronto et finalement se désistèrent de l'action : le tour était joué...

Sur recours des avoués légitimes, la Cour d'Appel de Barcelone, dans son arrêt du 8 février 1950 (*A.M.*, n° 120, vol. II, pp. 431 à 433), approuva leur remplacement; elle excipa de ce que le pouvoir de l'avoué désigné par le pseudo-conseil d'administration était le plus récent en date et le seul inscrit au registre du commerce. Toutefois, tout en déclarant, par mesure de précaution, que, de toute manière, ces motifs suffiraient à justifier le rejet du recours, la Cour, dans un considérant en quelque sorte surabondant, décréta que l'assemblée de l'Ebro tenue à Toronto le 30 avril 1949 était « inopérante » au motif que la Barcelona Traction y avait exercé le droit de vote, par l'intermédiaire de M. Clarkson « qui s'est qualifié de fondé de pouvoir de Barcelona Traction » (1), alors qu'il n'avait pas été désigné par les syndics; de ce fait, disait la Cour, le pouvoir de l'avoué désigné par le conseil d'administration de Toronto était affecté d'un « vice d'origine » qui les rendait « inefficace ».

(1) M. Clarkson avait été nommé *receiver* de Barcelona Traction par la juridiction canadienne compétente (Voir à ce sujet *A.R.* 134, Appendice 1).

Le Tribunal Suprême, dans son arrêt du 13 octobre 1950, n'osa pas s'approprier une motivation aussi abracadabrante. Refusant d'examiner le fond de la question, il se borna à déclarer irrecevable le pourvoi de l'avoué désigné par le conseil d'administration de Toronto et invoqua, une nouvelle fois, la règle de procédure qui donne la préférence à l'avoué porteur du pouvoir dernier en date (*A.O.C.*, n° 31, vol. II, p. 407).

C'était une dérobade totale, mais aussi, hélas, définitive. Désormais, il était devenu impossible de faire, non pas trancher, mais *simplement examiner* par les tribunaux espagnols la question du droit exclusif du conseil d'administration siégeant à Toronto de représenter la société canadienne Ebro Irrigation and Power Cy. Ltd.

(143) Le Gouvernement espagnol se rend parfaitement compte qu'ici, sa position est plus qu'insoutenable et qu'aucune des arguties procédurales invoquées n'est capable de donner ne fût-ce que l'apparence de la légalité à l'inqualifiable comédie judiciaire que constitua la substitution des avoués. Aussi, usant d'une vieille tactique, s'efforce-t-il d'imputer aux dirigeants de l'Ebro ou à leurs avocats la responsabilité de leurs échecs successifs.

L'action aurait dû être intentée, selon lui (*ibidem*, p. 343), par les anciens administrateurs en leur nom personnel « et non pas en s'attribuant la représentation d'Ebro que légalement ils n'avaient plus et ne pouvaient plus avoir ». Mais à quoi une telle action aurait-elle servi ? Ce qui était précisément indispensable, c'est que les administrateurs légitimes de l'Ebro fissent reconnaître *erga omnes* leur titre légal à la représentation de l'Ebro, car ce n'est qu'en agissant au nom de la société contre les usurpateurs, qu'ils pouvaient faire valoir et reconnaître judiciairement leur qualité. Il ne pouvait être question pour eux d'exercer, à titre personnel, un recours contre l'illégalité de leur destitution; une telle action judiciaire n'aurait pas atteint l'objectif ci-dessus recherché. Au surplus, le *Contre-Mémoire* est bien bon de prodiguer ses conseils *a posteriori* : le sort fait à un recours de cette nature, exercé par M. Menschaert, suffit à démontrer la totale inefficacité d'une telle procédure.

c) *Extinction par la prétendue chose jugée.*

(144) De tous les moyens imaginés par le groupe March et admis par le juge de Reus pour faire obstacle aux divers recours dirigés contre le jugement déclaratif de faillite, le plus simple et le plus radical eût semblé devoir être l'autorité de chose jugée que deux ordonnances successives du juge de Reus, celles des 2 et 17 mars 1949 (*A.M.*, n° 75 et 90, vol. II, pp. 324 et 357), prétendirent reconnaître au dit jugement.

Il n'en fut cependant fait usage à aucun moment, ni par le juge de Reus, ni par les juges spéciaux qui se succédèrent, ni par la Cour d'Appel de Barcelone, pour refuser d'admettre soit l'opposition ou les autres recours de la société faillie, soit ceux de la National Trust ou de Sidro, soit même le déclinatoire Boter du 30 mars 1948. En sorte que, si flagrante que fût la fausse application de la loi espagnole dans les deux

ordonnances précitées, elles furent sans incidence sur le sort des recours (1). La présente partie de la *Réplique se bornera donc à rencontrer les explications du Contre-Mémoire* qui tendent à justifier les initiatives successives du juge de Reus et à les concilier.

(145) Tout en reconnaissant qu'un jugement devient irrévocable de plein droit du fait de l'expiration du délai de recours, sans qu'il faille, en plus, une confirmation expresse, le *Contre-Mémoire* (IV, n° 163-164, pp. 350-351) prétend que l'ordonnance du 2 mars 1948 n'était nullement superflue. Selon lui, en statuant à titre principal sur la demande d'appel de Garcia del Cid qu'il admettait à deux effets, le juge se serait borné, pour le surplus, en transmettant le dossier à la Cour d'Appel, à déclarer *incidemment* qu'il n'y avait pas lieu de transmettre à la juridiction supérieure le « dossier de contestation de la faillite », puisque ce dossier n'avait pas été ouvert par suite de l'absence d'opposition dans le délai de huitaine.

Mais cette explication perd de vue que l'ordonnance du 2 mars 1948 susvisée statue expressément sur *deux* requêtes, toutes deux du 28 février, celle de Garcia del Cid demandant l'admission de son appel à deux effets (*A.M.*, n° 74, vol. II, p. 323), et celle des demandeurs à la faillite, dont le seul objet tendait à obtenir du juge de Reus qu'il rendît une ordonnance déclarant le délai d'opposition expiré (*A.M.*, n° 76, vol. II, p. 325).

(146) De même, est inexacte l'affirmation du *Contre-Mémoire* selon laquelle l'ordonnance du 17 mars 1948 n'aurait pas contenu de déclaration affirmant l'irrévocabilité du jugement de faillite, laquelle aurait été superflue, mais se serait bornée à faire droit à la seule requête présentée par les demandeurs à la faillite, à savoir que les créanciers fussent convoqués en assemblée générale pour élire les syndics.

Or, il suffit de lire la requête du 16 mars 1948 des demandeurs à la faillite pour constater qu'elle mentionne comme premier objet que le tribunal veuille bien « déclarer que du fait que se sont écoulés non seulement le délai de huit jours ouvrables suivant la publication de l'état de faillite... mais également les huit jours ouvrables suivant le cinq mars, date à laquelle la procédure a repris son cours, sans que le failli ait comparu, celui-ci s'est mis dans la situation prévue par les articles 328 et 408 de la Loi de procédure civile ».

Et l'ordonnance du 17 mars 1948 fait droit à cette demande de la façon la plus claire dans le premier alinéa de son dispositif libellé comme suit : « le jugement du 12 février qui a déclaré la Barcelona Traction en état de faillite *est déclaré* coulé en force de chose jugée ... ».

(1) La seule mention qu'on trouve de l'une des ordonnances critiquées — à savoir celle du 17 mars 1948, et non celle du 2 — est dans l'arrêt de la Cour d'Appel de Barcelone du 5 février 1952 confirmant un jugement du deuxième juge spécial du 25 septembre 1951 autorisant la vente. La Cour (*A.M.*, n° 192, vol. III, p. 740) constate dans un considérant (le quatrième), que par ordonnance du 17 mars 1948, cette décision (le jugement du 12 février 1948) a été déclarée coulée en force de chose jugée et que, au point de vue de la procédure, ces deux décisions sont devenues définitives « tant que le contraire n'aura pas été décidé, aux termes d'un incident de nullité ou de tout autre recours »; (voir *infra* n° 717 et suiv.).

(147) Enfin, il n'est pas concevable que le *Contre-Mémoire* puisse soutenir que l'ordonnance du 17 mars 1948 « ne révèle aucune incertitude sur la date à laquelle le jugement de faillite était devenu irrévocable; et (qu')il n'y a pas non plus de contradiction entre cette ordonnance et celle du 2 mars » (*C.M.*, n° 165, p. 352).

Le dispositif de la requête du 16 mars 1948, ci-dessus reproduit, manifeste déjà le doute des requérants sur le point de savoir si le déclinatoire Garcia del Cid, du 14 février 1948, n'avait pas interrompu le délai d'opposition qui, dans cette hypothèse, aurait commencé à courir non le 13 février, jour de la publication d'un avis de la faillite dans les deux Bulletins de Tarragone et de Barcelone, mais le 5 mars, date qui marque la fin de la suspension; le corps de la requête indique clairement le souci de se prémunir contre les conséquences de l'admission de pareil système en soulignant que la cause éventuelle d'interruption du délai a pris fin avec le désistement. Le juge de Reus ne se prononça pas sur la question soulevée, mais le seul fait qu'il ait, le 17 mars, déclaré le jugement de faillite coulé en force de chose jugée sans se référer à son ordonnance du 2 mars, témoigne à tout le moins du sentiment qu'il avait de la fragilité particulière de cette dernière.

Faut-il ajouter que la position du Gouvernement espagnol lui-même, quant à la date d'expiration du délai d'opposition, est fluctuante? En effet, s'il affirme que « comme le calcul du délai de recours est chose mathématique, le jugement non attaqué était devenu irrévocable (*firme*) alors que la question de compétence était pendante devant le tribunal » (*C.M.*, n° 166, p. 352), il n'avait pu s'empêcher d'envisager, deux alinéas plus haut, l'hypothèse où le délai pour former recours aurait été interrompu par le déclinatoire Garcia del Cid. Cette hypothèse, il l'avait nettement reconnue possible dans ses *Exceptions préliminaires*; après avoir constaté que la Barcelona Traction n'avait pas fait opposition dans le délai de huit jours à dater de la publication, il ajoutait, en effet, qu'elle ne l'avait pas fait non plus postérieurement « comme elle aurait peut-être pu le faire » (*E.P.*, I, 1963, n° 20, p. 250).

(148) Toute cette discussion ne présente sans doute qu'un intérêt accessoire pour l'issue du litige, puisque, comme le *Mémoire* l'a démontré et comme la *Réplique* le confirmera, la publication en Espagne d'un jugement de faillite frappant un commerçant domicilié à l'étranger ne pouvait faire courir le délai d'opposition, ni par suite le déclinatoire de Garcia del Cid l'interrompre, ni son désistement lui faire reprendre son cours. Seule la publication au domicile de la société à Toronto eût constitué le point de départ légal du délai d'opposition.

Aussi, si les explications figurant à ce sujet dans le *Contre-Mémoire* ont néanmoins été rencontrées, c'est afin de montrer, une fois de plus, l'infatigable complaisance que le juge de Reus mit, dans ce domaine comme dans les autres, à donner satisfaction aux désirs exprimés dans les requêtes successives du groupe March, et l'extrême liberté avec laquelle le *Contre-Mémoire*, dans le désir de disculper ce magistrat, interprète la portée de ses décisions.

SECTION IV

LES MESURES PRÉPARATOIRES A LA VENTE ET LA VENTE

I. — *La nomination des syndics*

(149) Les modifications apportées en décembre 1949 aux statuts des sociétés auxiliaires étaient, on l'a vu, l'œuvre non pas du Séquestre provisoire, mais des syndics qui lui avaient succédé le 19 septembre 1949.

Comme la révision des statuts des sociétés auxiliaires et comme la décision d'émettre des nouveaux titres en remplacement de ceux existants, la nomination des syndics par l'Assemblée générale des créanciers constitua une étape dans le processus conduisant à la vente des biens de la Barcelona Traction et elle fut conçue dans cette perspective.

A ce titre, il eût pu en être traité, comme dans le *Mémoire*, à la place qui lui revenait dans l'ordre chronologique, soit juste avant les développements relatifs aux *requerimientos* et à la *révision des statuts* (*M.*, I, n° 174, p. 80). Si on ne l'a pas fait, c'est pour ne pas interrompre l'exposé des mesures de mise en condition, dite « normalisation », des sociétés auxiliaires.

(150) Ce qui peut paraître surprenant, tout au moins pour un observateur non informé, dans cette réunion de l'Assemblée générale des créanciers du 19 septembre 1949 qui nomma les syndics, ce n'est pas qu'elle fut convoquée si tôt, mais qu'elle le fut si tard.

En effet, ainsi que le signale le *Contre-Mémoire* (IV, n° 224, p. 388), les dispositions légales applicables en la matière prévoient que l'Assemblée ne pourra se tenir à une date postérieure de plus de 30 jours à la déclaration de faillite. Certes, comme on le verra dans la deuxième partie de la présente *Réplique* (*infra* n° 697), ces délais ne commencent à courir qu'à partir du moment où la déclaration de faillite est devenue définitive (*firme*). Mais le juge de Reus l'avait déclarée — à tort du reste — définitive dans son ordonnance du 2 mars 1948, puis, une deuxième fois, dans celle du 17 mars de la même année (*M.*, nos 116, 122 et 123, pp. 59, 61 et 62; et *supra*, n° 146), en sorte qu'il aurait dû considérer, dans le courant de mars, que l'Assemblée des créanciers devait être convoquée dans le délai légal de 30 jours à partir de la date, d'ailleurs non précisée (1) où le jugement de faillite avait prétendument acquis son caractère définitif.

Dès lors, si les créanciers ne furent convoqués par le Juge que plus de dix-huit mois après la déclaration de la faillite, c'est que nécessairement des obstacles insurmontables s'opposèrent à ce qu'ils le fussent plus tôt, et inéluctablement une question se pose : quels étaient donc ces obstacles qui arrêtaient si longtemps le juge et avaient-ils disparu en juin 1949 ?

(1) Sur la question de la date exacte à laquelle, suivant le juge de Reus, d'abord, et le *Contre-Mémoire*, ensuite, le jugement de faillite serait devenu définitif, par écoulement du délai de 8 jours concédé au failli pour faire opposition sans que ce recours eût été introduit, cf. *supra* n° 147.

(151) Ces obstacles étaient de deux ordres différents.

Le premier tenait au fait que le juge ne reçut pas du commissaire la liste des créanciers qui devaient être convoqués. Or c'est au vu de celle-ci que le juge fixe la date de convocation de l'assemblée (1).

Le second obstacle résultait de la circonstance que la procédure de faillite se trouvait *suspendue*, depuis le lendemain même du jugement de faillite, sauf une brève interruption en mars 1948. Cette suspension était, comme on l'a vu, la conséquence de la présentation successive, par des hommes de paille du groupe March (M. Garcia del Cid d'abord, M. Boter ensuite) de déclinatoires de compétence ou de juridiction (2) dont le deuxième ne fut finalement rejeté que le 15 mai 1963.

On examinera successivement ci-dessous la manière dont ces deux obstacles furent écartés par les Tribunaux et la justification que le *Contre-Mémoire* cherche à donner de la procédure suivie.

(152) Sur le premier obstacle, le *Contre-Mémoire* est complètement muet, et se borne à rappeler (n° 224, p. 388) que, légalement, le commissaire dispose de trois jours, à dater de la déclaration de faillite, pour établir la liste des créanciers.

C'est cependant un fait indéniable et combien significatif que le commissaire n'ayant accès ni au siège social de la société faillie ni à ses archives, et ne désirant pas se mettre en rapport avec le siège social, se trouva dans l'impossibilité d'établir la liste nominative exigée par la loi.

Le 27 février 1948, il est vrai, non pas *trois jours*, mais *deux semaines* après le jugement déclaratif de faillite (3), il adressa au juge de Reus un document qu'il avait intitulé « Liste des créanciers » (*A.R.* n° 33). Le dit document ne contenait cependant les noms et adresses d'aucun d'entre eux, et se bornait au rappel des trois catégories d'obligations figurant au passif du bilan de la Barcelona Traction au 31 décembre 1946 joint à la requête. Il s'agissait donc, en fait, non d'une liste des créanciers, mais d'une liste des créances; encore était-elle incomplète, puisqu'elle omettait celles inscrites audit bilan sous la mention « Accounts payable and accrued charges » pour un montant de 157.692,50 dollars.

Les demandeurs à la faillite eux-mêmes reconnurent le caractère insuffisant de pareille liste, car lorsqu'ils s'adressèrent pour la première fois au juge de Reus, le 16 mars 1948, pour qu'il ordonnât, entre autres, la convocation de l'assemblée des créanciers, ce fut sous la réserve expresse que le commissaire devrait préalablement, « si les actes de saisie (*diligencias de ocupación*) permettent déjà de connaître les créanciers, remettre au présent Tribunal le relevé prévu dans l'article 1342 de la Loi de procédure

(1) C'est ce qui résulte de l'article 1342 de la Loi de Procédure civile. Il faut relever que la traduction de cet article, donnée à la page 388 du *Contre-Mémoire*, est inexacte. En effet, ce n'est pas le commissaire qui fixe la date de l'assemblée des créanciers, mais le tribunal; le texte espagnol dit « on fixera »; d'autres articles précisent bien qu'il s'agit du juge.

(2) Voir *Mémoire* Nos 112 à 115, pp. 57 à 59; N° 121, p. 61; Nos 130 à 134, pp. 63 à 65; Nos 138 à 141, pp. 66-67; Nos 242 à 250, pp. 107 à 111. Voir également *supra*, n° 107 ss.

(3) Il est intéressant de noter que le commissaire a cru devoir justifier cet apparent retard en déclarant que la liste des créanciers devait être « établie dans les trois jours suivant la déclaration de faillite, ceux-ci devant être comptés à partir du jour où, par expiration du délai pour s'y opposer, elle devient virtuellement définitive ».

civile, auxquelles fins il sera ordonné de délivrer la commission rogatoire (*exhorto*) correspondante au Tribunal n° 4 de Barcelone, qui connaît des actes de saisie (*diligencias de ocupación*) » (*A.M.*, n° 89, vol. II, pp. 355-356).

Ensuite de quoi le juge rendit le 17 mars 1948 une ordonnance. Celle-ci ne convoquait pas l'assemblée générale des créanciers, mais, en vue de sa convocation, décidait « qu'il soit envoyé une commission rogatoire au Tribunal n° 4 de Barcelone, ... pour qu'il ordonne que le Juge-Commissaire, si les actes en cours lui ont fait connaître déjà les noms et résidences des créanciers, remette d'urgence au présent Tribunal le relevé auquel se réfère l'article 1342 de la loi de Procédure civile » (*A.M.* n° 90, vol. II, p. 358).

Le juge montrait ainsi, on ne peut plus clairement, que, pour lui aussi, le document reçu par lui le 5 mars et dénommé « liste des créanciers » ne méritait en rien cette appellation.

Mais le commissaire fut incapable de déférer à cette invitation; il exposa au juge de Reus, dans un écrit daté du 17 avril, (*A.R.* n° 34) que les saisies ne lui avaient pas révélé les noms des créanciers, mais seulement les diverses émissions d'obligations, dont il indiquait une nouvelle fois les montants et qu'il décrivait comme étant uniformément au porteur. Ce qui était inexact; tant en ce qui concerne les obligations *Prior Lien* que les *First Mortgage*, il y avait de nombreuses obligations *nominatives*, dont les titulaires étaient inscrits dans les registres tenus à cette fin (1).

Aucune liste des créanciers ne fut dressée dans la suite. Mais la Cour d'Appel de Barcelone ne s'embarrassa pas du défaut de cette exigence légale et décida, pour les besoins de la cause, dans son arrêt du 7 juin 1949 (*A.M.*, n° 150, vol. III, p. 581) dont il sera plus amplement question ci-dessous, que l'énumération ou le relevé des créanciers pourrait être remplacé, dans le dossier à renvoyer au juge spécial, par les « déclarations ou excuses » que le commissaire aurait formulées. Que la Cour ait dû recourir à cette dérobade pour « excuser » la violation d'une disposition légale formelle, n'est qu'un exemple de plus des distorsions que les Tribunaux espagnols ont dû faire constamment subir aux règles de la faillite, pour les appliquer au cas qui leur était soumis.

(153) Cette illégalité n'était cependant pas la plus grave de celles qui vicièrent cette importante décision judiciaire.

En effet, à l'absence de liste des créanciers s'ajoutait, comme on l'a vu, un autre obstacle légal, qui tout d'abord parut à tous infranchissable et qui l'était effectivement.

Il s'agissait de la suspension de la procédure, provoquée par les déclinatoires de compétence émanant du groupe March.

L'article 114 de la Loi de procédure civile (2), dont le texte est cité dans le *Mémoire* (I, n° 113, p. 58), est aussi clair que possible :

(1) On trouvera à l'annexe n° 35 à la présente *Réplique* un certificat de la firme Binder Hamlyn & Co qui, agissant en tant que teneur des registres, établit la situation de ceux-ci au 12 février 1948.

(2) Suivant le Gouvernement belge, cette disposition ne pouvait être appliquée au déclinatoire de *jurisdiction* de M. Boter (*infra*, n° 619). Du moment qu'ils décidaient néanmoins de l'appliquer, les tribunaux devaient évidemment le faire correctement.

* Les *inhibitorias* (1) et les déclinatoires suspendront les procédures, sauf le cas prévu à l'article antérieur, jusqu'à ce qu'il soit statué sur la question de compétence.

Durant la suspension le juge ou tribunal requis de s'abstenir pourra accomplir, à la demande d'une partie qualifiée, tout acte qui à son avis serait absolument nécessaire et dont la remise à une date ultérieure pourrait entraîner des préjudices irréparables *.

Ni les requérants à la faillite, ni le juge n'avaient songé pendant toute la durée de la suspension causée par le premier déclinatoire, soit durant la période du 13 février au 5 mars 1948, à faire bénéficier la convocation de l'assemblée des créanciers de cette possibilité de dérogation.

C'est, par contre, le court laps de temps entre le 5 et le 31 mars 1948, durant lequel la procédure de faillite se trouva libérée de la suspension, qui fut mis à profit par les requérants à la faillite pour déposer, comme on l'a vu plus haut, le 16 mars, une demande de convocation, ce qui amena le juge à rendre l'ordonnance précitée du 17 mars invitant le commissaire à établir l'indispensable liste des créanciers.

Mais avant qu'une réponse quelconque eût été donnée à cette invitation, M. Boter entra en lice en présentant le deuxième déclinatoire de compétence, avec cette conséquence que relate le *Contre-Mémoire* lui-même (IV, n° 225, p. 388) :

* La procédure de faillite fut à nouveau suspendue, le 31 mars 1948, du fait du déclinatoire de M. Boter, et la convocation de l'assemblée des créanciers n'eut pas lieu *.

Sans doute, le juge de Reus alla-t-il aussi loin que possible dans la voie des dérogations que lui permettait le dernier alinéa de l'article 114 précité, lorsque, le 5 avril 1948, invoquant le « grave préjudice » que causerait la paralysie de l'administration de la faillite, il déclara excepter de la suspension les actes à exécuter dans la 2^e Section (2) « qui dérivent de l'exécution du jugement de déclaration de faillite et des décisions postérieures auxquelles celui-ci a donné lieu », section relative précisément à l'administration des biens saisis (*A.M.*, n° 103, vol. II, p. 402). En revanche, ni lui-même ni d'ailleurs personne ne songea un instant, en 1948, à soutenir que l'ajournement de la nomination des syndics, qui relevait de la première section, pût, selon les termes de l'article 114, « entraîner des préjudices irréparables », et qu'il fût permis, dès lors, de la faire échapper, par une décision particulière, à la suspension de la procédure qui résultait du déclinatoire de M. Boter (3). Or, à lui seul, le maintien en fonctions du séquestre provisoire limitait de manière considérable les mesures susceptibles d'être prises dans le cadre de la deuxième section puisque, si la seconde partie de celle-ci comprend la vente des avoirs du failli, la faculté de vendre est réservée aux syndics et il ne pourrait donc y être procédé qu'une fois ceux-ci nommés.

(1) On désigne par *inhibitoria* la question de compétence qui est présentée directement devant le juge estimé compétent, celui-ci devant, le cas échéant, faire injonction au juge saisi de l'affaire d'avoir à s'abstenir désormais d'en connaître.

(2) Sur la division de la procédure de faillite en diverses sections, voir la note figurant à l'Annexe 102 du *Mémoire* (Vol. II, p. 401) et *infra*, n° 681.

(3) Même les tenants du groupe March étaient de cet avis. C'est ainsi que le 26 octobre 1948, le Comité des obligataires *Prior Lien*, élu par les votes de Juan March et à son initiative, répondant au recours de reconsidération de la Barcelona Traction contre l'ordonnance qui l'avait admis comme partie à la procédure, reconnut sans ambages le fait que, dans l'état de la procédure, il ne pouvait y avoir de nomination de syndics (*A.R.*, n° 36).

C'est ainsi que neuf mois s'écoulèrent sans qu'une initiative quelconque fût prise en vue de la nomination des syndics. Mais vint le moment où Juan March, auquel la faillite et les mesures de saisie ne conféraient sur les entreprises convoitées qu'un contrôle indirect et précaire par l'intermédiaire de ses hommes de confiance, décida de s'en rendre définitivement maître. Comme il a été indiqué dans le *Mémoire* (I, n° 165, p. 77), la nomination des syndics était une condition indispensable à la réalisation d'un tel dessein. Il fallait donc que le groupe March, revenant sur son attitude passée, s'employât à supprimer l'obstacle infranchissable que, de son propre aveu, la loi opposait à l'adoption d'une telle mesure.

Le *Mémoire* a relaté les péripéties de cette volte-face judiciaire (n°s 167 à 175, pp. 78 à 81). Ce fut à un autre satellite du groupe March, la Société Namel, que fut confié le soin de poser le premier jalon dans cette voie nouvelle : elle sollicita le 3 janvier 1949, du juge spécial, la convocation de l'Assemblée des créanciers (*A.M.*, n° 144, vol. III, p. 559). A cette requête, le juge spécial répondit, le 12 février 1949, par une fin de non-recevoir conçue en ces termes :

« Il n'y a pas lieu pour le moment de décider la tenue de l'Assemblée des créanciers ni de faire droit aux autres demandes, parce que le cours de la procédure principale dans laquelle doivent être réalisés les actes (*diligencias*) sollicités, se trouve suspendu. » (*A.M.*, n° 145, vol. III p. 564) (1).

Le même jour, le juge spécial rejetait le déclinatoire Boter (*A.M.*, n° 109, vol. II, p. 411). Mais celui-ci ayant interjeté immédiatement appel, le juge spécial, après plusieurs semaines d'hésitation, admit cet appel « à deux effets » (2), c'est-à-dire avec effet dévolutif et suspensif, et transmit le dossier à la Cour d'Appel, ce qui l'empêcha de statuer sur le recours en reconsidération que Namel avait présenté devant lui contre l'ordonnance qui avait rejeté sa requête du 3 janvier 1949 (*A.M.*, n° 147, vol. III, p. 568) (3).

Le groupe March, résolu à arriver à ses fins, ne désarma pas : le relais fut assuré, devant la Cour d'Appel de Barcelone cette fois, par une autre société du groupe, Genora. Comparissant à la procédure d'appel sur le déclinatoire Boter, Genora demanda

(1) Le Gouvernement belge a tenu à reproduire ici les termes exacts employés par le juge afin de permettre à la Cour d'apprécier qu'est non seulement injustifiée, mais même incompréhensible, la critique que le *Contre-Mémoire* (IV, n° 226, p. 389 et note (1)) adresse à la relation qui était faite de cette ordonnance au n° 167 du *Mémoire* (p. 78).

(2) Sur l'admission des appels à un et deux effets, voir la note (1) au bas de la page 59 du *Mémoire*.

(3) Quant à la mauvaise querelle que le *Contre-Mémoire* cherche, une fois de plus, au Gouvernement belge (*C.M.*, n° 228, p. 390) en invoquant une prétendue contradiction entre les N°s 138 et 169 du *Mémoire*, lorsqu'on relit les passages relevés, on n'y décèle rien de contradictoire. Il semble certain, en effet, que le juge spécial s'est trouvé embarrassé tant par l'appel du 16 février 1949 dont Boter sollicitait l'admission à deux effets, que par le recours de reconsidération que Namel introduisit le 15 février contre l'ordonnance du 12 qui avait rejeté sa requête. En effet, comme le relevait le *Mémoire* (n° 138, p. 66) c'est après six semaines de délibéré, c'est-à-dire le 25 mars, qu'il rendit sa décision acceptant l'appel à deux effets, et c'est le 26 mars qu'il déclara ne pouvoir statuer sur le recours de reconsidération de Namel. Il est non moins certain que par sa décision du 25 mars, le juge donnait effet à la nouvelle manœuvre dilatoire de Boter, en même temps qu'il se dispensait, par là, d'avoir à statuer sur le recours Namel. Il n'y a dans cette double constatation aucune contradiction.

à la Cour de détacher du dossier qui lui avait été transmis, pour les restituer au juge spécial, les documents nécessaires pour que celui-ci puisse statuer sur le recours de reconsidération de Namel (*A.M.*, n° 148, vol. III, pp. 569 à 571). Et sa requête fut appuyée par Boter lui-même (1) et par les demandeurs de la faillite (2).

Devant une telle unanimité des divers agents du groupe March, la Cour d'Appel, au mépris de l'opposition acharnée de Barcelona Traction, se décida à sauter le pas. Ce fut l'arrêt précité du 7 juin 1949, qui, tout en maintenant en suspens le reste de la section première, c'est-à-dire principalement les recours du failli, « *excepta* » de la suspension affectant cette section les seuls actes nécessaires à la nomination des syndics. Il ne pouvait mieux rencontrer les desiderata du groupe March.

Le manque de fondement des motifs juridiques invoqués par la Cour sera démontré dans la deuxième partie de la présente *Réplique* (*infra*, n° 689 et suiv.). Il est toutefois un passage du 1^{er} considérant de l'arrêt du 7 juin 1949 qui mérite d'être relevé ici. C'est celui où après avoir rappelé la règle impérative de l'article 114, la Cour ajoutait :

« ... , cela n'empêche pas que dans des cas comme celui qui se présente actuellement, du fait qu'il s'agit d'une procédure universelle où il y a un grand nombre de créanciers intéressés, une considérable masse de biens et tout un complexe d'affaires en activité, il soit fait une exception pour les procédures qui ont trait à la manière de régler la direction dans la gestion et l'affectation des biens de la masse, du moment que la loi elle-même reflète une urgence dans ces prévisions ou dispositions, montrant bien ainsi l'importance qu'elle accorde à l'exécution de celles-ci; » (*A.M.*, n° 150, vol. III, pp. 580 et 581).

En justifiant l'exception ainsi consentie à la règle légale, par l'importance particulière de l'affaire et des intérêts en jeu, la Cour révélait bien que son véritable motif était du même ordre que celui qu'elle invoqua ultérieurement, dans son arrêt du 27 janvier 1951, sur le recours introduit par la société faillie contre la nomination des syndics.

La Cour, y était-il dit, doit interpréter les préceptes légaux applicables « d'une manière rationnelle et en leur donnant une certaine élasticité, car autrement il serait totalement impossible de pouvoir instruire la présente faillite, étant donné les difficultés insurmontables qui pourraient se présenter;... » (*A.M.*, n° 158, vol. III, p. 623).

La Cour n'aurait pu, avec plus de candeur, confesser, d'une part, l'énormité des obstacles légaux qui empêchaient qu'aboutissent les desseins de Juan March et, d'autre part, sa volonté à elle d'en venir à bout coûte que coûte, au prix même d'une interprétation

(1) Par le concours qu'il apporta à cette occasion et en d'autres à Genora, Boter attestait, une fois de plus, sa mauvaise foi : tout en déniait, d'une part, compétence aux tribunaux espagnols pour connaître de la procédure de faillite de la Barcelona Traction, il appuyait, d'autre part, une requête qui, en définitive, ne tendait à rien de moins qu'à faire entrer cette procédure de faillite dans sa phase de liquidation !

(2) Le *Contre-Mémoire* (n° 227, p. 389) reproche au *Mémoire*, d'avoir souligné à diverses reprises les contradictions existant entre les thèses soutenues par des plaideurs différents. Le Gouvernement belge doit faire remarquer que, comme il est établi que demandeurs à la faillite, Boter, Namel, Genora, Comité des obligataires et consorts, agissaient tous de concert aux ordres de Juan March, les variations d'attitude entre eux peuvent être attribuées à un seul et même plaideur. Au surplus, l'appui donné, à Genora en ce cas, par les demandeurs de la faillite, était bien en contradiction avec l'attitude qu'eux-mêmes avaient adoptée dans leur écrit du 16 mars 1948 relaté ci-dessus (*supra*, n° 146).

de la loi la moins compatible avec son texte et avec son esprit, et en contradiction avec la pratique qui jusqu'alors avait toujours été la sienne comme celle de toutes les juridictions espagnoles.

(154) L'étape ainsi franchie de la nomination des syndics pouvait paraître d'importance secondaire, puisqu'elle ne faisait que remplacer, dans l'administration de la faillite, le séquestre provisoire, désigné par le juge, par des syndics nommés par les créanciers. Mais elle était, on vient encore de le rappeler, la condition indispensable à la vente des biens de la masse faillie, et cette porte ouverte sur une liquidation, dans une affaire où tant la compétence du juge que le bien-fondé de sa décision n'étaient pas encore établis, était à ce point choquante que Namel elle-même avait cru devoir proclamer, dans son recours de reconsidération précité, que par avance elle l'excluait, proposant même que cette faculté fût temporairement exclue de la compétence des syndics (*A.M.*, n° 146, vol. III, p. 566). Mais une fois la nomination obtenue, cette restriction resta lettre morte et elle n'empêcha ni le groupe March de solliciter, après un certain temps, la mise en vente des biens qu'il convoitait, ni les autorités judiciaires d'accueillir sa demande.

(155) Qu'invoque le *Contre-Mémoire* (IV, n° 224 à 234, pp. 387 à 393) pour justifier la décision précitée de la Cour d'Appel de Barcelone du 7 juin 1949 levant, pour la nomination des syndics, l'obstacle de la suspension de la procédure qui continuait à paralyser les recours dirigés contre le jugement de faillite ?

Si l'on excepte un résumé bien incomplet de la procédure suivie en cette occasion, où il ne contredit en rien l'exposé du *Mémoire*, et plusieurs tentatives de diversion où il s'attaque avec autant de véhémence que peu de bonheur à certains aspects tout-à-fait mineurs de l'argumentation belge (1), le *Contre-Mémoire*, en fait, se borne, le plus superficiellement du monde, à rappeler l'article de loi qui prévoit que l'assemblée des créanciers doit se tenir dans les 30 jours de la déclaration de faillite, et à reproduire un court extrait de l'arrêt du 7 juin où la Cour d'Appel prétend donner priorité à cette disposition légale sur l'article 114 de la Loi de procédure civile.

Laissant pour plus tard la réfutation juridique de cet argument, le Gouvernement belge relèvera seulement le passage (*C.M.*, n° 232, p. 392) où le Gouvernement espagnol souligne le « caractère péremptoire » de la convocation de l'assemblée et du délai imparti pour celle-ci, ajoutant (*ibidem*, note 2) qu'« on a peine à comprendre comment un raisonnement aussi lumineux peut surprendre le Gouvernement belge... ». Ce que le Gouvernement belge, lui, continue à ne pas comprendre, c'est comment, si la convocation de l'assemblée avait eu ce « caractère péremptoire », que la Cour d'Appel lui avait reconnu dans un « raisonnement lumineux », le groupe March et les juges de première instance l'avaient méconnu pendant un an et quatre mois...

Pour le Gouvernement belge, il n'y a pas de doute possible — on en trouve du reste l'aveu implicite dans l'extrait de l'arrêt repris ci-dessus — : la Cour d'Appel a suivi le groupe March dans son revirement et est allée à l'encontre de l'interprétation de la loi qui pendant plus d'un an avait été unanimement considérée par les intéressés comme inéluctable, parce qu'il s'agissait qu'il n'y avait pas d'autre moyen d'acheminer la procédure de faillite vers le dénouement désiré.

(1) Voir notamment les notes (2) page 91, (1) et (3) page 90 ci-dessus.

II. — *Les motifs invoqués dans la demande d'autorisation de vente des syndics*

(156) Un certain temps s'écoula entre la nomination des syndics et l'introduction de la demande d'autorisation de vente, bien qu'à peine nommés, les syndics eussent procédé, comme il a été exposé, à la révision des statuts des sociétés ayant leurs titres au Canada, à l'annulation de ces titres et à la décision de les remplacer par des titres nouveaux.

C'est, en effet, le 13 août 1951 seulement, soit près de deux ans après leur nomination, que donnant suite, disaient-ils, aux suggestions de « quelques obligataires » — il n'est pas difficile de deviner lesquels — les syndics introduisirent leur demande (*A.M.*, n° 175, vol. III, p. 669).

Or, par une singulière coïncidence, quelques jours avant le dépôt de la requête, le premier juge spécial, M. Garcia Gomez, en fonctions depuis avril 1948, avait été remplacé par un nouveau juge spécial, M. Osorio, lequel ne cessa de se montrer particulièrement favorable au groupe March, (*M.*, I, n° 198, p. 90), et inaugura ses fonctions en accédant, par une ordonnance du 27 août 1951, à la demande des syndics, qui lui avait été transmise, avec approbation, par le commissaire et qui visait la vente de tous les biens composant la masse faillie.

(157) En droit espagnol, pareille vente relève de la deuxième section de la procédure, relative également à la saisie et à l'administration des biens. Cette section ayant été exceptée de la suspension par le jugement du juge de Reus du 5 avril 1948 (voir *supra*, n° 117) sans que la vente en fût expressément détachée, celle-ci était à première vue, permise, au moment qui serait jugé opportun. Mais les syndics eux-mêmes comprirent qu'ils ne pouvaient décemment présenter comme un acte rentrant dans leur fonction normale de liquidateurs de la masse, la vente des biens dépendant d'une faillite dont la validité était contestée, alors que ceux-là mêmes qui avaient pris l'initiative de demander leur nomination, à savoir la société Namel, avaient expressément exclu la vente de leur compétence. Aussi ne firent-ils pas état, dans la demande qu'ils adressèrent au juge spécial, du pouvoir général de vente qu'ils tenaient de l'article 1218 de la Loi de procédure civile, ni même de l'article 1084 du Code de commerce de 1829, que le *Contre-Mémoire* (n° 240, p. 397) qualifie cependant d'indispensable pour apprécier leur demande, mais bien 1° des articles 1073 et 1097 du Code de commerce de 1829 qui leur enjoignent de veiller à la *conservation* des droits de la faillite; 2° de l'article 1181 de la Loi de procédure civile qui leur prescrit « d'administrer les biens de la masse, d'en assurer la garde et la conservation de manière qu'ils ne subissent aucun dommage » et de « proposer au juge la *vente des biens meubles qui ne peuvent être conservés* » (1); et 3° de l'article 1229 de la même Loi qui proclame la responsabilité des syndics en cas de manquement à leur devoir d'administration.

Les syndics invoquaient d'autre part, ainsi qu'il est rappelé dans le *Contre-Mémoire* (n° 253, p. 405), l'autorité de Brunetti, selon laquelle c'est une fonction de conservation que celle qui consiste à décider la vente des choses :

- a) susceptibles de dégradation;
- b) ou (susceptibles) de dépréciation imminente;
- c) ou de conservation onéreuse.

(1) Cette invocation de l'article 1181 de la Loi de procédure civile est d'autant plus significative que cette disposition légale ne parle que des pouvoirs du séquestre provisoire. En l'invoquant, les syndics indiquaient clairement qu'ils reconnaissaient ne pouvoir user en l'espèce de la faculté de vendre que dans les conditions exceptionnelles où cela eût été permis au séquestre provisoire.

(158) Plus précisément encore, la requête des syndicats mit l'accent sur les risques « qui pourraient résulter pour les biens qui constituent la masse de la faillite *si les responsabilités mentionnées dans le procès-verbal dressé par les Gouvernements se révélaient exigibles* » (1).

Tel est en effet le titre du troisième paragraphe de la requête (*A.M.*, n° 175, vol. III, p. 672), tandis que le deuxième est intitulé « Signification du procès-verbal signé le 11 juin 1951 par les Gouvernements espagnol, anglais et canadien ».

(159) Sans tenir aucun compte de ce deuxième paragraphe, le Gouvernement espagnol, dans le *Contre-Mémoire*, n'attribue au procès-verbal conjoint des Gouvernements, appelé souvent aussi déclaration conjointe, qu'un rôle très secondaire dans l'autorisation de vente.

A en croire le premier alinéa du paragraphe 241 du chapitre III du *Contre-Mémoire*, IV, p. 397), les « raisons très valables » dont s'inspirait l'acte présenté par les syndicats auraient été au nombre de deux : d'une part, la situation particulièrement grave où se trouvaient les syndicats en raison de l'insuffisance de trésorerie qu'ils ne pouvaient pallier au moyen d'emprunts, car ils n'avaient pas le pouvoir d'y procéder; d'autre part, l'embargo de quatre cents millions de pesetas ordonné par le juge des délits monétaires pour garantir le paiement d'amendes encourues pour sorties illégales de capitaux pendant la guerre (2).

Or, c'est là un travestissement de la requête.

(160) En effet, les syndicats n'ont pas soutenu que la trésorerie était insuffisante en soi, et que notamment elle n'aurait pas permis les nouveaux investissements nécessaires pour adapter les installations des sociétés concessionnaires aux besoins croissants de la consommation. Ils se sont bornés à déclarer (3) — c'est le titre de leur premier para-

(1) Ce « procès-verbal » est reproduit à l'annexe 169 au *Mémoire* (vol. III, pp. 655 et ss.). Il en sera abondamment question dans la suite du présent exposé.

(2) De même, à la page 533 (n° 176) de la partie juridique du *Contre-Mémoire*, lorsque le Gouvernement espagnol donne un résumé des motifs justifiant une vente d'urgence, il ne fait plus aucune mention des menaces contenues dans la déclaration conjointe.

(3) Les experts consultés par les syndicats avaient, il est vrai, exposé que les disponibilités de l'Ebro n'étaient peut-être pas suffisantes pour faire face à tous les besoins d'investissement. Le *Contre-Mémoire* reprend cette allégation sous le n° 243, p. 399, en citant à l'appui quatre annexes, à savoir les numéros 932, 962, 978 et 1001 au chapitre 1^{er}. Il paraît oiseux de procéder à une réfutation détaillée de cette appréciation, vu son manque de pertinence en l'espèce. Qu'il suffise de relever :

- 1°) Qu'il est absolument normal que des sociétés concessionnaires de production d'énergie électrique ne financent pas les installations nouvelles exclusivement par leurs ressources propres, mais aient recours à des emprunts.
- 2°) Qu'à deux reprises une des sociétés, au moins dans lesquelles la Barcelona Traction était intéressée, à savoir la Productora de Fuerzas Motrices, a recouru à des emprunts dans les années qui précéderent la déclaration de faillite, soit en 1942 pour 40 millions de pesetas et en 1947 pour 45 millions.
- 3°) Que le groupe aurait sans aucun doute recouru à des emprunts bien plus considérables s'il n'avait pas utilisé les disponibilités qui eussent dû servir normalement au transfert des devises.
- 4°) Que si, à un moment donné, les transferts avaient été autorisés, il eût été aisé aux sociétés auxiliaires de se procurer par la voie d'emprunts les sommes nécessaires aux investissements.

Pour le surplus, le rapport des experts est beaucoup moins formel que ne l'allègue le *Contre-Mémoire* (n° 241, p. 397); il ne fait pas mention de l'opportunité de la vente, et la phrase qui est attribuée aux experts dans une citation qui figure au haut de la page 398 du *Contre-Mémoire* n'est pas empruntée à leur rapport, mais constitue une paraphrase d'un passage de la requête des syndicats (*A.M.*, n° 175, vol. III, p. 670).

graphie — que « la trésorerie actuelle et les recettes futures sont nécessaires, dans leur intégralité, pour couvrir les besoins indispensables au développement normal de l'entreprise », et, pour motiver leur demande d'autorisation de vente, ils excipèrent de ce qu'ils qualifiaient de « forme actuelle d'immobilité » des biens saisis, non pas à l'appui d'une insuffisance chronique de trésorerie, mais uniquement « en relation avec ce que mentionne la note diplomatique précitée » (ce qui est qualifié de ce terme c'est la déclaration conjointe (voir *A.M.*, n° 175, vol. III, p. 669). Et la suite de la requête expliquait en quoi consistait cette relation : elle exprimait la crainte que les responsabilités encourues par le groupe de la Barcelona Traction entraînaissent « la perte totale de la valeur substantielle de la masse de la faillite », vu l'unité économique de la masse de la faillite, et elle concluait à la nécessité de procéder à la vente de l'ensemble pour en conserver la valeur.

(161) Quant à l'importance des sanctions pécuniaires qui risquaient de provoquer la vente forcée de certains biens de l'Ebro, la requête la rattachait essentiellement à la menace contenue dans la déclaration conjointe et dans le compte rendu officiel du Conseil des Ministres qui en donnait le commentaire officiel (*A.M.*, n° 175, vol. III, pp. 670-671). C'est à leur sujet que les syndicats déclaraient :

« La lecture de ces rapports et opinions est si précieuse, si éloquent et si édifiante qu'introduire dans cette requête des paragraphes de ces rapports ou des annexes sur lesquels ils se fondent, ne ferait que détourner l'attention vers quelques points particuliers et au préjudice de tout ce que contient le reste de ces travaux ».

Un numéro du journal ABC de Madrid, du 16 juin 1951, contenant les textes du procès-verbal et du compte rendu du Conseil des Ministres, était du reste joint à la requête.

Sans doute, la requête faisait mention de l'embargo de 400 millions de pesetas ordonné à charge de l'Ebro par le juge des délits monétaires. Mais elle n'y voyait une source de difficultés financières que si le payement de la condamnation en découlait. Sans doute, la requête faisait mention de l'embargo de 400 millions de pesetas ordonné à charge de l'Ebro par le juge des délits monétaires. Mais elle n'y voyait une source de difficultés financières que si le payement de la condamnation en découlait. Sans doute, la requête faisait mention de l'embargo de 400 millions de pesetas ordonné à charge de l'Ebro par le juge des délits monétaires. Mais elle n'y voyait une source de difficultés financières que si le payement de la condamnation en découlait. Sans doute, la requête faisait mention de l'embargo de 400 millions de pesetas ordonné à charge de l'Ebro par le juge des délits monétaires. Mais elle n'y voyait une source de difficultés financières que si le payement de la condamnation en découlait.

Il est donc possible de conclure, sans hésiter, que c'est la déclaration conjointe et le communiqué officiel espagnol qui l'a suivie qui ont été invoqués, d'une manière déterminante, au cours de la phase de la procédure qui aboutit à l'adjudication à Fecsa du portefeuille de la Barcelona Traction.

(1) De fait, quand la condamnation à 66.000.000 de pesetas d'amende (soit le double des sommes que le juge constata avoir été exportées sans autorisation, originellement estimées à 40.000.000 de pesetas) fut prononcée contre l'Ebro, elle fut exécutée sur les fonds se trouvant à la Caisse générale des dépôts.

(2) Au contraire, elle s'était améliorée (*infra* n° 710).

III. — Utilisation abusive de l'expertise internationale dans l'intérêt du groupe March

(162) Le rôle déterminant ainsi joué, dans la procédure de vente, par la déclaration conjointe, avait amené le Gouvernement belge à consacrer une section spéciale de son *Mémoire* (I, n° 184 à 194, pp. 84 à 88) à la « trêve » de près d'un an et demi qui l'avait précédée et au cours de laquelle la procédure de faillite, marquant un temps d'arrêt, avait cédé le pas aux démarches diplomatiques et aux travaux de la Commission d'experts qui conduisirent à la dite déclaration.

Le *Mémoire* a relevé les conditions dans lesquelles la Commission internationale d'experts fut constituée et fonctionna; il a analysé ses conclusions et montré comment elles furent progressivement déformées par le Gouvernement espagnol de manière à apporter « leur concours et leur appui moral aux autorités judiciaires, pour les encourager dans la voie où elles s'étaient engagées » (*M.*, n° 184, p. 84).

Le *Contre-Mémoire* affecte de se méprendre sur la portée de ce reproche. Il le présente comme s'il consistait à alléguer que la proposition de réunir une commission internationale d'experts avait été conçue au départ dans le but « de fournir un prétexte permettant d'obtenir des tribunaux espagnols la mise en vente des biens de la Barcelona Traction » (*C.M.*, IV, n° 201, p. 375).

Le *Mémoire*, au contraire, reconnaît le fait historiquement indéniable que l'initiative du Gouvernement espagnol eut pour but de « faire face aux représentations diplomatiques de plus en plus pressantes dont il faisait l'objet » (*M.*, n° 185, p. 84), et, pourrait-on ajouter, dont il allait faire l'objet.

Mais ce qui constitue l'objet du grief belge et n'est pas moins incontestable, c'est que, dès l'origine, cette initiative fut infléchie dans ses modalités et qu'ultérieurement, les travaux de la Commission instituée furent viciés dans leur exécution et faussés dans leurs conclusions en vue de fournir la matière du dernier acte de la comédie judiciaire montée par le groupe March, à savoir la vente des avoirs saisis pour empêcher, prétendument, leur dépérissement.

Cette utilisation de l'expertise internationale pour servir les intérêts de March se manifesta de cinq manières différentes :

- a) par l'omission de toute participation belge à la composition de la Commission d'experts;
- b) par la désignation, comme un des deux experts espagnols, d'un homme depuis longtemps au service du groupe March;
- c) par des tentatives répétées, mais en partie seulement fructueuses, des experts espagnols d'amener leurs collègues à étendre l'objet initial de la mission de la Commission;
- d) par une déclaration conjointe équivoque prétendant résumer les conclusions des experts;

e) enfin, et surtout, par la publication dans la presse espagnole d'un communiqué officiel relatant le procès-verbal d'une réunion du Conseil des Ministres et dans lequel les conclusions des experts et de la déclaration conjointe elle-même furent également déformées.

Chacun de ces points a été relevé dans le *Mémoire* ; aucun d'eux n'a fait l'objet d'une réfutation sérieuse.

a) *L'omission d'un expert belge.*

(163) L'omission d'un expert belge dans la composition assignée à la Commission internationale par le Gouvernement espagnol, alors qu'elle comprenait un expert britannique, était profondément choquante, vu l'intérêt porté à l'affaire, depuis le début, par le Gouvernement belge et le désintéressement relatif du Gouvernement britannique, dont l'activité s'était à peu près bornée à transmettre au Gouvernement espagnol les protestations du Gouvernement canadien. Le *Contre-Mémoire* ne donne aucune explication plausible de cette omission.

Après avoir annoncé que les raisons de la présence d'un expert britannique étaient « évidentes » (*C.M.* n° 149, p. 182), le Gouvernement espagnol en fournit deux, dont aucune ne résiste à l'examen (*C.M.* n° 150, p. 182). D'une part, le transfert de devises demandé par l'Ebro le 22 avril 1940 aurait directement affecté le mécanisme de paiement convenu entre la Grande-Bretagne et l'Espagne. Or, cette affirmation est contraire à l'opinion exprimée par l'Instituto Español de Moneda Extranjera (*A.C.M.*, n° 5, vol. VI, p. 300).

D'autre part, c'est en Grande-Bretagne qu'auraient circulé la majorité des obligations. Or, elles y avaient sans doute été émises en majeure partie dans le passé, et y avaient circulé. Mais il n'en était plus ainsi depuis le jour où, en 1947, le groupe March avait publié une offre d'achat qui l'avait rendu maître de la majorité d'entre elles. Les obligations ne pouvaient plus, dès lors, être considérées comme représentant un intérêt britannique.

L'omission d'un expert belge dans l'initiative espagnole était d'autant plus significative, ainsi que l'a souligné le *Mémoire* belge (n° 185, pp. 84 et 85), que cette initiative, prise le 16 mars 1950, par la remise à l'Ambassadeur de Grande-Bretagne (1) d'une note destinée aux Gouvernements anglais et canadien, devançait de justesse une proposition belgo-canadienne prévoyant la constitution d'une commission indépendante, qui, elle, aurait été composée de personnes nommées par les trois Gouvernements intéressés : le Canada, l'Espagne et la Belgique. Le *Contre-Mémoire* ayant mis en doute l'existence de cette proposition (n° 142, pp. 180 et 181), le Gouvernement belge produit les pièces de la correspondance diplomatique qui en démontrent la réalité (*A.R.*, n° 37, appendices n°s 1 à 6).

(1) Comme on le sait, l'Ambassade de Grande-Bretagne assurait à l'époque la représentation, auprès du Gouvernement de Madrid, à la fois de la Grande-Bretagne et du Canada.

La note qui accompagne les documents expose les circonstances curieuses dans lesquelles la proposition belgo-canadienne fut, en dernière minute, devancée par la note espagnole du 16 mars 1950 et, en conséquence, ne fut pas présentée.

Par ailleurs, le *Contre-Mémoire* (IV, n° 143, p. 181) semblant mettre en doute l'affirmation du *Mémoire* (I, n° 185, p. 85), selon laquelle l'omission d'un expert belge dans la Commission internationale avait donné lieu à des protestations et avertissements diplomatiques de la part du Gouvernement belge, celui-ci produit un échange de lettres entre les Ministres des Affaires étrangères belge et canadien, des 18 et 19 mai 1950 (*A.R.*, n° 38).

b) *La désignation comme expert de M. Andany.*

(164) Le *Mémoire* belge a également critiqué la désignation de M. Andany comme un des deux membres espagnols de la Commission internationale d'experts (*M.*, n° 187, p. 85). Il a signalé notamment que, le 31 août 1949, M. Andany avait remis, à charge de Barcelona Traction, un rapport qui lui avait été demandé par l'autorité judiciaire pour l'instruction de la plainte formulée au nom de l'Ébro par le séquestre provisoire et pour lequel les syndicats lui avaient payé une somme de 150.000 pesetas (*A.M.* n° 167, vol. III, p. 644).

Le Gouvernement espagnol ne conteste pas l'exactitude de ces renseignements, mais fait valoir qu'Ébro, en désignant, le 1^{er} octobre 1948, M. Andany pour faire partie du collège d'experts institué à la suite de sa plainte n'avait fait qu'user du droit qui lui appartenait en tant que partie civile en vertu de l'article 471 de la Loi de Procédure civile (*C.M.*, n° 162, p. 185).

L'observation est fondée (1). Il n'empêche que M. Andany, en raison de son comportement, devait apparaître au Gouvernement espagnol comme ayant la confiance particulière du groupe March. En sorte que si le Gouvernement espagnol avait voulu profiter, dans des conditions ne donnant pas prise aux soupçons, de l'expérience particulière acquise en la matière (*C.M.*, n° 167 p. 186) par le collège d'experts institué lors de l'instruction pour détournement de fonds, il eût dû, de préférence, s'adresser à l'un des deux autres membres de ce collège. D'autant plus que, comme l'a indiqué le *Mémoire* (n° 187, p. 85), M. Andany était l'auteur — avec deux autres experts — d'un *mémoire* produit devant une juridiction anglaise par le comité des obligataires Prior Lien élu par les votes du groupe March. Cette nouvelle intervention de M. Andany dans une instance judiciaire purement privée confirmait qu'il était au service du groupe March et rendait particulièrement inopportune sa désignation comme membre de la Commission internationale. Le *Contre-Mémoire*, généralement si prolixe, a préféré passer cette circonstance sous silence.

(1) Il faut donc considérer comme partiellement erronée la description dudit rapport par un des conseils du Gouvernement belge au cours de la procédure orale comme ayant été « établi par un expert privé au profit d'intérêts privés », mais la remarque faite à ce sujet dans le *Contre-Mémoire* (n° 165, pp. 185-186) laisse intacte l'argumentation développée dans le *Mémoire* et reprise dans la *Réplique* relativement au manque notoire d'indépendance de M. Andany à l'égard du groupe March.

M. Andany ne trompa d'ailleurs pas les espoirs que le groupe March avait mis en lui. Dès le 20 juin 1950, il achevait le premier tome d'un volumineux rapport et terminait le second dès le 25 juillet 1950. Or, la commission s'était réunie pour la première fois le 14 juin 1950! Ce zèle frappa les experts britannique et canadien, qui exprimèrent leur étonnement avec une réserve que tous les initiés apprécieront, en déclarant : « nous ne savons pas sur l'ordre de qui M. Andany a entrepris le travail de préparer le rapport . . . qu'il acheva apparemment après le commencement des travaux de la commission ». En vérité la chose ne pouvait faire de mystère pour personne (1).

Il est en tout cas acquis qu'au moment où M. Andany fut désigné par le Gouvernement espagnol comme un de ses experts officiels, il s'était plusieurs fois signalé comme un homme au service de March. Il n'est dès lors pas possible de ne pas voir dans sa désignation la preuve de la confusion faite par les sphères gouvernementales espagnoles entre l'intérêt général et les intérêts privés avec lesquels le groupe de Barcelona Traction se trouvait aux prises.

c) *Le véritable objet de l'expertise et ses déformations.*

(165) Quel était le véritable objet de l'expertise? Le *Contre-Mémoire* prétend en trouver la définition précise dans la note verbale adressée le 16 mars 1950 au Gouvernement britannique (*A.C.M.*, n° 1, doc. 3, vol. VI, pp. 11-12). Il en extrait la phrase suivante : « Le Gouvernement espagnol désire fixer une fois pour toutes, d'une façon claire et nette, le fondement de son refus d'autoriser un quelconque transfert de devises » (*C.M.*, § 120, p. 176).

La citation est exacte, mais incomplète.

La phrase reproduite était, en effet, précédée de l'alinéa suivant :

* Le Gouvernement espagnol connaissait déjà, à ce moment-là, le contenu d'une consultation donnée par des experts comptables, dans laquelle on exposait, après avoir analysé à fond les renseignements comptables, toute une série de faits d'une indiscutable gravité, dont le plus important démontrait que l'économie espagnole n'était pas la débitrice à l'étranger de ces sociétés, mais, au contraire, qu'elle était bien leur créancière, et ce pour une somme d'une certaine importance. Les raisons pour lesquelles la Barcelona Traction ne fournissait pas les renseignements maintes fois demandés par l'Administration espagnole étaient donc évidentes, et en conséquence la décision que celle-ci avait prise de ne pas autoriser des transferts de devises était pleinement justifiée. Sans doute tous ces faits doivent être suffisamment connus des intéressés ».

Le fondement, ou, plus exactement, la juste raison du refus d'autoriser des transferts de devises aurait donc résidé dans le déséquilibre entre les apports faits à l'économie espagnole et les sommes qui en avaient été retirées par le groupe de la Barcelona Traction.

(1) Les services rendus par M. Andany au groupe March reçurent d'ailleurs leur récompense lors de sa désignation, dès 1952, à un poste de direction de Fecsa.

A l'époque, il n'y eut, à cet égard, aucune hésitation. En effet, c'est de cette façon que le comprit le Gouvernement canadien, ainsi qu'il résulte de la note par laquelle, le 17 mai 1950, il accepta la proposition espagnole (*A.C.M.*, n° 1, doc. 4, vol. VI, p. 13); le Gouvernement espagnol lui-même, en communiquant, le 30 mai 1950, au Gouvernement du Canada la liste de ses experts, précisa que la Commission aurait à examiner

* les faits et les documents concernant l'investissement de capitaux en Espagne fait par la Barcelona Traction, Light and Power Company, sa filiale Riegos y Fuerza del Ebro et autres sociétés filiales, ainsi que les remboursements faits sur ces investissements et les transferts réalisés à l'étranger, à l'objet de vérifier la véritable position créditrice ou débitrice de la susdite société vis-à-vis de l'économie espagnole » (*A.C.M.*, n° 1, doc. 7, vol. VI, p. 16).

C'est donc à tort que le *Contre-Mémoire* reproche aux experts britannique et canadien d'avoir fait du montant des investissements du groupe de la Barcelona Traction en Espagne le « cœur même de leur rapport », alors que cette question n'aurait eu « aucun rapport avec les demandes de devises présentées en Espagne » (*C.M.*, IV, n° 125-126, p. 177). Au contraire, les experts furent unanimes, lors de leur première rencontre, pour définir leur mission comme ayant pour objet, ainsi que le relate le rapport anglo-canadien (*A.M.*, n° 168, vol. III, pp. 645-646), les quatre points suivants :

* a) déterminer les sommes apportées en Espagne par la Barcelona Traction et/ou ses filiales et rechercher et évaluer les biens et services importés dans ce pays en spécifiant, sous des rubriques séparées, le montant attribué à chacun de ces chefs.

b) déterminer et évaluer de même tous les montants retirés d'Espagne par la Barcelona Traction et/ou ses filiales, en les classant sous les différentes rubriques reprises au a) ci-dessus.

c) après avoir établi les montants sub a) et b), calculer les bénéfices gagnés en Espagne par la Barcelona Traction et/ou ses filiales, ainsi que les montants susceptibles d'être retirés de ce pays au 31 décembre 1949.

d) examiner et exprimer son avis sur toutes questions qu'un membre de la Commission estimerait désirable ou nécessaire de soumettre à celle-ci pour lui permettre de remplir sa mission au mieux, pour autant que de semblables questions soient des questions de fait, la Commission n'ayant pas à considérer la légalité des actes posés par la société ».

(166) Or, sur le point essentiel de la balance des comptes, investissements et retraits, les experts espagnols, dès le début de l'expertise, manifestèrent leur volonté de s'en tenir aux estimations contenues dans les rapports de M. Andany, tandis que les experts britannique et canadien, après amples investigations effectuées tant à Toronto qu'à Barcelone, arrivèrent, au paragraphe 31 de leur rapport, à la conclusion écrasante que le « montant des fonds et de la valeur des biens et services apportés en Espagne, augmentés des intérêts ou profits dérivés de l'activité, en Espagne, du groupe de la Barcelona et réduits des fonds transférés hors d'Espagne », s'élevait à £ 19.695.522, ajoutant que ce total provenait de l'addition des sommes investies aux diverses époques et exprimées en valeur nominale et correspondait donc en fait à une valeur réelle très supérieure (*A.M.*, n° 168, vol. III, pp. 652-653).

(167) Les experts espagnols, n'ayant pas réussi à obtenir de leurs collègues qu'ils confirment la prétendue insuffisance des investissements étrangers qui aurait justifié le refus de devises du Gouvernement espagnol, s'efforcèrent alors de les amener à une

condamnation des agissements du groupe de la Barcelona Traction tels que M. Andany les avait présentés dans le rapport, en partie préfabriqué, qu'il leur avait remis (voir *supra*, n° 164).

Le Gouvernement belge a déjà relevé dans le *Mémoire* en quels termes ironiques les experts britannique et canadien se refusèrent à suivre M. Andany et à pousser leurs investigations dans un domaine aussi étranger à leur mission et à leur compétence. Deux documents nouveaux joints en annexe à la présente *Réplique*, le procès-verbal des réunions de la Commission des 27, 28 et 30 octobre 1950 et une lettre adressée le 27 novembre 1950 par l'expert britannique à MM. Andany et Rozas, permettront à la Cour de se rendre mieux compte de l'opiniâtreté avec laquelle les experts espagnols tentèrent d'obtenir de leurs collègues une modification de leur attitude (*A.R.*, n° 39) (1).

(168) Ayant ainsi échoué sur l'essentiel, les experts espagnols réussirent cependant à obtenir de leurs collègues canadien et britannique l'insertion au paragraphe 29 de leur rapport d'une déclaration inattendue relative aux refus de devises, présentés comme justifiés par le fait « qu'elle (l'entreprise en Espagne) n'a pas répondu d'une manière adéquate aux demandes des autorités du change » (*A.M.*, n° 168, vol. III, p. 652).

Le Gouvernement belge ne sous-estime en aucune façon l'importance de cette déclaration, qui est reprise dans le premier point de la déclaration conjointe des trois Gouvernements et dont le *Contre-Mémoire* s'efforce de tirer le maximum de parti pour essayer de faire admettre que le groupe de la Barcelona Traction aurait été l'artisan de sa propre ruine.

Le *Mémoire* a déjà fait valoir (I, n° 190, p. 87) que les experts canadien et britannique n'avaient pas été catégoriques dans cette déclaration et, au contraire, l'avaient accompagnée d'une réserve formelle (2). Il a également démontré que le reproche fait aux dirigeants du groupe de la Barcelona Traction était sans fondement; la correspondance échangée entre l'Ebro et l'Institut espagnol de Monnaie étrangère prouve, en effet, que les renseignements nécessaires avaient bien été fournis et que les refus de devises avaient été motivés par d'autres circonstances, dont les requérants n'étaient aucunement responsables.

Le *Contre-Mémoire*, ayant combattu cette argumentation, il faudra donc y revenir. Mais cette question sera traitée en un autre endroit (*infra*, Chap. II, Section III), en liaison avec celle des refus de devises à laquelle elle s'apparente étroitement. Elle ne le sera pas ici, car la déclaration des experts anglais et canadien ne joua aucun rôle dans la procédure en obtention de l'autorisation de vente qui fait l'objet de la présente section (3).

(1) Le texte du procès-verbal de la réunion de la Commission, reproduit au document I de l'Annexe 39, étant très long, le Gouvernement belge a fait imprimer en italiques le passage (pages 8 à 11) sur lequel il désire particulièrement attirer l'attention de la Cour.

(2) Cette réserve était la suivante : « à moins qu'il n'y eut d'autre correspondance ou des conversations qui combleraient cette apparente lacune ».

(3) Le fait est que ni dans la requête des syndics, ni dans le rapport d'expertise qui y est joint, il n'est fait état de la constatation des experts reprise dans la déclaration conjointe, relativement à la prétendue responsabilité des représentants de l'Ebro dans le refus des devises.

d) *L'altération des conclusions des experts dans la déclaration conjointe des Gouvernements.*

(169) Les deux rapports séparés des experts espagnols d'une part, anglais et canadien de l'autre, furent déposés, le premier le 13 mars et le second, le 22 mars 1951. Le 11 juin suivant, des représentants des Gouvernements britannique, canadien et espagnol se réunirent dans le but d'exprimer, dans une déclaration conjointe, les conclusions qu'auraient dégagées les rapports des experts (*A.M.*, n° 169, vol. III, pp. 655-656).

Le Gouvernement belge a déjà dénoncé dans le *Mémoire* (I, n° 192 et 193, pp. 87 et 88) l'image inexacte des travaux et des conclusions de la Commission internationale d'experts qu'en a donnée la déclaration conjointe. Il a, notamment, relevé l'absence de toute allusion à la réponse donnée par les experts aux questions précises qui leur avaient été posées et l'omission des réserves dont les experts canadien et britannique avaient accompagné leur avis quant à la justification des refus de devises. Il a souligné également combien il était singulier que, dans une « déclaration conjointe », un des Gouvernements fasse unilatéralement l'annonce, dont les deux autres Gouvernements se bornaient à être « informés », de son intention de prendre des mesures « pour déterminer les responsabilités et exiger les sanctions opportunes » concernant « les irrégularités de tous genres constatées dans l'activité de ce groupe de compagnies... ».

Sur tous ces points, le *Contre-Mémoire* observe le silence le plus complet, alors qu'il a consacré à la déclaration conjointe de nombreux développements (IV, n° 174 et ss., pp. 187 et ss.).

e) *L'altération de la déclaration conjointe dans le communiqué officiel du Gouvernement espagnol.*

(170) Mais il y a plus grave encore. En alléguant (*A.M.*, n° 170, vol. III, p. 659), que *les rapports* des experts avaient fait « ressortir des irrégularités de tous ordres commises dans la gestion des sociétés qu'il n'a pas été opportun de préciser dans ledit procès-verbal », le communiqué officiel du Gouvernement espagnol altère complètement les termes et le sens des propos contenus dans la déclaration conjointe.

L'altération était tellement patente, que lorsque les syndics, sur base du communiqué, prirent à leur compte cette version du rapport des experts et de la déclaration conjointe, le Gouvernement britannique protesta de la manière la plus vive dans une note diplomatique du 22 décembre 1951, reproduite en annexe au *Mémoire* (n° 176, vol. III, pp. 680-681).

Les termes du *Mémoire* sont tels que le Gouvernement espagnol n'a pu se méprendre sur l'importance qu'attache le Gouvernement belge à cet incident. Il n'a cependant pas cherché à s'en expliquer et s'est borné à faire mention de la protestation britannique dans une note (*C.M.*, p. 380, note 3) qui dénature totalement sa portée et, plus singulièrement encore, met en doute son authenticité. Comment le Gouvernement espagnol peut-il justifier pareille attitude? Osera-t-il nier avoir reçu la note britannique du 22 décembre 1951? Contestera-t-il l'exactitude de la traduction donnée? Une certitude, en effet, existe : il possède l'original du document invoqué et il n'a donc pas le droit ne fût-ce que de paraître douter de son existence.

(171) Un autre point est aussi acquis : alors que les membres espagnols de la commission internationale d'experts n'avaient pas réussi à obtenir de leurs collègues britannique et canadien la moindre adhésion aux accusations contenues dans les rapports Andany, le Gouvernement espagnol n'hésita pas à reprendre ces accusations à son compte. Que ces accusations ne fussent pas sérieuses résulte à l'évidence du fait qu'elles ne furent suivies d'aucune poursuite ou instruction nouvelles. Mais elles fournirent aux syndics le prétexte que ceux-ci attendaient pour demander l'autorisation de vente. Avant de déposer leur requête du 13 août 1951, ils commandèrent un rapport d'experts qui, lui aussi, se fondait principalement sur les susdites accusations (1).

(172) Dans l'intervalle de deux mois qui sépara la publication de la déclaration conjointe du dépôt de la requête des syndics, une autre décision fut prise qui constituait un chaînon hautement significatif dans la suite des mesures devant conduire à la livraison des entreprises au groupe March. Le 27 juin 1951, les conseils d'administration d'Ébro (et de cinq autres sociétés auxiliaires) firent publier les avis d'émission des faux titres en exécution des décisions prises 18 mois plus tôt (A.C.M. n° 146, doc. 4, vol. VIII, pp. 257-258).

L'intérêt soudain manifesté par ces conseils d'administration pour la substitution effective des titres créés en Espagne à ceux que l'on ne pouvait atteindre au Canada était en corrélation évidente avec la mesure prise au même moment par les syndics pour préparer la mise en vente.

IV. — *L'objet de la vente*

(173) On ne peut qu'être frappé de l'enchaînement logique et de la convergence manifeste des décisions prises successivement par les conseils d'administration institués par les organes de la faillite et par ces derniers en vue de permettre la mise en adjudication des titres appartenant à la Barcelona Traction et qui étaient représentatifs des actifs des dites sociétés. Le Gouvernement espagnol soutient cependant, dans le *Contre-Mémoire*, que « la vente n'a pas porté :

- a) sur la possession médiate et civilissime des titres ou des certificats provisoires d'actions;
- b) ni sur les titres émis par les organes d'administration des filiales;
- c) ni sur les biens constituant l'actif des dites sociétés. » (C.M. n° 207, p. 380).

A l'en croire, elle aurait porté uniquement sur les biens saisis, c'est-à-dire sur « les droits » inhérents à ces titres (C.M. *ibidem* et n° 74, p. 289, n° 211, p. 382, n° 214, p. 383).

(1) Un autre rapport fut demandé à un « professeur de commerce » concernant les modalités qu'il convenait d'adopter pour la vente (A.M. n° 194, vol. III, p. 748).

La possession médiate et civilissime n'aurait, selon lui, joué aucun rôle, puisque l'ordre de saisie des actions, y compris de celles se trouvant à l'étranger, suffisait à conférer aux organes de la faillite les droits y attachés; les syndics auraient pu, de même, se désintéresser entièrement des nouveaux titres émis par les filiales; quant aux biens constituant l'actif des dites sociétés, il n'aurait pu être question de les mettre en vente, puisque, toujours à en croire le Gouvernement espagnol, leur saisie n'aurait été que temporaire.

La tentative de démonstration de cette thèse est exclusivement basée sur certaines mentions du cahier des charges et passe complètement sous silence la requête du 13 août 1951 en autorisation de vente qui, bien que nécessairement antérieure au cahier des charges, n'est traitée dans le *Contre-Mémoire* que plusieurs pages plus loin (IV, n° 238 et ss., pp. 395 et ss.).

Il paraît pourtant de meilleure méthode d'examiner ces deux documents dans leur ordre chronologique.

(174) La requête contient deux constatations apparemment contradictoires; d'après l'une, « les biens qui constituent la masse de la faillite » et dont les syndics proposent la vente étaient « des effets de commerce, (titres d'actions et titres d'obligations) » (1) (*A.M.*, n° 175, vol. III, p. 674); à s'en tenir à l'autre, « les biens qui ont été saisis (*ocupados*) dans la faillite et inclus postérieurement dans l'inventaire général et formel » comprenaient, outre les actions ordinaires et différées de l'Ebro, « tout son actif social » (*ibidem*, p. 675), la même addition étant faite à la mention des actions des autres sociétés auxiliaires.

Mais si tout l'actif social des diverses sociétés auxiliaires avait été saisi, ainsi que le rappelait l'écrit des syndics précité, et si ce sont tous les biens saisis qui devaient faire l'objet de la mise en vente — comme le *Contre-Mémoire* l'affirme au paragraphe n° 207, page 380 — comment soutenir que ces divers biens pourraient être rangés dans la catégorie des « effets de commerce (titres d'actions et titres d'obligations) » ?

Le mot de l'énigme se trouve sans doute dans l'avis des experts, joint à la requête des syndics du 13 août 1951. Ils y soutiennent qu'il y aurait « équivalence entre l'actif de la Barcelona Traction et la propriété du patrimoine net des sociétés opérant en Espagne » (*A.C.M.*, n° 152, doc. 3, vol. VIII, p. 298). Ils y prétendent également que « tout l'actif de la Barcelona Traction équivaut à la propriété du patrimoine conjoint des sociétés subordonnées, représenté à son tour par les éléments suivants d'actif et de passif, tels qu'ils sont classés et évalués . . . dans leurs livres de comptabilité ».

(1) Les explications confuses et contradictoires données du terme « effets de commerce » dans le *Contre-Mémoire* (n° 237 à 239, pp. 395 et 396) et à l'annexe n° 149 (*A.C.M.*, vol. VIII, p. 274) seront rencontrées dans la deuxième partie (*infra* n°s 731 et suiv.).

En résumé, ce que les syndics demandaient au commissaire de pouvoir mettre en vente, c'était tous les titres des sociétés auxiliaires qu'ils avaient inclus dans leur inventaire et qui comprenaient aussi bien les titres appartenant directement à la Barcelona Traction que ceux qui étaient la propriété de ses filiales et sous-filiales (1). Ils ajoutaient qu'automatiquement cette cession des titres entraînerait transfert de la propriété du patrimoine des diverses sociétés.

(175) C'est à peu près la même conception qui se retrouvait dans le cahier des charges élaboré par les syndics (*A.M.*, n^{os} 201, 202 et 203, vol. IV, pp. 772 et ss.).

Avec cependant deux différences. D'abord, les syndics avaient cette fois distingué entre les actions et obligations émises, d'une part, par l'Ebro, Electricista Catalana, Union Eléctrica de Cataluña, Catalonian Land, International Utilities, filiales directes de la Barcelona Traction, et, d'autre part, celles des autres sociétés, des sous-filiales. Ensuite, ils ne s'étaient plus bornés à indiquer, dans leur description des biens faisant l'objet de la vente, que l'acquéreur des actions des filiales deviendrait propriétaire de leur patrimoine, mais ils en avaient fait l'objet même de la première condition de vente (*A.M.*, n^o 201, vol. IV, p. 781), en précisant de manière à lever tous les doutes, que « dans la totalité du capital-actions des cinq sociétés ci-dessus et leurs droits inhérents, se trouve compris le patrimoine de celles-ci, dont font partie les biens désignés au paragraphe 6 de la 1^{re} partie du présent cahier des charges ».

Sans doute s'étaient-ils rendu compte du caractère précaire et contestable des titres fabriqués en Espagne, et estimaient-ils, dès lors, prudent de donner au futur adjudicataire l'assurance complémentaire que le transfert portait, non seulement sur les actions, mais également sur le patrimoine des sociétés filiales.

(176) La même condition du cahier des charges contenait encore une autre indication significative, à savoir que :

« en raison de la saisie possessoire (*ocupación posesoria*) obtenue en vertu de la déclaration de faillite du 12 février 1948, ils (les syndics) remettront à l'adjudicataire la possession (ainsi) acquise, les copies certifiées des actes de procédure ou documents constatant ou constituant juridiquement un titre sur les biens transmis, ainsi que tous autres documents opportuns ».

Et sans souci d'ainsi se répéter, les syndics mentionnaient comme dixième condition (*ibid.*, p. 786) l'obligation de remettre à l'adjudicataire « les autres titres ou documents faisant foi que lui ont été transférées la propriété et les appartenances (*pertenencias*) des biens vendus, leur possession effective et celle acquise en vertu du jugement déclaratif de faillite et de la saisie qui l'a suivi ».

(1) C'est d'ailleurs bien ainsi que l'a compris le professeur de commerce consulté par les syndics sur les modalités que devait revêtir la vente. En effet, dans son rapport du 7 août 1951 (*A.M.*, n^o 194, vol. III, p. 748), parlant des valeurs que l'on veut vendre, il ajoute entre parenthèses « actions ordinaires, différées sans valeur nominale, privilégiées, parts de fondateur, etc. ». Or, comme on peut le voir par l'énumération faite par les syndics dans leur écrit précité (*A.M.*, n^o 175, vol. III, pp. 675 à 677), aucune filiale directe de la Barcelona Traction n'avait émis d'actions privilégiées ni de parts de fondateur.

Il est donc ainsi acquis que, contrairement à ce qu'affirme le *Contre-Mémoire*, la vente a bien porté à la fois :

- a) sur la possession médiate et civilissime des titres déposés hors d'Espagne;
- b) sur les titres des filiales de la Barcelona Traction imprimés en Espagne et reçus le 3 janvier 1952 par les syndics;
- c) sur les biens constituant l'actif social des sociétés auxiliaires, du moins indirectement en tant que cet actif était mentionné dans le cahier des charges comme compris dans les « droits inhérents » aux titres vendus.

Comment dès lors le Gouvernement espagnol peut-il soutenir que la vente aurait porté exclusivement sur les droits inhérents aux titres ?

(177) A l'appui de cette thèse que contredisent les pièces du dossier, le *Contre-Mémoire* invoque le fait que, dans le cahier des charges, l'objet des enchères était décrit à certains endroits comme étant « la totalité du capital actions avec tous les droits et privilèges y attachés » (1), et il reproche en termes véhéments au Gouvernement belge d'avoir « à dessein » sauté ces mots (*C.M.*, IV, chap. III, n° 209, p. 381).

Reproche injuste autant qu'injurieux et, en tous cas, absurde. Car, de deux choses l'une. Ou bien les mots en italique, et omis dans le *Mémoire*, ne constituent qu'une superfétation et n'ajoutent rien au texte reproduit (et, de fait, comment pourrait-on vendre des actions ou un capital-actions sans « les droits et privilèges qui y sont attachés »?) et, en ce cas, quel tort le Gouvernement belge a-t-il pu faire au Gouvernement espagnol en ne reproduisant pas les mots omis? Ou bien, au contraire, les mots omis ont une signification spécifique, ce qui veut dire que lorsque le cahier des charges précise que, parmi les biens faisant l'objet de la vente, il y a « la totalité du capital-actions ainsi que tous les droits et prérogatives inhérentes », il faut comprendre qu'en plus du capital-actions, il y a autre chose qui est vendu. Mais si telle est la thèse du Gouvernement espagnol, elle serait très exactement le contraire de celle qu'il soutient en d'autres endroits du *Contre-Mémoire*.

(1) Il est difficile de trouver dans le cahier des charges le passage exact dont cette citation serait extraite. La traduction figurant en annexe au *Contre-Mémoire*, indique, à la page 351 du vol. VIII des annexes, comme biens faisant l'objet de la vente, « la totalité du capital-actions ainsi que tous les droits et prérogatives inhérents, représentant le capital social de la société constituée à Toronto sous le nom d'Ebro. . . »; à la page 358 « les organes légitimes de la faillite de la Barcelona Traction aliènent la propriété, la possession et les appartenances (*perenencias*) de la société en faillite sur les biens désignés au par. 1^{er} de la 1^{re} partie du présent Cahier des charges, ainsi que tous les droits, privilèges et avantages qui y sont rattachés »; à la page 359, sous le littéra C, « dans la totalité du capital-actions des cinq sociétés ci-dessus et leurs droits inhérents, se trouve compris le patrimoine de celles-ci dont font partie les biens désignés au par. 6 de la 1^{re} partie du présent Cahier des charges ».

(178) Au surplus, trois faits précis permettent d'écartier définitivement le système du Gouvernement espagnol.

1^o) Comme vu ci-dessus (*supra*, n^o 172), c'est le 27 juin 1951 que les conseils d'administration de l'Ebro et d'autres sociétés auxiliaires se décidèrent à émettre les nouveaux titres et à exécuter ainsi une résolution vieille de dix-huit mois. Pourquoi ce tardif souci, si ce n'est pour pouvoir remettre aux syndics les titres nouveaux, et que, à leur tour ceux-ci, puissent faire l'objet de l'adjudication publique ?

2^o) C'est le 3 janvier 1952, veille du jour fixé pour l'adjudication, que les syndics se firent effectivement remettre les nouveaux titres (*A.M.* n^o 223, vol. IV, p. 849). Pourquoi cette prise de possession à ce moment-là, si ce n'est parce qu'elle leur apparaissait indispensable pour les opérations du lendemain ?

3^o) Le 17 juin 1952, soit après l'adjudication définitive, dans l'acte de livraison à Fecsa des biens vendus, passé en présence du commissaire et remis le surlendemain au Juge spécial (*A.M.*, n^o 223, vol. IV, pp. 846 et ss.), les syndics énumèrent notamment, comme documents constatant ou constituant juridiquement un titre sur les biens saisis :

- 150 titres représentant chacun 1.000 actions ordinaires de l'Ebro ;
- 150 titres représentant chacun 1.000 actions différées de l'Ebro ;
- 400 titres représentant chacun 100 actions de l'Union Eléctrica de Cataluña ;
- 105 titres représentant chacun 50 actions de Electricista Catalana ;
- 10 titres représentant chacun 100 actions de Catalanian Land.

Or, le nombre de titres ainsi énumérés et leur description suffisent à établir qu'il s'agissait bien là, non des titres anciens, mais des nouveaux dont l'émission fut décidée en 1949 et qui furent donc matériellement délivrés à Fecsa. Comment, après cela, oser soutenir que la vente n'a pas porté sur les nouveaux titres ?

(179) Le *Contre-Mémoire* ne souffle mot de ces divers éléments, cependant déterminants. Il se borne (*C.M.*, IV, n^o 211, p. 382) à arguer du fait que la vente portait aussi sur des actions International Utilities et sur des créances de la Barcelona Traction à l'égard de certaines sociétés auxiliaires, sans que les syndics aient pu faire état, à cet égard, de la détention matérielle d'aucun titre, ni qu'aucun titre nouveau ait été émis en Espagne pour remplacer ceux qui se trouvaient au Canada.

Il est clair que le fait relevé n'énervé en rien l'argumentation qui vient d'être développée. Il démontre seulement que le groupe March n'avait pas toujours tout prévu et que dans le cas présent, par exemple, les intéressés n'avaient pas eu conscience, en décembre 1949, de l'utilité qu'il pourrait y avoir pour les syndics à disposer, pour ces autres biens également, de titres nouveaux au moment de leur mise en vente.

Cette utilité était, au reste, fort réduite, les dettes existant entre sociétés du groupe ne présentant qu'un intérêt comptable pour l'adjudicataire qui devenait maître de l'ensemble.

Il en était de même des actions International Utilities, puisque, comme l'avaient signalé dans leur rapport du 6 août 1951 les experts consultés par les syndicats au moment de la mise en vente (*A.C.M.*, n° 152, doc. 3, vol. VIII, p. 298), tant l'actif de cette société que son passif étaient représentés, pour l'essentiel, par des créances en faveur de ou sur des sociétés du groupe sur lesquelles l'adjudicataire obtenait la mainmise.

Néanmoins, au dernier moment, les syndicats ont dû réaliser qu'il était impossible de ne rien remettre à l'adjudicataire en représentation des actions et obligations de cette société, créancière importante de certaines des filiales. Ils imaginèrent, dès lors, de suppléer à cette carence en délivrant à l'adjudicataire un effet ou traite (*giro*) sur International Utilities dont le montant n'est pas indiqué mais peut être présumé, ainsi que l'indique le *Mémoire* (I, n° 232, pp. 104-105), comme totalisant la valeur du capital-actions, des obligations et de la dette d'International Utilities à l'égard de la Barcelona Traction.

Le Gouvernement belge a souligné dans le *Mémoire* (n° 232, p. 105) le caractère purement artificiel de cette opération de transfert. Le *Contre-Mémoire* ne contient aucune réponse à ces observations.

V. — Modalités et conditions de la vente

(180) La fixation des modalités et conditions de la vente a été, comme l'a souligné le *Mémoire* (n° 206, p. 94), l'occasion de permettre au groupe March, par une série de mesures et de décisions astucieusement agencées, de se rendre acquéreur à vil prix du patrimoine de la Barcelona Traction et d'éviter tout risque sérieux d'enchères par des tiers, tout en donnant à l'opération des apparences de régularité.

(181) Le *Mémoire* avait consacré à l'analyse de ces mesures et de ces décisions, dont l'importance est capitale puisqu'elles ont permis au groupe March de l'emporter, des développements relativement étendus (n° 206 à 223, pp. 94 à 100). Le *Contre-Mémoire* (IV, n° 245 à 250, pp. 400 à 403; n° 257 à 273, pp. 409 à 421) s'attache essentiellement à démontrer que tout ce qui a été fait était « légal », « conforme au droit », ou — plus modestement dans certains cas — « non illégal ». La réfutation de cette tentative de démonstration sera faite à l'occasion de l'examen des violations du droit espagnol que le Gouvernement belge impute au Gouvernement espagnol dans le cadre du « déni de justice » dont il le rend responsable.

Ce qui sera uniquement rencontré ici, c'est l'allégation du Gouvernement espagnol selon laquelle le Gouvernement belge aurait présenté les événements relatifs à la vente des biens « d'une manière tendancieuse et inexacte » en y voyant « un prétendu complot mis au point pour spolier de son patrimoine la société faillie » (*C.M.*, n° 200, pp. 374 et 375). Un examen sommaire des phases essentielles de la manœuvre démontrera que l'appréciation du Gouvernement belge est parfaitement justifiée et qu'il y eut effectivement complot pour spolier la société faillie et ses actionnaires.

a) Vente aux enchères et par courtier. — Evaluation non contradictoire des biens.

(182) La première critique adressée dans le *Mémoire* aux autorités judiciaires (*M.*, n° 208 et 209, p. 95) est que, après avoir admis la demande des syndicats de procéder à une vente aux enchères par l'entremise d'un courtier de commerce, ce qui comportait

légalement la mise à prix préalable sur base d'une expertise contradictoire (1), elles aient ensuite décidé, sur une nouvelle requête des syndics, de laisser le commissaire lui-même déterminer le juste prix en s'aidant des lumières d'un expert unique choisi par lui.

Sans doute, si l'on s'en fût tenu à la procédure régulière, l'expert désigné par la société faillie n'aurait-il guère eu de chances de faire prévaloir son opinion, puisqu'en cas de désaccord entre lui et celui désigné par les organes de la faillite, le tribunal eût désigné un troisième expert dont l'avis eût été, tout naturellement, déterminant. Mais il n'est pas difficile de comprendre combien aurait été gênante la présence dans le dossier d'un avis émanant d'un expert que la faillie aurait, dans son intérêt le plus évident, choisi parmi les spécialistes de réputation mondiale. Un tel avis aurait, non seulement établi la valeur considérable des biens mis en vente, mais encore mis en lumière, comme il sera fait plus loin (*infra*, n° 184 et suiv.), les erreurs grossières de l'expert désigné par le commissaire.

(183) Le *Contre-Mémoire* déclare « paradoxal » (n° 245, p. 400) que le Gouvernement belge ait considéré comme « un artifice supplémentaire servant à déposséder la société faillie » le recours à la vente aux enchères. Les syndics, ajoute-t-il, auraient pu vendre les biens librement à toute personne qui leur aurait offert le prix minimum fixé, et ce serait donc pour renforcer les garanties accordées au failli que les syndics se seraient par le astreints à exposer les biens à la surenchère publique.

Cette réponse est sans relation avec le grief qu'elle prétend rencontrer, et qui a été rappelé ci-dessus. Elle prête, au surplus, aux syndics une candeur qu'ils n'avaient certainement pas. A supposer même — *quod non* — qu'ils aient eu, en l'espèce, le droit de procéder librement à une vente de gré à gré, il tombe sous le sens qu'en faisant usage de cette faculté en faveur de Juan March, ils auraient révélé au grand jour leur connivence avec lui. Il était bien plus prudent de donner à l'opération la forme extérieure d'une adjudication au plus offrant, tout en rédigeant le cahier des charges de manière à éviter l'intervention de tout autre enchérisseur que Fecca. C'est ce qui fut fait.

Le *Contre-Mémoire* ajoute qu'il n'y a pas « opposition » entre vente aux enchères et vente par courtier, l'intervention de celui-ci étant au contraire nécessaire pour toute vente d'effets de commerce.

Cette observation, pas plus que la précédente, ne rencontre le grief du *Mémoire*.

Celui-ci peut se résumer comme suit : il y eut vente par courtier pour éliminer l'évaluation contradictoire, et vente aux enchères publiques pour sauver les apparences tout en subordonnant l'aliénation à un cahier des charges qui faisait du groupe March le seul acquéreur possible.

b) L'évaluation des biens par l'expert Soronellas.

(184) C'est à tort que le *Contre-Mémoire* s'efforce de minimiser l'importance du rapport de cet expert, en excipant de ce que ce rapport n'aurait eu d'autre objet que de déterminer un « prix minimum » susceptible d'être augmenté par le jeu normal des enchères publiques (*C.M.*, n° 260, p. 412). La vérité est que le cahier des charges fut

(1) Voir, à ce sujet, *infra*, n° 730 et suiv.

élaboré de manière à écarter des enchères tout autre amateur que le groupe March. Les enchères publiques ne furent qu'un simulacre et le prix minimum, fixé dans le cahier des charges d'après l'« évaluation » de l'expert Soronellas, devait être le prix auquel, finalement, les biens seraient vendus, en manière telle qu'ils soient acquis par les spoliateurs — tel était le but ultime et constant de toutes leurs manœuvres — pour une somme dérisoire.

Au lieu de réfuter, comme il l'eût dû, les critiques sévères adressées par le *Mémoire* au rapport de l'expert (I, n° 211, p. 96), le *Contre-Mémoire* se réfugie dans une diversion (1). Il soutient (IV, n° 258, p. 410) que « seule une pétition de principe permet de mettre en doute avec une légèreté inexcusable, l'honnêteté de personnes respectables et cela sans preuves et même sans le moindre indice ». Après quoi, constatant que la *Barcelona Traction* n'a jamais exercé aucune action contre ledit expert, il qualifie hautainement d'« entièrement inacceptable » la critique du Gouvernement belge. Or, il ne s'agit pas ici de savoir si l'expert était une personne loyale ou compétente, ni si la *Barcelona Traction* ou ses actionnaires auraient pu intenter contre lui une action en responsabilité (2). Son rapport, seul, importe, parce que le commissaire et les syndics, en l'approuvant, l'ont fait leur et ont fondé sur ses conclusions le « prix » auquel les biens seraient vendus à Juan March. Ce qu'il convient, dès lors, d'examiner, c'est si, comme le soutient le Gouvernement belge, ce rapport est effectivement vicié d'erreurs graves et si ses conclusions sont insoutenables. Un examen succinct suffira à démontrer qu'il en est bien ainsi (3).

(185) Avant de l'entreprendre, une remarque s'impose à tout esprit non prévenu.

Un arbre se juge à ses fruits, et une expertise à son résultat; lorsque celui-ci est absurde, c'est que la méthode suivie est mauvaise ou que des erreurs grossières ont été commises dans son application. Or, le rapport de l'expert aboutit à une conclusion absurde. En effet, il soutient que l'actif de la *Barcelona Traction* n'était pas suffisant pour couvrir son passif. Il attribue ainsi au patrimoine de la *Barcelona Traction* une valeur inférieure à zéro, alors qu'au cours des années 1941-1946 (les six dernières pour lesquelles un bilan officiel a pu être établi pour la *Barcelona Traction*), ce patrimoine avait rapporté un revenu annuel moyen de 4,1 millions de dollars qui laissait, après déduction de toutes les charges financières, un bénéfice net, pour les actionnaires de la *Barcelona Traction*, de 2,5 millions de dollars par an (4). Pour l'expert espagnol, un tel revenu serait le produit d'un capital inexistant, ou, encore, du néant. Une absurdité tellement énorme enlève évidemment toute espèce de valeur au rapport qui y aboutit.

(1) Quant au contenu du rapport lui-même, le *Contre-Mémoire* se borne à affirmer que l'expert aurait appliqué « les méthodes et les critères normaux en la matière » (n° 266, p. 416).

(2) Il est facile de se rendre compte de l'efficacité qu'aurait eue une action tendant à obtenir de M. Soronellas le paiement, à titre de dommages et intérêts, d'une somme de quelque 100 millions de dollars.

(3) Le rapport de M. Soronellas est reproduit en annexe au *Contre-Mémoire* (*A.C.M.*, n° 161, doc. 1, vol. VIII, p. 375). L'annexe n° 40 à la *Réplique* relève plus en détail les erreurs importantes que cet expert a commises dans son travail.

(4) Le calcul de ce revenu moyen, fondé sur les montants repris au tableau des revenus de la *Barcelona Traction* pour les années 1941 à 1946 (*A.M.*, n° 31, vol. I, p. 188), est expliqué en annexe à la *Réplique* (*A.R.*, n° 41).

(186) Qu'aurait dû faire l'expert ? Ce qu'il avait à évaluer, c'est ce qui allait être vendu. Or, l'objet de la vente portait essentiellement sur l'intégralité des actions de sociétés filiales. La valeur de ces actions équivalait donc — du point de vue économique auquel l'expert avait à se placer — au total des patrimoines de ces diverses sociétés, c'est-à-dire à la valeur de l'ensemble de leurs biens et installations, déduction étant faite de leurs dettes à l'égard de tiers autres que la société-mère elle-même.

C'est ce qu'avaient parfaitement compris les syndicats qui, le 13 août 1951, lorsqu'ils avaient proposé la vente au commissaire, s'étaient exprimés en ces termes : « ... l'entité qui est propriétaire des actions de Electricista Catalana, Catalonian Land, Riegos y Fuerza del Ebro et Union Electrica de Cataluña, est propriétaire de toutes les entreprises qui sont exploitées en Espagne par Barcelona Traction » (*A.M.*, n° 175, vol. III, p. 679).

C'était également l'avis des premiers experts consultés par les syndicats au sujet de cette mise en vente et qui avaient dit : « En conséquence... tout l'actif de la Barcelona Traction équivaut à la propriété du patrimoine conjoint des sociétés subordonnées... » (*A.C.M.*, n° 152, doc. III, vol. VIII, p. 298).

Enfin, M. Soronellas lui-même savait qu'il y avait correspondance entre la valeur des titres à évaluer et la valeur de l'entreprise qu'ils représentaient, puisqu'il écrivait dans son rapport (*A.C.M.*, n° 161, doc. I, vol. VIII, p. 386) que : « la signification authentique et le contenu économique véritable de ces biens ne sont autre chose que la propriété absolue de quelques entreprises en fonctionnement qui forment un ensemble de 14 sociétés totalement dominées par Barcelona Traction, à travers cinq sociétés subsidiaires directes ».

(187) Or, si, comme cette reconnaissance sans ambages eût dû l'y conduire, l'expert avait effectivement cherché à évaluer « le contenu économique véritable de ces biens » (1), il eût, inévitablement, abouti à reconnaître au patrimoine de la société faillie une valeur considérable.

Pour s'en convaincre, il suffit de se référer aux estimations que les ingénieurs de l'Ebro ont faites des installations de l'Ebro et d'Energia Eléctrica de Cataluña (2) à la fin de l'année 1946, sur base des prix de l'époque. Ils aboutirent à un total approximatif de 2.800 millions de pesetas (3). Si l'expert était parti de cette étude, ou de celles qui durent être faites postérieurement sur les mêmes bases, il serait arrivé, compte tenu de l'ancienneté des installations existantes et en appliquant un taux rationnel de conversion, à un montant au moins égal à celui de 116 millions de dollars auquel avait conclu, en se fondant sur l'étude de 1946, l'annexe n° 282 au *Mémoire* (vol. IV, p. 1077), comme représentant la valeur intrinsèque de l'entreprise au 12 février 1948.

(1) C'est précisément dans une opération essentiellement économique comme l'évaluation de biens, que des notions comme celle de réalité économique pouvaient trouver application. La circonstance qu'en fait, comme on le verra, l'expert n'en ait pas tenu compte dans son travail, est d'autant plus choquante qu'à la faveur d'une confusion entre l'aspect économique et l'aspect juridique, ces notions reviennent comme un leitmotiv dans les décisions judiciaires et dans le *Contre-Mémoire* pour justifier du point de vue juridique la saisie des biens des filiales.

(2) De fait l'évaluation portait sur l'entiereté des installations du groupe.

(3) Les conclusions de cette étude sont reproduites en annexe à la lettre du président de la Barcelona Traction au Ministre espagnol de l'Industrie et du Commerce, du 7 décembre 1946 (*A.M.*, n° 39, vol. I, pp. 215 et 216).

Cette valeur de l'entreprise est, par ailleurs, confirmée par le résultat auquel on aboutit en évaluant les installations sur la base des prix unitaires par kW de puissance installée, tels qu'ils ont été établis (pour 1952) dans une étude publiée en 1954 par un expert espagnol en matière d'industrie électrique (1).

Bien plus, le Gouvernement belge est convaincu que la méthode adoptée en 1946 par les ingénieurs de l'Ebro a été suivie, et a fourni des conclusions analogues, lorsqu'en 1949-1950, les organes de la faillite eurent à répondre, au nom des sociétés auxiliaires, à l'enquête que les autorités espagnoles menèrent à cette époque, dans le cadre de la préparation de la réforme des tarifs, en vue d'établir la situation économique des diverses entreprises d'électricité du pays. Il serait heureux que le Gouvernement espagnol veuille bien produire le ou les documents qui ont dû être communiqués à cette occasion à l'administration espagnole compétente par les sociétés du groupe de la Barcelona Traction.

(188) M. Soronellas, lui, n'est pas parti de l'étude faite en 1946 par les ingénieurs de l'Ebro, qui suivait cependant une méthode usuelle, comme la démonstration vient d'en être faite, en matière d'industrie électrique (2).

Il en a utilisé d'autres. Bien qu'elles fussent moins rigoureuses, elles eussent, en fait, conduit à des résultats assez proches de la valeur réelle que l'expert avait pour mission de déterminer, si celui-ci n'en avait fait une application complètement erronée et faussée, à la base, par le recours à des données sans rapport avec la réalité économique du moment.

En fait, pour évaluer les actions, obligations et créances faisant l'objet de la vente (ce que l'expert appelle l' « évaluation des effets de commerce »), il utilisa trois méthodes.

(189) Par la première, et tout en reconnaissant qu'il n'avait pas accès à la comptabilité de la Barcelona Traction, il prétendit calculer, sur base de la documentation dont il disposait, ce qu'il appela « le prix de revient » de ces effets, c'est-à-dire le prix payé ou les prestations fournies pour les acquérir. Cette méthode, eu égard à la manière dont elle fut appliquée, ne pouvait aboutir qu'à des résultats erronés. En effet, dès le moment où il s'agissait de déterminer la *valeur vénale* qu'avaient, à la fin de l'année 1951, des actions qui, comme en l'espèce, avaient été acquises successivement au cours des quarante années qui avaient précédé l'expertise, il est clair que le prix auquel elles avaient été acquises pouvait, pour de multiples raisons, différer grandement de leur valeur actuelle. D'abord le prix payé à l'origine pouvait avoir, à l'époque, été spécialement bas ou, au contraire, spécialement excessif; ensuite, la valeur intrinsèque des actions pouvait avoir augmenté ou diminué au gré du développement de l'entreprise qu'elles représentaient. Enfin, et surtout, si l'on basait l'évaluation sur le prix *nominal* d'acquisition en une monnaie déterminée, la signification réelle de ce prix devait dépendre, essentiellement, de la dépréciation plus ou moins grande subie par cette monnaie depuis le jour de l'acquisition. Un exemple le fera aisément comprendre : quelle est la justification que peut fournir, au sujet de la valeur vénale actuelle d'un immeuble, la circonstance *qu'en 1911, il a été acquis pour 40.000 francs?*

(1) Cette étude, qui a pour auteur M. Luis Redonet Maura, directeur de Unidad Eléctrica, S.A., a paru dans la *Revista de Ciencia Aplicada* (janvier-février 1954). Il en est fait plus ample mention dans l'annexe n° 40 à la *Réplique*.

(2) En fin de son rapport (*A.C.M.*, n° 161, doc. I, vol. VIII, p. 390), l'expert tente de s'en justifier. Les « raisons » qu'il invoque à cette fin ne sont que de mauvais prétextes, ainsi qu'il est démontré en annexe (*A.R.*, n° 40).

. Il en était de même pour les obligations et créances : leur valeur, en 1951, dépendait essentiellement de la monnaie dans laquelle elles avaient été libellées, comme aussi de leur date d'échéance et de leur taux d'intérêt, sans parler, bien entendu, de la solvabilité du débiteur.

Pour que l'évaluation par rapport au prix de revient donnât des résultats approximativement valables, il eût donc fallu, au minimum, que l'expert tînt compte de la dépréciation des monnaies au cours des années et, spécialement, de celle, particulièrement forte, qui avait affecté la peseta. A cette fin, l'expert eût dû déterminer ce prix de revient dans la monnaie qui était restée la plus stable au cours des quarante dernières années, c'est-à-dire en dollars. Pour ce faire, il lui suffisait de convertir en dollars, au cours du jour de chacune des acquisitions, les prix payés en diverses monnaies par Barcelona Traction pour acquérir ses participations et créances. Eût-il procédé de la sorte, qu'il fût arrivé à un montant comparable à celui qui apparaissait au *bilan officiel de la Barcelona Traction au 31 décembre 1946*. En effet, dans ce document, que l'expert pouvait aisément consulter, les actions, obligations et créances qu'il avait pour mission d'évaluer, étaient précisément reprises, à leur prix de revient net (*at net cost*) en dollars canadiens. Elles y figuraient pour 103.390.000 \$ can. Le fait que cette valeur ne fût inférieure que de quelque 10 % seulement à celle de 116.000.000 de dollars obtenue à partir de l'évaluation directe des installations de l'entreprise, était dû, pour une part importante, à la circonstance que les comptes de la Barcelona Traction étaient tenus en dollars, c'est-à-dire dans la monnaie restée la plus stable.

Or, l'expert a délibérément ignoré les indications que lui fournissait le bilan officiel de la Barcelona Traction au sujet du « prix de revient net » des biens de cette société. Il attribua aux actions, obligations et créances de la Barcelona Traction une valeur de 4.100.000 £ (1) plus 468.000.000 de pesetas, qui, convertie en dollars au cours de fin 1951, représentait 23,5 millions de dollars, soit le cinquième environ de ce qu'indiquait le bilan.

(190) Il est évidemment impossible de suivre ici l'expert dans le dédale des calculs et raisonnements qui le conduisirent à ce résultat (2). Qu'il suffise d'indiquer que, plutôt que de suivre la méthode que l'on vient d'esquisser, il préféra reprendre à son compte une série d'estimations arbitraires, de déductions injustifiées, de conversions fantaisistes et autres jongleries dont l'auteur était M. Andany et qu'il puisa dans le rapport des membres espagnols de la Commission internationale d'expertise (3), sans s'arrêter au fait, cependant capital, que les membres anglais et canadien de cette Commission s'étaient catégoriquement refusés à suivre leurs collègues espagnols dans leurs manipulations.

Or, précisément, le résultat auquel les experts anglais et canadien sont arrivés, s'il n'est pas exactement comparable à celui obtenu par M. Soronellas, vu la nature diffé-

(1) Plus loin dans son rapport, l'expert convertit ce chiffre en pesetas sur la base d'un cours de 70 pesetas par livre, qu'il déclara applicable aux « opérations financières » et qui était la moyenne entre le cours officiel — purement nominal — de 30 pesetas par £ en 1951 et le cours du marché libre de 110 pesetas par £ à la même époque. En fait, comme il est montré en annexe, le seul cours applicable en 1951 pour les opérations financières était celui prévalant sur le marché libre, c'est-à-dire le cours de 110 pesetas par £.

(2) Ainsi qu'il a été annoncé ci-dessus, les principales erreurs qu'il commet sont exposées dans l'annexe n° 40.

(3) Le rôle joué par M. Andany dans la Commission internationale d'expertise a été souligné ci-dessus (*supra*, n° 164).

rente de leur mission respective (1), fournit à tout le moins un point de repère permettant de se rendre compte de l'étendue des erreurs dans lesquelles ce dernier a versé. L'intérêt qu'il y a à rapprocher leur conclusion de celle à laquelle M. Soronellas a abouti par application de sa première méthode, réside dans le fait que les experts anglais et canadien, chargés de déterminer l'investissement net du groupe de la Barcelona Traction en Espagne, ont calculé les diverses entrées et sorties de fonds d'Espagne en convertissant en livres sterling le montant de celles-ci *au taux de change en vigueur au moment où chacune de ces opérations eut lieu*. Il s'ensuit donc que, suivant leur méthode, tout comme dans celle dite « du prix de revient », le résultat obtenu *ne tient aucun compte, comme les experts le reconnaissent eux-mêmes* (2), *de la dépréciation monétaire*, en l'espèce celle que la livre sterling elle-même a subie au cours des quarante années pendant lesquelles se sont déroulées les opérations analysées.

Malgré cette sous-évaluation inhérente à leur méthode, les experts anglais et canadien concluent à un montant d'investissements net en Espagne de 19.695.000 £, soit, traduites en dollars au cours de 2,80 en vigueur en 1951, quelque 55 millions de dollars (3).

(191) La deuxième méthode qu'utilisa M. Soronellas pour évaluer les biens se fonde, comme il l'annonce, sur la « comptabilité », c'est-à-dire, en fait, sur les « bilans » des sociétés filiales. Il la qualifia lui-même d'« évaluation réelle », et sans doute, dans la mesure où elle se fondait sur une « consolidation » des comptes des sociétés du groupe, elle pouvait faire découvrir la valeur de l'entreprise telle qu'elle apparaissait au travers de la comptabilité. Mais celle-ci, dans les mains de l'expert, agit à l'instar de ces verres qui donnent de l'objet une image à ce point rétrécie qu'elle est sans rapport avec la réalité.

Certes, c'est un procédé d'évaluation bien connu que de déterminer la valeur des actions d'une société en calculant l'actif net, toutes dettes déduites, tel qu'il se dégage des derniers bilans de la société émettrice. Une réserve, cependant, doit être faite, et elle est élémentaire dans tous les cas où les bilans d'une société sont établis dans une monnaie qui a subi une forte dépréciation : la valeur intrinsèque des actions ne peut en être dégagée que pour autant que les actifs, consistant en biens dont la valeur réelle ne se déprécie pas en même temps que la monnaie de compte (immeubles, participations, créances en monnaie étrangère, etc.), aient été « réévalués », c'est-à-dire que leur valeur ait été calculée, dans le bilan, à l'aide de cette unité plus petite qu'est la monnaie dévaluée.

(1) Les experts anglais et canadien étaient en effet chargés de calculer *l'investissement* du groupe, et non la *valeur* de l'entreprise. Mais il est évident que la valeur des éléments constituant le portefeuille de la Barcelona Traction est intimement liée aux investissements faits par celle-ci dans ses sociétés auxiliaires, et qu'en conséquence les chiffres auxquels les dits experts sont arrivés doivent, dans leur ordre de grandeur au moins, correspondre à ceux qu'aurait donnés une évaluation des biens menée correctement.

(2) « Le solde ci-dessus est le résultat d'un grand nombre de transactions qui ont eu lieu, durant les quarante dernières années, dans différentes monnaies, à des taux de change divers, et, comme il y a une nette tendance à l'inflation durant cette période dans presque tous les pays, avec comme résultat une dépréciation de la monnaie à la mesure des biens matériels, il faut s'attendre à ce que la valeur actuelle des biens matériels que comporte l'entreprise Barcelona en Espagne, soit notablement supérieure à la valeur pour laquelle ils sont portés dans les livres » (A.M., n° 168, vol. III, p. 653).

(3) Si l'on corrige l'incidence qu'ont eue sur ce chiffre les fluctuations de la livre sterling jusqu'en 1940 et la forte dévaluation de cette monnaie en septembre 1949, en convertissant en dollars les montants calculés en livres sterling par les experts au taux en vigueur au moment où les investissements ont été faits, soit au taux moyen de 4,86 \$ par £ pour la période antérieure à 1940, et au taux de 4,44 \$ par £ pour la période de 1940 à 1949, on arrive à un chiffre de 92,4 millions de dollars. On peut voir à l'annexe n° 40 comment, si l'on tient compte d'éléments que les experts anglais et canadien n'avaient pas, de leur propre aveu, inclus dans leurs calculs, la valeur des investissements est portée à quelque 109 millions de dollars, soit 6 millions de plus que le montant figurant au bilan de la Barcelona Traction.

Dans beaucoup de pays dont l'unité monétaire s'est fortement dépréciée, le législateur a reconnu la nécessité d'une telle réévaluation. Pour encourager les sociétés à y procéder, il a, sous certaines conditions et dans certaines limites, exonéré d'impôt les plus-values purement nominales que cette opération comptable fait nécessairement apparaître. L'Espagne ne figure pas parmi ces pays, ce qui explique pourquoi les comptabilités tenues en Espagne ne procèdent pas à une réévaluation des biens qui tiennent compte de la dépréciation de la monnaie espagnole; elles exposeraient, sinon, les entreprises qui les tiennent à une véritable perte de substance, puisque celles-ci seraient imposées, non sur des bénéfices réels, mais sur des plus-values purement nominales, c'est-à-dire, pratiquement, sur leur capital.

(192) Or, encore une fois, qu'a fait M. Soronellas?

« Les bilans de toutes ces sociétés — explique-t-il — et partant leur comptabilité, sont formés et régis par Barcelona Traction en sa qualité d'actionnaire unique. Les valeurs qui figurent dans ces documents sont celles-là mêmes que la propre Barcelona Traction attribua aux biens et droits qui font partie des patrimoines respectifs, en établissant et en approuvant les inventaires annuels exigés par le Code du commerce espagnol » (*A.C.M., eod. loc.*, pp. 386 - 387).

Que devait-il en résulter? A s'en tenir au cas de la société canadienne Ebro, de loin la principale filiale exploitante de la Barcelona Traction, ses bilans étaient évidemment, et comme il se doit, établis en dollars canadiens, à Toronto, par son conseil d'administration (1) et sous le contrôle des *auditors* de la société, conformément à la loi.

Ce n'est cependant pas sur ces bilans que M. Soronellas se basa, mais sur ce qu'il qualifia de « dernier bilan officiel » au 31 décembre 1950, et qui n'était autre que le bilan établi à cette date par le pseudo-conseil de l'Ebro, entre-temps hispanisée, et approuvé en « assemblée générale » par les syndics agissant comme « représentants légaux » de la Barcelona Traction.

Or, ce bilan était basé sur les comptes tenus à Barcelone, année par année, par la succursale de l'Ebro et qui étaient, eux, comme il était normal, libellés en pesetas. Pour les raisons ci-dessus indiquées (2), les éléments d'actif et de passif y étaient demeurés inscrits pour le montant nominal auquel ils étaient entrés, au cours des temps, dans la comptabilité de Barcelone.

Ce montant *nominal* n'avait plus la moindre relation avec la valeur réelle. En effet, la peseta s'était à ce point dépréciée par rapport au dollar que, de 5 pesetas par dollar en 1911, son cours était tombé à 39 pesetas environ par dollar en 1950-1951, c'est-à-dire à l'époque où M. Soronellas établissait son évaluation.

(1) Ce sont ces bilans officiels qui étaient d'ailleurs, depuis 1922, obligatoirement soumis à l'administration fiscale espagnole, aux fins de la taxation de cette société en Espagne.

(2) Il est piquant de constater que M. Soronellas écarte lui-même la possibilité d'une réévaluation dans les termes suivants :

« ... parce que pour toute revalorisation qui pourrait se traduire dans une augmentation substantielle des valeurs qui apparaissent dans la comptabilité, il faudrait prendre en considération les prétentions fiscales correspondantes qui, en raison de leur importance et des moyens financiers extraordinaires nécessaires pour les satisfaire, rendraient l'opération impraticable. » (*Ibid.*, p. 391).

S'il s'était basé sur le bilan de l'Ebro en dollars, la question de la réévaluation ne se serait pas posée, vu la relative stabilité du dollar.

En l'absence de toute réévaluation tenant compte de cette dévalorisation profonde de la peseta, les valeurs exprimées au bilan en pesetas perdaient évidemment toute espèce de signification, et l'évaluation faite par M. Soronellas sur cette base ne pouvait aboutir qu'à des résultats sans rapport aucun avec la valeur réelle de l'entreprise. En fait, il conclut à une valeur de 711 millions de pesetas pour l'ensemble de l'entreprise, soit, au cours du marché libre de la peseta en 1951, 18 millions de dollars, c'est-à-dire, cette fois, le septième environ de sa valeur réelle.

(193) Avant d'en arriver à son « évaluation finale des effets », M. Soronellas utilisa une troisième méthode. Il confronta les « valeurs » auxquelles il avait abouti par application des deux premières méthodes qui viennent d'être décrites, avec les résultats obtenus en suivant une troisième, dite de la « rentabilité des biens ».

Le procédé peut être admis, à condition, encore une fois, de l'appliquer correctement.

C'est ce que ne fit pas M. Soronellas. Pour calculer la rentabilité de l'entreprise, il se basa sur le bénéfice moyen réalisé, en pesetas, par les sociétés exploitantes pendant les dix dernières années, soit de 1941 à 1950 (43 millions de pesetas), et aussi pendant les cinq dernières années, soit de 1946 à 1950 (44 millions de pesetas), et constatant que le dernier de ces chiffres représentait un rendement de 6,21 % par rapport aux 711 millions auxquels il avait calculé la valeur de l'entreprise selon sa dernière méthode, il en conclut que cette valeur correspondait « pratiquement au rendement actuel de l'entreprise ».

Il commettait ainsi une double erreur.

(194) D'abord, les revenus sur lesquels l'expert se fondait étaient, depuis de nombreuses années, *anormalement bas*. En effet, en dépit de la dépréciation progressive du pouvoir d'achat de la peseta et de l'augmentation des prix intérieurs et des frais d'exploitation qui en étaient résultée, les tarifs d'électricité accordés par les autorités étaient demeurés substantiellement inchangés depuis 1936.

En 1948, la situation de l'industrie électrique en Espagne était devenue des plus critique, non seulement à cause de l'accélération de la hausse des prix intérieurs, mais aussi parce que les entreprises qui, pour importer du matériel étranger, devaient acheter des devises, se voyaient imposer des « surcharges » de plus en plus lourdes, par rapport au cours officiel, ce qui annonçait une dévaluation prochaine de la monnaie.

Aussi fut-ce un véritable cri d'alarme que lança, dans son rapport annuel publié pour l'exercice 1947, la Hidroeléctrica Española, l'une des trois plus importantes sociétés d'électricité d'Espagne :

« Nous ne pouvons cacher la grande inquiétude que nous causent, non seulement l'augmentation des frais généraux, mais aussi la mise en service de nouveaux éléments de production, transport et distribution, qui requièrent des investissements extraordinairement élevés, dont la rentabilité n'est pas assurée par les tarifs actuels. Pour cette raison, le réajustement de ceux-ci est chaque jour plus nécessaire afin de les mettre en rapport avec les index actuels de coût; car c'est seulement ainsi qu'on pourra obtenir les ressources indispensables à l'exécution des vastes programmes d'extensions et offrir aux capitaux investis une rémunération adéquate, tout en dotant à suffisance les fonds de renouvellement et de remplacement des installations existantes. Il est notoire en effet que les sommes qui sont destinées à ces fins sont tout à fait insuffisantes et qu'en général l'industrie électrique, en ces dernières années, a consommé sa substance d'une manière alarmante ».

Dès 1944, d'ailleurs, l'Union des entreprises électriques d'Espagne (Unesa) avait amorcé des négociations avec le Gouvernement espagnol pour obtenir de celui-ci une augmentation des tarifs. Au moment où l'expert rédigeait son rapport, elles avaient abouti. En effet, dès le 12 janvier 1951, *soit dix mois avant que l'expert Soronellas ne signât son rapport*, un décret instaurait un nouveau régime de tarifs, qui, compte tenu des formules adoptées, devait nécessairement augmenter de manière substantielle les revenus des entreprises d'électricité lorsque les mesures d'application seraient édictées. C'est ainsi que Fecsa, constituée en 1951 par Juan March dans le but de participer à l'adjudication des biens de la Barcelona Traction et qui, en fait, exploitait l'entreprise depuis l'adjudication, vit très rapidement ses bénéfices, toutes charges déduites, augmenter de façon spectaculaire : 180 millions de pesetas en 1955, et; en 1956, 251 millions de pesetas, d'après les bilans officiellement publiés (1). Ces chiffres dépassaient de très loin les malheureux 44 millions de pesetas considérés par l'expert comme représentant la rentabilité normale de l'entreprise en Espagne.

(195) Si l'expert ne pouvait, au moment où il préparait son rapport, faire une prévision exacte de l'augmentation de bénéfices devant résulter des nouveaux tarifs, il pouvait raisonnablement partir du principe que le nouveau décret tendrait à restituer aux sociétés d'électricité une rentabilité suffisante pour leur permettre de trouver sur le marché les capitaux nécessaires au financement du développement, indispensable et incessant, de leurs installations.

Il est certain, dès lors, qu'en ne tenant aucun compte de l'incidence qu'allait nécessairement avoir dans un avenir très proche l'élévation des tarifs sur les revenus de l'affaire, l'expert a gravement faussé, dans un sens préjudiciable à l'entreprise, l'évaluation à laquelle il se livrait en prétendant la justifier par la rentabilité « actuelle » de celle-ci.

(196) De plus, et c'est sa seconde erreur grave, même dans son calcul de la rentabilité ainsi anormalement réduite de l'entreprise, l'expert n'a tenu aucun compte, une fois de plus, de la dépréciation de la peseta. Il a raisonné comme si la peseta de 1941 à 1947, dont le cours s'était maintenu aux environs de 10 pesetas par dollar, équivalait à la peseta de 1950-1951, dont le cours était de 39 pesetas par dollar.

La moyenne qu'il obtint à l'aide de revenus annuels exprimés en pesetas de valeur aussi différente est manifestement dépourvue de sens.

Eût-il pris, par exemple, la moyenne des revenus de l'entreprise au cours des années 1941-1946, laquelle, sur base des chiffres qu'il indique lui-même (*ibidem*, p. 392), s'élevait à quelque 42 millions de pesetas, et eût-il converti ces pesetas à leur cours de l'époque (10 pesetas par dollar), qu'il eût abouti à un revenu de 4,2 millions de dollars, ce qui, au taux de capitalisation de 6,21 % admis par lui, aurait donné à l'entreprise une valeur de 67 millions de dollars.

Or, il convient de le répéter, ces 67 millions de dollars correspondaient à des revenus anormalement bas, à raison de la nette insuffisance de tarifs qui n'avaient pas été modifiés substantiellement depuis 1936.

(1) Il est évident que cette augmentation spectaculaire des bénéfices, ne pouvait être due, vu le court laps de temps écoulé depuis la prise de contrôle de Fecsa, à la mise en service d'installations nouvelles financées par l'apport éventuel d'argent frais.

S'il avait pris comme point de comparaison le revenu annuel tel que déterminé pour l'année 1935, dernière année précédant la guerre civile, il serait arrivé, en capitalisant toujours au même taux de 6,21 %, à un chiffre de 100 millions de dollars (1).

Force est, dès lors, de conclure que la méthode de la rentabilité, telle que l'expert Soronellas l'a appliquée, n'avait d'autre but que de lui procurer une apparente confirmation des estimations absurdes auxquelles il s'était livré par les deux autres méthodes.

(197) L'arbitraire avec lequel l'expert procéda tout au long de son expertise apparaît dans toute sa lumière dans la partie consacrée à l'évaluation des charges grevant les biens mis en vente (2).

L'expert constatait dans son rapport que le montant des obligations à charge de la Barcelona Traction s'élevait à 9.592.000 £, plus 46 millions de pesetas en chiffres ronds. Même si l'on accepte ces montants comme exacts, ce qui est à première vue incompréhensible, c'est qu'alors que l'expert avait évalué en pesetas *tous les actifs*, il omit d'évaluer en pesetas le passif en livres sterling, ce qui l'empêcha d'ailleurs d'énoncer, en un chiffre précis, la valeur attribuée par lui au portefeuille de la Barcelona Traction. Il se borna à dire que l'excédent de l'actif sur le passif

*... est inexistant, et ce d'autant plus qu'il faut tenir compte des diminutions possibles en raison des responsabilités pendantes.

Il en résulte donc que la valeur attribuable aux effets de commerce doit être considérée comme insuffisante pour couvrir le total des charges représentées par les dites obligations. * (*Ibidem*, p. 394) (3).

L'omission de l'expert s'explique parfaitement, par contre, quand on sait que — comme le Gouvernement belge le démontre par ailleurs (*infra*, n° 755 et suiv.) — les dettes en devises du failli devaient *obligatoirement* être converties en monnaie nationale *au cours du change en vigueur au moment de la déclaration de faillite*.

Or, l'application du cours de 45 pesetas par £, en vigueur au 12 février 1948, aurait obligé d'évaluer tout le passif de la Barcelona Traction à une somme de quelque 477 millions de pesetas (*M.*, I, n° 212, p. 97). En soustrayant celle-ci du montant en pesetas de l'actif — même pris pour le chiffre ridiculement bas auquel l'expert l'avait « calculé » — l'évaluation finale fût devenue largement positive.

(1) Ce chiffre, exprimé en dollars de 1935, ne tient par ailleurs aucun compte des importants investissements (plus de 20 millions de dollars) réalisés par le groupe depuis la fin de la guerre civile et que les nouveaux tarifs appliqués en 1953 allaient enfin permettre de rémunérer.

(2) Il n'est évidemment pas usuel de voir un expert évaluer des biens en tenant compte des charges qui les grèvent. Ce faisant, l'expert ne faisait cependant qu'exécuter le mandat reçu du commissaire (*ibidem*, p. 376). De fait, la communication adressée le 13 octobre 1951 par le commissaire au juge spécial pour lui proposer la désignation de l'expert Soronellas, précisait que l'expert aurait à procéder à son étude « en prenant en considération préalablement les charges qui pèsent sur les biens ». Cette proposition fut approuvée par le juge par ordonnance du 15 octobre 1951 (*A.C.M.*, n° 154 et 155, vol. VIII, pp. 340 et 341). Il s'agissait, en réalité, de l'amorce de la manœuvre du groupe Juan March qui consistait à vendre les biens grevés de leurs charges et dont l'illégalité est dénoncée par ailleurs (voir *infra*, n° 750 et suiv.).

(3) Pour arriver à cette conclusion, l'expert avait dû, implicitement, convertir les quelque 9.500.000 £ d'obligations à un taux voisin de 70 pesetas par livre, taux qui, en 1951, n'avait plus la moindre signification pour des opérations financières, comme il a été dit plus haut (*supra*, p. 113, note 1).

(198) Les considérations qui précèdent, en même temps qu'elles justifient pleinement les critiques sévères que le *Mémoire* avait adressées au rapport de M. Soronellas, permettent de conclure qu'il est impossible de suivre le Gouvernement espagnol lorsqu'à des reproches aussi précis et aussi mérités, il se borne à répondre que l'expert aurait appliqué « les méthodes et les critères normaux en la matière ».

c) *Le cahier des charges de la vente.*

(199) Ce document, dont la reproduction, avec le bref commentaire introductif des syndics, n'occupe pas moins de vingt pages des annexes au *Mémoire* belge (vol. IV, pp. 767 à 787), peut sans doute être qualifié de pièce unique dans les annales du droit de la faillite.

Le *Contre-Mémoire*, qui fait si volontiers un large appel au droit comparé quand le droit national ne fournit aucune base à ses thèses, n'a pu, sur ce point, découvrir le moindre précédent dans un pays quelconque.

Aussi extraordinaire qu'il fût, ce document, présenté par les syndics le 20 novembre 1951, fut approuvé par le commissaire le 21 novembre et par le juge spécial (1) le 22. Le *Mémoire* (n° 215, p. 98) avait vu dans l'exceptionnelle rapidité avec laquelle un document de ce volume, de cette complexité et — pourrait-on ajouter — de cette « originalité », avait été approuvé, une nouvelle preuve « du contact continu existant entre le groupe March, les organes de la faillite et les autorités judiciaires chargées de contrôler la régularité des opérations ».

A ce grief, cependant grave, le *Contre-Mémoire* ne répond pas un mot (2).

(200) Le Gouvernement belge a démontré dans son *Mémoire* (nos 215 à 225, pp. 97 à 101) que la plupart des dispositions du cahier des charges avaient été conçues, le plus souvent en violation de la loi espagnole, en vue de s'adapter exactement aux possibilités et convenances du groupe March et de réserver, en fait, à lui seul, la possibilité de se porter adjudicataire. Il va de soi qu'un cahier des charges élaboré dans un tel esprit constitue en soi, au premier chef, une manœuvre condamnable.

Les arguments présentés par le *Contre-Mémoire* pour réfuter les griefs particuliers d'illégalité seront rencontrés dans la deuxième partie de la présente *Réplique* (*infra*, n° 739 et suiv.).

Quant à la finalité dolosive des principales conditions, les dénégations formulées à ce sujet dans le *Contre-Mémoire* ne tiennent pas devant l'évidence des faits.

(201) Ainsi, la deuxième condition commence par énoncer la mise à prix arrêtée par le commissaire sur base du rapport de l'expert Soronellas, et de ce chef déjà, elle

(1) Il s'agit bien entendu du juge spécial n° 2, entré en fonctions le 4 août 1951 (*M.*, n° 183, p. 84).

(2) Au n° 263 du Chapitre III, IV, p. 414, il est signalé que les syndics ont présenté le cahier des charges au commissaire le 20 novembre 1951, mais le *Contre-Mémoire* omet toute référence à son approbation dans les 48 heures par commissaire et juge... Le même silence est observé sur ce point au n° 181 et ss. du Chapitre IV (pp. 536 et ss.).

prête le flanc aux critiques émises contre ce rapport. Mais elle ne se borne pas à cela, elle s'aggrave d'une clause extraordinaire, qui ouvre la porte à d'éventuelles majorations, en mettant à charge de l'acquéreur

« Tous autres droits des dites obligations, droits que les syndics ont le pouvoir de reconnaître, déterminer et déclarer effectifs ».

Le *Mémoire* (I, n° 217, p. 99) avait signalé le caractère redoutable de cette addition qui, d'une part, faisait dépendre les sommes à régler aux obligataires du bon vouloir des syndics, et, d'autre part, donnait à la stipulation du prix un caractère incertain. Comme Juan March et son groupe possédaient environ 80 % des obligations, il en résultait des risques considérables pour tout adjudicataire qui n'aurait pas réussi à s'assurer la bienveillance des syndics, élus par les votes du groupe March.

Dans sa réponse, le *Contre-Mémoire* (IV, n° 266, pp. 415 et 416) commence par éluder le problème. Il se borne à soutenir que si le prix se compose d'une quantité exacte — 10.000.000 de pesetas — et de l'obligation d'acquitter diverses charges qui peuvent être évaluées mathématiquement, il doit être considéré comme certain.

L'insuffisance de cette réponse saute aux yeux. Car si, effectivement, le prix était, en partie, déterminé et, en partie, mathématiquement déterminable, on peut légitimement s'interroger sur la portée de la mention également faite dans le cahier des charges, de « tous autres droits » et du pouvoir réservé aux syndics « de reconnaître, déterminer et déclarer effectifs » les dits droits. Sur ce point, le *Contre-Mémoire* tente de fournir une réponse, mais ailleurs.

Cinq paragraphes plus loin (n° 271, p. 419), en effet, il revient sur la question. Cette fois, c'est pour affirmer que les syndics n'ayant, par le paragraphe précité de la 2^e condition, que le pouvoir de déterminer les droits attachés aux obligations, « ils ne pouvaient donc créer arbitrairement des droits nouveaux non rattachés aux titres et non mentionnés dans le texte de ceux-ci ». Et d'ajouter, à l'alinéa suivant, que, pour permettre à l'adjudicataire de « déterminer exactement » ce qu'il devra payer, une autre clause du cahier des charges prévoit qu'il pourra consulter « les documents relatifs à l'émission des dites obligations ainsi que les consultations et études faites sur les différents points particuliers » (*ibidem*).

On est loin de « l'évaluation mathématique » dont excipe le *Contre-Mémoire* au n° 266. C'est lui-même qui, au n° 271, est obligé de reconnaître que pour « déterminer exactement ce qu'il devra payer », il n'aurait pas suffi à l'adjudicataire de procéder à une simple évaluation qui aurait pu être faite « avec une exactitude mathématique », ni de lire les titres d'obligations pour connaître les droits « mentionnés dans le texte de ceux-ci », ni même de prendre connaissance des quelques centaines de pages que comportaient les divers *Trust Deeds* régissant les obligations de la Barcelona Traction. Il lui aurait encore fallu examiner « les consultations et études » qui étaient mises à sa disposition. Et si ces textes prêtaient à une interprétation plus ou moins extensive des droits attachés aux obligations, le futur acquéreur était tenu d'accepter l'interprétation souveraine qu'il plairait aux syndics de leur donner, et sans qu'il appartienne aux tribunaux, contrairement à ce que soutient le *Contre-Mémoire*, d'y substituer la leur.

Il ne s'agissait pas là d'un risque théorique. Un exemple le démontrera. Le *Contre-Mémoire* affirme (n° 228, p. 119) que les porteurs d'obligations en £ de la Barcelona Traction pouvaient réclamer les intérêts des intérêts arriérés. Or, ce droit « attaché à l'obligation », la société de Juan March, Fecsa, n'a pas eu à le payer. Mais que se serait-il passé si les biens avaient été adjugés à une autre personne que Juan March? Les syndics n'auraient-ils pas exigé le règlement de cette charge supplémentaire? Cet exemple vécu — mais il pouvait y en avoir d'autres — démontre combien le prix à payer finalement par l'adjudicataire pouvait dépendre, et a, en fait, dépendu, du bon vouloir des syndics.

(202) La troisième condition imposait à l'acquéreur de rembourser au pair les obligations de la Barcelona Traction dans la monnaie du contrat, c'est-à-dire en devises étrangères à concurrence de 9,5 millions de livres environ.

C'était, juridiquement, une clause illégale, ainsi qu'il sera démontré ci-après (*infra*, n° 750 et suiv.).

Elle était, par ailleurs — et c'est ce qui l'explique — de nature à décourager tout autre enchérisseur que Juan March. Le *Contre-Mémoire* le conteste, qualifiant aimablement d'« absurde » une telle appréciation. Il n'est pas difficile, cependant, de justifier son bien-fondé.

Les autorités espagnoles (*infra*, n° 365) avaient officiellement refusé de reconnaître comme pesant sur l'économie espagnole les dettes en livres émises par la Barcelona Traction. Il en résultait que toute personne résidant en Espagne, qui aurait sollicité des autorisations de transfert pour assurer le remboursement de ces dettes, se serait nécessairement heurtée à un refus. Quant aux Espagnols résidant à l'étranger ou aux étrangers, ils auraient pu, s'ils avaient été propriétaires des devises indispensables, en disposer pour acquérir, moyennant autorisation de l'Institut espagnol de Change, les biens offerts en vente. Mais qui, parmi eux, aurait été assez téméraire pour investir le minimum nécessaire de 9,5 millions de livres alors que : 1° — la vente se heurtait à des obstacles juridiques à ce point considérables qu'il a fallu toute l'influence dont jouissait Juan March en Espagne pour en venir à bout et pour empêcher qu'elle ne fut ultérieurement annulée, vu les vices fondamentaux qui l'affectaient; 2° — la vente avait pour objet des biens dont il est maintenant acquis que le Gouvernement espagnol voulait à tout prix l'hispanisation; 3° — les difficultés causées par les autorités espagnoles à la Barcelona Traction préfiguraient celles qu'aurait eu à subir tout acquéreur autre que Juan March, qui aurait voulu se substituer à elle.

(203) La sixième condition imposait à tout enchérisseur la remise préalable d'une garantie d'un million de pesetas et d'un million de dollars — et prévoyait que ces garanties seraient confisquées si l'enchérisseur, déclaré adjudicataire, n'exécutait pas ses obligations dans le délai stipulé, ce qui eût pu facilement se produire s'il n'avait pas obtenu, en temps utile, des autorités espagnoles, les autorisations requises. Le *Mémoire* a précisé (I, n° 220, p. 100) la menace que faisait planer cette clause sur tout enchérisseur autre que Juan March, lequel pouvait compter sur l'appui des autorités espagnoles (*infra*, n° 782). Le *Contre-Mémoire* ne fait pas la moindre allusion à cette clause.

(204) La septième condition imposait à l'acquéreur une renonciation expresse à toute garantie contre l'éviction et les vices cachés. Comme l'a relevé le *Mémoire* (I, n° 221, p. 100), seul le groupe March, responsable de toute la procédure de la faillite et inspirateur des décisions judiciaires frappées de multiples recours, était en mesure de souscrire à une pareille renonciation, car elle n'aggravait en rien la situation de fait qu'il s'était ainsi acquise.

La réponse du *Contre-Mémoire* sur ce point (*C.M.*, IV, n° 270, p. 419) est dénuée de toute pertinence. Il commence par contester qu'il s'agisse d'une condition « tombée en désuétude en droit espagnol ». Bien en vain, puisque tel n'est pas le grief du Gouvernement belge. Il ajoute ensuite que la clause a été prévue dans l'intérêt des créanciers « et non pas... de l'éventuel adjudicataire ». Encore une fois, c'est répondre à côté de la question. Le Gouvernement belge n'a jamais soutenu la thèse, d'ailleurs absurde, que la renonciation à tout recours en cas d'éviction ou de vice caché serait stipulée dans l'intérêt de l'acheteur.

C'est le contraire qui est vrai : la clause est en principe défavorable pour l'acheteur. Mais elle pouvait être indifférente au groupe March, et à lui seul, pour le motif rappelé ci-dessus. A cette observation, le Gouvernement espagnol ne répond rien.

(205) Le *Mémoire* avait également critiqué (n° 219, p. 99) la condition insérée dans la 3^e clause qui excluait du paiement, par l'adjudicataire, les obligations dont les porteurs en auraient ainsi convenu avec lui dans les 90 jours.

Cette faculté, à tous égards extraordinaire, donnait à Juan March, ainsi qu'il a été signalé dans le *Mémoire* (n° 251, page 111), la possibilité de ne pas éteindre les obligations. Elle lui permettait de se réserver ainsi une arme précieuse dans l'hypothèse, qui, malheureusement, ne devait pas se réaliser, où les mesures prises contre Barcelona Traction auraient été annulées par les tribunaux espagnols.

Le *Mémoire* (*ibidem*) s'interrogeait, par ailleurs, sur le sort exact qui avait été fait à ces obligations dont 83,4 % (*M.*, n° 230, p. 103) avait fait effectivement l'objet de conventions particulières avec l'adjudicataire.

Le *Contre-Mémoire* reste muet sur toutes ces questions. Mais l'importance qu'à toute évidence, la clause en question présentait pour Juan March, et pour Juan March seul, amène le *Contre-Mémoire* (n° 272, p. 420) à une reconnaissance inattendue dont le Gouvernement belge tient à souligner l'importance : il admet explicitement qu'il se peut que les syndics, sachant que le groupe March possédait un grand nombre d'obligations à rembourser, aient été incités par cette circonstance à insérer la clause en question, qui avait évidemment pour effet de faciliter considérablement à ce groupe l'exécution du cahier des charges. Bien plus, il fait l'aveu — combien révélateur ! — que « dans le cadre de la procédure de faillite », c'étaient en réalité « deux groupes » qui « s'affrontaient ». C'est précisément ce que dénonce le Gouvernement belge : l'utilisation, par un groupe privé, de la procédure de la faillite pour déposséder un groupe adverse, et ce, avec le concours complaisant des autorités espagnoles.

La sincérité du *Contre-Mémoire* (n° 272, p. 420) ne laisse pas, d'ailleurs, d'être embarrassée ; selon lui, la clause aurait été totalement superflue, mais non point illégale.

Or, elle était illégale et contraire aux règles les plus élémentaires du droit espagnol de la faillite : on le démontrera ci-après (*infra*, n° 768 et suiv.).

Et elle n'était pas « superflue », puisque astucieusement adaptée, du propre aveu du *Contre-Mémoire*, aux convenances particulières du groupe March. En sorte qu'il était de l'intérêt de ce dernier de la faire couvrir, comme les multiples autres clauses douloureuses du cahier des charges, par l'autorité de justice. C'est ce qu'il fit, et c'est ce que, une nouvelle fois, il obtint.

(206) Le Gouvernement espagnol croit pouvoir minimiser l'aveu auquel, à défaut d'autre explication plausible, il s'est trouvé acculé, en montant en épingle, d'abord, la faculté que le cahier des charges réservait à la Barcelona Traction de désigner un tiers pour se substituer au meilleur enchérisseur, et, ensuite, l'option offerte, à grand renfort de publicité (1), après l'adjudication, par Fecsa à Sidro.

Le Gouvernement espagnol reproche au *Mémoire* d'avoir qualifié ces options de « suprême hypocrisie », alors qu'elles constitueraient, selon lui, une preuve de l'objectivité des syndics, qui auraient ainsi « tenu dûment compte de l'existence de l'autre force économique qui pouvait être intéressée à la vente aux enchères » (*C.M.*, n° 273, pp. 420 et 421).

(207) Que la faculté offerte à la Barcelona Traction par le cahier des charges fut une véritable dérision, est une évidence.

Les syndics s'étaient rendu compte qu'ouvrir une option à la société faillie *elle-même* eût été une absurdité juridique. Aussi lui offraient-ils de désigner *un tiers* qui se substituerait à l'adjudicataire.

La formule imaginée n'était qu'un piège grossier. Il n'eût guère été possible à la Barcelona Traction de trouver, dans les neuf jours, un tiers qui se substituât à elle. Eût-elle même trouvé un tiers qui aurait accepté de faire l'opération pour son propre compte, de toute manière, en le désignant, la Barcelona Traction aurait, du même coup, ratifié tout le tissu d'illégalités dont le cahier des charges était l'aboutissement (2). D'autre part, elle aurait par là permis à *un tiers* de réaliser à son propre profit une opération illégale qui aurait consacré le dépouillement total de ses actionnaires.

(1) Elle avait en effet été publiée immédiatement dans les journaux de nombreux pays.

(2) Il est piquant de noter que le *Contre-Mémoire*, qui soutient avec insistance par ailleurs que la Barcelona Traction s'est soumise volontairement à la juridiction des tribunaux espagnols, par le seul fait que dans son acte de comparution à la faillite elle a demandé que le jugement de faillite lui soit notifié, alors que *dans le même acte* la Barcelona Traction indiquait qu'elle fondait en premier lieu son opposition sur l'incompétence des tribunaux espagnols, se montre ici, parce que cela convient à ses thèses, singulièrement peu pointilleux.

Il n'hésite pas à prétendre qu'en se prévalant elle-même d'une clause du cahier des charges, la Barcelona Traction n'aurait en aucune manière reconnu la validité de celui-ci et partant de la procédure illégale dont il était le produit, à commencer par la création des faux titres que l'on offrait en vente.

Le Gouvernement espagnol, qui se borne d'ailleurs encore une fois à une simple affirmation, semble avoir oublié le vieil adage *Protestatio actui contraria non valet*.

Pour éviter ce dernier écueil, la Barcelona Traction ne pouvait désigner qu'un seul tiers : l'ensemble de ses actionnaires eux-mêmes. Comment, en neuf jours, les réunir et obtenir d'eux qu'ils prennent une décision qui, à tous égards, méritait réflexions et études ?

(208) Juan March avait si bien compris que l'option offerte à la Barcelona Traction par le cahier des charges apparaîtrait comme une plaisanterie de mauvais goût qu'il se crut obligé, après l'adjudication, d'offrir, au nom de Fecsa, une option apparemment analogue à Sidro elle-même, principal actionnaire de la Barcelona Traction, qui agirait « dans l'intérêt de tous les actionnaires de Barcelona Traction ». Ce fut l'objet du télégramme que Fecsa adressa à Sidro le 4 janvier 1952, et auquel Juan March assura aussitôt la plus large diffusion dans la presse (*A.M.*, n° 214, vol. IV, p. 822).

Sidro a clairement indiqué dans sa lettre à Fecsa du 23 janvier 1952 (*A.M.*, n° 215, vol. IV, p. 823) les raisons péremptoires, et d'ailleurs évidentes, qui l'empêchaient de songer un seul instant à accepter l'« offre » qui lui était faite, l'eût-elle même considérée — *quod non* — comme sérieuse et sincère. Le *Contre-Mémoire* a été incapable d'y opposer quelque argument valable. Le Gouvernement belge n'y reviendra donc pas. Il s'était borné à relever dans le *Mémoire* (I, n° 229, p. 102) toute l'ironie qui s'attachait à cette « offre » de Fecsa. Que cette manœuvre eût mérité, elle aussi, d'être taxée de « suprême hypocrisie », résulte des termes très particuliers dans lesquels l'offre de Fecsa était libellée et qu'il n'appartenait évidemment pas à Sidro de relever, car elle avait d'autres raisons, et de meilleures, pour justifier son refus. S'il en est fait une brève mention ci-dessous, c'est parce que ces termes révèlent, une fois de plus, avec quel soin et quelles précautions la manœuvre du groupe Juan March fut menée.

D'abord, le télégramme était rédigé de la manière la plus ambiguë. D'une part, Fecsa était « *disposée à prendre en considération une proposition de Sidro* dans le sens de lui céder... tous ses droits et obligations » résultant de la vente aux enchères. Était-ce là vraiment une offre ferme ? Sidro était invitée à prendre les devants, à faire une « proposition ». Mais celle-ci, une fois « prise en considération », eût-elle été finalement accueillie ? D'autre part, Sidro devait s'acquitter de toutes les obligations prévues au cahier des charges « à l'entière satisfaction » non pas des syndics, mais de... Fecsa, et elle disposait à cet effet non pas du délai de trois mois prévu par le cahier des charges, mais du tiers à peine.

Il est clair que, par ces diverses clauses, Juan March avait pris la précaution de faire en sorte que, dans l'hypothèse invraisemblable où Sidro eût accepté, Fecsa ne fût pas liée et que, de toute manière, Sidro se fût trouvée dans l'impossibilité d'exécuter ponctuellement les obligations qu'elle devait prendre à sa charge. Les précautions prises à cet égard par Juan March, par leur excès, se retournent contre lui. Qui veut trop prouver ne prouve rien ou prouve contre lui-même. Par cette offre anormale, Juan March révélait que, conscient de l'énormité de la spoliation perpétrée à son profit, il cherchait à la couvrir d'apparences équitables. Si ce qu'il avait acquis l'avait été à la suite d'une procédure régulière, pourquoi Juan March aurait-il été prêt à abandonner tout à coup les avantages qu'il avait poursuivis avec tant de persévérance pendant tant d'années ? Ce geste ultime de Fecsa n'est, en définitive, qu'un aveu.

(209) Tous les efforts du Gouvernement espagnol demeurent donc impuissants à justifier ce cahier des charges absolument extraordinaire. Il s'agissait, ni plus ni moins, de maquiller l'acte final qui assurerait le dépouillement de la Barcelona Traction et la réussite du plan de Juan March.

En approuvant, avec la précipitation que l'on a vue (*supra*, n° 199), ce document aussi insolite qu'illégal, le juge spécial a prêté aux auteurs du complot l'appui qui leur était indispensable.

d) *L'adjudication.*

(210) La vente du portefeuille de la Barcelona Traction à Fecsa était le but dernier poursuivi par Juan March, et toute la conduite des syndics et du commissaire (approuvée par le juge spécial) n'avait d'autres fins que de lui donner satisfaction. Les constatations qui précèdent en ont fourni la démonstration.

Le Gouvernement espagnol, suivant un procédé dont le *Contre-Mémoire* use volontiers, essaye néanmoins de faire croire que c'est la victime elle-même qui serait responsable du traitement inique qui lui a été infligé. A l'en croire, la vente serait devenue nécessaire par la faute de la Barcelona Traction : parce que celle-ci « n'a pas voulu payer ce qu'elle devait » (*C.M.*, IV, n°s 202 et 204, pp. 376 et 378); parce qu'elle n'aurait pas essayé de l'éviter « en concluant un concordat avec ses créanciers » (*C.M.*, n° 204, p. 377); parce que « la Barcelona Traction ne paya ni ne consigna en aucune monnaie la somme qu'elle devait à ses créanciers » (*C.M.*, n° 205, p. 378).

A ces prétextes forgés après coup, il est facile d'opposer : 1° — que ce sont les refus de devises qui ont empêché la Barcelona Traction de continuer le service de ses emprunts obligataires libellés en £ (*v. infra*, n°s 385 ss.), et que c'est précisément pour exploiter cette force majeure et s'emparer de l'entreprise que Juan March acquit les obligations de la Barcelona Traction à l'aide desquelles il fit mettre la société en faillite. L'aveu par Juan March lui-même du but qu'il poursuivait en achetant des obligations dont le service était suspendu, est relaté dans un document produit par le Gouvernement défendeur (*A.C.M.*, n° 8, vol. VI, p. 385, 5° alinéa), dont il sera abondamment question dans la deuxième partie de la présente *Réplique* (*infra*, n° 778); 2° — que l'on ne peut sérieusement reprocher à une société déclarée en faillite par un tribunal espagnol de ne pas avoir ensuite payé ses créanciers, puisque le *Contre-Mémoire* lui-même ne cesse de répéter que, par l'effet de la faillite, la société était dessaisie de tous ses biens; 3° — que la Barcelona Traction, contestant la légitimité de la procédure de faillite engagée en Espagne, n'aurait pu, sans se contredire, faire des propositions concordataires dans le cadre de cette même procédure; que, de toute manière, il était impossible de formuler de telles propositions tant que la première section de la procédure se trouvait suspendue par suite du déclinaoire Boter, suspension qui ne prit fin qu'en 1963; et qu'enfin il est pour le moins curieux de voir le Gouvernement espagnol reprocher à la Barcelona Traction de ne pas avoir fait de telles propositions, alors que, ainsi qu'il sera démontré ci-dessous (*infra*, n° 399 ss.), le plan d'arrangement que la société avait conclu avec ses obligataires avant d'être mise en faillite en Espagne n'a pas pu être exécuté par suite de l'opposition injustifiable qu'y manifestèrent les autorités espagnoles.

Ces tentatives d'explication ne peuvent donc, un seul instant, être prises en considération.

(211) En revanche, il est remarquable que le *Contre-Mémoire*, pourtant si volumineux, ne contienne aucune réponse ni aucune observation relative aux faits relatés par le *Mémoire* du Gouvernement belge aux n°s 228 à 232 (I, pp. 102 à 105), où sont rappelés

la date de la création de la société Fecsa (quelques semaines avant l'adjudication), le but spécifique de cette société (prendre part à l'adjudication des biens de la Barcelona Traction), sa qualité d'unique enchérisseur, l'extraordinaire aisance avec laquelle, dans les délais les plus brefs, elle réussit à satisfaire aux conditions multiples du cahier des charges et la circonstance, combien révélatrice, que 83,4 % des obligations de la Barcelona Traction ne furent pas remboursées, mais firent l'objet des fameuses conventions particulières prévues au cahier des charges. On y voit la confirmation éclatante que ce dernier avait été conçu à la convenance du seul groupe March et pour éliminer tous les autres amateurs.

SECTION V

LES CONSEQUENCES DES MESURES DENONCEES
ET LEUR CARACTERE IRREMEDIABLE

(212) L'exposé qui précède a retracé en détail l'agression dont le groupe de la Barcelona Traction a été la victime. Il a clairement fait apparaître aussi que, contrairement à ce que voudrait faire croire le *Contre-Mémoire*, les autorités judiciaires et administratives espagnoles ont apporté à Juan March le concours dont il avait besoin pour le réalisation de son plan (1). La réussite de ce dernier fut achevée par la livraison à la société Fecsa, le 17 juin 1952, des faux titres représentant prétendument le portefeuille de la Barcelona Traction. A ce moment, c'était Fecsa qui, en Espagne, prétendait occuper la place de la Barcelona Traction, en tant que société *holding*.

(213) Mais Juan March ne s'en est pas tenu là. Sachant fort bien que les victimes de ses agissements ne négligeraient aucun moyen ni aucun recours pour faire valoir leurs droits, et tout en comptant sur le concours et l'appui des tribunaux espagnols pour paralyser ces recours, il n'en a pas moins jugé utile et prudent de donner en quelque sorte un caractère définitif et irréversible à la spoliation dont il était le bénéficiaire.

Pour obtenir ce résultat, il a pris ou fait prendre, dès le lendemain de l'acquisition par Fecsa, au sujet des faux titres représentant le portefeuille de la Barcelona Traction, plusieurs séries de mesures. L'exposé détaillé de celles-ci a été fait dans le *Mémoire* (I, n° 251 et ss., pp. 111 et ss.; *A.M.*, vol. IV, n° 236, pp. 932 et ss.), et le Gouvernement belge se borne, sur ce point, à prier la Cour de bien vouloir s'y reporter.

Il en résulte que :

1) Toutes les sociétés du groupe de la Barcelona Traction dont Fecsa avait acquis les faux titres, furent déclarées dissoutes dans l'année qui suivit l'adjudication. Leurs biens furent transférés à d'autres sociétés, de statut espagnol, principalement à la Fecsa.

2) Tout en conservant une position dominante dans la Fecsa, Juan March a largement intéressé le public espagnol au capital de cette société, qui a été augmenté à plusieurs reprises. Les titres de la Fecsa ont finalement été admis à la cote des bourses de Barcelone et de Madrid (malgré l'opposition de la Commission de cette dernière bourse : voir, à cet égard, le *Mémoire*, n° 253 et 254, pp. 112 et 113).

(1) Il sera démontré ci-dessous (*infra*, n° 399 ss.) qu'avant même d'entamer la phase judiciaire de ce plan (par le dépôt de la requête en déclaration de faillite), Juan March avait reçu l'appui des autorités administratives espagnoles pour le «torpillage» du *Plan of compromise* offert aux créanciers et accepté par ceux-ci. Quant à la complaisance avec laquelle Fecsa et Juan March obtinrent les autorisations nécessaires à l'exécution du cahier des charges, voir *infra*, n° 779 ss.

Le patrimoine de toutes les sociétés auxiliaires a, de cette manière, été dispersé et transformé. Si l'on ajoute que les installations elles-mêmes ont subi de profondes modifications depuis 1952, les biens confisqués en fait à cette époque ne sont pratiquement plus identifiables aujourd'hui et il ne serait plus possible de reconstituer, pour les rendre à leurs propriétaires véritables, tels qu'ils existaient au jour de la déclaration de faillite, l'ensemble des installations et des biens en Espagne que représentait le portefeuille de la Barcelona Traction.

(214) Le groupe de la Barcelona Traction a ainsi perdu toute réalité concrète. Il n'existe plus que « sur le papier ». Certes, les anciennes sociétés auxiliaires n'ont pas été *valablement* dissoutes. L'« hispanisation » de certaines d'entre elles est également une opération sans valeur juridique. L'on peut donc affirmer que, théoriquement ou « en droit », ces sociétés existent toujours telles qu'elles existaient à la date du 12 février 1948.

Mais elles ne possèdent plus rien *en fait* — tous leurs biens et avoirs leur ont été enlevés, par l'effet des mesures de « réorganisation » auxquelles Fecsa a pu se livrer comme suite à l'adjudication et aux décisions judiciaires que le Gouvernement belge a analysées et critiquées ci-avant.

De même, les actions que les sociétés auxiliaires avaient émises et qui se trouvent toujours en la possession soit de la Barcelona Traction, soit de la National Trust, subsistent comme telles. En droit, ce sont les seuls titres représentatifs du capital des sociétés auxiliaires et de leurs filiales. Mais, comme nous venons de le voir, le capital de ces sociétés ne correspond plus à aucune réalité, puisqu'elles ont été complètement dépouillées de leurs biens, qui, tous, se trouvaient en Espagne.

(215) Enfin, il convient de constater que la procédure de faillite poursuivie à charge de la Barcelona Traction vient d'arriver pratiquement à son terme.

Pendant de nombreuses années, comme il a été indiqué dans le *Mémoire* (n° 255 à 264, I, pp. 113 à 119), de nouveaux recours avaient été tentés pour faire reconnaître la nullité du jugement de faillite et des mesures subséquentes qui avaient conduit à la spoliation du groupe de la Barcelona Traction. Intentés en désespoir de cause et comme combats d'arrière-garde, ils ne furent pas poursuivis à partir du moment où les actionnaires belges, conscients depuis longtemps de leur inefficacité, obtinrent que leur Gouvernement portât l'affaire devant la Cour.

Ce qui n'empêcha pas les procédures en cours de demeurer pendantes, avec des alternatives d'interruption et de reprise dont il a également été fait mention dans le *Mémoire* (n° 248 à 250, pp. 109 à 111).

Depuis que le *Mémoire* a été déposé, soit le 20 octobre 1962, tous ces recours ou actions ont été rejetés successivement par les décisions que relate le *Contre-Mémoire*, à savoir principalement l'arrêt de la Cour d'appel de Barcelone du 15 mai 1963 (*C.M.*, IV, n°s 313 à 317, pp. 448 à 450) par lequel fut rejeté le déclinatoire de Boter et affirmée la juridiction des tribunaux espagnols, les jugements du juge spécial des 7 et 8 juin 1963 par lesquels furent rejetés l'acte d'opposition de la Barcelona Traction du 18 juin 1948 et son incident de nullité de la procédure du 5 juillet 1948; celui du 8 juin 1963 par lequel fut

rejeté le recours en reconsidération dirigé par la National Trust contre l'ordonnance du 4 février 1949 refusant de l'admettre comme partie à la procédure de faillite et enfin l'ordonnance du 27 janvier 1964 qui a qualifié la faillite de la Barcelona Traction de banque-route frauduleuse !

Ces décisions sont postérieures au préjudice dénoncé par le Gouvernement belge et qui était consommé depuis plus de dix ans lorsqu'elles furent rendues. Elles ne l'ont ni sensiblement aggravé, ni certainement atténué, et s'il en est fait mention dans la deuxième partie de cette *Réplique*, c'est uniquement dans la mesure où le Gouvernement espagnol s'est approprié l'argumentation qui s'y trouve développée.

Ceci dit, il tombe sous le sens que les mesures de spoliation dénoncées par le Gouvernement belge ont acquis formellement, du fait de ces décisions, force de chose jugée en Espagne, et qu'elles sont devenues, de ce fait, dans l'ordre interne espagnol, irréversibles.

(216) D'autre part, la Barcelona Traction avait pour seule activité la gestion du portefeuille constitué par les titres des sociétés auxiliaires, ainsi que la coordination et le contrôle de l'ensemble du groupe. Or, cette activité est devenue impossible, du fait des pouvoirs accordés par le jugement de Reus aux organes de la faillite. Désormais, le conseil d'administration élu par les actionnaires n'eut plus d'autre tâche à remplir que la lutte judiciaire contre les mesures illégales dont la société était la victime.

Privée de ses ressources normales, provenant des intérêts et dividendes que les sociétés auxiliaires mettaient à sa disposition, la société Barcelona Traction se serait même trouvée dans l'impossibilité d'entamer et de poursuivre cette lutte judiciaire, d'une exceptionnelle ampleur, sans le concours de ses actionnaires.

Ce sont eux, plus précisément les actionnaires belges et, en particulier, la société Sidro, qui durent prendre en main la défense des intérêts sociaux et en supporter tous les frais, soit qu'ils en aient fait l'avance, soit qu'ils aient intenté eux-mêmes des actions. Il est clair qu'en assumant les frais qu'entraînait l'exercice des « voies de recours internes », les actionnaires belges sauvegardaient leurs intérêts propres, tout autant que ceux de la société, indissolublement liés aux leurs.

(217) La volatilisisation des titres composant le patrimoine de la Barcelona Traction, réduisant celle-ci à n'être plus qu'une coquille vide, et la paralysie complète frappant cette société, ont nécessairement, du même coup, réduit à néant les droits et intérêts des actionnaires de la Barcelona Traction, qui étaient, en très grande majorité, les ressortissants belges, personnes physiques et personnes morales, dont le Gouvernement belge a assumé la protection. Parmi eux figure, au premier rang, la société Sidro, qui, grâce à son importante participation, disposait d'une influence déterminante dans les assemblées générales.

Dans l'état actuel des choses, leurs titres n'ont d'autre valeur que celle du papier sur lequel sont imprimés les certificats détenus par les actionnaires. S'ils ont encore une valeur boursière aujourd'hui, c'est uniquement parce que les milieux boursiers, comme l'opinion publique mondiale tout entière d'ailleurs, se refusent à admettre qu'une

spoliation aussi scandaleuse que celle à laquelle a pu se livrer Juan March, demeure sans aucune sanction, et que les victimes de cette manœuvre soient définitivement privées de toute indemnité.

D'autre part, le pouvoir dont disposait en fait la Sidro dans la gestion du groupe de la Barcelona Traction, grâce à sa part importante dans le capital de la Barcelona Traction elle-même, s'est trouvé, du même coup, réduit à néant.

(218) L'anéantissement des droits des actionnaires avait été pratiquement réalisé déjà par le jugement déclaratif de la faillite et par les mesures d'exécution tout-à-fait exorbitantes dont ce jugement fit l'objet. Il fut consommé par la vente des titres du portefeuille de la Barcelona Traction dans les circonstances qui ont été amplement décrites et commentées plus haut. Il a été démontré que le cahier des charges, de propos délibéré, avait complètement sacrifié les intérêts des actionnaires, en n'imposant à l'adjudicataire futur, en dehors du remboursement des obligations dont il ne serait pas lui-même détenteur, que le paiement d'une somme de dix millions de pesetas, insuffisante même pour couvrir les frais de la faillite. De cette manière l'actif net de la société était tenu pour une valeur nulle, et il était abandonné gratuitement à l'acquéreur (Fecsa), ce qui réduisait du même coup à néant le solde revenant aux actionnaires.

Ce résultat fut enfin rendu irrémédiable par les mesures décrites dans la présente section.

(219) Tel était bien le but que Juan March s'était proposé dès l'origine : les actionnaires de la Barcelona Traction ayant refusé de lui céder le contrôle de l'affaire aux conditions dérisoires qu'il semblait disposé à offrir, il a voulu tout simplement prendre leur place.

Le procédé utilisé par lui (une procédure illégale de déclaration de faillite contre la Barcelona Traction) impliquait effectivement, par lui-même, une atteinte directe aux droits des actionnaires de cette société. Cette procédure, en effet, devait normalement dessaisir la société de l'ensemble de ses biens. Elle mettait fin aussi aux pouvoirs de gestion du conseil d'administration élu par les actionnaires ; ces derniers se trouvaient ainsi privés de la prérogative essentielle de faire gérer la société par les mandataires de leur choix.

Cette atteinte première et illicite aux droits des actionnaires n'est pas seulement le point de départ de la manœuvre. C'est elle qui a rendu possible son déroulement. Il suffit de rappeler à cet égard l'usage qu'ont fait les organes de la faillite de ce pouvoir de gestion usurpé aux mandataires désignés par les actionnaires de la Barcelona Traction, les destitutions de conseils, les nominations, l'hispanisation, la création des faux titres : ces actes eussent été impensables si, au préalable, le conseil d'administration de la Barcelona Traction, nommé par les actionnaires, n'avait pas été dessaisi du pouvoir d'administration.

(220) Le préjudice causé par l'ensemble de ces machinations illicites et frauduleuses est évident et il est immense.

Les actionnaires de la *Barcelona Traction* en sont les victimes, puisque leurs titres ne représentent plus rien. Les droits et prérogatives que ces titres leur conféraient dans la gestion de la société sont pratiquement inutilisables; d'autre part, le dépouillement définitif de la société a inévitablement privé de toute valeur intrinsèque les actions qui correspondaient à son capital, de sorte que l'on peut dire que les actes illicites reprochés au Gouvernement espagnol ont eu, pratiquement, un effet identique à celui d'une confiscation arbitraire et sans indemnité. C'est, pourrait-on dire, une confiscation plus subtile, réalisée « par l'intérieur » en quelque sorte, puisque les actions *Barcelona Traction* ne sont plus aujourd'hui que des enveloppes sans contenu; et d'autant plus choquante qu'elle fut réalisée au seul profit d'un particulier.

CHAPITRE II

Réfutation de la thèse suivant laquelle la cause de la mise en faillite de la Barcelona Traction serait imputable à ses dirigeants

(221) A l'appui de leur demande de mise en faillite de la Barcelona Traction, déposée le 10 février 1948 au greffe du tribunal de Reus, les hommes de paille du groupe March ont invoqué uniquement l'interruption du service des emprunts en livres sterling de la Barcelona Traction, survenue depuis 1936.

Le Gouvernement belge a souligné dans son *Mémoire* :

1°) que cette interruption provenait du refus du Gouvernement espagnol de consentir à l'Ebro soit, jusqu'en 1944, les devises nécessaires à l'acquittement de ses obligations envers la Barcelona Traction et International Utilities, soit, en 1946, l'autorisation nécessaire pour l'exécution du plan d'arrangement convenu entre la Barcelona Traction et ses obligataires, et que l'interruption du paiement de certaines dettes, provoquée ou prolongée par ce fait du prince, de nature nécessairement occasionnelle et temporaire, ne pouvait être considérée comme la cessation générale de paiement, condition, en droit espagnol, de la déclaration de faillite;

2°) que si l'attitude des autorités espagnoles jusqu'en 1944 avait pu s'expliquer par la pénurie de devises, il n'en alla plus de même à partir de fin 1945, lorsque le plan d'arrangement convenu entre la Barcelona Traction et ses obligataires se heurta au veto arbitraire du Gouvernement espagnol.

(222) A cela, le Gouvernement espagnol a opposé, dans son *Contre-Mémoire*, la thèse générale suivant laquelle la déclaration de faillite de la Barcelona Traction, le 12 février 1948, n'est pas un point de départ, mais un point d'arrivée (1).

(1) Elle a été : « tout sauf un épisode accidentel et inattendu dans la vie prétendument prospère et irréprochable d'une entreprise qui n'aurait prétendument eu d'autre objectif que le développement économique et social de la région dans laquelle elle opérait. Bien au contraire, la déclaration de faillite a été le couronnement, absolument inévitable et fatal, d'un processus qui a commencé le jour même de la constitution de la société et qui s'est poursuivi sans interruption, malgré toutes les vicissitudes de la vie de cette société et malgré tout ce qui est intervenu dans cette époque si riche en événements » (*C.M.*, IV, n° 10, p. 9).

Cette idée est reprise et précisée dans les conclusions du Gouvernement défendeur (1).

L'argumentation historique sur laquelle le Gouvernement défendeur prétend asseoir sa réfutation des griefs belges peut se résumer dans les trois propositions suivantes :

- a) La Barcelona Traction se trouvait depuis l'origine dans un état permanent de faillite latente, résultant des procédés organiques de financement auxquels elle a recouru.
- b) Cette société et son groupe ont, par de multiples fraudes, porté constamment atteinte aux intérêts des créanciers, ainsi qu'à l'économie et à la légalité espagnoles.
- c) Les dirigeants du groupe, ne pouvant divulguer ces dettes et ces fraudes, se sont abstenus — depuis 1932! — de fournir au service des changes les renseignements qui eussent été nécessaires pour qu'il fût satisfait à ses demandes de transfert de devises et qu'en 1945-1946 fussent accordées les autorisations requises pour l'exécution du plan d'arrangement, et c'est cette attitude qui a motivé et justifié pleinement le refus opposé par ces autorités aux demandes qui leur furent adressées par l'Ebro.

Le Gouvernement espagnol ajoute d'autre part que, loin d'avoir réalisé d'importants investissements en Espagne, la Barcelona Traction et son groupe auraient provoqué un « désinvestissement » au détriment de l'économie espagnole.

(223) Ces diverses allégations du Gouvernement espagnol ne le dispensent assurément pas de s'expliquer au sujet des violations du droit international et des dénis de justice qui ont conduit à la spoliation des actionnaires de la Barcelona Traction. C'est là l'objet véritable du litige. Il s'agit en réalité d'une tentative de diversion. Le Gouvernement belge n'aura aucune peine à montrer que cette tentative ne résiste pas à l'examen. Il le fera d'autant plus volontiers que cette démonstration lui permettra de souligner qu'avant même la déclaration de faillite, l'attitude et les décisions des autorités espagnoles ont contribué de façon positive à la préparation et à l'exécution du plan ourdi par Juan March et engagé, à ce titre, la responsabilité de l'Etat espagnol.

Tel est l'objet du présent chapitre.

(224) Lorsque le Gouvernement défendeur eut avancé, dans ses *Exceptions préliminaires*, sa thèse de la « faillite latente », le Gouvernement belge avait estimé devoir, malgré le défaut de pertinence de l'argument à ce stade de la procédure, en démontrer l'absence de fondement. Il y avait consacré l'annexe n° 4 à ses *Observations et Conclusions* (vol. I, pp. 49 à 59).

(1) * III. Que les procédés organiques de financement de l'entreprise de Barcelona Traction, tels qu'ils ont été conçus dès sa création et appliqués constamment par la suite, ont placé celle-ci dans un état permanent de faillite latente, et que la structure constitutionnelle du groupe et les relations entre ses membres ont été utilisées pour être l'instrument d'atteintes multiples et incessantes aussi bien aux intérêts des créanciers qu'à l'économie et à la loi de l'Espagne, pays dans lequel l'entreprise devait réaliser ses affaires;

Que ces mêmes faits ont entraîné, de la part de l'entreprise, une attitude vis-à-vis des autorités espagnoles qui ne pouvait provoquer qu'un refus pleinement justifié de donner suite aux demandes de devises adressées au gouvernement espagnol;

Que la déclaration de faillite du 12 février 1948, aboutissement naturel des procédés de l'entreprise, et la procédure de faillite qui a suivi . . . » (C.M., IV, p. 754).

Il y montrait, chiffres à l'appui, que les difficultés financières initiales avaient fait place, à partir de 1924, à une période de prospérité et de développement continus s'étendant sur les quelque 25 années qui avaient précédé la déclaration de faillite de la Barcelona Traction, circonstance à laquelle les *Exceptions préliminaires* n'avaient pas fait la moindre allusion.

Les résultats bénéficiaires de la Barcelona Traction et les réalisations techniques considérables de son groupe, faites principalement par voie d'autofinancement, apportaient en effet un démenti formel à la thèse de la « faillite latente », en même temps qu'ils expliquaient la convoitise de Juan March et rendaient plus choquante encore la procédure dont ce dernier s'était servi pour s'approprier l'entreprise.

Il est caractéristique que le Gouvernement défendeur ait décidé, une nouvelle fois, de passer ces faits incontestables sous silence. Il préfère les ignorer, mais il se garde bien de les contredire : on ne trouve en effet, dans les 750 pages du *Contre-Mémoire*, pas un seul paragraphe qui chercherait à en nier la réalité ou à en diminuer la portée.

Ceci n'empêche pas d'ailleurs le *Contre-Mémoire* de reprendre obstinément, et jusque dans ses conclusions, l'expression « faillite latente ».

(225) Quant aux autres accusations dont le manque de pertinence était évident, le Gouvernement belge les avait sommairement rencontrées dans ses *Observations et Conclusions* (I, nos 2 à 10, pp. 7 à 13, et *A.O.C.*, nos 1 à 3, vol. I, pp. 5 à 48), et encore lors de la procédure orale (*P.O.*, II, pp. 340 à 364).

(226) Devant la réitération et le développement dans le *Contre-Mémoire* de ces mêmes thèses et accusations prétendument étayées par des milliers d'annexes présentées pêle-mêle, et même souvent sans que le texte du *Contre-Mémoire* lui-même s'y réfère de manière expresse, le Gouvernement belge aurait pu se borner à renvoyer aux arguments qu'il a développés tant dans ses *Observations et Conclusions* que dans ses plaidoiries, et qui conservent toute leur force en dépit des efforts déployés par le *Contre-Mémoire*. Cependant, dans le souci d'être complet et de souligner encore le caractère factice de la diversion que cherche le Gouvernement espagnol, il reprendra et développera d'une manière plus systématique son argumentation démontrant le manque de fondement de ces allégations, par l'examen des rétroactes de la vie de la Barcelona Traction et de son activité.

Il établira d'abord que ni la constitution de la société, ni les procédés organiques de financement de la Barcelona Traction et, à travers elle, de l'ensemble du groupe, ne permettent d'affirmer que la société aurait été, dès l'origine, en état permanent de faillite latente. L'étude de la structure originaire du groupe, de son développement, de ses méthodes de financement et des réorganisations financières antérieures à la faillite, permettront, au contraire, d'établir que la situation économique et financière réelle du groupe en 1948 excluait radicalement toute cessation générale des paiements susceptible de justifier une faillite.

La même étude démontrera l'inanité des allégations du Gouvernement espagnol concernant les prétendues fraudes qu'auraient commises la Barcelona Traction et les

sociétés du groupe, tant en ce qui concerne les droits des épargnants ou les créanciers qu'en ce qui concerne le fisc espagnol.

Elle se clôturera par l'examen de l'importance des investissements réalisés par le groupe au profit de l'économie espagnole et par la réfutation de la thèse singulière défendue dans le *Contre-Mémoire* à l'encontre des évidences les plus certaines selon laquelle l'activité du groupe se serait traduite par un « désinvestissement » au détriment de cette économie.

Ces divers points feront l'objet de la section I.

(227) L'examen de l'activité réelle de la Barcelona Traction donnera l'occasion au Gouvernement belge de réfuter la thèse du Gouvernement espagnol selon laquelle la Barcelona Traction aurait exercé une activité commerciale en Espagne. Cette affirmation sert au Gouvernement espagnol à la fois pour tenter de justifier certaines de ses allégations concernant de prétendues fraudes fiscales, et pour essayer de défendre les jugements prononcés par le juge de Reus. La démonstration du Gouvernement belge à ce propos servira donc de point d'appui non seulement aux développements qu'il consacre aux prétendues fraudes, mais aussi aux arguments par lesquels il démontrera ci-après les violations flagrantes du droit espagnol qui engagent la responsabilité internationale de l'Espagne (*infra*, n^{os} 341 et suiv.). Tel sera l'objet de la section II du présent chapitre.

(228) Dans la section III, le Gouvernement belge réfutera l'argumentation spé cieuse que la Gouvernement espagnol échafaude à propos des transferts de devises et du plan d'arrangement de 1945. Il démontrera le manque de fondement de l'allé gation suivant laquelle les refus d'autoriser les transferts de devises auraient été dus à l'insuffisance des renseignements fournis par les dirigeants de l'Ebro. D'autre part, en soulignant le caractère arbitraire de l'attitude adoptée par les autorités espagnoles à l'égard du plan d'arrangement conclu avec les obligataires, le Gouvernement belge fera apparaître aussi, et surtout, par l'historique des événements qui ont précédé le jugement déclaratif de faillite, une convergence significative entre les manœuvres pré paratoires de Juan March et les positions adoptées par les autorités espagnoles à l'égard de la Barcelona Traction. Dès cette époque, Juan March pouvait compter sur ces autorités pour l'aider à réaliser son projet de mettre la main sur les entreprises dépendant de la Barcelona Traction. C'est à bon droit, dès lors, que le Gouvernement belge a vu dans cette attitude une cause supplémentaire de responsabilité du Gouvernement défendeur dans le préjudice illicite causé aux actionnaires belges.

SECTION I

LA PRÉTENDUE FAILLITE LATENTE
ET LA PRÉTENDUE IRRÉGULARITÉ FONCIÈRE
DE LA BARCELONA TRACTION
ET DES SOCIÉTÉS DE SON GROUPE.

(229) Le Gouvernement espagnol s'est efforcé de présenter la faillite de la Barcelona Traction, prononcée en 1948 dans les conditions décrites au Chapitre I de la présente *Réplique*, comme une sorte de sanction providentielle d'un ensemble continu de fraudes, d'irrégularités, de manœuvres de toutes sortes ourdies et développées au préjudice des créanciers de la société, de ses obligataires, de ses actionnaires, de l'ordre public espagnol et même de l'économie espagnole tout entière.

D'autre part, la Barcelona Traction se serait trouvée depuis sa constitution en 1911 en « état de faillite latente », toutes les dettes inscrites dans les bilans des sociétés auxiliaires, notamment en ce qui concerne les avances consenties par la Barcelona Traction à ses filiales, auraient été purement et simplement « fictives », non seulement le groupe n'aurait réalisé aucun investissement en Espagne, mais le désinvestissement pratiqué au détriment de l'économie espagnole serait de plus de 9.900.000 £, tous les fonds récoltés par l'émission d'obligations auraient servi uniquement à payer des sommes indues aux administrateurs et actionnaires originaires de la société, etc.

Même si le juge de Reus n'a pas fait la moindre allusion à cet ensemble de fraudes et de manœuvres, il n'en a pas moins été, selon le Gouvernement espagnol, l'instrument inconscient d'un châtement légitime et mérité.

Cette manière de présenter les choses permet de substituer à la défense — combien difficile — du jugement de faillite de 1948 et des mesures d'exécution qui ont abouti à la spoliation des actionnaires de la société, une attaque virulente contre la société spoliée elle-même.

Cette attitude a déjà été adoptée lors des *Exceptions préliminaires* ; la Cour a refusé de se laisser distraire de la contestation essentielle par cette diversion, présentée en termes particulièrement offensants. La procédure orale, après la réponse aux *Exceptions préliminaires*, a permis au Gouvernement belge de réfuter ces allégations, dont l'outrance même manifestait déjà l'in vraisemblance. Il a, tant dans les écrits qu'au cours des plaidoiries, fait des mises au point circonstanciées : des notes chiffrées, des références aux rapports d'expertise impartiaux, aux investissements et aux productions réelles avaient, espérait le Gouvernement belge, définitivement dissipé les confusions que le Gouvernement espagnol avait choisi d'entretenir sur ces questions.

Malheureusement, force est de constater que cette méthode de défense a été reprise et même amplifiée par le Gouvernement espagnol dans le *Contre-Mémoire*. Celui-ci consacre de longs développements aux turpitudes multiples imputées aux

sociétés spoliées; les cinq premiers volumes d'annexes y sont consacrés, ainsi que nombre d'annexes comprises dans les volumes suivants, et comme le Gouvernement espagnol fonde ensuite sur ces conclusions ses tentatives de défendre les mesures de spoliation dénoncées par le Gouvernement belge, il est nécessaire de remettre les choses au point en résumant ou complétant les réfutations déjà présentées de toutes ces allégations aussi inexactes que déplaisantes.

Le Gouvernement belge prie la Cour d'excuser la longueur des développements qu'il sera ainsi amené à donner à une section de la *Réplique* qui porte sur des points débordant du cadre du présent litige.

Il y est malheureusement contraint parce que, comme il a été relevé au cours de la procédure orale, la plupart de ces imputations (dont la gravité est encore accrue par la présentation agressive qui en est faite), portent directement atteinte à l'honneur de personnes privées qui ne sont pas à la cause. Elles ne peuvent demeurer sans réponse, vu la publicité qu'elles sont appelées à recevoir.

Les développements consacrés par le Gouvernement espagnol à ces questions sont également caractérisés par la méconnaissance — assurément étrange — des usages et des pratiques les plus certains de la vie internationale des sociétés et des méthodes de financement en usage non seulement à l'époque des faits mais encore à l'heure actuelle. Aussi le Gouvernement belge se trouvera-t-il obligé, en maintes circonstances, de rappeler quels sont ces usages et ces pratiques; il prie la Cour de l'en excuser, mais il s'y trouve contraint par la position adoptée par le Gouvernement défendeur.

(230) La présente section aura pour objet de démontrer en premier lieu la régularité de la constitution de la société Barcelona Traction et de ses sociétés auxiliaires sur le plan juridique et sur le plan de la pratique des affaires, et de démontrer ensuite la régularité et la conformité aux usages des affaires des méthodes de financement utilisées, ainsi que de l'histoire financière du groupe, afin de faire ressortir par là l'inanité de l'allégation selon laquelle la Barcelona Traction se serait trouvée *ab initio* en état de faillite latente. La section se terminera par une mise au point sur l'ampleur des investissements effectués, au profit de l'économie espagnole et sur la situation financière tout à fait saine du groupe à la veille de la déclaration de faillite.

A cette fin, la section comprendra les subdivisions suivantes :

- I. — Les groupes de sociétés, leurs méthodes de gestion et de constitution.
- II. — L'absence de fraude et de toute irrégularité lors de la formation du groupe de la Barcelona Traction.
 - a) La création des trois sociétés de base.
 - b) Le caractère prétendument fictif de Spanish Securities.
 - c) La formation du capital de la Barcelona Traction.
 - d) La formation du capital de l'Ebro.
 - e) L'évolution ultérieure du capital des deux sociétés.
 - f) L'émission des obligations par ces sociétés au point de vue juridique.

III. — Le développement du groupe et la prétendue complexité de celui-ci.

- a) La structure générale du groupe.
- b) L'acquisition des participations et la constitution de sociétés filiales nouvelles.
- c) Les conventions entre les sociétés du groupe.

IV. — L'absence de toute fraude et de toute irrégularité dans le choix par le par le groupe de ses méthodes de financement — Le financement initial.

V. — L'histoire financière du groupe de la Barcelona Traction et l'absence d'état de faillite latente.

- a) Les financements complémentaires en 1913.
- b) La première réorganisation due à la guerre de 1914.
- c) La situation jusqu'en 1918.
- d) La réorganisation de 1918.
- e) Les réorganisations de 1921 et 1924.
- f) La prospérité jusqu'à la guerre civile et après celle-ci.

VI. — L'absence de fraude aux droits des épargnants et l'absence de fraude fiscale.

- a) Les prétendues fraudes aux droits du public des épargnants.
- b) Les prétendues fraudes fiscales.

VII. — L'ampleur de l'investissement réalisé au bénéfice de l'économie espagnole.

VIII. — Conclusions.

Sous-section I

Exposé sur les groupes de sociétés, leurs méthodes de gestion et de constitution.

(231) Pour le Gouvernement espagnol (*Contre-Mémoire*, IV, chap. I, chap. II, chap. III sect. II, chap. IV sect. I, etc.), les groupes de sociétés sont des phénomènes exceptionnels et extraordinaires, générateurs en eux-mêmes d'abus variés, qui doivent être considérés avec méfiance. Un groupe s'analyserait en une « unité économique », une « entreprise », ce dont il résulterait qu'il devrait être traité comme si toutes les sociétés du groupe se fondaient en une personne morale unique. L'existence de comptes de groupe ou comptes « consolidés » serait l'indice de cette « unité économique ».

Les contrats conclus entre des sociétés appartenant à un même groupe sont des « auto-contrats » dont la validité et surtout la loyauté seraient *a priori* douteuses; il serait anormal, extraordinaire et quelque peu frauduleux que les diverses sociétés du groupe soient administrées par des administrateurs communs.

Cette analyse singulière témoigne d'une méconnaissance complète des réalités juridiques de la vie économique internationale et du rôle — usuel, normal et parfaitement loyal — joué par les groupes de sociétés. Ceux-ci sont les seuls instruments possibles d'un investissement important dans plusieurs pays.

Tous les droits — y compris d'ailleurs le droit espagnol — admettent parfaitement la constitution de groupes de sociétés, — ce qui implique nécessairement les conséquences que le Gouvernement espagnol prétend combattre.

(232) La constitution de groupes de sociétés constitue certainement un des phénomènes essentiels du droit contemporain des sociétés par actions et de la vie moderne des affaires. La concentration économique que la constitution de groupes de sociétés permet d'atteindre est la condition même de la vie des grandes entreprises. Celles-ci se conçoivent de moins en moins à l'heure actuelle sous la forme d'une société unique, propriétaire d'un seul patrimoine gigantesque. Les nécessités de la vie internationale, les exigences du financement de ces entreprises par l'appel au marché, les considérations d'ordre fiscal, les exigences de ceux qui fournissent des crédits, les règles à suivre dans les différents Etats pour obtenir des concessions ou des interventions gouvernementales, les nécessités de la gestion, la loi elle-même imposent à tous les grands groupes de constituer des sociétés multiples qui conservent leur autonomie quoiqu'elles soient contrôlées par une même tête.

Pour banales qu'elles soient, ces constatations doivent être rappelées, car le Gouvernement espagnol s'efforce de façon plus ou moins insidieuse de contester ou d'écarter les conséquences juridiques normales qui résultent de l'existence entre plusieurs sociétés de relations de groupe.

Rasch, l'un des meilleurs spécialistes allemands en la matière, relève qu'environ 80 % du capital mis en œuvre dans l'activité économique de la République fédérale allemande se trouve réunis dans des sociétés liées entre elles par des liens de *Konzern*, c'est-à-dire formant des groupes de sociétés (*Deutsches Konzern Recht*, 1955 p. 10).

Une estimation analogue est faite par Bühler (*Das Steuerrecht der Gesellschaften und Konzerne*, 1953, p. 189) et par le Professeur Gessler, dont on connaît la participation à la réforme allemande récente du droit des sociétés (Article au *Betriebsberater*, 1965 p. 681); ce dernier évalue le nombre des sociétés par actions qui se trouvent engagées dans les liens de *Konzern* en Allemagne à 70 %. Son étude fait notamment suite à une enquête sur la concentration organisée par le Gouvernement fédéral allemand. Le phénomène a encore été décrit récemment par le Professeur Würdinger (*Aktien und Konzernrecht*, 2^e éd., 1966), qui y voit aussi la caractéristique essentielle du droit moderne des sociétés. Il montre que les liens économiques et l'unité de direction économique peuvent parfaitement être conciliés avec le maintien d'unités juridiquement indépendantes — ce qui constitue la caractéristique propre du groupe de sociétés tel que le connaît le droit actuel.

Des observations identiques furent faites récemment au VII^e Congrès de l'Académie Internationale de droit comparé tenu à Upsala en 1966, où un groupe de travail s'occupa des méthodes de groupement des sociétés. Le Professeur Conard, auteur du rapport américain, souligna le caractère usuel du groupement des sociétés par la voie de « *holding companies* », en montra les avantages et conclut que cette méthode était la seule possible pour les sociétés ayant des filiales à l'étranger ou pour les sociétés de services publics.

Au même Congrès, le rapporteur canadien, M. Colas, s'exprimait dans des termes très voisins puisqu'il écrivait :

« La création de filiales, en somme, est l'une des importantes méthodes de groupement, elle facilite la direction d'une société par une autre alors que chacune d'elles conserve son indépendance et son autonomie aux yeux du public. Cette méthode est constamment employée par les nombreuses sociétés étrangères qui opèrent chez nous et quand bien même ce serait sa seule utilité, la méthode demeurerait la plus importante des techniques de groupement de sociétés au Canada ». *Rapport canadien*, pp. 17-18, par M. Colas.

Le rapport espagnol du Professeur Duque démontre d'ailleurs que cette méthode de groupement de sociétés est également parfaitement connue du droit et de la pratique espagnols.

(233) La création de groupes de sociétés, notamment dans le domaine des services publics exploités par des entreprises à vocation internationale, conduit nécessairement à une certaine complexité.

A cet égard, le groupe de la Barcelona Traction — dont la composition a été décrite dans le *Mémoire* (I, n^o 24 et ss., pp. 17 et ss.), dans les annexes 22 et 24 à ce *Mémoire* (vol. I, pp. 144 à 159), et dans les *Observations et Conclusions* en réponse aux *Exceptions préliminaires* — est loin d'être parmi les plus compliqués. Sa structure est même relativement simple — si l'on veut bien se souvenir qu'elle résulte de près de quarante années d'histoire, marquée par des prises de participation dans des sociétés préexistantes, par de spectaculaires développements d'activités, par les mutations nécessaires qui caractérisent la vie d'un groupe pendant une aussi longue période.

Le Gouvernement espagnol présente les choses comme si on avait créé *ex nihilo* et en une fois les diverses sociétés intégrées dans le groupe au cours de ses quarante années d'existence. On verra que la réalité est, bien entendu, toute différente.

A titre de comparaison, qu'il suffise de constater que le groupe Royal Dutch-Shell par exemple, suivant le rapport annuel de son conseil d'administration de 1965, comprend un réseau de sociétés holding, de sociétés-mères et de sociétés de services qui contrôlent ensuite plus de 500 sociétés « *operating* » engagées dans diverses branches de l'activité pétrolière et chimique.

Le groupe Phillips-Petroleum Company énumère, dans son rapport relatif à l'exercice 1963, seize filiales principales à 100 % et dix-sept « *principal affiliated companies* »; les sociétés les moins importantes n'étaient pas comprises dans l'énumération.

On trouvera en annexe (A.R., n° 42) des extraits du « *Moody's Public Utility Manual* » et du « *Moody's Industrial Manual* » qui donnent quelques indications sur le degré de complexité que des groupes financiers ou industriels peuvent très normalement atteindre dans le domaine des services publics, et auprès desquels le groupe de la Barcelona Traction apparaît évidemment comme extrêmement simple.

Par exemple :

La American Electric Power Cy Inc., (pp. 1545 à 1547 du *Moody*) possède 20 filiales dont elle détient 100 % du capital et possède des intérêts indirects dans 2 autres filiales, dont une société immobilière.

La General Telephone & Electronic Corporation (pp. 1108 à 1110) possède plus de 48 filiales et plus de 7 filiales étrangères — la liste publiée omettant des filiales mineures.

La American Telephone & Telegraph possède 20 filiales principales, le guide s'abstenant d'énumérer les innombrables filiales secondaires et sous-filiales, outre 10 autres filiales principales s'occupant d'autres activités que les services publics de téléphone (pp. 1465 et 1466).

La Cities Service Company possède environ 47 filiales, dont la plupart à 100 % (pp. 1196 à 1200).

La Standard Oil Company of California (pp. 2111 et 2112) a 78 filiales, en ce non compris les filiales inactives, les sous-filiales du groupe Caltex où elle possède 50 %, et les sociétés où elle possède moins de 51 % des titres.

La Standard Oil Company of New Jersey (pp. 2236 à 2239) possède plus de 200 filiales dont la plupart à 100 %.

Même en Espagne, la détention de titres dans un grand nombre de filiales n'est nullement un phénomène extraordinaire, notamment dans le domaine des services publics.

On peut en trouver la preuve dans l'*Anuario Financiero y de Sociedades Anónimas*, dont le Gouvernement belge reproduit, en annexe, un extrait des années 1962-63 (A.R., n° 43) ; on peut y relever que :

La S.A. Hidroeléctrica Española a absorbé lors d'une Assemblée générale du 27 avril 1960 pas moins de vingt filiales qui, d'après leurs dénominations, étaient toutes engagées dans l'activité de production ou de distribution d'électricité ou dans des activités annexes. Avant cette absorption ces filiales existaient comme sociétés indépendantes.

La Sociedad Hidroeléctrica Ibérica Iberduero S.A. est mentionnée dans le même recueil comme ayant des intérêts dans des filiales s'occupant de l'industrie et du commerce de l'électricité au nombre de onze.

On trouvera dans l'ouvrage bien connu du Professeur Champaud sur *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, pp. 213 et suivantes, divers schémas de groupes de sociétés, choisis particulièrement parmi les groupes industriels (moins compliqués

généralement que les groupes financiers), qui démontrent que la structure rencontrée en l'espèce n'a rien que de très usuel et de très normal. (A.R., n° 44).

Le Gouvernement belge joint encore en annexe deux exemples de structures de grands groupes : Courtaulds et BASF. (A.R., n° 45).

(234) La constitution de groupes de sociétés comme procédé de concentration, de préférence même à la fusion ou à d'autres modes de concentration, a été décrite abondamment par les économistes et par les juristes; les buts *légitimes* poursuivis à la faveur de cette forme de concentration ont été étudiés à de nombreuses reprises et reconnus tels. Cette méthode de concentration suppose, par sa technique propre, le maintien des personnalités juridiques distinctes des sociétés membres du groupe. Le contraire aboutirait en effet à nier, en principe même, que les groupes de sociétés soient des moyens légitimes de concentration. Par définition, le groupe de sociétés tend à devenir une « entreprise unique », mais cette seule particularité n'autorise nullement, comme le Gouvernement espagnol prétend le soutenir, à passer de l'entreprise unique à la personnalité morale unique.

L'essence même du groupe des sociétés est décrite ainsi qu'il suit par Vanhaecke (*Les groupes de sociétés*, n° 3, pp. 6 et suiv.) :

« Les groupes de sociétés sont constitués selon un principe hiérarchique. Plusieurs sociétés se trouvent, *tout en conservant leur personnalité morale propre*, sous la domination, sous la direction commune d'un même sujet de droit, individu ou société, auquel elles sont plus ou moins étroitement subordonnées. *L'intérêt essentiel des groupes de sociétés réside dans la possibilité, pour le sujet de droit dominant, d'exercer une activité industrielle ou commerciale par l'intermédiaire d'une personne morale distincte, sur laquelle il dispose d'une façon permanente non seulement d'un droit de regard, mais d'un pouvoir effectif de direction.* Selon une expression devenue aujourd'hui courante, le chef, l'animateur, le maître du groupe « contrôle » des sociétés qui demeurent néanmoins juridiquement distinctes de lui-même et des autres sociétés soumises au même pouvoir dominateur ».

« 4. Les principes des groupes de sociétés étant tels, il est aisé d'apercevoir les avantages que présente une telle organisation en divers domaines ».

L'auteur énumère les avantages des groupes et constate :

« Le groupe de sociétés est *analogue en fait à une entreprise unique*, à l'égard de la direction tout au moins. « L'entreprise unique comporte une union de droit et de fait de tous les services qu'elle comprend. Les sociétés groupées par une participation de contrôle forment également en fait un organisme unifié sous l'autorité d'une seule direction, *mais ce lien, quelle que soit sa force, laisse subsister une division de droit, puisqu'il consacre l'existence de deux ou plusieurs sociétés juridiquement indépendantes.* La différence existant dans l'ordre économique, entre l'entreprise unique et les entreprises groupées par une société de contrôle, correspond assez exactement à celle qui sépare, dans l'ordre politique, l'état unitaire de l'état fédéral. (Janin, *Les sociétés de participation au point de vue économique*, Thèse, Paris, 1928, p. 94) ».

Plus loin encore, le même auteur expose :

« 5. Les avantages *d'ordre purement juridique* des groupes de sociétés retiendront encore davantage notre attention. Il tiennent au fait que la personnalité morale est accordée en vertu des principes juridiques eux-mêmes à des sociétés qui, en fait, ne jouissent pas d'une autonomie totale mais sont dirigées par des sujets de droit distincts, qui les font agir à leur profit. Il en résulte que parfois, les dirigeants, ceux qui détiennent le pouvoir de contrôle, cherchent et quelques fois parviennent à obtenir des résultats auxquels les règles juridiques en vigueur ne leur permettraient pas d'aboutir, s'ils agissaient en leur propre nom.

Cette méthode est en principe licite, puisque les individus peuvent utiliser tous les moyens juridiques que la législation met à leur disposition, sauf lorsque cette utilisation est frauduleuse et tend à éluder l'application de la loi » (1).

L'auteur examine enfin les avantages — licites — que les groupes de sociétés peuvent procurer dans le domaine du droit international privé, de l'autonomie patrimoniale, du droit fiscal :

« *En droit international privé, la constitution de sociétés contrôlées dans des pays étrangers confère au groupe de sociétés un caractère international et permet aux sociétés d'un pays d'exercer une activité industrielle ou commerciale dans un pays étranger en jouissant de tous les avantages que ce pays réserve à ses nationaux, et en évitant aussi toutes les mesures discriminatoires que la législation de ce pays peut contenir à l'encontre des sociétés qui sont, à son égard, des sociétés étrangères.* Ces mesures discriminatoires, parfois d'ordre civil ou commercial, sont très souvent d'ordre fiscal. La création de sociétés contrôlées à l'étranger est fréquemment motivée par le souci d'échapper à la fiscalité d'un pays ou aux doubles impositions que la discordance des législations fiscales fait peser sur les entreprises qui exercent une activité industrielle ou commerciale dans des pays différents.

La formation de groupes de sociétés est un moyen très efficace de lutte contre la progressivité de l'impôt en droit fiscal interne, qu'il s'agisse d'un impôt direct ou indirect. Plusieurs petites sociétés, pour une matière imposable donnée, sont imposées à un taux moindre que ne l'est une seule grande société, qui constitue un seul contribuable, taxable, en raison de l'importance de la matière imposable, selon un pourcentage plus élevé.

Ce n'est pas seulement vis-à-vis du fisc qu'existent les avantages juridiques des petites sociétés unies entre elles par rapport aux sociétés uniques et du fait même gigantesques. La formation des groupes de sociétés permet économiquement d'assurer à une branche d'activité donnée une autonomie financière et patrimoniale. Cet intérêt que présentent les sociétés contrôlées au point de vue économique est également sensible en matière de crédit. La division des activités en autant d'entreprises personnalisées permet de limiter les poursuites des créanciers et des tiers en cas de difficultés ou de catastrophes financières. Les sociétés contrôlées étant indépendantes, les créanciers ne peuvent poursuivre les biens des sociétés qui les contrôlent alors qu'ils pourraient poursuivre l'intégralité des biens d'une société unique substituée, par hypothèse, au groupe entier. Le groupe de sociétés opère donc une division des risques financiers ».

(235) Les mêmes considérations se rencontrent *en droit américain* où les avantages de la formation de groupes de sociétés dans le domaine de la limitation des responsabilités, dans le domaine fiscal, dans le domaine des investissements à l'étranger, dans le domaine des acquisitions de contrôles dans des sociétés existantes ont été maintes fois soulignés en termes excellents.

(1) Comp. aussi les développements de M. Champaud pp. 205 et suiv. sur les avantages présentés par les groupes de sociétés : souplesse, discrétion, meilleures possibilités de gestion, etc.

Stevens, par exemple, dans son ouvrage classique « *Handbook of the Law of private Corporations* », 2^e éd., relève qu'il est parfaitement permis pour un groupe de séparer en sociétés distinctes les différents éléments d'un ensemble d'entreprises, par le biais de multiples incorporations, notamment pour en effectuer une séparation par départements ou pour tenir compte de leurs compétences géographiques (Ed. 1949, § 17).

Lattin (*On Corporations*, § 13) relève que, notwithstanding les critiques parfois émises à l'égard des *groupes de sociétés*, « des sociétés filiales ou affiliées, utilisées comme il convient, ont constitué des méthodes utiles durant une période de grande expansion des sociétés » (1).

Etudiant en détail les conditions dans lesquelles, à titre exceptionnel, il est possible en droit américain de percer le voile de la personnalité distincte des sociétés-mères et filiales, Douglas et Shanks décrivaient déjà le phénomène en 1929 dans un article célèbre et montraient qu'il correspondait à une tendance tout à fait normale et légitime dans son principe du droit moderne des sociétés — où d'ailleurs le désir de jouir du bénéfice de la responsabilité limitée ne constituait qu'un aspect parmi d'autres (2). Ils écrivaient notamment (*Insulation from liability through subsidiary corporations*, *Yale Law Journal*, 39 (1929), p. 193) :

« Ces dernières années surtout, ont vu une utilisation accrue de la structure filiale/société-mère. Cette évolution a été poussée le plus loin dans le secteur des services publics. Mais d'autres affaires l'ont adoptée et largement utilisée. Il y a de multiples raisons d'adopter cette structure. Facilité accrue de financement, le désir d'échapper à la difficulté — voire l'impossibilité — de faire accepter la société-mère comme société étrangère dans l'un ou l'autre Etat; l'élimination de complications qu'entraîne une acquisition d'avoirs physiques; la sauvegarde du *goodwill* d'un fonds de commerce établi; éviter des impôts; éviter une structure de direction encombrante; la recherche d'une responsabilité limitée figurent parmi les raisons les plus importantes (Voir Dewing, *The Financial Policy of Corporations* (1926) 753-783). Le désir de limiter la responsabilité n'est qu'un facteur parmi beaucoup d'autres. Et à certains moments il semblait être en recul.

Mais, en dépit de ce recul apparent, personne ne prétendrait que l'existence d'une limitation de la responsabilité aurait joué un rôle peu significatif dans l'expansion de l'industrie et dans la croissance du commerce et des échanges. Son influence a été puissante. La limitation de la responsabilité est, à l'heure présente, acceptée en théorie et en pratique. Elle fait partie intégrante de nos systèmes économiques et légaux. L'ordre social et économique a été adapté en conséquence. Notre philosophie l'accepte. *Il est légitime qu'un homme ou un groupe de personnes n'exposent qu'une partie de leur fortune dans une entreprise.* C'est le résultat de l'action des législateurs, des tribunaux et de l'usage des affaires. Chacun a adopté la mesure extrême, mais logique, de permettre à un homme de faire ce qu'un millier d'hommes pourraient faire. L'usage de fondateurs-hommes de paille a été accepté par la haute magistrature. Il suffit d'un seul intérêt économique, pourvu que les dispositions de la loi régissant le fond du droit

(1) « subsidiary and affiliated corporations, when properly employed, have been useful devices during a period of great corporate expansion ».

(2) Cette observation est particulièrement exacte pour les sociétés du groupe de la Barcelona Traction, puisque les conventions conclues entre les sociétés du groupe ont toujours eu pour objet et pour effet de permettre à chacune des sociétés de faire face à l'ensemble de ses obligations envers ses créanciers ou ses obligataires, sans qu'il soit nécessaire à cette fin de faire abstraction de leurs personnalités morales distinctes, cf. *infra*, n^{os} 278 et suiv.

soient observées [Elenkrieg v. Siebrecht 238 N.Y. 254, 144 N.E. 519 (1924); Salomon v. Salomon & Co. Ltd., (1897) A.C. 22. Cf. Louisville Banking Co. v. Eisenman, 94 Ky. 83, 21 S.W. 531 (1893)]. (1).

(236) Les économistes et juristes allemands ont également souligné que c'est volontairement que, très souvent, la concentration par constitution de groupes a été choisie — *légitimement* — par les hommes d'affaires de préférence à la fusion notamment pour les entreprises très importantes — ce qui implique nécessairement que l'on ne passe pas automatiquement, comme le Gouvernement espagnol le voudrait, de l'unité de l'entreprise, à la personnalité morale unique, ce qui équivaut à la négation même du processus (Rasch, *Deutsches Konzernrecht*, pp. 4 et suiv. et les réf.).

Le Professeur Würdinger s'exprime notamment comme suit (*op. cit.*, § 51) :

« 2. Les raisons économiques de la création de filiales et les buts poursuivis sont multiples. [Par la loi concernant l'enquête sur la concentration dans l'économie du 31.12.60 (Gazette Officielle I p. 9), le Gouvernement Fédéral a entrepris une enquête. Ses résultats ont été exposés par le Chancelier fédéral dans son Rapport sur le résultat d'une enquête sur la concentration dans l'économie, du 5.6.1964 (Doc. parl. IV. 2320) et dans l'annexe à l'enquête sur la concentration du 9.10.1964 (ad doc. IV. 2320)]. Ainsi la tendance de s'assurer des matières premières et de vendre à travers ses propres organisations commerciales et de transports a entraîné des affiliations, des constitutions de sociétés conjointes et des fusions; la concurrence de substitutions (par exemple métaux - matières plastiques; charbon - pétrole - gaz naturel) a eu pour effet d'amener des alliances et des participations parmi les entreprises visées, de même que la nécessité d'étendre l'activité à d'autres secteurs industriels, comme par exemple les producteurs d'acier vers la transformation. D'autres facteurs importants dans la concentration sont ensuite le progrès technique, la nécessité d'obtenir des possibilités additionnelles de production, la spécialisation et la rationalisation. La concentration des entreprises est également favorisée par certains avantages fiscaux, notamment par ce que l'on appelle le « lien organique » (*Organschaft*) et par le privilège des filiales (*Schachtel Privileg*). Mais il existe aussi la concentration d'entreprises hétérogènes en une seule main, basée sur d'autres motifs, comme par exemple la possibilité d'amortissements fiscaux, ou, parfois, le prestige personnel.

(1) « Recent years especially have seen an increasing use of the subsidiary-parent structure. The farthest point along this line of evolution has been reached in the public utility field. But other businesses have adopted it and used it extensively. The reasons for the use of this structure are manifold. The increased facility in financing; the desire to escape the difficulty, if not the impossibility, of qualifying the parent company as a foreign corporation in a particular state; the avoidance of complications involved in the purchase of physical assets; the retention of the goodwill of an established business unit; the avoidance of taxation; the avoidance of cumbersome management structures; the desire for limited liability, are among the primary motives (2). The desire for limited liability has been merely one among many factors. And at times it has appeared to recede.

Yet in spite of this apparent recession no one would claim that the availability of limited liability played an insignificant part in the expansion of industry and in the growth of trade and commerce. It has had a potent influence. Limited liability is now accepted in theory and in practice. It is ingrained in our economic and legal systems. The social and economic order is arranged accordingly. Our philosophy accepts it. *It is legitimate for a man or group of men to stake only a part of their fortune on an enterprise. Legislatures, courts and business usage have made it so.* Each has taken the extreme but logical step of allowing one man to do what one thousand men may do. The use of dummy incorporators has received high judicial sanction. There need be but one economic interest, as long as the substantive provisions of the statute are satisfied (3).

(2) See DEWING, *THE FINANCIAL POLICY OF CORPORATIONS* (1926) 753-783.

(3) Elenkrieg v. Siebrecht, 238 N. Y. 254, 144 N. E. 519 (1924); Salomon v. Salomon & Co. Ltd., [1897] A. C. 22. See Louisville Banking Co. v. Eisenman, 94 Ky, 83, 21 S. W. 531 (1893).

Des secteurs économiques qui dépendent à un degré important de la technique, comme par exemple les industries chimiques, électrotechniques, plastiques et de fabrication de machines, exigent généralement des installations coûteuses, mais pour des raisons techniques elles sont tenues dans une large mesure à une division du travail et à la spécialisation. Dans ce secteur, souvent la concentration au sein d'un groupe de sociétés offre la possibilité de combiner des unités de production à caractère tellement varié qu'on obtient le maximum de rendement économique. Au surplus, la concentration d'entreprises permet de compléter une branche économique par un autre secteur de production (par exemple l'alliance du charbon avec la production de fer ou d'acier). Ensuite elle assure l'approvisionnement continu en matières premières, et aussi l'écoulement continu des produits d'entreprises dont l'investissement en capital et les frais généraux sont élevés, économisant les frais de fréquents changements dans la production. Dans le but de rationaliser les ventes, on crée souvent en commun des bureaux de vente et de propagande. Le pouvoir financier accru résultant de la concentration facilite l'expansion plus poussée de la recherche scientifique coûteuse par l'entreprise elle-même, ainsi que la conquête de marchés étrangers par l'effet d'une mise en œuvre du capital réuni de l'entreprise concentrée.

En dépit de la concentration de l'entreprise, on a souvent un intérêt légitime à maintenir l'indépendance juridique formelle, donc la continuation de la personne morale de chacune des sociétés du groupe (cf. BGH 15, 389; 22, 234). Cela peut provenir du fait que les raisons sociales des sociétés individuelles sont connues du public, qu'elles ont leurs clients à elles et leur propre goodwill, que l'indépendance juridique des sociétés offre l'occasion de donner des postes de direction à des personnes qualifiées là où, si le groupe n'était représenté que par une société, elles ne seraient que des chefs de division. Un autre facteur est que la personne morale des sociétés du groupe réunies dans une concentration décentralisée, permet aux sociétés affiliées d'assurer leur organisation économique avec une plus grande indépendance, malgré l'unification de la haute direction. Le maintien de l'indépendance juridique économise aussi les frais qu'entraînerait une fusion complète. Il permet aussi de séparer ou de regrouper plus aisément les sociétés affiliées du groupe, suivant la combinaison qui assure un rendement maximum »

(237) La pratique des groupes de sociétés conduit nécessairement à des conséquences juridiques que le Gouvernement espagnol paraît vouloir méconnaître.

La première d'entre elles est que le groupe de sociétés, non seulement ne fait pas obstacle au maintien de la personnalité morale distincte des sociétés membres, mais encore *implique nécessairement cette reconnaissance*.

Dans la plupart des pays, cette règle est reconnue même lorsque la société-mère détient la totalité des actions des sociétés filiales, seuls les droits inspirés de l'ordre juridique français n'acceptant pas ce principe et toutes ses conséquences (*infra* n° 244).

La théorie selon laquelle, parce que les sociétés membres du groupe forment une seule entreprise, ou une seule unité économique, il y aurait lieu de passer outre à leurs personnalités morales distinctes pour reconnaître une « réalité économique » au-delà des formes juridiques, si elle a fait l'objet de thèses brillantes en doctrine — tel l'article de A.A. Berle jr. auquel se réfère le Gouvernement espagnol (*A.C.M.*, ch. III n° 49, vol. VII, pp. 276 et ss.) et qui est d'ailleurs infiniment plus nuancé qu'il ne le dit — n'a en réalité jamais été admise par le droit positif et spécialement par la jurisprudence dans les différents pays qui connaissent la technique de la personnalité morale; elle est d'ailleurs génératrice d'une insécurité juridique totale puisqu'il n'existe pas de définition claire et juridique de l'entreprise et que l'on ne saurait, par conséquent, connaître le contenu de la prétendue réalité à laquelle il faudrait avoir égard — alors qu'au contraire la société-personne morale est une notion précise et nette à laquelle il est aisé de se référer. Les

thèses les plus modernes sur cette question soulignent que les groupes de sociétés ne peuvent être considérés comme des sujets de droit ainsi que le voudrait le Gouvernement espagnol.

Ainsi, la doctrine allemande s'exprime comme suit :

« Comme l'appartenance au *Konzern* laisse inchangée l'indépendance juridique des entreprises, quelle que soit la forme sous laquelle elles sont gérées, toutes les dispositions légales qui les concernent restent applicables aux entreprises membres d'un groupe de sociétés. La loi sur les sociétés par actions demeure applicable à la société par actions membre d'un *Konzern*, la loi sur les sociétés à responsabilité limitée à une *GmbH* membre d'un *Konzern*. La société par actions doit, même comme entreprise membre du *Konzern* avoir la vie légale d'une société par actions, ce qui signifie qu'elle doit avoir les organes prescrits par la loi sur les sociétés par actions. Ceux-ci doivent exercer leur activité dans le cadre des fonctions que la loi leur attribue. Les formes légales prescrites à à cet effet doivent être observées... » (Schmidt et Meyer-Landrut, dans *Grosskommentar zum Aktiengesetz*, article 15, rem. 7a, n° 5).

Cette situation — et par conséquent notamment le droit pour les sociétés membres de conserver leur individualité juridique distincte est tout-à-fait indépendante de la « réalité économique ». Cela est unanimement reconnu (Voy. *Grosskommentar*, art. 15, rem. 7a).

« Comme les sociétés du groupe sont des personnes morales indépendantes, leurs relations juridiques doivent être appréciées, en principe, selon les règles générales applicables aux relations juridiques et aux contrats », exposent encore Schmidt et Meyer-Landrut dans le *Grosskommentar* de l'*Aktiengesetz* de 1937 (art. 15 rem. 7. c.).

Ou encore :

« ... la théorie de l'unité entre la société dominante et la société dominée, que de façon transitoire la jurisprudence de la Cour de Cassation allemande avait adoptée (RG 108, 43) mais qu'elle a expressément abandonnée (RG 115, 253), n'a pas été reprise par la loi sur les sociétés par actions (*Grosskommentar*, art. 15, rem. 4) »

La solution est la même en France :

« Est-ce à dire, se demande M. Vanhaecke (*op. cit.* n° 506), qu'il faille considérer le groupe de sociétés comme un sujet de droit ? En l'état actuel de notre droit positif, certainement non. Nos développements nous ont permis de constater les grandes disparités qui caractérisent les solutions légales ou jurisprudentielles qui ont trait aux groupes de sociétés, ainsi que le caractère limité des objectifs qu'elles permettent d'atteindre; pour que le groupe de sociétés puisse être considéré comme un sujet de droit, il faudrait que ses éléments constitutifs soient nettement caractérisés, déterminés avec précision. Il faudrait notamment que des définitions et des interprétations constantes et générales de la notion de contrôle qui est à la base même de la notion de groupe soient adoptées par la loi, par la jurisprudence, par la doctrine. Il faudrait que la notion de contrôle soit suffisamment approfondie pour ne pas faire l'objet d'appréciations diverses, variables selon les matières, les époques et les intérêts en jeu ».

Le Professeur Champaud, *op. cit.* n° 373 et suiv., conclut dans le même sens.

Ces mêmes principes sont encore unanimement enseignés aux Etats-Unis. Fletcher, (*Cyclopedia of the law of private corporations*, vol. 6a, ch. 33, par. 21,) écrit, avec l'autorité qui s'attache à cet ouvrage :

« Le fait qu'une société holding contrôle une filiale en étant propriétaire des actions de cette dernière ou grâce à l'identité des Conseils d'administration doit être pris en considération mais ne suffit pas, en soi, pour opérer une fusion, ni à faire de la filiale, dans ses contrats, le mandataire de la société holding. Des règles qui précèdent découlent comme conséquence nécessaire la doctrine que la société holding n'est ni fusionnée ni consolidée avec les sociétés dans les actions lui appartiennent, en tout ou en partie; l'existence individuelle des sociétés continue, et la société holding ne perd pas, de ce chef, son identité » (1).

Le même auteur précise ailleurs :

« Tout le monde sait que certaines affaires sont traitées parmi des sociétés intimement associées, sans que leurs personnes morales respectives soient détruites ou fusionnées » (2) (*op. cit.*, vol. I, par. 43).

Il ajoute qu'en conséquence, « les avoirs de la société filiale ne sont pas compris dans les avoirs de la société-mère lorsque celle-ci tombe en faillite » (vol. I., par. 25 et 25.1).

Les auteurs américains cités ci-dessus (n° 235), aboutissent évidemment à la même conclusion, (voyez en particulier les conclusions de l'article de MM. Douglas et Shanks, cité). La théorie exposée par Berle était en réalité une thèse, brillante certes, mais traitée comme telle et qui n'a jamais pénétré le droit positif d'aucun pays. Lattin, *On corporations*, par. 14, p. 94).

(238) Le maintien de la personnalité morale distincte demeure dans tous les droits occidentaux, même si les sociétés possèdent des administrateurs communs, et si leurs organes respectifs sont composés, partiellement ou totalement, des mêmes personnes. En droit américain notamment — et l'on sait que le Gouvernement espagnol se réfère abondamment à la jurisprudence Nord-américaine où il espère pouvoir trouver des raisons de défendre sa thèse — de nombreuses décisions et plusieurs auteurs confirment que la personnalité morale distincte des sociétés-mères et de leurs filiales n'est pas atteinte par la seule présence d'administrateurs communs. La gestion par des administrateurs communs est d'ailleurs normale pour les sociétés-mères qui exercent leur contrôle effectif sur leurs filiales. Très fréquemment aussi, les conseils d'administration des filiales sont composés d'employés supérieurs des sociétés-mères.

Examinant le fonctionnement des groupes de sociétés dans le droit américain, le Professeur Mestmäcker (*Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre*, p. 105), expose que telle est affectivement la situation — sans qu'il en résulte, cela va de soi, une fusion des patrimoines de toutes les sociétés :

« L'influence dont jouit la société holding grâce au droit de vote lui donne la faculté de nommer ceux qui administrent les sociétés dominées. L'union personnelle dans les positions-clés est le moyen le plus efficace d'assurer la direction synchronisée des entreprises concentrées par une holding. Dans la pra-

(1) « The fact that the holding company exercises a control over the subsidiary through its stockownership or identity of directorate is to be considered, but of itself, is not enough to establish a merger nor to make the subsidiary in its contracts the agent of the holding company. As a necessary consequence of the foregoing rules it is held that the holding company is not merged or consolidated with the companies whose stock it owns wholly or partially; the separate existence of the companies continues and the holding company does not thereby lose its identity ».

(2) « It is a matter of common knowledge that certain business transactions are carried out on between closely associate corporations without destroying or merging their respective corporate entities ».

tique des groupes de sociétés américaines, les « interlocking directorates » constituent, pour cette raison, le lien le plus important qui unit les sociétés du groupe. L'union personnelle, contrairement à ce qui se passe lors de l'affiliation comprenant des sociétés restées indépendantes, s'applique en règle générale à la gestion active (management), et seulement de façon subsidiaire au conseil d'administration. Citons en exemple la politique en matière de personnel de la Electric Bond & Share Co. Le secrétaire de la société holding remplissait cette fonction dans 233 sociétés, le trésorier était actif dans 143 sociétés filiales, le contrôleur dans 80. (Cf. Report on Holding Companies in Power and Gas, 3^e partie p. 463 et seq., et aussi 6^e partie pp. 66-67). Le management des sociétés affiliées, en ce comprises les sociétés holding intermédiaires, était à concurrence de 100 % composé d'employés de la société holding. Par contre, la société-mère n'exigeait pas plus que la majorité des membres des conseils d'administration, attribuant les mandats restant à d'importants représentants d'intérêt locaux. La coordination entre le management et le conseil d'administration a été, dans ce cas, réalisée également par le fait que les membres du management étaient eux-mêmes représentés au Conseil d'administration. (Le président de la Cities Service Co, société holding, qui occupait aussi la fonction de Président du Conseil d'administration, assumait la même fonction double dans 119 sociétés filiales, HR, Holding Companies in Power and Gas, 6^e partie, p. 68).

De très nombreuses décisions citées par Fletcher, *op. cit.*, t I, § 43, p. 215, note 25, illustrent la règle selon laquelle :

« Le fait pour des sociétés d'avoir des fonctionnaires (*officers*) et une direction communs n'est pas incompatible avec l'existence d'entités séparées ou ne permet pas de conclure à l'identité... Une société n'est pas tenue des dettes de l'autre simplement par le fait qu'elle a, par contrat, désigné un contrôleur pour se protéger elle-même ou fait des prêts à l'autre société » (1).

En France aussi, la jurisprudence et la doctrine ont montré l'importance du contrôle exercé par le biais de directeurs ou d'administrateurs communs. La légalité de ce système a été amplement démontrée, et l'existence d'une communauté d'administrateurs entre diverses sociétés d'un même groupe ne peut justifier par elle-même que l'on méconnaisse leurs personnalités morales distinctes (V. Van Haecke, *op. cit.*, pp. 117 et suiv. et les nombreuses références jurisprudentielles. — Champaud, *op. cit.*, n° 297 et suiv.)

La doctrine et la jurisprudence allemandes aussi ont souligné abondamment l'importance des relations personnelles comme élément constitutif du groupe de sociétés, sans que l'on puisse en induire une raison quelconque de méconnaître la personnalité morale distincte des sociétés membres du groupe (Voy. Schmidt et Meyer-Landrut, *Grosskommentar*, art. 15, rem. 4).

(239) Bien plus, dans tous les régimes juridiques, sauf ceux qui sont directement issus de la tradition française, la réunion de toutes les actions d'une société filiale entre les mains de la société-mère, ou entre les mains d'un seul individu, ou encore de quelques individus qui agissent comme prête-noms pour la société-mère, ne permet aucunement d'écarter la personnalité morale distincte de la société en cause. La pratique des holdings internationaux est d'ailleurs telle, que pour des raisons pratiques, certains d'entre eux ne connaissent que le système de la « *One man company* » sans que personne n'ait jamais voulu en déduire que l'existence d'une prétendue « réalité économique » devrait l'emporter sur la réalité juridique claire et nette des sociétés à patrimoines distincts. (2)

(1) « Common officers and management is not incompatible with separate entities or conclusive of identity... One corporation is not liable for another's debts merely because it has, by contract, put a controller in charge to protect itself or made loans to the other corporation ».

(2) Pour des exemples : voy. ci-dessus n° 233 et *A.R.*, n° 42.

Quoique toutes les actions appartiennent à la société-mère et que celle-ci ait les mêmes administrateurs que ses filiales, il n'y a pas lieu pour ce seul motif de lever le voile de l'incorporation suivant tous les droits occidentaux auxquels se réfère le *Contre-Mémoire*. C'est à tort, dès lors, que celui-ci s'étend longuement sur ces caractéristiques des sociétés du groupe de la Barcelona Traction pour les baptiser « fraudes » et prétendre par là justifier les mesures prises par le juge de Reus.

En droit anglo-saxon, on trouve l'origine de la règle fondamentale énoncée ci-dessus dans le fameux *leading case* anglais, *Salomon v. Salomon & Co*, qui demeure toujours en vigueur et qui exprime la règle de base à laquelle se réfèrent toutes les juridictions anglo-américaines et plus généralement de *common law* (1897 *App. Cas.* 22).

Il n'est pas inutile de rappeler que dans cette affaire, Salomon avait apporté la totalité de son commerce à une société par actions, et qu'il avait reçu pour cet apport, suivant l'usage anglo-américain de l'époque, la totalité du capital-actions et des obligations (1). La société ayant fait de mauvaises affaires, les créanciers prétendirent contester le droit de Salomon, créancier obligataire, de se faire payer par privilège, et voulurent en outre le rendre responsable des dettes sociales; leurs prétentions furent rejetées par la Chambre des Lords en raison de la séparation patrimoniale absolue existant entre Salomon et la société qu'il avait constituée. Salomon était en fait l'actionnaire unique de la société, et il en était d'autre part l'administrateur et le « maître exclusif » (20.001 actions sur 20.007).

Cette règle est demeurée fondamentale, et de très nombreux commentateurs, de même que d'innombrables décisions de juges anglais ou américains la rappellent. Le Gouvernement belge a cité ci-dessus quelques passages décisifs de Fletcher, et l'on pourrait multiplier ces citations parmi les commentateurs anglais ou américains.

L'effet du *Salomon Case* est demeuré déterminant en droit anglo-américain, notamment pour empêcher les tribunaux de méconnaître en principe la responsabilité morale distincte des sociétés appartenant à un même groupe, ces sociétés eussent-elles les mêmes administrateurs, et les sociétés-mères fussent-elles les propriétaires de la totalité des actions de leurs filiales, soit directement, soit par des *nominees*. (Voy. Gower, *Principles of modern company law*, pp. 194, 205 & 207).

(240) *En droit américain*, tous les auteurs et d'innombrables décisions fondamentales rappellent que le principe de la séparation des personnalités morales, même pour les sociétés d'une personne, est la règle et non point l'exception. Cette règle a été affirmée même dans les Etats américains qui trouvent leur tradition juridique dans le droit continental et non dans le *common law*, et même lorsque les lois de ces Etats requièrent la participation à l'origine de plusieurs souscripteurs pour la constitution de la société.

Le rôle et l'utilité fondamentale de la « *one man company* » dans le développement industriel et commercial ont été rappelés en 1964 dans l'arrêt *Johnson v. Kinchen* (160 So 2d 296) où la Cour a exprimé ainsi son point de vue :

(1) On relèvera que telle est précisément la formule utilisée lors de la constitution des sociétés de base du groupe de la Barcelona Traction.

« Une telle protection contre la responsabilité individuelle encourage et tend à promouvoir les affaires, le commerce, la fabrication et l'industrie... et augmente la croissance, la stabilité et la prospérité économique et financière de la nation » (1).

D'autres décisions récentes viennent confirmer la jurisprudence abondante qui trouve son origine dans le *Salomon Case*.

Par exemple, en 1964, la Cour d'appel du Maryland, décidait expressément que :

« Quel que soit le but de son existence, une société filiale est une personne morale séparée alors même que tout son capital-actions est la propriété d'une autre société » (2). (*Food Fair v. Blumberg*, 234 Md 521).

La *Court of Chancery* du Delaware — Etat américain dans lequel de très nombreuses sociétés sont incorporées — a également rappelé en 1964 :

« La société filiale est une personne distincte de ses actionnaires, alors même que son capital-actions serait entièrement la propriété d'une autre société » (3) (*Galdi Securities Corporation v. Carel Goldschmidt*, 199 A 2d 760).

Dans une espèce que l'on cite fréquemment, (*First National Bank of Memphis v. Towner*, 239 Fed 433 1917), la Cour d'Appel fédérale du 6^e circuit a décidé qu'une société dont toutes les actions se trouvaient entre les mains d'une même personne physique, laquelle la dirigeait pratiquement et en était maître, ne pouvait être tenue de supporter les dettes d'une autre société dont les actions se trouvaient aussi entre les mains de la même personne et qui était dirigée par celle-ci.

La séparation des patrimoines joue aussi *en cas de faillite* et interdit au *receiver* de la faillite d'étendre sa saisie sur les biens de la société filiale, même si celle-ci est détenue à 100 % par la société-mère — contrairement à ce qui a été pratiqué dans le cas d'espèce par le juge de Reus.

Ainsi, dans l'affaire *Wilson W. Williams Hardware Co* (32 Fed. 2d. 103) une société de New Jersey, la Miner Edgar Cy avait été déclarée en faillite. Cette société avait un « *wholly owned subsidiary* », la Sutton Chemical Company, constituée sous l'empire de la loi de la Virginie orientale. La société-mère détenait en son nom les propriétés immobilières, mais sa filiale continuait à fonctionner comme société d'exploitation. La société-mère avait avancé des fonds à sa filiale pour lui permettre d'acquérir des marchandises destinées à cette exploitation. Les *receivers* tentèrent de se faire reconnaître le droit de mettre la main sur les stocks de marchandises ainsi acquis par la filiale à l'aide des prêts consentis par la société-mère et stockés dans des propriétés immobilières enregistrées au nom de celle-ci. La Cour leur refusa cette saisie, faisant valoir que les marchandises appartenaient à la filiale, et que la propriété des actions par la société-mère était insuffisante pour justifier la demande des *receivers*. Seules les actions mêmes de la société filiale se trouvant dans le patrimoine de la société-mère pouvaient être saisies par les *receivers in bankruptcy*.

(1) « Such protection from individual liability encourages and promotes business, commerce, manufacturing and industry... and adds to the nation's economic and financial growth, stability and prosperity ».

(2) « A subsidiary corporation for whatever purpose it may exist is a separate corporate entity even though all its stock may be owned by another corporation ».

(3) « The subsidiary is an entity distinct from its stockholders even if its stock is wholly owned by another corporation ».

Dans une affaire jugée en 1916, en cause *Pittsburgh & Buffalo C^o v. Duncan* (232 Fed 584, 1916) le juge Knappen, de la Cour d'Appel du 6^e circuit, a utilisé une formule fréquemment reprise depuis et que l'on trouve citée dans de nombreux manuels :

« En ce qui concerne la propriété d'actions et le contrôle de la société : le simple fait que des actionnaires dans deux ou plusieurs sociétés sont les mêmes, qu'une société exerce le contrôle sur les autres par la propriété de leurs actions ou par l'identité de leurs actionnaires, ne fait pas de l'une le mandataire (*agent*) de l'autre, pas plus que cela ne les fusionne l'une avec l'autre, en manière telle qu'un contrat conclu par une société serait obligatoire pour l'autre, lorsque chacune des sociétés est organisée séparément en vertu d'une charte distincte... » (1).

La fermeté de cette règle en droit privé est encore confirmée par les avis exprimés par divers juges de la Cour Suprême des Etats-Unis et par cette Cour elle-même.

Oliver Wendell Holmes, juge à la Cour Suprême, et l'un des meilleurs juristes des Etats-Unis, parlant au nom de la Cour, observait dans l'affaire *Donnell v. Herring Hall Marvin Safe C^o*, 208 U.S., p. 273 :

« La philosophie peut avoir gagné par les tentatives faites dans un passé récent de contempler les faits à travers la fiction et d'aboutir à une conception unique de la société anonyme, de la société en nom collectif et d'autres groupes par voie de généralisation. Mais celui qui généralise omet, et dans ce cas la généralisation omet un trait de la société anonyme complète, créé par la législation moderne qui est de la plus haute importance pour les affaires et le droit. L'un des buts primordiaux de telles lois est d'intercaler un non-conducteur à travers lequel, lorsqu'il s'agit de contrats, il est impossible de voir les hommes de l'autre côté » (2).

A propos de cette jurisprudence, Fletcher (*op. cit.*, t. I, n^o 31, p. 137) écrit justement :

« Les avoirs de deux sociétés sont distincts alors même que les mêmes actionnaires seraient les propriétaires des deux ou les contrôleraient. Une ou plusieurs sociétés holding ne sont pas les propriétaires des avoirs de la filiale, en sorte que ceux-ci ne seront pas compris, en cas de faillite de la holding, parmi les avoirs de cette dernière » (3).

(1) « As respects stock ownership and corporate control : the mere fact that the stockholders in two or more corporations are the same, or that one corporation exercises a control over the others through ownership of its stock or through identity of its stockholders does not make either the agent of the other, nor does it merge them into one, so as to make contract of one corporation binding upon the other, where each corporation is separately organized under a distinct charter... ».

(2) « Philosophy may have gained by the attempts in recent years to look through the fiction to the fact and to generalize corporations, partnerships and other groups into a single conception. But to generalize is to omit and in this instance to omit one characteristic of the complete corporation, as called into being under modern statutes, that is most important in business and law. A leading purpose of such statutes is to interpose a non conductor, through which in matters of contract it is impossible to see the men behind ».

(3) « The properties of two corporations are distinct though the same stockholders own or control both. A holding corporation or corporations do not own the subsidiary's property so that it is not included in the holding company's assets in bankruptcy ».

Et encore :

« Il ne suffit pas cependant (*N. d. t.* : pour que l'on puisse méconnaître la personnalité morale distincte des sociétés en cause) qu'il y ait identité d'actionnaires et de dirigeants ou membres de la direction, au sein des sociétés, et le seul fait que l'une soit la propriétaire de toutes les actions — ou de la grande majorité — de l'autre ne suffit point, en l'absence d'un dessein frauduleux, pour méconnaître (*N. d. t.* : la personne morale). Il en est de même lorsqu'on avait la possibilité d'exercer le contrôle. Au surplus, le fait qu'il y ait identité entre les actionnaires de deux sociétés ne suffit pas pour traiter les deux sociétés comme si elles étaient une seule. Des dirigeants ou une direction communs ne sont pas incompatibles avec des personnalités morales distinctes et ne sont pas la preuve d'une identité... » (1) (*t. I*, n° 43, pp. 212 et suiv.).

(241) En droit canadien également — constatation particulièrement importante, puisque deux des sociétés en cause, la Barcelona Tracition et l'Ebro, sont soumises au droit canadien — comme dans tous les droits anglo-américains, la société d'une personne est parfaitement valable, et cette formule est utilisée pour la constitution de groupes de sociétés. La jurisprudence est fixée en ce sens depuis l'arrêt *Pioneer Laundry and Dry Cleaners v. MNR* (1940) (AC 127). Le Gouvernement belge a d'ailleurs reproduit un arrêt du Tribunal Suprême de l'Ontario qui a rappelé ce principe à propos de l'Ebro (*A.M.*, n° 245, vol. IV, p. 959).

(242) Des règles identiques s'appliquent dans les *droits germaniques*. En cas de constitution de filiales par des sociétés-mères, la totalité des actions de ces filiales, très fréquemment, se trouvent entre les mains des sociétés-mères. La jurisprudence et la doctrine ont été amenées à reconnaître unanimement la validité de cette formule, particulièrement en rapport avec le *Konzernrecht* (2)

La validité de la filiale constituée par plusieurs actionnaires dont la société-mère et d'autres fondateurs qui, dès l'origine, avaient l'intention de rétrocéder immédiatement leurs titres à la société-mère, est également reconnue, et cette circonstance n'est pas de nature à justifier la méconnaissance de la personnalité morale distincte de la filiale ainsi constituée dans les formes légales, ou à affecter la réalité de la constitution (Arrêt du *Bundesgerichtshof* publié dans *BGHZ*, 22, 229 et suiv. — *Grosskommentar*, cité, rem. 8, n° 2.)

La société d'une personne, comme en droit américain, doit fonctionner avec ses différents organes; il faut qu'elle tienne une comptabilité distincte, que l'on enregistre les décisions de son assemblée générale, de son *Vorstand* et de son *Aufsichtsrat*, même si les membres de ces conseils sont les mêmes que ceux des organes de la société-mère.

(1) « It is not enough however that shareholders and officers or managers in the corporations are identical, and the mere fact that one owns all the stock of the other or substantially all, is not enough to warrant disregard in the absence of some fraudulent purpose, nor is the fact that there was an opportunity to exercise control. Further more, the fact that the shareholders of the two corporations are the same is not sufficient to treat the two corporations as one. Common officers and management is not incompatible with separate entities or conclusive of identity... ».

(2) Schmidt et Meyer-Landrut, in *Grosskommentar zum Aktiengesetz*, art. 15, rem. 4 et 8. — Baumbach et Hueck, *Aktiengesetz Anh. nach 15* — Rasch, *Deutsches Konzernrecht*, 2^e éd., pp. 46 et suiv. — Friedländer, *Konzernrecht*, pp. 69 et suiv. — Würdinger, *Aktien und Konzernrecht*, 1966, pp. 313 et suiv.

Si ces conditions sont respectées, la seule circonstance que l'on se référerait à la prétendue réalité économique, ou à un vague concept d'entreprise distinct de la société, ne peut justifier que l'on néglige les personnalités distinctes de la société et de son actionnaire unique. Comme l'écrivent Schmidt et Meyer-Landrut dans le *Grosskommentar* précité (art. 15, rem. 8, n° 8) :

« " Les forces de la vie " et les " réalités économiques " (R.G. 129,50) ne justifient pas, par elles-mêmes, d'exercer un recours contre la société dont toutes les actions sont réunies dans une main ».

(243) La jurisprudence *italienne* est également extrêmement intéressante, en raison notamment des similitudes qui existent entre l'Italie et l'Espagne, notamment sur le plan juridique.

Sans doute faut-il tenir compte de la disposition particulière du Code Civil italien (art. 2362) selon laquelle l'actionnaire unique d'une société devenue insolvable est solidairement débiteur avec la société des dettes nées pendant qu'il était propriétaire des actions.

Mais cette disposition, pour des raisons évidentes de sécurité juridique, a été interprétée de façon restrictive; elle permet sans doute de rendre, en certaines circonstances, l'actionnaire unique responsable du passif de la société qu'il contrôle; mais elle ne peut servir de base à l'opération inverse pratiquée dans la présente espèce, à savoir, rendre la société responsable des dettes de son actionnaire unique. Même dans le sens indiqué par ce texte, la jurisprudence de la Cour de Cassation est favorable à une interprétation très restrictive. (Voy. Arrêts des 23 octobre 1954 *For. it.*, 1955, 1729. — 14 octobre 1955 *Riv. dir. faill.*, 1956. II. 119.)

En outre, elle a clairement précisé que, si une société répond des dettes de sa succursale, il n'en est pas de même des filiales qu'elle a valablement constituées — sauf dans le cas expressément prévu par l'article 2362 — en raison de la personnalité morale distincte existant entre les sociétés-mères et les sociétés filiales, qui correspond à une règle fondamentale de l'ordre juridique italien. Il en est ainsi, suivant la Cour de Cassation, dès lors que les règles requises pour la constitution de la société filiale ont été observées, et même si l'actionnaire prépondérant possède, avec quelques personnes physiques, la totalité des actions de la société filiale, s'il peut ainsi contrôler le droit de vote au sein des assemblées et s'il assure la gestion de la société (*Cfr.* arrêt du 23 septembre 1953, *For. It.* 1954.I.1142.)

Bien plus, la théorie de l'*imprenditore occulto*, qui a été si abondamment développée, notamment par Bigiavi (Voy. not. étude dans *Giur. it.*, 1959. I. 2. 126) a été ramenée par la Cour de Cassation elle-même dans de strictes limites lorsqu'elle a décidé que, pour que cette théorie puisse s'appliquer, il ne suffit pas que l'actionnaire dominant ait exercé son contrôle sur la société de façon étroite, mais qu'il faut encore qu'il ait utilisé son propre nom et soit donc apparu ainsi personnellement dans les opérations (*Cfr.* Cass. 16 octobre 1959 *For. It.* 1960. I. 1180).

Le *droit espagnol* reconnaît également le maintien de la personnalité morale de la société d'une personne, dans les conditions qui seront amplement analysées ci-après à propos de la critique du jugement de Reus, sur le plan de l'application du droit espagnol. (*infra* n° 520 et suiv.).

(244) Sans doute, comme l'expose le *Contre-Mémoire*, la situation est-elle différente en *droit français* et en *droit belge*.

Encore le législateur français a-t-il eu soin, lors de la réforme de 24 juillet 1966, de suivre le courant tracé par les autres législations modernes et de supprimer la dissolution automatique des sociétés anonymes en suite de la réunion de tous leurs titres entre les mains d'une seule personne (article 9 de la loi du 24 juillet 1966).

Quant au droit belge, le *Contre-Mémoire*, prenant de singulières libertés avec les textes qu'il invoque, présente comme étant la jurisprudence de la Cour de Cassation ce qui n'était en réalité qu'un moyen de pourvoi, d'ailleurs rejeté par la Cour (*C.M.*, IV, Ch. III, n° 259, p. 572). Il expose dès lors le droit belge d'une manière inexacte — notamment en ce qu'il énonce que, en cas de réunion de toutes les actions d'une société entre les mains d'un seul actionnaire, le patrimoine de la société et celui de l'actionnaire seraient immédiatement confondus. La réalité est toute différente : suivant la jurisprudence belge constante, la réunion de tous les titres entre les mains d'un seul actionnaire, entraîne la dissolution de la société, qui entre en liquidation et conserve sa personnalité morale distincte pour les besoins de sa liquidation; les conséquences de cette situation sont donc exactement opposées à celles qu'indique le Gouvernement espagnol (Cass. 31 mai 1951. — *Pas.* I. 665. — 2 décembre 1952, *Rev. crit. jurisp. bel.* 1953 p. 288. — 7 octobre 1958, *Pas.* 1959. I. 132. — 5 décembre 1958, *Pas.*, 1959. I. 342). (*A.R.*, n° 46)

Bien entendu, tant en France qu'en Belgique, il est très fréquent que des sociétés-mères constituent des filiales, qui en fait, sont des *wholly owned subsidiaries*; la seule différence avec les droits anglo-américain et germanique, est que les sept actionnaires qui participent à la constitution de la société conservent, au moins apparemment, la qualité d'actionnaires, en sorte que l'exigence légale est respectée. Cette situation se rencontre dans de très nombreux cas. La démonstration de l'intérêt tout à fait prépondérant de la société-mère — par exemple, si elle possède 994 actions sur 1.000 qui auraient été émises en représentation du capital social — ne suffit pas à elle seule à justifier la confusion des patrimoines des sociétés en cause.

(245) Le caractère très usuel de la société d'une personne est encore attesté par l'article 9, al. 2, du projet de convention relatif à la reconnaissance des sociétés et des personnes morales étrangères, élaboré entre les pays membres de la Communauté économique européenne, en application de l'article 220, al. 3, du Traité de Rome. Cet article dispose : « Notamment si la loi en conformité de laquelle une société s'est constituée admet que celle-ci existe juridiquement si elle n'a qu'un seul associé, ladite société ne peut, pour ce seul motif, être considérée par un Etat contractant comme contraire à son ordre public au sens du droit international privé ».

(246) Dès lors que l'on admet la validité de la société d'une personne, ou de la société dont tous les titres sont entre les mains de *nominees* agissant pour la société-mère dans le cadre d'un groupe de sociétés, il est évident que l'on doit admettre aussi, par voie de conséquence, que des *conventions soient valablement conclues entre les sociétés du groupe.*

Cette pratique est constante dans les groupes de sociétés.

Il est indispensable d'y organiser les rapports entre les sociétés, et cette organisation résulte nécessairement de conventions. Ces conventions sont aussi destinées à permettre à *chacune des sociétés en cause de trouver les ressources nécessaires pour assurer leur propre vie sociale, ainsi d'ailleurs que cela a été pratiqué habituellement par le groupe de la Barcelona Traction (infra n° 278 et suiv.).*

Point n'est besoin dès lors de recourir, comme le fait le *Contre-Mémoire*, à l'expression, chargée d'un contenu péjoratif sous la plume du Gouvernement espagnol, « d'auto-contrats », pour décrire ces conventions, et rien ne permet d'y voir l'indice d'une fraude quelconque commise par les sociétés en cause.

Cette vérité aussi est enseignée par tous ceux qui ont étudié les groupes de sociétés, et la Barcelona Traction s'est conformée à une pratique constante dans la vie des affaires et que le Gouvernement espagnol ne peut méconnaître.

La question est étudiée de manière détaillée, notamment par M. Van Haecke, (*op. cit.*, n°s 315 et ss.) qui conclut :

« L'étude de la formation des contrats avec soi-même conduit à admettre que les contrats entre sociétés d'un même groupe ne sont pas susceptibles d'être attaqués quant à leur validité. Seule la responsabilité peut être mise en cause. La validité ne peut être contestée.

Cette conclusion se trouve confirmée par diverses solutions admises aujourd'hui par la jurisprudence française et relatives aux obligations et aux sociétés... ».

En Allemagne l'indépendance des sociétés membres du *Konzern* leur permet de conclure entre elles toutes les conventions utiles et, en principe, rien ne fait obstacle à la validité de ces conventions : Schmidt et Meyer-Landrut, *Grosskommentar* art. 15, rem. 7a, 7c et 8.

Aux Etats-Unis, la validité des conventions conclues entre les sociétés-mères et leurs filiales ou entre les sociétés membres d'un même groupe est reconnue sans aucune hésitation.

La Cour d'Appel fédérale du 2^e circuit l'a affirmé en 1955 dans l'affaire *U.S. v. Weissman*, 219 Fed 2d 837 :

« ... deux sociétés, dont l'entière du capital est la propriété d'une seule personne physique, peuvent légalement traiter l'une avec l'autre » (1).

(1) « ... there can be legal transactions between two corporations all of whose shares are owned by a single individual ».

Fletcher écrit à ce propos :

« Deux sociétés appartenant au même propriétaire peuvent passer des contrats, l'une avec l'autre, agissant de bonne foi et pour des buts licites » (1) (*op. cit.*, Vol. I, n° 29, p. 129).

et encore :

« Une société jouit de la même liberté contractuelle avec ses actionnaires qu'avec n'importe quel tiers... » (2) (*ib.*).

Les conventions entre les sociétés du groupe sont aussi destinées à permettre les répartitions des revenus de la manière la plus appropriée, étant entendu que les actionnaires, qui sont généralement associés à la société-mère, doivent pouvoir légitimement recueillir le fruit de l'activité des diverses sociétés du groupe.

Pour autant que les droits des créanciers des sociétés filiales soient respectés, que ces sociétés soient nanties de moyens financiers suffisants, il est tout-à-fait légitime et normal que les bénéfices réalisés se concentrent finalement dans la société-mère. Cette concentration a lieu par le jeu des distributions de dividendes, par la rémunération des capitaux prêtés et des moyens de financement mis à la disposition des sociétés filiales par la société-mère, par des conventions permettant de rémunérer les services que la société-mère met à la disposition des sociétés filiales.

Ici encore, il s'agit d'une conséquence normale et inévitable, acceptée par chacun, de la constitution même des groupes de sociétés sans qu'il en résulte le moins du monde une prétendue unité patrimoniale des sociétés membre du groupe.

(247) Les créanciers et les actionnaires sont d'ailleurs avertis de cette situation lorsque, comme en l'espèce, les sociétés membres du groupe, et le groupe lui-même, en la personne de la société-mère, établissent à la fois les comptes propres aux diverses sociétés et des *comptes consolidés*. La publication de comptes individuels et de comptes consolidés permet en effet de se faire une opinion sur les relations entre les sociétés et sur les résultats de l'activité de l'ensemble du groupe, toujours, cela va de soi, sans préjudice de la personnalité distincte des sociétés membres.

On sait qu'on appelle « consolidés » des comptes dans lesquels les patrimoines des sociétés en cause d'une part (bilan), et les résultats de leur activité d'autre part (compte de profits et pertes), sont présentés comme si tout le groupe avait formé un patrimoine unique. On élimine de ces comptes — suivant des techniques d'ailleurs complexes — tous les articles qui traduisent des relations entre les diverses sociétés du groupe : les dividendes ou les intérêts payés par certaines sociétés et encaissés par d'autres, les prêts ou les mouvements de créances ou de dettes entre les sociétés du groupe, les participations de certaines sociétés dans d'autres sociétés du groupe, etc...

(1) « Two corporations under one ownership may contract with each other in good faith and for proper purpose ».

(2) « A corporation has the same freedom of contracting with its stockholders that it has of contracting with any other person... ».

On peut ainsi se faire une opinion claire sur le résultat de l'activité de l'ensemble du groupe et sur la consistance de son patrimoine, grâce à des documents qui éliminent le travail complexe de fusion des bilans individuels auxquels les tiers pourraient difficilement procéder.

A l'époque des faits, les grands groupes internationaux, même en l'absence de dispositions légales, publiaient de tels bilans consolidés, considérés comme souhaitables sous l'angle de la déontologie des affaires. Ces publications devançaient ce qui allait devenir par la suite l'exigence de certains législateurs; elles montrent que, précisément, les groupes qui acceptaient volontairement d'y procéder avaient le souci d'informer complètement tous les lecteurs de bilans et de se conformer à une bonne pratique de la gestion des affaires. Encore actuellement dans les pays qui n'exigent pas de bilans consolidés, des groupes internationaux les établissent spontanément.

Parmi les grandes lois modernes sur les sociétés par actions, la loi anglaise de 1948, les *Regulations* édictées par la Securities Exchange Commission américaine, la loi allemande du 6 septembre 1965 (1), prévoient l'établissement et la publication obligatoires de comptes consolidés, consacrant ainsi la bonne pratique des grands groupes internationaux. Ces dispositions légales impliquent donc la reconnaissance législative du groupe de sociétés et la définition des rapports entre sociétés holdings et sociétés filiales (Voir, à ce sujet, P. Van Ommeslaghe, *Les groupes de sociétés*, *Rev. prat. des sociétés*, 1965, p. 153). Aucune de ces législations ne prétend cependant en déduire que les différentes sociétés dont les comptes sont ainsi consolidés perdraient pour autant leurs personnalités morales distinctes sous prétexte de leur intégration dans une même unité économique.

L'argument que le Gouvernement espagnol veut déduire de la publication par la Barcelona Traction de bilans consolidés est donc doublement erroné : d'une part, il ne peut être question d'invoquer cette circonstance pour justifier les mesures prises en méconnaissance de la personnalité morale des sociétés filiales. D'autre part, la publication de tels comptes, loin de pouvoir être reprochée à la Barcelona Traction et à son groupe, est au contraire la manifestation de son souci évident de ne dissimuler en rien l'existence d'un groupe et les résultats de son activité.

On ne peut mieux faire que de se référer à l'opinion exprimée très nettement à ce sujet par les experts anglais et canadien de la Commission d'experts (*A.R.*, n° 47), opinion qui repose sur leur grande connaissance de la pratique de ce genre de comptes. Répondant à l'argument repris par le Gouvernement espagnol et déjà formulé par l'expert Andany, ils écrivaient fort justement : « Nous ne pouvons accepter cette position comme valable car, bien que l'établissement de bilans consolidés soit requis, comme dit ci-dessus, en Grande-Bretagne depuis 1948, alors qu'il est facultatif aux États-Unis et au Canada, les sociétés individuelles du groupe continuent comme

(1) Sous l'empire de la loi de 1937, il s'agissait d'une faculté dont il n'avait pas été fait usage.

personnes morales distinctes, dans lesquelles les créanciers jouissent de droit séparés et distincts, sans avoir de recours contre d'autres sociétés du groupe, à moins qu'un tel droit leur ait été accordé spécifiquement » (1).

(248) Après avoir ainsi retracé les règles de droit, et après avoir décrit les pratiques légitimes en vigueur dans les groupes de sociétés, on examinera le cas particulier du groupe de la Barcelona Traction, tant en ce qui concerne sa constitution (sous-section 2 ci-dessous) qu'en ce qui concerne son développement (sous-section 3).

(1) * We cannot accept this position as valid, for, although the production of consolidated accounts has been required as stated in Great Britain since 1948 and is optional in the United States of America and Canada, the individual companies in the group remain separate legal entities where creditors have separate and distinct rights without any recourse against other companies in the group unless such right has been specifically accorded to them *.

Sous-section 2

L'absence de toute fraude et de toute irrégularité lors de la formation du groupe de la Barcelona Traction

(249) Pour tenter de justifier les allégations désagréables généreusement répandues sur la Barcelona Traction, le Gouvernement espagnol est obligé de faire, de la création des sociétés qui sont à la base du groupe et des conventions conclues entre elles, un tableau gravement inexact à de nombreux points de vue, et surtout de qualifier de « fictives » des opérations tout-à-fait normales, usuelles et de pratique constante dans la vie internationale des affaires, notamment suivant les usages des pays anglo-américains.

Les développements consacrés ci-dessus à la notion de groupes de sociétés et à leurs pratiques dans la vie internationale ont permis de démontrer que, notamment dans les pays de l'ordre anglo-américain, il est normal de constituer une société dans les conditions qui seront ci-après décrites, de former des sociétés d'une personne, d'organiser des groupes de sociétés dans lesquels toutes les actions des filiales se trouvent entre les mains de la société-mère, et dans lesquels les différentes sociétés ont des administrateurs communs, de conclure entre ces sociétés des contrats destinés à assurer leur existence, de publier des comptes consolidés.

C'est donc gratuitement que le Gouvernement espagnol croit pouvoir se fonder sur ces circonstances pour brandir constamment l'épouvantail de la « fiction » et pour en déduire ensuite des conséquences juridiques d'ailleurs souvent contradictoires.

On examinera successivement :

- a) La création des trois sociétés de base;
- b) Le caractère prétendument fictif de Spanish Securities;
- c) La formation du capital de la Barcelona Traction;
- d) La formation du capital de l'Ebro;
- e) L'évolution ultérieure du capital de ces deux sociétés;
- f) L'émission des obligations par ces sociétés au point de vue juridique,

pour démontrer la parfaite régularité de ces opérations et leur conformité aux usages les mieux établis.

a) *La création des trois sociétés de base.*

(250) Les circonstances de la constitution des trois sociétés qui furent à l'origine du groupe ont été examinées et décrites dans le *Mémoire* du Gouvernement belge, (I, n° 24 et ss., pp. 17 et ss.), et dans les annexes n° 22 (vol. I, p. 144) et 24 (vol. I, p. 159) ainsi que dans l'annexe n° 1 (vol. I, p. 5) des *Observations et Conclusions*.

Il a été exposé comment, suivant une pratique alors fréquente dans les divers groupes internationaux, notamment dans le domaine des services publics, les promoteurs de l'entreprise constituèrent une société de lancement, la Spanish Securities Cy

Ltd, une société holding de financement et de gestion, la Barcelona Traction Light and Power Cy Ltd, et enfin une société d'exploitation, l'Ebro Irrigation and Power Cy Ltd, toutes trois constituées suivant la loi canadienne et par conséquent soumises à cette loi — tant pour avoir été incorporées au Canada (*régime anglo-américain*) que pour y avoir leur siège social (*régime en vigueur dans la plupart des pays continentaux*). C'est de façon inexacte, et en mélangeant les fonctions de ces trois sociétés, que le *Contre-Mémoire* reprend cet exposé (n° 2 et ss., pp. 16 et ss.). Chacun est évidemment libre de localiser l'incorporation d'une société où il l'entend, ou de fixer son siège social dans n'importe quel pays. Cela est de pratique constante. Et pourtant, suivant le Gouvernement espagnol, il s'agit d'une première « manœuvre », ou d'une première « fraude ».

Il était évident, suivant ce schéma, que la société d'exploitation devait être mise en possession des actifs qui lui permettraient de poursuivre cette exploitation, et notamment des concessions. C'est la société de financement et de portefeuille, — possédant les services nécessaires pour les opérations délicates et complexes du financement par le large recours au marché, ainsi que cela se pratiquait habituellement à l'époque, notamment pour les sociétés de service public — qui devait prendre la responsabilité du financement nécessaire, que, dans une première étape au moins, la société de lancement contribuerait à lui *procurer*.

Rien que de très normal et de très clair dans ce schéma, et l'on n'aperçoit pas les éléments de fraude que le Gouvernement espagnol prétend y voir.

(251) Les trois sociétés sont constituées par des hommes de loi et par leurs clercs. A tout le moins, ce sont eux qui apparaissent dans les lettres patentes. Le Gouvernement espagnol d'en déduire que les sociétés n'avaient pas d'« existence autonome » et que « la principale tâche de ces... personnes était d'apposer leur signature sur des documents légaux au gré des promoteurs » (*C.M., IV, Chap. I, n° 3, p. 16*). Certes... Mais, le Gouvernement espagnol ignore-t-il que telle est la pratique constante des pays anglo-américains ?

Il est indispensable, pour que les documents relatifs à la société et lui permettant d'être enregistrée et d'acquérir la personnalité morale puissent être établis, que plusieurs personnes (en Angleterre, sept; en Ontario, trois) signent le premier document (*Charter of incorporation, Memorandum*, lettres patentes, suivant les pays) et déclarent y souscrire au moins une action. Ce travail est généralement accompli par les hommes de loi qui interviennent pour procéder aux opérations de constitution.

Voici ce que dit à cet égard l'excellent traité de Gower (*Principles of modern company law*, p. 248) :

« La dernière démarche consiste à déposer certains documents au Registre des sociétés, dont les premiers sont l'acte de constitution (*Memorandum*) et les statuts (*Articles*) qui doivent porter la signature de sept personnes (deux lorsqu'il s'agit d'une société privée), dont les signatures doivent avoir été attestées par des témoins. Si la société a un capital-actions, chaque signataire de l'acte de constitution doit insérer, au regard de son nom, le nombre d'actions auxquelles il souscrit, et il ne peut en prendre moins qu'une. En pratique, il commencera par ne

souscrire qu'à une seule action, abstraction faite du nombre qu'il compte prendre en définitive, et le plus souvent le nombre requis d'employés de l'avocat signeront comme souscripteurs, plutôt que les vrais promoteurs » (1).

La pratique est la même au Canada.

L'« *Ontario Corporation Manual* », éd. 1961, par Kingston, vol. A, p. 512, décrit comme suit la procédure d'incorporation par lettres patentes sous l'empire de la législation antérieure à 1954 :

« Sous la législation antérieure, les postulants étaient généralement un avocat et certains de ses employés qui agissaient comme administrateurs temporaires jusqu'après les réunions devant organiser la société. Une des raisons de cette pratique était que les clients n'étaient pas toujours en mesure d'assister à ces réunions d'organisation... » (2).

Il était donc normal que les signataires des lettres patentes fussent des clerks de *solicitors* ou des *solicitors*, ainsi que le Gouvernement espagnol l'indique (*C.M.*, IV, n° 3, p. 16) sans qu'on puisse en déduire hâtivement le caractère « fictif » des sociétés en cause. C'est une pratique constante qui fut suivie en l'espèce. Le Gouvernement espagnol tient-il pour fictives la grande majorité des sociétés anglaises, américaines et canadiennes, qui suivent cet usage ?

Le Procureur de la République près le tribunal de première instance du département de la Seine était mieux avisé que le Gouvernement espagnol lorsque, à propos d'une plainte déposée en 1913 auprès de ce tribunal, il écrivait dans le réquisitoire par lequel il demandait le non-lieu :

« Pareillement, il n'y a pas lieu de s'étonner — comme l'a fait le plaignant — que les diligences de constitution de la Compagnie Barcelonaise de Traction aient été remplies par des employés de Banque ou des clerks de *solicitors*. 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 ». (*A.O.C.*, n° 5, vol. I, p. 64).

Il va de soi que, dans la pratique, les *solicitors* et les clerks qui apparaissent ainsi comme les premiers actionnaires doivent également être désignés comme *premiers administrateurs et secrétaire* ; d'une part, les lois anglo-américaines exigent que, lors de leur enregistrement, les documents sociaux comprennent les noms des premiers administrateurs et du secrétaire ; d'autre part, il leur est loisible de procéder de cette façon eux-mêmes à toutes les formalités requises pour l'incorporation.

(1) « The final step is to lodge certain documents at the Companies Registry. The first of these documents are the Memorandum and Articles, which must have been signed by seven persons (or two if a private company) whose signatures must be attested by a witness. If the Company has a share capital, each subscriber to the memorandum must write opposite his name, the number of shares he takes and must not take less than one. *In practice he will merely subscribe for one share in the first instance, irrespective of the number which eventually he intends to purchase and more often than not the requisite number of clerks in the solicitor's office will sign as subscribers rather than the true promoters* ».

(2) « Under the former act, the applicants were usually a solicitor and members of his staff who acted as provisional directors, until after the organization meetings. One reason for this practice was that the clients were not always able to attend the organization meetings... ».

Lorsque ensuite la société commence son activité, ces administrateurs provisoires sont remplacés par ceux qui doivent exercer effectivement les fonctions définitives d'administrateur. C'est exactement ce qui s'est produit en l'espèce, et ici encore, seule a volonté du Gouvernement espagnol de « noircir » les événements les plus simples et les plus habituels peut expliquer les soupçons et les critiques qu'il prétend déduire de cette situation.

Les extraits ci-dessus montrent encore qu'il est de pratique constante que les signataires initiaux de l'acte constitutif (quelle que soit sa dénomination) ne fassent qu'une souscription nominale, l'émission du capital n'ayant lieu, dans les droits anglo-américains en général (sauf exception pour certains droits des Etats-Unis), et dans le droit canadien en particulier, qu'après l'incorporation, à l'inverse de la règle suivie dans les pays continentaux. Il est difficile d'imaginer que le Gouvernement espagnol ait pu ignorer cette règle. Pourtant il n'hésite pas à se prévaloir de cette circonstance pour affirmer bien haut que les sociétés se constituèrent sans capital sérieux !

Il est également tout-à-fait normal que le groupe fondateur, procédant à la création simultanée de trois sociétés avec les objectifs indiqués ci-dessus, se soit adressé aux mêmes *solicitors* et que, par conséquent, les mêmes noms apparaissent dans les lettres patentes des trois sociétés. Faut-il considérer que pour échapper au reproche d'avoir constitué des sociétés fictives, il eût fallu que les fondateurs s'adressent à trois *solicitors* différents ?

Il est puéril, dès lors, comme prétend le faire le Gouvernement espagnol, d'invoquer ces circonstances à l'appui de l'affirmation que les sociétés ainsi constituées n'auraient existé que sur le papier et auraient été fictives.

(252) C'est à un stade ultérieur que les administrateurs définitifs sont nommés pour remplacer les hommes de loi qui interviennent lors de la fondation.

Le conseil d'administration définitif de la Barcelona Traction allait être nommé et mis en place dans le courant de novembre ou de décembre 1911, c'est-à-dire très normalement après que le capital eût été porté, dans les sociétés nouvellement constituées, au niveau prévu par les fondateurs. On trouve en effet la composition de ce conseil d'administration dans une annonce de mise en vente des obligations First Mortgage de fin décembre 1911.

On trouvait comme membres de ce conseil d'administration, M. F.S. Pearson, dont le rôle fondamental a été souligné à plusieurs reprises déjà dans le cours de la procédure, M. R.C. Brown, M. Miller Lash, M. Walter Gow, M. E.R. Wood, M. H.M. Hubbard, M. H.I. Miller, M. A. MacKenzie, M. L. Riba.

Le conseil était ainsi composé des personnes qui avaient pris effectivement l'initiative de la promotion de l'affaire et qui exerçaient d'ailleurs des fonctions de vice-président ou d'administrateur dans diverses sociétés de services publics en matière d'électricité : la Mexican Light and Power Co, la Sao Paulo Tramways, Light and Power Co Ltd, la Brazil Railway Ltd — c'est-à-dire que ces personnes étaient expérimentées dans ce domaine et qu'elles avaient fait procéder aux études, aux recherches de financement et aux opérations nécessaires au lancement de l'affaire.

Aucune « fraude », ni aucune « dissimulation » dans tout cela.

(253) Le Gouvernement espagnol se livre à diverses spéculations sur l'identité des vrais fondateurs de l'affaire. C'est inexactement et sans la moindre preuve qu'il avance que la société allemande Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft (A.E.G.) ou son groupe, et même la société Sofina auraient été parmi les fondateurs du groupe de la Barcelona Traction. La seule intervention, très occasionnelle, de la Sofina avant 1923, a été la vente d'une participation dans la Société des Tramways de Barcelone à Spanish Securities. Celle-ci s'intéressait évidemment à la participation en cause, qui rentrait dans le champ de ses activités.

Sont également sans pertinence les allégations du Gouvernement espagnol sur les interventions de la Guarantee Insurance and Investment Cy, de la Canadian and General Finance Cy. Ltd. et de la Pearson Engineering Cy. Ltd. — Le rôle exact de ces sociétés est exposé en annexe (A.R., n° 48).

b) Le caractère prétendument fictif de Spanish Securities.

(254) Le Gouvernement espagnol s'obstine à prétendre que la société de base chargée du lancement et de la promotion, la Spanish Securities, aurait été purement « fictive », qu'elle n'aurait existé que « sur le papier » et que son capital n'aurait jamais existé. Or, ici encore, la société a été constituée conformément aux règles ordinaires du droit canadien; personne n'a émis la moindre objection à sa constitution. Elle a donc acquis la personnalité morale qui résulte normalement de l'accomplissement des formalités requises. Comme pour les autres sociétés et suivant les mêmes formules, ses premiers *incorporators* ont été des *solicitors* qui avaient presté leurs services lors de la constitution, conformément à la pratique courante encore en vigueur actuellement en droit canadien et dans les autres pays anglo-américains. Son capital a ensuite été porté à 40.000 dollars, représenté par 400 actions de 100 dollars. Par les documents produits par le Gouvernement espagnol lui-même (A.C.M., n° 2, doc. 4, vol. I, p. 39), qui indiquent la situation de cette société au 31 décembre 1913, on aperçoit que la totalité de son capital avait été appelé et que la totalité des apports promis avaient été effectués, en sorte que le capital était entièrement souscrit et libéré.

On a dit qu'il s'agissait d'une société de lancement.

Elle a accompli toutes les opérations nécessaires à ce genre d'opération — et l'on n'aperçoit pas en quoi ces opérations auraient été fictives, et comment la société « n'aurait existé que sur le papier »...

Grâce aux concours qui lui étaient apportés, Spanish Securities (dont, suivant les informations que possède le Gouvernement belge, 390 actions sur 400 sont demeurées la propriété du Dr Pearson jusqu'à son décès en 1915) a pu, conformément à ses engagements, faire de très importantes avances à la Barcelona Traction pour permettre à cette dernière de financer à son tour l'Ebro. En paiement de ces avances, dont la réalité n'a jamais été contestée par personne et qui ont été reconnues notamment par les experts de la Commission internationale, elle a reçu des obligations First Mortgage conformément aux conventions venues entre les parties (*infra*, n° 292). Elle s'est occupée du placement des obligations et des actions qu'elle avait acquises. C'est par les innombrables ventes et cessions de ces titres que s'est constitué l'actionariat de la Barcelona Traction et le public des obligataires.

D'autre part, Spanish Securities a mené les négociations pour l'obtention et le transfert des premières concessions indispensables à la mise en route de l'activité d'exploitation.

On en retrouve la preuve dans les apports qu'elle a faits successivement.

Ultérieurement encore, toujours dans le cadre de son activité de lancement et de promotion, elle a mené les négociations utiles à l'acquisition de participations, qu'elle a apportées ou cédées à la société de portefeuille, c'est-à-dire à la Barcelona Traction, sans qu'il en résulte aucun bénéfice pour elle. C'est ainsi que la Spanish Securities a négocié l'achat de la participation dans la Compañía Barcelonesa de Electricidad (A.R., n° 52), qu'elle a acquis une participation dans la société Energía Eléctrica de Cataluña, dans les Tramways de Barcelone, dans Sociedad Ibérica del Azoé — toutes opérations bien réelles et effectivement exécutées, dont le bénéfice a d'ailleurs été transféré à la société de portefeuille, conformément au schéma normal de l'organisation du groupe.

Lorsque cette activité de lancement et de promotion n'a plus requis l'intervention d'une société spécialisée dans cette fonction, et notamment lorsque la société de portefeuille eut elle-même acquis la notoriété et les services lui permettant de la reprendre, Spanish Securities a été dissoute et liquidée; cette opération est intervenue en 1923, avant que le groupe belge n'intervienne dans la Barcelona Traction.

Le Gouvernement espagnol produit de très nombreux documents faisant allusion à des négociations et à des discussions poursuivies par Spanish Securities. Pourquoi, et en fonction de quoi peut-on soutenir que ces activités seraient « fictives » alors que ces conventions ont été signées et exécutées conformément aux accords pris? En quoi démontreraient-ils l'absence d'existence autonome de la société? Ou le fait qu'elle aurait été un « écran »? Qu'elle ait été « un instrument » pour ses actionnaires, comme le dit le Gouvernement espagnol, cela est évident, car toute société, par nature même, est un « instrument » entre les mains de ses actionnaires, et l'on n'aperçoit pas la pertinence de cette observation.

c) La formation du capital de la Barcelona Traction.

(255) Comme il a été dit ci-dessus, dans la pratique anglo-américaine, le premier capital des sociétés n'est souscrit qu'à concurrence d'une action par fondateur; il est donc simplement nominal lors de la constitution. Il doit être augmenté ensuite.

C'est le 30 novembre 1911 qu'intervint l'émission des actions de la Barcelona Traction et de l'Ebro en échange des apports que les promoteurs voulaient leur faire, c'est donc à cette date qu'eut lieu la constitution de leur premier capital effectif.

Ces apports avaient été réunis par Spanish Securities, qui était, on l'a dit, la société de promotion. On sait que dans la pratique anglo-américaine — si souvent méconnue par le Gouvernement espagnol — les émissions de titres par les sociétés sont présentées comme des opérations d'acquisition (*purchase*) sous la forme de contrats par lesquels l'apporteur cède ses apports à la société, tandis qu'il « acquiert » en échange des titres nouvellement émis. C'est ce qui s'est produit en l'espèce en vertu de deux contrats du 30 novembre 1911.

(256) La teneur de ces contrats a déjà été analysée dans l'annexe 22 au *Mémoire* du Gouvernement belge (vol. I, p. 144). Les deux conventions qui ont servi de base à l'émission des actions de la Barcelona Traction et de l'Ebro, et, par conséquent, à la constitution de leur premier capital effectif, sont produites par le Gouvernement espagnol en annexe au *Contre-Mémoire* (n° 3, doc. 2, vol. I, p. 48, et n° 68, vol. I, p. 505). L'émission des actions ayant eu lieu alors que les actionnaires de la société étaient encore les clerks et les *solicitors* qui avaient signé les lettres patentes et qui exerçaient les fonctions d'administrateurs et de secrétaire provisoires, il était normal que les contrats fussent signés par eux — sans que l'on puisse y voir les éléments d'une quelconque fraude (*cf. supra*, n° 251). Les signataires précisent clairement dans les deux contrats, en quelle qualité ils agissent, et l'argument que le Gouvernement espagnol croit pouvoir déduire de la signature de ces contrats par les *interlocking directors* (*C.M.*, IV, n° 70, p. 52) est dénué de fondement (*cf. supra* n° 238 sur la licéité des *interlocking directors* dans les groupes de sociétés).

Par la *première convention*, Spanish Securities, société de promotion, transférait à la Barcelona Traction différents éléments patrimoniaux et obtenait en échange des actions représentatives du capital de la Barcelona Traction et des obligations.

Par la *seconde convention*, la Barcelona Traction transférait à l'Ebro une partie des actifs qu'elle avait reçus de Spanish Securities, et obtenait en contrepartie des actions de l'Ebro émises à cette occasion, ainsi que des obligations.

Comme la Barcelona Traction, société de portefeuille, devait recevoir les actions de l'Ebro, il fallait que les apports à l'Ebro fussent faits par elle, et donc qu'elle les reçût préalablement de Spanish Securities.

Il était fréquent à cette époque de rémunérer des apports à la fois par des actions et par des obligations — ce qui en faisait partiellement des apports proprement dits et, partiellement, des « apports à titre onéreux »; on se souviendra, par exemple, que tel était la formule dans le *Salomon Case*, espèce tranchée par la Chambre des Lords (*supra*, n° 239).

(257) Plus précisément, ainsi qu'il a déjà été exposé antérieurement dans la procédure, Spanish Securities apportait à la Barcelona Traction tous les éléments qu'elle avait acquis dans la phase de lancement de l'entreprise :

- diverses concessions hydro-électriques ou des droits à obtenir de telles concessions accordés à un sieur Domingo Sert par le Gouvernement espagnol;
- tous les plans, études, évaluations, rapports d'ingénieurs ayant trait au développement des entreprises hydrauliques, électriques et de tramways de la ville de Barcelone et de ses environs, tels qu'ils avaient été établis par Spanish Securities dans la phase de promotion de l'affaire;
- la cession de la totalité du capital (12 millions de pesetas) et d'obligations d'une valeur nominale de 8 millions de pesetas émises par la société espagnole Ferrocarriles de Cataluña S.A., suivant les modalités que l'on verra (*A.R.*, n° 49);
- l'engagement de financer la Barcelona Traction en soucrivant, ou en faisant souscrire pour £ 4.250.000 d'obligations First Mortgage à 5 % à 50 ans, à des cours assurant au moins 85 % de la valeur du pair, moyennant une commission de 1/2 %, à première réquisition de la Barcelona Traction;

— l'engagement d'assurer gratuitement les services du Dr Pearson pendant une période de trois années.

En rémunération de quoi, la Barcelona Traction émettait 250.000 actions de 100 dollars entièrement libérées par les apports ci-dessus et 750.000 £ d'obligations First Mortgage (ce montant devant s'ajouter aux 4.250.000 £ visés par la convention).

(258) Cette opération s'analyse donc en une *souscription de capital* de la société moyennant des apports en nature. Elle est extrêmement simple et habituelle. La pratique d'émettre des actions en *échange de services à rendre ou de services rendus* est demeurée courante dans les pays anglo-américains, notamment en ce qui concerne les services consistant à négocier des valeurs mobilières ou consistant en prestations futures d'administrateurs ou de consultants; elle était en outre tout à fait usuelle à l'époque où ces opérations ont eu lieu.

De telles transactions sont connues dans tous les pays de droit anglo-américain.

Elles sont décrites notamment par les auteurs canadiens (1).

(1) Fraser et Stewart, *Company law of Canada*, 5^e éd., 1961, pp. 315 et suivantes, écrivent notamment, à propos des biens que l'on peut apporter en échange d'actions :
* Paiement en biens ou en services.

Le paiement peut être fait en équivalent d'argent lorsque la société a autorisé un tel paiement. En ce qui concerne la disposition de cette loi et de la loi d'Ontario concernant l'émission d'actions à valeur nominale en contrepartie de biens ou de services, voir les notes sous le titre « Emission » à la page 182 *supra*; en ce qui concerne les dispositions correspondantes de cette loi et de celle d'Ontario concernant des actions sans valeur nominale, voir les notes sous le titre « Emission » à la page 185 *supra*.

Abstraction faite de ces dispositions spéciales, lorsqu'une société décide d'accepter en paiement de ses actions des biens, des services ou une autre contrepartie qui ne représente pas une valeur monétaire évidente, la valeur attribuée à une telle contrepartie par les parties (la société et l'actionnaire) sera acceptée par le tribunal, et le tribunal n'examinera pas le caractère suffisant de la contrepartie, tant que le contrat existe, c'est-à-dire tant qu'il n'a pas été attaqué dans une action en nullité : *Pell's Case* (1870) L.R. 5 Ch. App. 11; *Jones v. Miller* (1893) 24 O.R. 268; *Re Hess Mfg. Co.* (1894) 23 S.C.R. 644; *Re Theatrical Trust* (1895) 1 Ch. 771; *Re Wargg, Ltd.* (1897) 1 Ch. 796 (C.A.); *Re Co-operative Cycle & Motor Co.* (1902) 1 O.W.L. 778; *Re Innes & Co.* (1903) 2 Ch. 254 (C.A.); *Hood v. Eden* (1905) 36 S.C.R. 476; *Re North Bay Supply Co.* (1905) 6 O.W.R. 85; *Re Modern House Mfg. Co., Goudy's Case* (1913) 29 O.L.R. 266 (C.A.); *National Trust Co. v. Frank* (1917) 3 W.W.R. 43; *Compagnies d'Immeubles v. St. Amour* (1920) 59 Que. S.C. 391; *John E. Hayes & Sons v. Turner* (1924) 26 O.W.N. 456; *Toronto Finance Corp. Ltd. & Cook v. Banking Service Corp.* (1928) A.C. 333; *Re Dominion Combing Mills Ltd.* (1930) 65 O.L.R. 65 (C.A.); *Re R.P. Clark & Co. (Vancouver) Ltd., Juke's Case* (1938) 4 D.L.R. 806 (cession du *goodwill* et accord de non-concurrence ayant une réelle valeur)...

Dans les décisions ci-dessous, les actions ont été considérées comme ayant été entièrement payées, pour les raisons indiquées : *Re Theatrical Trust* (1895) 1 Ch. 771 (contrat de prestation de services mais tribunal pas tenu à rechercher si la contrepartie était adéquate); *Gardner v. Iredale* (1912) 1 Ch. 700 (le juge Parker a estimé que si le contrat pouvait être interprété comme étant une convention de prestation de services en contrepartie d'un paiement immédiat de la société, payable par l'émission d'actions entièrement libérées, il serait valable); *Re Gibson, Pelikan Lake Lbr. Co. Ltd. v. Traders' Trust Co.* (1929) 4 D.L.R. 1001 (Paiement pour des actions, par voie de prestation de services à la société dans le futur a été jugé valable puisqu'il s'agissait d'une transaction de bonne foi); *Waschysyn v. Kildonan Ice & Fuel Co.* (1937) 2 D.L.R. 653 (Man. C.A.) (Le paiement d'actions par voie d'un contrat de services était une question d'administration intérieure et le tribunal n'intervient pas); *Re R.P. Clark & Co. (Vancouver) Ltd., Juke's Case* (1938) 4 D.L.R. 806 (accord de non-concurrence avec cession du *goodwill* était considéré comme contrepartie suffisante de l'émission d'actions entièrement libérées puisque la transaction n'était pas simulée mais ouvertement conclue et valable)...

(suite de la note 1 page 168)

Le Gouvernement espagnol qualifie cette opération simple d' « auto-contrat », tout en conférant à cette expression un sens péjoratif. Comment veut-on que s'opère la souscription à l'augmentation de capital d'une société si ce n'est par une convention par laquelle les actionnaires apportent à la société différents biens et reçoivent en échange des titres (actions ou obligations)? L'expression du *Contre-Mémoire* selon laquelle les fondateurs, « sous le manteau de Spanish Securities », « s'attribuaient à eux-mêmes des actions ordinaires de la Barcelona Traction pour une valeur nominale de 25 millions de dollars (...)

(suite de la note 1 de la page 167)

.. Dans les affaires ci-après les tribunaux ont décidé que l'actionnaire avait libéré entièrement ses actions : *Inglis v. Wellington Hotel Co.* (1878) 29 U.C.C.P. 387; *contrat stipulant paiement par voie de prestation de services*; *Re Hess Mfg. Co.* (1894) 23 S.C.R. 644, transfert de biens; *Re Theatrical Trust* (1895) 1 Ch. 771, contrat de prestation de services; *In re Wragg Ltd.* (1897) Ch. 796 (C.A.), compensation d'une dette existante; *Hood v. Eden* (1905) 36 S.C.R. 476, transfert de biens; *In re Ontario Fire Insurance Co., Heighington's Case* (1916) 10 W.W.R. 911, compensation d'une dette existante; *Re Dorenwends, Ltd.* (1924) 55 O.L.R. 413 (C.A.), en actions pour services rendus dans le passé. »

« *Payment in property or by services.*

Payment may be made in money's worth if the company has authorized such payment. As to the provisions of this Act and the Ontario Act with regard to the issuance of par value shares for property or services, see the notes under the heading "Issuance" at p. 182 above; and as to the corresponding provisions of this Act and the Ontario Act with regard to no par value shares, see the notes under the heading "Issuance" at p. 185 above.

Apart from such special provisions, where a company chooses to take property, services or other consideration not possessing an obvious money value in payment of its shares, the value placed by the parties (the company and the shareholder) on such consideration will be accepted by the court and the court will not, whilst the contract stands, *i.e.*, is not impugned in an action to set it aside, examine into the adequacy of the consideration: *Pell's Case* (1870) L.R. 5 Ch. App. 11; *Jones v. Miller* (1893) 24 O.R. 268; *Re Hess Mfg. Co.* (1894) 23 S.C.R. 644; *Re Theatrical Trust* [1895] 1 Ch. 771; *Re Wragg, Ltd.* [1897] 1 Ch. 796 (C.A.); *Re Co-operative Cycle & Motor Co.* (1902) 1 O.W.R. 778; *Re Innes & Co.* [1903] 2 Ch. 254 (C.A.); *Hood v. Eden* (1905) 36 S.C.R. 476; *Re North Bay Supply Co.* (1905) 6 O.W.R. 85; *Re Modern House Mfg. Co., Goudy's Case* (1913) 29 O.L.R. 266 (C.A.); *National Trust Co. v. Frank* [1917] 3 W.W.R. 43; *Compagnie d'Immeubles v. St. Amour* (1920) 59 Que. S.C. 391; *John E. Hayes & Sons v. Turner* (1924) 26 O.W.N. 456; *Toronto Finance Corp. Ltd. & Cook v. Banking Service Corp.* [1928] A.C. 333; *Re Dominion Combing Mills Ltd.* (1930) 65 O.L.R. 65 (C.A.); *Re R. P. Clark & Co. (Vancouver) Ltd., Juke's Case* [1938] 4 D.L.R. 806 (assignment of goodwill and negative covenant having real value).....

In cases below the shares were treated as fully paid for the reasons indicated: *Re Theatrical Trust* [1895] 1 ch. 771 (contract to perform services but court not bound to inquire as to whether the consideration was reasonable); *Gardner v. Iredale* [1912] 1 Ch. 700 (Parker, J. considered that, if the contract could be read as one to perform the services in consideration of an immediate payment by the company, to be satisfied by the issue of fully paid shares, it would be valid); *Re Gibson, Pelican Lake Lbr. Co. Ltd. v. Traders' Trust Co.* [1929] 4 D.L.R. 1001 (*Payment for shares by means of future service to be rendered to the company held valid as it was a bona fide transaction*); *Waschysyn v. Kildonan Ice & Fuel Co.* [1937] 2 D.L.R. 653 (Man. C.A.) (*payment for shares by means of a contract for services was a matter of internal management and Court would not interfere*); *Re R. P. Clark & Co. (Vancouver) Ltd., Juke's Case* [1938] 4 D.L.R. 806 (negative covenant with an assignment of goodwill was sufficient consideration for issuance of shares as fully paid because the transaction was not a sham but open and valid).....

In the following cases the shareholder was held to have paid up his shares: *Inglis v. Wellington Hotel Co.* (1878) 29 U.C.C.P. 387, *agreement for payment by performance of services*; *Re Hess Mfg. Co.* (1894) 23 S.C.R. 644, transfer of property; *Re Theatrical Trust* [1895] 1 Ch. 771, agreement to render services; *In re Wragg, Ltd.* [1897] Ch. 796 (C.A.), set-off of existing debt; *Hood v. Eden* (1905) 36 S.C.R. 476, transfer of property; *In re Ontario Fire Insurance Co., Heighington's Case* (1916) 10 W.W.R. 911, set-off of existing debt; *Re Dorenwends, Ltd.* (1924) 55 O.L.R. 413 (C.A.), stock dividend for past services.

soit la totalité du capital-actions de la société émis à ce moment-là et cela sans aucun apport d'argent frais ni d'autres disponibilités en échange de ces actions », n'a en réalité aucun sens. A tout le moins, elle n'implique l'existence d'aucune « fraude » ni « fiction ».

Doit-on décider que les apports en nature lors de l'augmentation du capital d'une société sont frauduleux? Qu'est-ce donc que l'augmentation de capital, si ce n'est l'opération par laquelle les actionnaires souscripteurs « s'attribuent » en échange de leurs apports les actions représentatives de ce capital?

Le Gouvernement espagnol considère-t-il que seuls des apports en espèces seraient susceptibles de servir de base à l'émission d'actions de capital? On chercherait vainement la base juridique d'une telle assertion.

D'avantage peut-être que dans les pays de droit continental, il est d'usage dans les pays anglo-américains d'émettre des actions de capital en échange d'apports en nature exclusivement, sans que l'émission des actions soit destinée à fournir la trésorerie de la société. Dans ce cas, la trésorerie est fournie par d'autres moyens de financement, ainsi que les promoteurs de la Barcelona Traction et de l'Ebro le feront d'ailleurs. Une fois de plus, il s'agit d'une pratique usuelle et l'on s'étonne de la voir méconnue par le Gouvernement espagnol.

Citons encore le réquisitoire du Procureur de la République près le tribunal de première instance de la Seine (*supra*, n° 251; O.C., I, n° 8, p. 11) qui, à l'issue d'une instruction approfondie, faisant suite à une plainte déposée contre la Barcelona Traction, requerrait le non-lieu notamment par les considérations suivantes :

« 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. Encore une fois, cette manière de procéder licite et courante heurte singulièrement les principes français en matière de sociétés anonymes par actions, mais elle est telle et la constitution à Toronto de la Cie Barcelonaise de Traction n'en est qu'une simple et banale application ».

C'est pourtant une telle opération que le Gouvernement espagnol n'hésite pas à qualifier d'« émission d'actions » sans contrepartie! Les apports en nature ne sont pas, pour lui, des « contreparties »!

(259) Pour mieux les critiquer, le Gouvernement espagnol s'efforce ensuite de démontrer que ces apports en nature auraient été surévalués (*C.M.*, IV, n° 79 et ss., pp. 57 et ss.; *A.C.M.*, n° 72, vol. I, p. 529, et n° 84, vol. I, p. 580). Il en résulterait que le « capital-actions » aurait été « amputé » par les « auto-contrats » que le Gouvernement espagnol se livre à de hasardeuses spéculations sur la valeur que ces apports auraient pu avoir en 1911, alors que pendant quarante années, cette valeur n'a été critiquée par personne, par aucune autorité, fiscale ou de contrôle des marchés, par aucun *auditor* de la société, par aucun *trustee* intervenant pour les obligataires...

Circonstance assurément singulière si l'on devait suivre le Gouvernement espagnol dans ses affirmations, puisque, selon lui, l'ensemble des apports, rémunérés par l'attribution aux fondateurs de titres représentant 25 millions de dollars (actions émises en contrepartie) et 750.000 £ (obligations émises en contrepartie), n'auraient pas dépassé en valeur...

134.000 £! Personne ne s'en serait donc aperçu pendant quarante ans et personne n'aurait émis la moindre réserve ni la moindre protestation... Ce seul élément permet de douter très sérieusement du caractère raisonnable des allégations ainsi reprises avec quelque imprudence par le Gouvernement espagnol.

En réalité, ces allégations proviennent du rapport établi par M. Andany dans les circonstances particulières que l'on sait (1) et leur origine démontre le peu de foi que l'on peut leur accorder; les experts non espagnols de la Commission se sont refusés évidemment à les entériner; elles étaient inspirées par le groupe March, et elles sont reprises purement et simplement par le Gouvernement espagnol (*A.O.C.*, n° 3, vol. I, p. 34).

Le Gouvernement belge a déjà réfuté ces raisonnements qui procédaient du souci de démontrer à tout prix que le capital des sociétés en cause aurait été « fictif ».

Puisque le Gouvernement espagnol s'obstine à les reproduire, le Gouvernement belge ne peut que reprendre une fois encore leur réfutation détaillée. On trouvera cette réfutation en annexe (*A.R.*, n° 50).

(260) Ainsi, la formation du capital de la Barcelona Traction par Spanish Securities apparaît comme une opération tout à fait usuelle, qui n'est critiquable ni dans la procédure, ni dans ses modalités conformes aux règles habituellement en usage dans les pays anglo-américains, où il est normal qu'une société soit une *one man company* et que, par conséquent, son capital soit constitué pour la plus grande partie par son actionnaire unique dès lors que le nombre d'*incorporators* exigé par la loi était présent (*supra*, n° 241).

(261) Les conditions de la convention de 1911 furent modifiées par un accord additionnel du 1^{er} janvier 1913. Cet accord constate que Spanish Securities avait effectivement acheté 3.250.000 £ d'obligations sur le montant de 4.250.000 £ qu'elle s'était obligée à prendre, et que les conditions du marché ne justifiaient plus l'obligation de souscrire le solde de 1.000.000 de £ aux conditions prévues dans la convention d'apport en 1911.

Toutefois, il apparaissait que les nécessités du financement justifiaient une augmentation du plafond autorisé des émissions d'obligations, qui passa de 5.000.000 de £ au total de 8.000.000 de £. Les motifs de cette augmentation sont soulignés par le Comité des obligataires de la Barcelona Traction, dont le rapport est d'ailleurs reproduit aux pages 699 et suivantes des *Annexes aux Exceptions préliminaires* (vol. auxiliaire).

En conséquence, Spanish Securities, augmentant ses engagements, s'obligeait à souscrire ou à faire souscrire pour 3.160.000 £ d'obligations (y compris le 1.000.000 de £ d'obligations non encore souscrites), aux conditions nouvelles que la convention précise.

Les comptes de la société, tels qu'ils sont d'ailleurs produits par le Gouvernement espagnol (*A.C.M.*, n° 69, vol. I, pp. 512 et 513), démontrent que Spanish Securities a effectivement exécuté tous ses engagements et a souscrit les deux postes d'obligations, respectivement de 3.250.000 £ et de 3.160.000 £. On ne comprend pas, dès lors, les suspicions que le Gouvernement espagnol croit pouvoir encore ajouter quant aux modalités de l'exécution de ces obligations contractuelles (*C.M.*, IV, n° 74, p. 55).

(1) Sur le choix de M. Andany comme membre de la Commission, voir *supra* n° 164. M. Andany, plus généreux que le Gouvernement espagnol, attribuait cependant aux apports une valeur de 340.000 £.

d) *La formation du capital de l'Ebro.*

(262) Tout aussi normale fut la constitution du capital de l'Ebro, intervenue également en 1911.

Société d'exploitation, l'Ebro allait recevoir certains des apports effectués par Spanish Securities à la Barcelona Traction.

La Barcelona Traction transférait à l'Ebro ses droits sur les diverses concessions hydro-électriques qui lui avaient été apportées par la Spanish Securities, les droits qu'elle avait acquis sur les études, les rapports et les travaux des ingénieurs, ainsi que les services du Dr Pearson pendant trois années.

Société de financement, la Barcelona Traction s'engageait envers l'Ebro à financer celle-ci dans toute la mesure nécessaire pour lui permettre de poursuivre son activité d'exploitation; elle s'engageait à le faire en souscrivant à 75 % de leur valeur nominale un montant suffisant d'obligations de l'Ebro à 5 %, pour permettre à cette société d'équiper une centrale hydro-électrique de 120.000 HP et les lignes de transmission ainsi que l'infrastructure nécessaire pour distribuer cette puissance. Elle s'engageait ainsi à assurer le service du financement de l'Ebro conformément à sa vocation normale. Il va de soi qu'il lui appartenait ensuite de trouver elle-même les fonds nécessaires, par le placement de ses propres obligations, à ses risques et sous sa responsabilité. La Barcelona Traction avait évidemment à déterminer le taux d'émission de ses obligations, compte tenu de leurs caractéristiques, sans que cela signifie, lorsque les titres étaient émis au-dessous du pair, que des commissions étaient réservées aux souscripteurs (nouvelle affirmation gratuite du Gouvernement espagnol --- C.M., n° 74, p. 55).

En échange de ces différents apports en nature et en services, la Barcelona Traction recevait des actions représentatives du capital de l'Ebro, soit 25.000 actions de 100 dollars entièrement libérées, et 4.666.000 dollars d'obligations à 5 % en supplément de celles que la Barcelona Traction s'obligeait à souscrire ultérieurement pour assurer le financement de l'Ebro.

Toutes les observations formulées ci-dessus à propos du caractère normal de l'augmentation du capital de la Barcelona Traction, tant en la forme qu'au fond, peuvent être reproduites pour l'Ebro, car les critiques formulées contre cette dernière opération sont exactement les mêmes.

On peut d'ailleurs souligner dès à présent l'incohérence des accusations du Gouvernement espagnol en ce qui concerne les prétendues fraudes commises (dès l'origine, selon lui) au détriment des futurs créanciers des sociétés. Si les apports étaient surévalués, seuls les créanciers de l'Ebro auraient pu s'en plaindre, et agir éventuellement en responsabilité contre la Barcelona Traction, voire même demander que le passif de l'Ebro fût mis à charge de la Barcelona Traction pour raison d'*undercapitalization* (voir A.R., n° 93, n° 11). Mais le Gouvernement espagnol ne pourrait en aucun cas justifier par là l'opération inverse, à savoir l'extension à l'Ebro des dettes ou de la faillite de la Barcelona Traction...

e) *L'évolution ultérieure du capital des deux sociétés.*

(263) Ultérieurement, le capital de la Barcelona Traction subit diverses modifications, comme il est normal dans la vie d'une société. Les étapes de cette évolution ont été clairement retracées dans l'annexe n° 25 au *Mémoire* du Gouvernement belge (vol. I, p. 160) et dans l'annexe 3 aux *Observations et Conclusions* (vol. I, p. 33).

Au contraire, le capital de l'Ebro demeura fixé au montant initial de 2.500.000 dollars. Cette situation était d'ailleurs assez anormale car elle devait, par suite du développement de la société, se traduire par l'établissement d'un rapport artificiellement élevé entre le montant nominal du capital social et les bénéfices réalisés par la société Ebro. C'est en raison de cette situation que ce capital social fut augmenté, en 1926, par l'apport effectué par la Barcelona Traction, du portefeuille d'actions de la Barcelonesa qu'elle détenait. En contrepartie de cet apport, l'Ebro émit des actions ordinaires à concurrence de 12.500.000 dollars, 150.000 actions sans mention de valeur nominale, et des obligations dénommées Income Bonds pour 1.500.000 £. Pour le Gouvernement espagnol, il s'agit d'une « feinte » (*C.M.*, IV, n° 24, p. 26) ou d'une « pure prestidigitation » (*C.M.*, n° 88, p. 63). On aperçoit mal ce qu'il veut dire par là, puisqu'il est établi que cet apport fut effectivement réalisé et exécuté. Le Gouvernement espagnol critique d'autre part l'évaluation des apports. Mais il n'indique pas en quoi elle aurait heurté des règles de droit espagnol ou de droit canadien. Que l'Ebro ait eu un intérêt fiscal à augmenter son capital social, cela ne fait aucun doute, et les documents invoqués par le Gouvernement espagnol à cet égard lui permettent seulement d'enfoncer une porte ouverte. En effet, l'importance des bénéfices réalisés par l'Ebro après plusieurs années d'activité n'étant plus en rapport avec le montant nominal de son capital social, cette situation était susceptible d'entraîner une imposition anormalement élevée puisque le régime fiscal espagnol présentait cette particularité d'établir un lien entre le taux des impôts et le rapport entre les bénéfices et le montant du capital social. Mais depuis quand peut-on critiquer un contribuable lorsque celui-ci choisit la voie fiscalement la moins imposée, dès lors qu'il accepte complètement les conséquences des opérations juridiques réelles et parfaitement exécutées qu'il accomplit précisément pour réduire la charge des impôts? Pour le Gouvernement espagnol, cette méthode — considérée comme très légitime ailleurs — devient « frauduleuse » ou s'apparente à la « prestidigitation », mais uniquement, cela va sans dire, lorsqu'il s'agit des sociétés du groupe de la Barcelona Traction...

(264) Il faut dire un mot encore de l'augmentation de capital de la Barcelona Traction du 18 février 1913, qualifiée, une fois encore, d'« auto-contrat ». Il est intéressant de s'y arrêter, car elle illustre les singulières méthodes de raisonnement du *Contre-Mémoire*.

Une fois de plus, le Gouvernement espagnol invoque de multiples fraudes et fictions, mais ses imputations ne résistent pas à un examen quelque peu attentif. L'augmentation du capital a eu lieu par l'émission de 24.500 actions de 100 dollars au profit de Spanish Securities. Aucune contrepartie n'aurait été apportée pour ces actions, suivant le Gouvernement espagnol.

Il s'agit à nouveau d'une affirmation gratuite. Comme déjà indiqué, elle est formellement contredite par les experts anglais et canadien dans leur mémorandum du 10 octobre 1950, remis à la Commission sous la signature de leur firme respective, Price, Waterhouse and Co., et Peat, Marwick, Mitchell and Co., dont le Gouvernement espagnol produit lui-même les annexes (1), puisque ces experts s'expriment comme suit :

« Il apparaît des informations disponibles que Spanish Securities n'a retiré aucun profit de ces transactions, et que les actions de la Barcelona ont été libérées par Spanish Securities en relation avec l'achat des tramways de Barcelone et l'obtention du contrat d'exploitation avec cette société » (*A.C.M., eod. loc. pp. 268 et 269*).

L'émission des actions a eu lieu en relation avec une convention par laquelle Spanish Securities vendait à la Barcelona Traction 60.000 actions ordinaires et 5.000 dixièmes de parts de fondateurs de la S.A. Tramways de Barcelone, lui cédaient 19.600 actions et 4.900 parts bénéficiaires de la société Energía Eléctrica de Cataluña, et lui cédaient enfin les droits et les intérêts acquis du Dr Pearson dans un syndicat ayant pour but de développer, en Espagne, une entreprise électro-chimique en exploitant divers brevets appartenant à une société norvégienne de l'azote. Cet intérêt avait pris la forme de 2.666 actions d'une société appelée Sociedad Ibérica del Azoe.

Les titres des Tramways de Barcelone et de Energía Eléctrica de Cataluña venaient précisément d'être acquis par Spanish Securities auprès de tiers, et la Barcelona Traction s'engageait, par la convention, à reprendre l'obligation du paiement de ces titres assumée par Spanish Securities auprès de ces tiers.

Et le Gouvernement espagnol de conclure qu'il n'existait pas d'apport réel et, par conséquent, pas de justification pour l'émission des actions.

C'est oublier d'abord que l'apport comprenait aussi les actions de la Sociedad Ibérica del Azoe, pour lesquelles la Barcelona Traction n'assumait aucune obligation envers des tiers. C'est oublier ensuite que la convention par laquelle Spanish Securities avait acquis les titres des Tramways de Barcelone lui imposait de remettre aux vendeurs, outre le prix que la Barcelona Traction s'engageait désormais à payer, des actions de la Barcelona Traction sous forme de bonus. Ce sont précisément ces actions de la Barcelona Traction que Spanish Securities acquérait grâce à l'émission de capital et dont elle allait remettre 17.300 aux actionnaires des Tramways de Barcelone.

La transaction est donc relativement simple, et en tout cas tout-à-fait conforme à celles que l'on rencontre usuellement dans la vie des affaires, et seule la volonté du Gouvernement espagnol d'ériger toutes les opérations en « fraudes » et en « fictions » explique qu'il se refuse à la comprendre et à se rendre aux avis indiscutables des membres étrangers de la Commission internationale d'experts.

f) *L'émission des obligations par ces sociétés au point de vue juridique.*

(265) Tout aussi régulières sur le plan juridique apparaissent les opérations d'émission des emprunts obligataires.

(1) *A.C.M., n° 27, vol. I, pp. 257 à 273.*

La Barcelona Traction, notamment, a prévu à l'occasion de leurs émissions l'intervention d'un *trustee* chargé d'assurer la protection des intérêts des obligataires et leur représentation dans leurs rapports avec la Société. Suivant le Gouvernement espagnol, il s'agit d'une nouvelle « fraude » et d'une « manœuvre ».

Voici une méconnaissance supplémentaire, par le Gouvernement espagnol, des usages des pays anglo-américains. Les obligations émises étaient en effet destinées, après avoir été souscrites par Spanish Securities, à être placées par cette société dans le public suivant les possibilités du marché. Or, il est d'usage constant que, en pareille hypothèse, les intérêts des porteurs d'obligations soient représentés par un *trustee*, dont les interventions sont d'ailleurs souvent redoutées par les sociétés en raison précisément de la sévérité avec laquelle ils assurent la protection des intérêts qui leur sont confiés. L'intervention du *trustee* est également indispensable pour la mise en œuvre des garanties dont sont fréquemment assortis les emprunts obligataires émis dans les pays de droit anglo-saxon. Gower (*Principles of Modern Company Law*) écrit à ce sujet (pp. 388/389) :

« *Trustees* pour porteur d'obligations.

L'acte requis à la création d'obligations peut être un acte passé par la société seule, mais c'est maintenant la pratique constante que l'acte soit passé avec des *trustees*. Ceci est également fait normalement lorsqu'il s'agit d'une émission d'une série d'obligations. En d'autres termes, des *trustees*, normalement une société de trust, sont interposés entre la société et les porteurs d'obligations. Toute garantie peut alors être constituée en faveur du *trustee* qui la détient en trust au profit des porteurs d'obligations. Pareil arrangement a beaucoup d'avantages.

En premier lieu, cela permettra à la sûreté de prendre la forme d'une hypothèque ou d'une « charge » légale et spécifique grevant les propriétés foncières de la société, ainsi que la forme d'une « charge flottante en équité » grevant le reste des biens. Evidemment, la sûreté idéale est celle qui est ainsi constituée, mais le titre ne peut pas être conféré à des milliers de porteurs et les actes ne peuvent pas être morcelés entre eux. Si, toutefois, il y a des *trustees*, le titre d'hypothèque peut leur être conféré, en trust pour le bénéfice des porteurs d'obligations, et les *trustees* peuvent détenir en garde les actes qui leur confèrent le titre. De nouveau, s'il doit y avoir une sûreté spécifique portant sur des actions de sociétés filiales (ce qui peut être une précaution nécessaire), il faut recourir à des *trustees* afin qu'une personne indépendante de la société holding soit capable d'exercer les droits de vote attachés aux actions.

Deuxièmement, ce système aura pour effet de charger une société unique ou un petit nombre de personnes de l'obligation de veiller aux intérêts des porteurs d'obligations et d'intervenir si ceux-ci sont menacés. Ceci est évidemment beaucoup plus satisfaisant que de laisser ce soin à toute une catégorie de personnes largement dispersées, dont chacune prise séparément peut manquer de la compétence, de l'intérêt ou des ressources financières requises si elle devait agir individuellement. Il sera aussi possible, par l'acte de trust, d'imposer à la société des obligations additionnelles concernant la fourniture d'informations ou autres choses semblables, ce qui ne serait pas possible autrement » (1).

(1) « *Trustees* for debenture-holders.

The deed required on the creation of debenture stock may be a deed poll executed by the company alone, but it is now invariable practice for the deed to be made with trustees. This too, is normally done when there is an issue of a series of debentures. In other words, trustees, normally a trust corporation, are interposed between the company and the debenture holders. Any charge can then be in favour of the trustees who hold it on trust for the debenture-holders. Such an arrangement has many advantages.

In the first place, it will enable the security to be by way of specific legal mortgage or charge on the company's land as well as by way of equitable floating charge on the rest of the

Les mêmes usages sont suivis en droit canadien, comme l'exposent Fraser et Stewart, *Company Law of Canada*, 5^e éd., p. 397 :

« La pratique dans ce pays est que les obligations soient garanties par un contrat d'hypothèque et de trust en faveur d'un trustee, lequel est presque toujours une société de trust. Cette façon de procéder présente d'importants avantages. Le contrat de trust définira en détail les obligations de la société et attribuera au trustee les pouvoirs et autorisations requis afin qu'il puisse protéger les droits et intérêts des obligataires, au besoin en instituant des procédures devant les tribunaux (*legal proceedings*). Des dispositions sont prévues pour l'administration du trust, pour les assemblées d'obligataires et pour la procédure à suivre dans les différents cas où il est nécessaire d'agir. Lorsque, ainsi qu'il arrive généralement, la garantie comprend une « charge spécifique » grevant certains actifs, le titre de propriété (*legal title*) appartient, en vertu du contrat de trust, au trustee, à moins qu'il faille appliquer une loi similaire à l'*Ontario Land Titles Act*. Le contrat de trust peut, d'ailleurs, être transcrit au registre en conformité avec les dispositions légales exigeant la transcription en ce qui concerne certains biens tels que les immeubles, certains biens meubles (*chattels*) et des dettes résultant des livres » (1).

En conséquence, la Barcelona Traction devait nécessairement, pour se conformer à ces usages, et en raison des exigences des différents marchés où les obligations allaient être offertes, désigner un trustee. Ne l'eût-elle point fait, que l'on eût pu lui en faire grief. L'allégation du Gouvernement espagnol et les prétendues « manœuvres frauduleuses » qui résultent du fait de l'intervention d'un trustee, ne seront pas retenues un instant.

Quant aux insinuations répétées d'une prétendue connivence qui aurait existé entre la Barcelona Traction et le trustee (la National Trust), le Gouvernement belge a tenu à donner, à ce tiers injustement mis en cause, l'occasion de répondre aux imputations malveillantes dont il a fait l'objet dans le *Contre-Mémoire*. Cette réponse est reproduite en annexe (A.R., n° 31, doc. 2).

(suite de la note 1 de la page 174)

assets. Clearly the ideal security is one so constituted, but a legal interest cannot be vested in thousands of debenture-holders, nor can the deeds be split up amongst them. If however, there are trustees, the legal mortgage can be vested in them, on trust for the beneficiary debenture-holders, and they can retain custody of the title deeds. Again if there is to be a specific charge on shares in subsidiary companies (which may be a necessary precaution) trustees are needed in order that someone independent of the holding company shall be able to exercise the voting rights attached to the shares.

Secondly, it will provide a single corporation or a small body of persons charged with the duty of watching the debenture-holders' interests and of intervening if they are in jeopardy. This is obviously far more satisfactory than leaving it to a widely dispersed class each of whom may lack the skill, interest and financial resources required if he is to take action on his own. It will also be possible, by the trust deed, to impose on the company additional obligations, regarding the submission of information and the like, which would not otherwise be practicable ».

(1) « It is usual in this country for bonds to be secured by a deed of mortgage and trust in favour of a trustee, which is almost invariably a trust company. This procedure carries with it important advantages. The trust deed will state in detail the obligations of the company and confer on the trustee the necessary powers and authorities to enable it to protect the rights and interests of the bondholders by legal proceedings if necessary. Provisions are made for the administration of the trust, meetings of bondholders and the procedure to be followed in various events when action is necessary. When, as is usually the case, the security includes a specific charge on certain assets, the legal title, by means of the trust deed, is vested in the trustee unless a statute similar to the Ontario Land Titles Act applies. The trust deed is furthermore capable of registration in accordance with the requirements of the statutes requiring registration as regards certain assets such as lands, chattels and book debts ».

Sous-section 3

*Le développement du groupe et la prétendue complexité de celui-ci.*a) *La structure générale du groupe.*

(266) Une fois constituée la base canadienne du groupe, celui-ci allait devoir mettre sur pied l'exploitation de son complexe d'installations hydro-électriques.

Bien entendu, il n'allait pas suffire de construire les installations conçues par le Dr Pearson; le groupe allait développer son activité dans des directions diverses et notamment acquérir la maîtrise de toute une série de sociétés existantes, afin de les regrouper en un ensemble cohérent.

De là l'apparente « complexité du groupe » invoquée par le Gouvernement espagnol.

Il est aisé de démontrer l'inanité des affirmations du Gouvernement espagnol suivant lesquelles les diverses sociétés étaient constituées de façon arbitraire pour dissimuler la situation réelle du groupe dans son ensemble.

D'abord, ainsi qu'il a été démontré déjà (*supra*, n° 233), le nombre de sociétés faisant partie du groupe est relativement réduit — si d'ailleurs l'on compare ce nombre à celui d'autres *grands groupes internationaux de services publics ou autres* (A.R. n° 42).

Ensuite, le Gouvernement espagnol raisonne comme si toutes les sociétés avaient été créées *ex nihilo* à un moment déterminé pour donner naissance à un enchevêtrement inextricable. La réalité est évidemment différente, puisque, tout au long de l'histoire du groupe, ces sociétés ont été soit créées, soit pour la plupart acquises alors qu'elles existaient déjà. On ne peut réduire à un instant les quarante années d'existence du complexe, et ses nombreuses vicissitudes, dont plusieurs guerres et plusieurs crises économiques et financières (1).

Poursuivant les avantages légitimes attachés à la concentration par la formation de groupes de sociétés, les dirigeants du groupe ont entendu maintenir en vie les sociétés distinctes, mais uniquement dans la mesure où elles présentaient un intérêt juridique ou économique. C'est là le principe même de la concentration par groupes de sociétés.

L'histoire des groupes de sociétés est complexe, et il arrive fréquemment que des simplifications de structures s'imposent en diverses étapes de leur développement; on procède alors à des fusions, à la liquidation de certaines sociétés, à des scissions permettant de regrouper certaines activités dans des unités nouvelles.

(1) C'est au mépris évident de l'exactitude historique que le Gouvernement espagnol affirme que le groupe ne se serait pas formé par l'effet du temps et que sa « complexité » procédait d'une intention délibérée, tenant à un « mode d'organisation... congénital à la Barcelona Traction » (C.M., IV, n° 40, p. 268).

(267) Chaque fois que le maintien en vie d'une société au sein du groupe de la *Barcelona Traction* est apparu injustifié pour des raisons économiques ou techniques, le groupe a, dans toute la mesure du possible, procédé à sa liquidation. Le Gouvernement espagnol s'abstient de donner des indications à cet égard. Il faut donc compléter son exposé par l'indication de sociétés qui ont été liquidées :

Sociedad Ibérica del Azoe,

Gasometro Tarraconense,

Canal d'Urgel,

Electricista del Valles,

Eléctrica de Mollet,

Sociedad Cooperativa de Valls,

Sociedad General de Electricidad (Tarrasa),

Electra de Vendrell,

Electra Vilafranesa,

Electra Igualadana,

Mansesana de Energía Eléctrica,

Gas de Mataro,

Hidroeléctrica del Segre,

Eléctrica del Montseny,

Alumbrado de Poblaciones.

(268) Les opérations de fusion et de regroupement sont cependant difficiles à mener à bien, contrairement à ce que paraît croire le Gouvernement espagnol (1).

Elles impliquent la solution de toutes sortes de difficultés, bien connues des techniciens du droit des sociétés, et elles supposent généralement de longues études. Ces difficultés sont principalement d'ordre fiscal : les opérations envisagées peuvent entraîner la taxation de certaines plus-values, la perception de cotisations de liquidation, la perception de droits de mutation. La plupart des législations contiennent des dispositions spéciales à cet effet, afin précisément de faciliter les opérations de ce genre malgré leur complexité et de les soumettre à un régime fiscal favorable. D'autres difficultés tiennent au droit du travail : il faut pouvoir assurer des transferts de personnel, des contrats de louages de services, etc. Certains contrats et certains marchés sont conclus *intuitu personae*,

(1) On peut en trouver la preuve dans un cas récent, où un projet de fusion entre banques espagnoles importantes a dû être abandonné pour des raisons fiscales.

notamment les ouvertures de crédit, les concessions, etc., et leur transfert n'est pas toujours possible. Des problèmes de droit international privé se posent, lorsque les fusions portent sur des sociétés de nationalité différentes, dont la complexité est telle que l'opération est pratiquement impossible en l'absence d'une convention pour en régler les modalités et les effets (comp. l'article 220, al. 3, du Traité de Rome).

Les dirigeants de la Barcelona Traction considéraient qu'une réorganisation de la structure du groupe devait être étudiée en vue d'opérer un large mouvement de regroupement des sociétés. En 1938-1939, avant la fin de la guerre civile, une première étude fut entreprise, dont les objectifs sont indiqués dans une note reproduite à l'annexe n° 112, doc. 1, au *Contre-Mémoire* (vol. II, pp. 292 et ss.). Cette étude avait un caractère préliminaire.

En 1943, une étude complète et détaillée de la réorganisation interne a été effectuée avec le concours des conseils de l'Ebro; elle concluait à l'opportunité d'une telle réorganisation; toutefois, il fut décidé de la différer jusqu'après la guerre.

Il faut donc toute la volonté de déformer la réalité, qui caractérise la description donnée par le Gouvernement espagnol de la constitution et de l'activité du groupe de la Barcelona Traction, pour tenir les propos tendancieux qu'on relève au paragraphe 35 du *Contre-Mémoire* (IV, p. 30). Quant à dire que la fusion aurait révélé « la véritable ampleur des bénéfices que l'entreprise faisait réellement en Espagne », cette affirmation est une fois de plus déplaisante et injuste. En effet, les bénéfices réalisés par le groupe étaient publiés dans le rapport de M. Lawton, président de l'Ebro, annexé aux rapports annuels de la Barcelona Traction, et il suffisait aux autorités espagnoles — qui ne s'en privèrent certainement pas — de consulter ces documents publics pour connaître les bénéfices réalisés par l'ensemble du groupe exactement dans les mêmes conditions que si des fusions avaient eu lieu.

Cette allégation illustre d'ailleurs les incohérences et les contradictions des thèses invoquées successivement par le Gouvernement espagnol. Tantôt, il affirme que l'on évitait la fusion pour dissimuler l'ampleur des bénéfices réalisés par les sociétés membres du groupe aux autorités espagnoles, tantôt il affirme que les sociétés se trouvaient toutes en état de faillite latente depuis l'origine! Comprenez qui pourra!

(269) L'un des objectifs de la réorganisation de la structure du groupe était de permettre aux épargnants espagnols de s'y intéresser davantage, ce qui impliquait que la tête du groupe fût dorénavant une société espagnole, et non plus une société de statut étranger. Bien que cette réorganisation ne concernât pas le règlement de dettes de la Barcelona Traction vis-à-vis de ses obligataires, la note résumant l'étude préliminaire de 1938-1939 mentionnait aussi les préoccupations résultant des difficultés monétaires que l'Espagne devait inévitablement connaître au sortir de la guerre civile.

Le Gouvernement espagnol extrait arbitrairement certains passages des études poursuivies à ce moment, pour en déduire des conséquences totalement inexactes. Par exemple, si dans la structure du groupe telle qu'elle existait à l'époque, les impôts payés au titre de bénéfices et dividendes étaient relativement réduits (*C.M.*, Chap. I, n° 88, p. 63), les impôts à payer au titre d'intérêts étaient au contraire extrêmement élevés, le service de l'intérêt sur les obligations de l'Ebro et sur ses dettes en compte courant absorbant ses bénéfices. Les transferts de services et de biens entre les sociétés du groupe

entraînaient d'autre part des charges d'impôts indirects, tels les *derechos reales*, qui étaient inhérentes à la structure du groupe. Ici encore, le groupe en supportait et en acceptait les inconvénients et se conformait entièrement aux règles légales en la matière. Les inconvénients compensaient donc, et au-delà, les avantages, sur le plan fiscal.

Une des questions à examiner avec soin lors des projets de fusion était celle des concessions. Ici encore, le Gouvernement espagnol cite des opinions émises par certains conseils de la société, en se gardant bien d'indiquer les motifs de ces avis (*C.M.*, p. 106, note 4). Si un conseil de l'Ebro avait émis l'opinion, d'ailleurs personnelle, qu'il était préférable de ne pas modifier la structure de l'Ebro pour éviter des « conséquences désagréables », c'est parce que les concessions de l'Ebro avaient été accordées à la société à titre perpétuel; tout transfert des concessions aurait requis dès lors un nouvel examen du dossier par le Gouvernement espagnol, et aurait pu provoquer de la part de ce dernier l'exigence de conditions moins favorables que celles dont l'Ebro bénéficiait; c'était là un risque qu'il était contraire à l'intérêt du groupe de prendre, mais on ne peut y voir aucun élément de « fraude » ou de « mauvaise foi ».

(270) Loin de dissimuler la situation de l'ensemble du groupe, la Barcelona Traction, en publiant de 1918 à 1934 des bilans consolidés l'a, au contraire, mise en évidence. Lorsqu'à partir de 1935, la Barcelona Traction a publié son propre bilan en lieu et place du bilan consolidé, elle a eu soin d'inclure dans son rapport, sous la dénomination de « *Statement giving the statistical figures referred to in the Director's Report* », un véritable bilan consolidé. En outre, le rapport du président de l'Ebro détaillant les activités de l'ensemble des sociétés auxiliaires était annexé au rapport annuel de la Barcelona Traction (1).

N'importe qui pouvait par conséquent être entièrement documenté.

Les autorités fiscales espagnoles ont eu connaissance de bilans individuels des différentes sociétés opérant en Espagne qui ont fait l'objet de leurs inspections et qui permettaient de connaître les relations existant entre ces sociétés.

Il est certain que si l'organisation même du groupe était apparue aux autorités espagnoles, *tempore non suspecto*, comme présentant des particularités anormales, ou comme conçue à des fins frauduleuses, ces autorités eussent pris alors toutes mesures utiles. Le Gouvernement belge (*O.C.*, I, n° 7, p. 10) a prouvé, par une référence au propre rapport d'un inspecteur espagnol des finances publié par le Gouvernement espagnol, que les autorités fiscales espagnoles étaient parfaitement informées de la situation (*A.C.M.*, n° 102, vol. II, pp. 81 et ss.) (2).

Ce rapport, datant de 1932, comprend les constatations suivantes :

« La compagnie *Barcelona Traction Light and Power Limited* est une société étrangère, ayant son siège à Toronto, qui réalise des bénéfices en Espagne grâce à une organisation qui correspond dans ses grandes lignes au schéma suivant : (3)

(1) Voir *A.C.M.*, n° 7, vol. VII, pp. 45 et ss.

(2) Sans doute, plusieurs des opinions émises dans ce rapport sont-elles critiquables; toutefois, l'existence même du rapport et les détails qu'il contient réduisent à néant les affirmations audacieuses du Gouvernement espagnol.

(3) L'affirmation selon laquelle la Barcelona Traction réalisait des bénéfices en Espagne n'est évidemment pas exacte. Seules les filiales réalisaient des bénéfices.

Dans l'actif de ses bilans figure l'évaluation de biens, concessions, installations hydro-électriques, systèmes de distribution et autres facteurs de production qui, suivant l'unique source de renseignements connue, le bilan-rapport, sont implantés en Espagne. Cet actif offre cette particularité qu'il se trouve décomposé et expressément attribué, comme leur appartenant en propre :

a) A la société étrangère *Riegos y Fuerza del Ebro* de Toronto, qui réalise des affaires en Espagne.

b) A différentes sociétés espagnoles juridiquement autonomes, dont les actions, ainsi qu'il résulte de l'enquête et de renseignements connus, sont la propriété de la Barcelona Traction, à l'exception d'un petit nombre de titres égarés et de quelques autres titres appartenant à d'anciens actionnaires — très peu nombreux — qui refusent obstinément de les céder à la Barcelona Traction. Autrement dit, la société étrangère fait figurer en comptabilité dans son actif, en tenant compte des dépréciations et amortissements, la valeur représentative ou l'équivalent des actions dont elle est propriétaire, émises par les sociétés espagnoles et par la société étrangère *Riegos y Fuerza del Ebro*.

Comment le Gouvernement espagnol peut-il écrire que la « complexité du groupe » avait eu pour objet et pour effet de dissimuler les liens entre les sociétés membres aux yeux des autorités espagnoles, alors que celles-ci reconnaissent elles-mêmes qu'elles en avaient parfaitement connaissance? Il est significatif qu'au vu des renseignements détaillés fournis sur la structure du groupe par le rapport précité de l'Inspecteur des Finances, l'administration fiscale n'ait pas estimé devoir taxer la Barcelona Traction.

b) *L'acquisition des participations et la constitution de sociétés filiales nouvelles.*

(271) Il appartient maintenant au Gouvernement belge d'illustrer concrètement ces explications générales sur le fonctionnement du groupe, en examinant les fonctions et modalités de constitution ou d'acquisition des sociétés membres. La réalité de la vie du groupe apparaîtra ainsi dégagée des déformations volontairement désagréables dont le Gouvernement espagnol entoure la relation des faits même les plus anodins.

Ainsi qu'il a été dit, l'activité du groupe allait se développer suivant différentes voies, d'ailleurs parfaitement normales et conformes aux usages des groupes internationaux de services publics.

(272) Pour apprécier le développement du groupe, il convient d'avoir égard à certaines particularités géographiques et techniques. L'Ebro possédait des installations importantes, munies de réservoirs hydrauliques qui se remplissaient annuellement par suite du régime hydraulique et des cours d'eau. Ses centrales disposaient de ce fait d'une capacité de production qui dépassait les besoins de la consommation pendant les années à régime hydraulique favorable. Elle allait naturellement exploiter ce système.

Mais il apparut utile de le compléter par un système hydraulique complémentaire. Or, la société *Energía Eléctrica de Cataluña*, totalement indépendante du groupe de la Barcelona Traction et d'ailleurs constituée antérieurement, possédait des centrales hydro-électriques construites dans les Pyrénées, mais alimentées par des lacs de haute montagne formant des réserves dites « hyperannuelles », c'est-à-dire qu'il fallait cinq ans pour les reconstituer. Ce système hydraulique, essentiellement différent de celui des centrales de l'Ebro, en constituait un complément des plus important, car le fonctionnement coordonné des deux systèmes permettait d'augmenter la production de l'ensemble de quelque 90 millions de kWh par an.

Il fallait dès lors réaliser cette coordination.

Cette opération prit la forme très usuelle d'une première prise de participation, assortie d'une convention entre les deux sociétés réglant leurs relations, et ensuite de l'acquisition, par le groupe de la *Barcelona Traction*, du solde des actions, ce qui permit à la société *Energía Eléctrica de Cataluña* d'être alors intégrée totalement dans le groupe.

En une première étape, la société *Spanish Securities* — dans son rôle de société de promotion — prit contact avec le groupe français *Compagnie Générale d'Electricité*, de Paris, qui avait constitué *Energía Eléctrica de Cataluña*. Elle lui acheta 49 % du capital social d'*Energía* (soit 19.600 actions entièrement libérées sur 40.000 actions représentant le capital de 20 millions de pesetas, ainsi que 4.900 parts bénéficiaires sur 10.000, le tout pour la somme de 11.960.000 pesetas, suivant convention du 1^{er} février 1913).

Cette participation fut ensuite cédée par *Spanish Securities* à la *Barcelona Traction* en exécution du contrat par lequel le capital de cette société a été augmenté (le 18 février 1913, *cf. supra*, n° 254).

Plusieurs années plus tard, il apparut souhaitable d'accroître la participation dans cette société. Toutefois, il sembla préférable, pour des raisons de financement, de réaliser cette opération à l'intervention d'une autre société. C'est ainsi que fut formée, en 1923, la *Unión Eléctrica de Cataluña*, dont le capital fut souscrit par diverses personnes physiques agissant pour compte de la *Barcelona Traction* et de l'*Ebro* dans les conditions ci-après précisées.

L'*Unión Eléctrica de Cataluña* acquit le solde des actions de la société *Energía Eléctrica de Cataluña*, qui entra ainsi complètement dans le groupe, pour des raisons évidentes d'extension et de rationalisation. Le prospectus de l'émission des obligations de l'*Unión Eléctrica* s'en explique d'ailleurs clairement et personne n'aurait pu s'y tromper, puisqu'il expose (*A.R.* n° 51) :

« La production et la vente de courant électrique dans la région catalane a atteint un développement considérable durant les dernières années, les ventes des deux sociétés les plus importantes, " *Riegos y Fuerza del Ebro* " et " *Energía Eléctrica de Cataluña* " ayant atteint plus de 330 millions de Kwh. Depuis longtemps les directions des deux sociétés étaient convaincues de l'opportunité de coordonner la production et la distribution des deux sociétés, afin de réaliser de notables économies dans les dépenses d'exploitation, et, en même temps, obtenir une utilisation plus complète de leurs réserves grâce à laquelle, outre l'obtention d'une économie notable, serait encore accrue la sécurité du service ».

Ce simple exemple, tout à fait usuel et courant, montre comment fonctionnait réellement le groupe, conformément d'ailleurs à une pratique constante.

(273) La *Compañía Barcelonesa de Electricidad* était une importante société qui possédait une centrale thermique et un réseau de distribution dans Barcelone et ses environs, auquel elle fournissait l'énergie. Mais outre *Energía Eléctrica de Cataluña* et la *Barcelonesa*, il existait en Catalogne une multitude de petites sociétés de distribution et de production dont l'activité anarchique était précisément à l'origine du sous-développement économique de cette région.

C'est pour rationaliser la production et la distribution que le groupe eut à acquérir une multitude de participations prépondérantes ou complètes dans ces diverses sociétés, dont une grande partie entra en liquidation (*supra*, n° 267) et disparut dès que cela fut possible, mais dont d'autres ne pouvaient immédiatement être supprimées pour des raisons diverses.

Il s'agissait donc toujours de sociétés préexistantes, plus ou moins anciennes, dont il n'était pas possible de coordonner l'activité avec celle du groupe autrement que par des acquisitions successives de majorité. C'est donc au prix d'une déformation de la réalité ou d'une méconnaissance des mécanismes les plus usuels de la vie économique que le Gouvernement espagnol présente cette situation comme le résultat d'une « prolifération du groupe » ou de la constitution volontaire de mécanismes artificiellement ou inutilement complexes. Au contraire, dès que cela a été possible, les échelons résultant d'une structure financière archaïque préexistante de l'économie catalane ont été démêlés et simplifiés.

(274) C'est ainsi que, outre les nombreuses sociétés dont la liste figure *supra*, n° 267, et qui furent liquidées — ce que le Gouvernement espagnol passe sous silence — d'autres participations furent acquises successivement dans diverses sociétés productrices ou distributrices d'électricité.

Ces opérations furent toujours réalisées pour des raisons économiques ou techniques parfaitement raisonnables.

Pour éviter d'allonger exagérément cet exposé, le Gouvernement belge a renvoyé en annexe (*A.R.*, n° 52) le récit des circonstances dans lesquelles le groupe prit des participations dans ces diverses sociétés préexistantes. Il répond également dans cette annexe aux imputations blessantes et inexactes que le Gouvernement espagnol a multipliées à propos de ces acquisitions de participations.

Aussitôt après les prises de participations, les sociétés s'intégrèrent, par des conventions appropriées, dans l'ensemble du système de production et de distribution de force motrice du groupe, réalisant ainsi la rationalisation économique recherchée.

(275) A côté de ces sociétés productrices et distributrices d'électricité, le groupe s'intéressa aussi à l'activité connexe que constitue l'exploitation de lignes de chemins de fer électriques et de tramways.

Ici encore, il procéda *par acquisition des titres de sociétés existantes*, suivant la procédure usuelle en la matière. Il en est ainsi notamment pour deux sociétés mises en cause par le Gouvernement espagnol, le Ferrocarril de Sarrià a Barcelona ainsi que la S.A. Tramways de Barcelone. On trouvera à l'annexe n° 52 le détail des circonstances de l'acquisition de ces participations et la réfutation des allégations du Gouvernement espagnol qui concernent ces opérations.

(276) Indépendamment des sociétés mentionnées ci-dessus, intéressant soit la production et la distribution d'électricité, soit les services publics de transports électriques, et dont il avait acquis les titres, le groupe de la Barcelona Traction *procéda à la constitution*

de diverses sociétés pour des raisons chaque fois parfaitement explicables et conformément à une pratique en vigueur dans tous les groupes financiers.

Certaines de ces sociétés furent chargées de fonctions particulières.

Par exemple, on constitua des sociétés à caractère et à objet immobiliers. La plupart des groupes confient à des sociétés particulières, constituées en leur sein, le soin de réaliser les opérations immobilières que leur gestion impose. Cette pratique est universellement suivie parce que les sociétés spécialisées dans l'activité immobilière jouissent généralement dans les différents pays d'un statut particulier, notamment sur le plan fiscal. Il est parfaitement légitime, dès lors, de recourir à la forme de la société à objet immobilier pour bénéficier de ce statut. D'autre part, la société immobilière peut aussi disposer de services particuliers, propres à l'activité très spéciale qu'elle doit déployer.

D'autres sociétés furent encore constituées au sein du groupe entre 1911 et 1948, mais leur nombre fut en réalité très restreint; on trouverait peu d'ensembles financiers de l'importance du groupe de la Barcelona Traction où l'on aurait constitué, en trente-sept ans, un nombre de sociétés aussi réduit.

Certaines d'entre elles furent fondées pour des raisons *techniques* et *économiques* tenant à l'exploitation. On en trouvera le détail à l'annexe 52 avec l'indication des circonstances de leur constitution.

Quelques sociétés furent assurément constituées pour des raisons d'opportunité de gestion, d'ordre juridique ou financier, et même de discrétion.

Il n'y a certes aucun inconvénient à le dire — car, une fois encore, il s'agit d'une pratique constante dans les groupes de sociétés et il serait ridicule de la méconnaître. La localisation de certaines sociétés, le choix de leur nationalité, de leur forme, de leur organisation sont très certainement commandés non seulement par les impératifs d'ordre technique mais encore par les nécessités de la gestion, par des considérations d'équilibre dans la gestion, par des considérations d'ordre fiscal, — étant entendu que le choix de la voie fiscalement la moins onéreuse est toujours licite pourvu que le contribuable se soumette à toutes les conséquences légales de son choix (1).

Parmi celles-ci figurent les sociétés Saltos de Cataluña et Unión Electrica de Cataluña, et International Utilities dont la constitution est décrite à l'annexe 52. Aucune des « fraudes » alléguées par le Gouvernement espagnol n'existe en réalité et les allégations de ce dernier sont réfutées dans cette annexe.

(277) Il apparaît ainsi clairement que la prétendue complexité du groupe ne dépasse en rien ce que l'on rencontre usuellement dans la pratique des groupes de sociétés internationaux.

(1) Par exemple, les exigences des autorités locales, notamment quant au choix d'une société constituée suivant la loi locale sont souvent à l'origine de la constitution de sociétés dont c'est là la seule raison d'être : pratiquement toutes les législations relatives aux concessions et aux mines dans les pays en voie de développement, par exemple, requièrent la constitution de sociétés selon la loi locale — ce qui ne signifie nullement que le capital de ces sociétés ne puisse être constitué par des apports étrangers (sauf dispositions spéciales) ni surtout que ces sociétés, ainsi constituées pour répondre aux exigences des autorités compétentes, soient de « pure façade », des « chiffons de papier », dès lors qu'elles fonctionnent normalement.

Au contraire, si l'on veut bien se souvenir que tous les développements que le Gouvernement espagnol consacre à cette question portent sur une période de plus de quarante années, marquée par de nombreux bouleversements des conditions économiques, techniques, juridiques, fiscales, politiques, il faut considérer que le groupe a gardé une structure remarquablement équilibrée.

Que l'on en juge :

a) Au départ, nous trouvons les « trois échelons » pour les motifs abondamment développés. Deux d'entre eux subsisteront avec leurs missions propres; la « promotion » dévolue à Spanish Securities prenant fin après les premières années de lancement de l'affaire, cette société sera supprimée et liquidée en 1923.

b) Nous trouvons ensuite une société immobilière avec des fonctions précises: Catalanian Land, Ltd.

Une seule autre société immobilière, qui devait être chargée aussi d'une fonction spéciale sera créée : Compañía de Aplicaciones Eléctricas, en 1929.

c) Quant aux autres sociétés créées, elles se limitent à :

- une société commune avec un autre groupe : Saltos del Ebro;
- une société destinée à faciliter le financement du rachat d'une autre société et à devenir holding de certaines autres : Unión Eléctrica de Cataluña;
- une société chargée d'un programme déterminé en Catalogne : Saltos de Cataluña;
- une société de financement : International Utilities.

d) Toutes les autres sociétés en cause sont des sociétés anciennes s'occupant soit de transport, soit d'exploitation, soit de distribution d'énergie électrique, dont les actions furent achetées pendant les quelque quarante années de l'histoire de la Barcelona Traction et de son groupe, pour assurer l'unification et la rationalisation progressive de l'exploitation et pour permettre la mise en valeur de la région. C'est donc la structure anarchique préexistante de l'exploitation économique de cette région, qui a imposé ces rachats progressifs. Et, parmi les sociétés ainsi « acquises », un grand nombre ont été liquidées (*supra*, n° 267) et une autre était en liquidation au moment où le groupe March a mis la main sur la groupe.

Il suffit de consulter les schémas relatifs à d'autres groupes internationaux pour constater que bien peu d'entre eux peuvent se résumer à une histoire aussi simple (*A.R.*, n° 42).

c) *Conventions entre les sociétés du groupe.*

(278) Pour permettre aux différentes sociétés de remplir leurs fonctions au sein du groupe et pour assurer leur vie sociale, un ensemble de conventions a évidemment été conclu entre elles; il était en effet indispensable d'assurer la coordination de leurs activités, de les spécialiser dans l'intérêt commun, de supprimer les doubles emplois. Ces conven-

tions allaient également permettre à chacune des sociétés, prises isolément, de faire face aux obligations de sa propre vie sociale. Ces conventions devaient évidemment tenir compte de toutes les particularités propres à chacune des sociétés, particularités que le groupe devait accepter, après les avoir étudiées, au moment où il acquérait des intérêts dans ces sociétés.

Ainsi, non seulement les sociétés se voyaient assigner des fonctions bien précises, mais encore, les conventions leur donnaient les moyens de faire face à leurs engagements et évitaient le reproche parfois adressé à des sociétés holding de *undercapitalize* leurs filiales — reproche qui, dans certaines décisions américaines notamment, a pu être à l'origine d'une levée du voile de l'incorporation (Annexe n° 93, n° 11).

Chaque société, enfin, avait ses propres comptes, ses réunions de conseils d'administration et d'assemblées générales consignées dans des procès-verbaux adéquats, et le contrôle de la société-mère s'exerçait donc à travers ses droits d'actionnaire et à la faveur de choix de personnes composant les organes d'administration.

On voit par là que toutes les caractéristiques propres aux groupes de sociétés fonctionnant normalement — caractéristiques qui excluent la levée du voile de l'incorporation — étaient réunies en l'espèce.

(279) Incontestablement, les modalités de conventions entre les différentes sociétés avait pour résultat final que les bénéfices réalisés par elles allaient aboutir, après déduction de toutes les sommes nécessaires au paiement du passif et des réserves à constituer, soit directement, soit indirectement dans le patrimoine de la société-mère Barcelona Traction. Mais tel est le but usuel des groupes de sociétés, ainsi qu'il a été dit et dès lors que les voies suivies sont normales et que les droits des créanciers des diverses sociétés et ceux des éventuels actionnaires minoritaires sont respectés, il n'y a aucune objection à ce qu'il en soit ainsi.

Ces structures sont d'ailleurs indispensables pour que le capital investi au niveau de la société-mère par le public des épargnants puisse être normalement rémunéré; elles tiennent à la nature même des groupes de sociétés. C'est donc à juste titre que les administrateurs de la Barcelona Traction soulignaient cette caractéristique normale du groupe.

(280) Le Gouvernement espagnol critique notamment les taux d'intérêts qui ont été pratiqués entre l'Ebro, la Barcelona Traction et l'International Utilities; on n'aperçoit pas la portée de cette critique. Où voit-on la fraude? Ces taux d'intérêt étaient normaux, le Gouvernement espagnol ne soutient pas le contraire. Étaient-ils connus, oui ou non, des autorités fiscales espagnoles? L'affirmative est certaine. Celles-ci ont-elles soutenu que ces taux étaient excessifs et dissimulaient des distributions de dividendes, ainsi que cela se pratique parfois? Aucunement! Les extraits cités par le Gouvernement espagnol lui-même témoignent de la circonstance que les taux d'intérêt devaient être normaux et fixés suivant ce qu'il était possible de faire légalement (*C.M.*, IV, Chap. I, n° 39, p. 32). Alors, quelle est la fraude reprochée ou l'irrégularité commise? Dira-t-on qu'il était frauduleux de tenir compte, pour la fixation des intérêts, des résultats de l'activité de l'Ebro? Cela est pourtant de pratique courante, et n'est jamais critiqué si les taux ne dépassent pas ceux admis par le fisc lui-même. Qui aurait pu contester à l'Ebro le droit de distribuer à la Barcelona Traction, sous la forme d'intérêts, le montant le plus élevé possible admis par le fisc espagnol lui-même, plutôt que de le lui faire parvenir sous une autre forme?

Contrairement au soutènement du Gouvernement espagnol, les transferts réalisés d'une société à l'autre, notamment sous la forme d'assistance ou de subsides, n'entraînaient aucune « fraude fiscale » ; le droit fiscal espagnol autorise de tels transferts comme il autorise la société qui les pratique à les déduire de ses propres revenus, pour autant qu'ils soient compris dans les revenus de la société attributaire et taxés dans son chef, ce qui suppose que cette dernière société soit soumise au fisc espagnol. Tel était le cas en l'espèce.

En outre, les redevances payées en exécution des contrats étaient soumises aux impôts indirects (*derechos reales*) en sorte que le système utilisé apparut à l'expérience relativement coûteux, — ce qui d'ailleurs fut l'un des motifs de l'étude d'une réorganisation, ainsi qu'il a été dit (*supra*, n° 268).

L'ensemble des contrats en cause et les revenus réalisés en exécution de ceux-ci étaient parfaitement connus des autorités espagnoles et des autorités fiscales puisqu'ils apparaissaient dans les écritures et que les contrôleurs fiscaux devaient nécessairement en avoir eu connaissance; ils n'ont jamais émis à cet égard la moindre objection.

(281) La structure de ces contrats est relativement simple, même si le détail des modalités d'application, indifférentes en l'espèce, doit nécessairement être assez complexe eu égard à l'ampleur des questions à régler pour assurer la production et la distribution d'énergie dans une province entière.

L'épine dorsale s'en trouve dans quelques contrats conclus entre les deux sociétés d'exploitation essentielles de l'ensemble :

a) L'Ebro avait pris à ferme, par contrat du 27 mars 1913 (1), les installations de la Barcelonesa, comme il a été dit ci-dessus, et les exploitait; elle disposait en effet des installations hydro-électriques très importantes nécessaires à cet effet, alors que l'installation de production de la Barcelonesa ne comprenait qu'une centrale thermique destinée à devenir une source d'énergie d'appoint. Au contraire, le réseau de distribution de cette dernière était important et complet et devait être alimenté. Le contrat d'affermage donnait à la Barcelonesa toutes les ressources nécessaires lui permettant de faire face à ses obligations et charges diverses et d'assurer le déroulement normal de sa vie sociale.

Plus précisément, l'Ebro s'engageait à payer une somme suffisante pour permettre à la Barcelonesa de couvrir l'intérêt et l'amortissement de ses obligations; elle s'engageait aussi à lui avancer, au taux de 6 %, l'argent nécessaire à ses dépenses d'investissement.

b) L'Energía avait pris à ferme les installations de ses deux filiales anciennes : Compañía general de Electricidad (Mataró) et Sociedad Española Hidráulica del Freser suivant le même principe.

c) Il fallait enfin coordonner les activités de l'Ebro et de l'Energía, ce qui s'est réalisé non plus par un contrat d'affermage, mais par une convention de gestion permettant de rationaliser l'activité des deux sociétés et de compléter leurs réseaux et leurs clientèles. Une convention de coordination initiale, conclue en 1913, fut remplacée par une convention assurant une intégration technique plus poussée, lorsque la participation

(1) Reproduit en annexe au *Contre-Mémoire*, n° 142, vol. II, p. 580.

du groupe dans l'Energía s'accrut (*supra*, n° 272). Cette convention fut conclue en 1925 sous la désignation de *working agreement*. Elle était rédigée de manière à assurer à Energía les revenus indispensables au fonctionnement de sa vie sociale.

(282) Telles étaient les conventions essentielles. D'autres conventions, moins importantes, assuraient certains liens avec d'autres sociétés suivant les nécessités de l'exploitation; elles varièrent évidemment avec le temps. Leur objet fut toujours d'assurer une rationalisation technique tout en assurant la vie juridique complète des sociétés en cause en leur fournissant les moyens nécessaires pour faire face à leurs engagements et à leurs charges.

Certaines sociétés furent, par exemple, chargées de faire des avances et d'assurer le financement des sociétés ayant à faire face à des investissements pour assurer la construction; tel fut le rôle de la société Unión Eléctrica de Cataluña, qui consentait des avances à diverses sociétés du groupe moyennant intérêt.

Les sociétés productrices devaient enfin assurer la vente et la distribution de leur production et conclurent à cette fin des conventions avec les sociétés distributrices, essentiellement avec l'Energía ou avec l'Ebro. Tel fut le cas de Salros del Ebro (convention de janvier 1948) société propriétaire de la Centrale de Flix, et pour Productora de Fuerzas Motrices, société propriétaire de diverses centrales (convention de septembre 1941), qui cédaient leur production à l'Energía.

On aperçoit que tout cet ensemble est parfaitement logique et cohérent et le Gouvernement espagnol serait bien en peine de justifier de façon précise les allégations de fraude qu'il prodigue si généreusement, et de montrer, chiffres en main, en quoi et à quel moment des impôts auraient été éludés. Vainement se réfère-t-il à certaines lettres ou à certaines notes internes, dont il ne produit que des extraits et dont il déforme la portée. Bien entendu, certains des employés des sociétés en cause ne percevaient pas nécessairement tous les aspects juridiques des conventions intervenues et ils pouvaient ne pas toujours en apercevoir la portée. Mais le meilleur juge de celle-ci a certainement été l'autorité fiscale espagnole qui les connaissait aussi bien sous l'angle des impôts directs que sous l'angle des impôts indirects et qui n'a jamais songé à les critiquer.

(283) L'équilibre des conventions conclues entre les différentes sociétés est attesté par la circonstance que jamais aucune société filiale ne s'est trouvée en difficulté; on aurait certes compris que le Gouvernement espagnol critiquât ces conventions qui assuraient le transfert des bénéfices aux sociétés « têtes » du groupe, suivant l'expression moderne, si la conséquence en avait été une défaillance des sociétés filiales, dont on aurait alors pu rendre les sociétés-mères responsables. Mais, sans hésiter devant cette nouvelle contradiction, le Gouvernement espagnol répute frauduleuses les opérations par lesquelles des bénéfices sont assurés à la société-mère, alors que, par ailleurs, il soutient que ce sont ces fraudes qui auraient mis la société-mère dans l'impossibilité de faire face à ses obligations et prétend justifier ainsi la responsabilité des sociétés filiales pour la mère....

Sous-section 4

L'absence de toute fraude et de toute irrégularité dans le choix, par le groupe, de ses méthodes de financement. — Le financement initial

(284) Le Gouvernement espagnol, dans les critiques qu'il a émises au sujet de la formation et du développement du groupe de la Barcelona Traction, a méconnu les pratiques les plus usuelles concernant la constitution et le fonctionnement des groupes de sociétés; il a méconnu aussi les règles les plus suivies en matière de financement des entreprises — et particulièrement des entreprises de services publics — dans les griefs qu'il a formulés à propos des méthodes suivies par le groupe de la Barcelona Traction pour réunir les fonds très considérables nécessaires aux investissements importants qui allaient être réalisés en Espagne, dans des conditions économiques et politiques d'ailleurs très difficiles.

C'est au prix de telles méconnaissances que le Gouvernement espagnol peut parler de l'« état de faillite latente » qui aurait caractérisé le groupe dès l'origine de son fonctionnement.

De très sérieuses mises au point sont donc indispensables, grâce auxquelles il sera possible de démontrer que les méthodes de financement appliquées par les promoteurs de la Barcelona Traction n'ont rien que de très normal et qu'aucune critique sérieuse ne peut être formulée à l'encontre du groupe.

Bien entendu, la Barcelona Traction, obéissant à la vocation normale de toute société par actions et particulièrement de toute société par actions dont les activités sont internationales et concernent les services publics, devait faire appel au marché des capitaux. C'est le propre des sociétés par actions que de pouvoir, grâce aux techniques très élaborées imaginées par le droit commercial moderne, récolter des capitaux en s'adressant à une grande quantité d'épargnants, à des groupes financiers, à des banques d'affaires. Sans ces techniques, le financement des investissements considérables qui caractérisent l'ère du développement industriel eût été impossible.

(285) On s'excuse de devoir rappeler ces vérités apparemment banales; mais le Gouvernement espagnol paraît les ignorer lorsqu'il fait grief aux fondateurs de la Barcelona Traction de s'être bornés à apporter au départ, aux sociétés constituées suivant la méthode des trois échelons, les concessions, les idées, les études et le plan de développement des investissements, ainsi que les concours financiers indispensables, sans avoir eux-mêmes fourni dès l'origine tous les fonds nécessaires aux investissements (Ce grief singulier se trouve exprimé à de nombreuses reprises, notamment aux n° 72 et ss. du Chapitre I du *Contre-Mémoire*, pp. 54 et ss., à l'annexe 72 au Chapitre I, vol. I, p. 529, etc.).

C'est perdre de vue que très normalement :

« La société anonyme est un merveilleux instrument créé par le capitalisme moderne pour collecter l'épargne en vue de la fondation et de l'exploitation des entreprises... C'est une machine juridique, aussi utile que celles que l'industrie utilise... » (Ripert, *Aspects juridiques du Capitalisme moderne*, éd. 1946, p. 106, n° 46).

Comme l'écrit encore le Doyen Ripert (*ibid.*, n° 50) :

« Une grande société a besoin de capitaux considérables. Les fondateurs ne pourraient les trouver sans le concours des banques. Les banques se chargent de lancer l'émission des titres. Par des combinaisons variées, elles garantissent la réussite de l'émission.

Le vrai problème est celui de la collecte de l'épargne. La loi permet aux fondateurs de la société de lancer une souscription publique pour cueillir des fonds. Elle leur permet de remplacer ces fonds par des titres qui circuleront dans le public, que l'on achètera et que l'on vendra comme des marchandises. Voilà le fonctionnement du mécanisme juridique qu'est la société par actions... ».

Il ne saurait être question de reprocher aux promoteurs du groupe de la Barcelona Traction d'avoir utilisé la forme de la société par actions à ses fins normales, à l'effet de permettre la création d'une vaste entreprise aux moyens d'action considérables, grâce à la collecte des capitaux soit dans le public, soit auprès d'institutions financières, à l'effet de développer les idées et les plans qu'ils avaient élaborés, dans l'intérêt d'ailleurs de l'économie de la région dont ils allaient assurer la prospérité.

(286) Une fois les trois sociétés initiales constituées, il fallait leur trouver des moyens de financement, ainsi qu'il a été dit.

Plusieurs méthodes s'offraient à elles, entre lesquelles il fallait choisir, sans que l'on puisse porter sérieusement un jugement de valeur sur l'une plutôt que sur l'autre. Le choix entre les méthodes de financement est généralement dicté par des considérations d'ordre technique, d'ordre économique et d'ordre financier. Il obéit d'ailleurs à des règles complexes qui forment la science du financement des entreprises.

Ce choix dépend de la destination qui sera donnée aux capitaux, des possibilités du marché, des taux d'intérêt qui y seront pratiqués, des possibilités de rendement de l'entreprise qui sera constituée à l'aide des fonds réunis, de l'avenir de la société en cause telle que les investisseurs peuvent l'apprécier, de la question de savoir si la société entame une activité nouvelle ou développe au contraire une activité antérieure, etc. . .

Parmi les méthodes de financement possibles, il faut choisir par exemple entre les avances à court ou à moyen terme consenties généralement par des banques, les avances à long terme consenties par des sociétés financières, l'émission d'obligations, l'émission d'actions ordinaires, l'émission d'actions privilégiées, l'émission de toutes sortes d'autres valeurs mobilières que la pratique a créées pour faire face aux situations les plus diverses.

L'« investisseur » s'attache aux avantages respectifs de ces catégories de titres sur le plan financier, aux garanties qu'ils offrent, au rendement qu'ils permettent, à la plus ou moins grande protection qu'ils assurent contre l'érosion monétaire.

Par exemple, des obligations s'indiqueront du fait qu'elles assurent une position préférentielle quant aux revenus (l'intérêt étant dû même en l'absence de bénéfices, à l'encontre du dividende) et se justifieront donc souvent dans la phase de lancement d'une entreprise, lorsque des actions seraient difficiles à placer dans le public. En outre, les obligations jouissent généralement, dans les pays anglo-américains, de privilèges qui en garantissent le remboursement : hypothèques, *floating charge* ou *fixed charge*.

La défense des droits des obligataires est assurée par l'intervention d'un *trustee* indépendant qui met notamment en œuvre les garanties dont l'emprunt est assorti (*supra*, n° 265).

En revanche, les obligations présentent pour la société des inconvénients résultant de l'ampleur des charges qu'elles imposent ; il est parfois plus avantageux pour la société d'émettre des actions préférentielles, destinées à des « investisseurs » désireux de faire un placement dont la rentabilité pourrait être meilleure que celle des actions ordinaires, mais qui accepteraient de ne percevoir un dividende que si la société fait elle-même des bénéfices.

Dans d'autres cas, le recours immédiat au public est difficile sinon impossible. On préfère alors des avances faites par des organismes financiers spécialisés, ou l'émission *privée d'obligations* ; cette formule peut n'être que temporaire et elle peut être remplacée par une émission publique ultérieure.

Tous les auteurs qui ont étudié la science des émissions de valeurs et le financement des entreprises confirment l'exactitude du point de vue ici exposé. On trouvera à cet égard diverses citations d'auteurs qui font autorité en la matière, à l'annexe n° 53.

(287) C'est en ces termes que le problème se présentait pour les fondateurs de la Barcelona Traction et de l'Ebro ; en fonction de choix parfaitement raisonnés, ils utilisèrent successivement diverses formes de financement, comme nous allons le voir.

Au départ, ils utilisèrent largement l'emprunt par obligations. D'une part, des obligations furent émises — en nombre restreint — en rémunération des apports, outre les actions (apports mixtes) ; d'autre part, les fondateurs s'engagèrent à pourvoir au financement de l'entreprise en faisant souscrire des obligations sur le marché, suivant les conventions du 30 novembre 1911 notamment. Comme nous le verrons, ces obligations furent placées pour partie dans le public et pour partie auprès d'organismes financiers spécialisés.

Point n'est besoin de longs développements pour démontrer que le choix des obligations, de préférence à d'autres valeurs mobilières, était évidemment favorable aux souscripteurs de ces titres, contrairement à ce que le Gouvernement espagnol paraît vouloir dire : en effet, l'obligation crée, en faveur du porteur, un droit à l'intérêt quel que soit le résultat de l'activité sociale ; elle confère un droit de créance contre la société à l'échéance et les obligataires sont donc préférés aux actionnaires — c'est-à-dire aux promoteurs de l'affaire en l'espèce. Elle est enfin généralement assortie de garanties réelles dans la pratique anglo-américaine.

Loin dès lors d'étayer les accusations formulées contre les promoteurs, selon lesquelles leurs intentions étaient de gruger le public des souscripteurs, le choix de l'obligation témoigne du double souci des promoteurs d'assurer le succès de leurs émissions et de procurer aux souscripteurs le maximum de garanties possible, compte tenu de la nature de l'affaire et des risques qu'elle comportait.

Comme l'écrivit Gower (*Principles of Modern Company Law*, p. 332) :

« L'agent de change ne fera de distinction entre les actions privilégiées de première classe et les obligations que parce qu'il se rend compte qu'en dernière analyse les distinctions subtiles des juristes ont un certain effet en ce qui concerne le risque assumé. Après tout, le porteur d'obligations est un créancier; il a le droit d'intenter une action pour obtenir paiement et de réaliser des gages s'il en possède. Même si l'obligation est perpétuelle, elle contiendra invariablement des dispositions pour l'exécution forcée au cas où surviendraient des événements tels que le défaut de payer l'intérêt, la liquidation, l'exécution forcée, ou la saisie. Et le Tribunal a un pouvoir résiduel d'intervenir lorsque le gage de l'obligataire est " en péril ". L'actionnaire, s'il s'agit d'actions privilégiées ou ordinaires, n'est qu'un associé. Il n'aura pas son argent en retour, si ce n'est au cours d'une liquidation; il éprouvera des difficultés pour mettre à lui seul la société en liquidation, et devrait-il avoir gain de cause, il ne pourra obtenir quoi que ce soit jusqu'à ce que tous les tiers créanciers aient été payés à cent pour cent. La situation de l'obligataire est toute différente, car, en cas de liquidation sinon avant, il prend rang, au pire, avec les autres créanciers, et au mieux il fera exécuter son gage, sans se préoccuper des créanciers chirographaires dans les limites où il est couvert par son gage, et sans, en aucun cas, se préoccuper des actionnaires.

C'est pourquoi l'obligation est virtuellement le plus sûr des titres émis par la société. Elle tente l'épargnant qui désire recevoir un rendement relativement modeste mais certain, sans courir le risque de perdre son argent » (1).

(288) Nonobstant ces caractéristiques de l'obligation, le Gouvernement espagnol émet de singulières appréciations sur le choix des obligations comme méthode de financement. Pour lui, il faudrait y voir une manifestation de l'intention (frauduleuse, il va de soi) des promoteurs, de «financer l'entreprise... par voie de déficit», d'où le prétendu « état latent de faillite » existant depuis l'origine (*C.M.*, IV, notamment Chap. I, n° 73 et 92, pp. 54 et 66). On peut s'interroger sur le sens exact de cette assertion. Faut-il admettre que le Gouvernement espagnol considère avec défaveur l'émission d'obligations par rapport à d'autres méthodes de financement, telle que l'émission d'actions? L'émission d'obligations constituerait-elle à ses yeux une méthode de financement « par déficit », par opposition, par exemple, au financement par l'émission d'actions? On a peine à croire que telle soit réellement sa thèse, et cependant il paraît difficile de trouver une autre explication à ses développements assurément inattendus — dont la répétition ne rend pas la portée plus claire. Le Gouvernement espagnol méconnaît par là les principes développés ci-dessus sur le choix des méthodes de financement et sur l'équivalence — au point de vue de la déontologie notamment — des diverses méthodes possibles. Le choix entre l'action ou l'obligation est commandé par des considérations d'ordre strictement technique, et l'on ne peut sérieusement soutenir que le choix de l'obligation — favorable assurément au porteur — devrait

(1) « The stockbroker will draw a distinction between first-class Preference shares and debentures only because he realizes that in the last resort the lawyer's fine distinctions do have their effect on the risk undertaken. The debenture-holder is, after all, a creditor and entitled to sue for his money and to enforce his security if he has any. Even if the debenture is perpetual it will invariably contain provisions for enforcement in circumstances such as non-payment of interest, winding up, or the levying of execution or distress. And the court has a residual power to intervene if the debenture-holder's security is "in jeopardy". The shareholder, whether preference or ordinary, is a mere member. His money is not returnable except on a winding up, he will find it difficult on his own to put the company into liquidation, and even if he succeeds he cannot obtain anything until all the outside creditors have been paid in full. Very different is the position of the debenture-holder, who, on a liquidation if not before, ranks at the worst with the other creditors and at the best enforces his security and ignores the claims of unsecured creditors, so far as his security will go, and of shareholders in any event.

Hence, the debenture is potentially the most secure of the company's securities. It appeals to the investor who wants a relatively small but certain return without risk of losing his money. »

s'analyser plus que d'autres méthodes en un « financement par déficit » avec la conséquence que toute société qui l'utiliserait se trouverait en « état latent de cessation des paiements... ».

Nous verrons d'ailleurs que le groupe de la Barcelona Traction utilisera aussi le financement par l'émission d'actions privilégiées — lesquelles se rapprochent des obligations et se situent à mi-chemin entre les obligations et les actions (1). Dira-t-on que cette fois il ne s'agissait plus de déficit? Le Gouvernement espagnol soutient-il que les promoteurs auraient dû, de préférence à l'émission d'obligations, émettre au départ de telles actions? Mais au nom de quels principes ou de quelles pratiques de la vie des affaires?

(289) Le Gouvernement espagnol se livre à diverses attaques contre l'émission d'obligations sous le pair. Ici encore, il témoigne d'une singulière méconnaissance des usages des emprunts par obligations.

Chacun sait que, suivant les circonstances et les conditions du marché, il faut assortir l'obligation d'un certain taux d'intérêt. Ce taux d'intérêt est exprimé de deux manières : d'une part, par un taux apparent; d'autre part, en remboursant les obligations au-dessus du prix d'émission ou encore, ce qui revient au même, en l'émettant au dessous du pair, suivant une pratique connue dans tous les pays, et d'ailleurs largement utilisée par les Etats eux-mêmes lorsqu'ils empruntent, ce qui montre bien que l'émission sous le pair ne constitue nullement l'indice d'une « fraude » ou d'une « manœuvre » occulte et malhonnête.

L'émission sous le pair d'un emprunt obligataire signifie simplement que le *taux réel* de rendement de l'emprunt est supérieur à celui qui résulte du rapport entre l'intérêt et le pair. Par exemple, alors que le taux apparent des Obligations First Mortgage

(1) Comme l'écrivent Leffler et Farwell (*The Stock Market*, 3^e éd., 1963, p. 30) :

« L'action privilégiée représente une forme de compromis ou de titre hybride. Les actions privilégiées ressemblent en partie aux obligations, en ce sens qu'elles ont un rendement fixe, et ressemblent d'autre part en partie aux actions ordinaires, en ce sens qu'elles constituent un titre de propriété ou d'action ayant un certain pouvoir de vote. Elles occupent une position privilégiée par rapport à l'action ordinaire, parce qu'elles jouissent d'un privilège en ce qui concerne le revenu, généralement une priorité en ce qui concerne les avoirs et un rendement fixe. D'autre part, elles sont affectées de certaines faiblesses et limitations comparées aux actions ordinaires, parce que leur rendement est limité, leur participation dans la direction est restreinte, et le droit d'acquérir de nouveaux titres est aussi limité.

... La raison pour laquelle des industriels ont émis primitivement des actions privilégiées, était qu'ils avaient la possibilité de vendre un action assortie d'une plus grande régularité que ce n'était le cas pour les actions ordinaires. Cela tenterait les épargnants désireux de courir moins de risque que n'en présentait l'action ordinaire, mais d'obtenir un rendement plus élevé que celui qu'ils pourraient obtenir par la possession d'obligations ».

(« Preferred stocks represent a form of compromise or hybrid security. They partly resemble bonds in that they have a stated rate of return and partly resemble common stock in that they are an ownership or equity security with some voting power. They have a favored position over common stock in that they have a preference as to income, usually a priority as to assets and a stated rate of return. On the other hand, they have decided weaknesses and limitations as compared common stocks, in that their return is limited, their participation in management is restricted and their right to buy new securities is also limited

... The reason that industrials originally issued preferred stock was to enable them to sell a stock with greater dividend regularity than common stocks. This would appeal to investors who wanted less risk than common stocks but greater returns that were possible from bonds ownership »).

de la Barcelona Traction était de 5 %, le taux réel était en fait de 6,15 % pour les obligations émises à 85 % de leur valeur nominale, et de 6,80 % pour les obligations émises à 77,25 % de leur valeur nominale (*infra*, n° 292). De même, pour les General Mortgage Bonds de l'Ebro, le taux réel était de 6,75 %. (1) La technique de l'émission d'obligations sous le pair est d'ailleurs banale et bien connue. Sa *seule portée* est celle indiquée ici. Le taux réel est celui que le public est disposé à accepter à un moment donné, vu les caractéristiques de l'obligation, les risques inhérents à l'affaire et l'état du marché de l'argent.

On ne suivra pas davantage le Gouvernement espagnol lorsque, par une erreur certaine, il analyse le *discount* consenti lors de l'émission d'obligations comme une « perte » pour la société émettrice. La charge du *discount* est ordinairement répartie en comptabilité sur toute la durée de l'emprunt et elle s'additionne donc effectivement aux charges annuelles d'intérêts — ce qui confirme d'ailleurs sa nature exacte qui est d'être une autre expression de la charge d'intérêts.

Le Gouvernement belge n'a pas saisi d'autre part à quelle opération le Gouvernement espagnol faisait allusion lorsqu'il avance que l'émission d'obligations permet de « manipuler les bilans » et « d'éponger des dettes ».

(290) Comme le choix entre les diverses catégories de valeurs mobilières, et plus généralement entre les diverses méthodes de financement, dépend notamment de l'évolution de l'entreprise et des conditions du marché, il peut évidemment se produire que les éléments qui justifiaient certaines décisions à l'origine se modifient.

C'est le motif pour lequel les sociétés procèdent parfois à la réorganisation de la structure de leur capital; cette réorganisation porte souvent sur les droits des différentes catégories d'actionnaires ou d'obligataires. Ces opérations sont également bien connues des praticiens des sociétés. Elles sont décrites par les manuels et entrent assez normalement dans le cours de la vie des sociétés. Certains législateurs les prévoient et les organisent expressément, tels, par exemple, le législateur anglais et le législateur canadien.

On ne saurait donc voir dans le seul fait de ces réorganisations l'indice de « manœuvres » ou de l'existence d'une cessation des paiements. Au contraire, comme elles impliquent l'adhésion des intéressés, elles supposent que ceux-ci témoignent de confiance à la société nonobstant les circonstances économiques qui peuvent justifier les mesures proposées.

Le caractère assez usuel de ces opérations dans la pratique des affaires anglo-américaines est attesté par tous les commentateurs.

Ainsi que l'écrit Paish (*Business Finance*, pp. 142 et suiv.) :

« Il n'est pas rare que les administrateurs d'une société trouvent néces-
saire d'obtenir une modification des droits des actionnaires, tels qu'ils avaient été
définis dans l'acte d'émission ou dans les statuts de la société. Tous les chan-
gements des droits d'une catégorie d'actionnaires, par exemple des détenteurs

(1) On notera en passant que les chiffres donnés par le Gouvernement espagnol pour le calcul de l'importance de certains *discounts* sont inexacts pour le motif qu'ils reposent sur des chiffres inexacts concernant le montant des obligations effectivement émises par la Barcelona Traction. Sur la première tranche d'obligations *First Mortgage* émises par la Barcelona Traction, le *discount* a représenté £ 503.750 (voir *A.C.M.*, n° 69, vol. I, pp. 512 et 513) et non £ 658.750 comme indiqué par le Gouvernement espagnol (*C.M.*, IV, Chap. I, n° 74, p. 55).

d'une catégorie d'actions privilégiées, doivent être approuvés par cette même catégorie, soit par des bulletins de vote envoyés par la poste, soit à l'occasion d'une assemblée séparée, et l'on requiert généralement le vote affirmatif de 75 % des voix présentes ou représentées. Une minorité dissidente peut avoir le pouvoir d'en appeler au Tribunal, lequel, s'il estime que la minorité a été traitée de façon inéquitable, peut refuser d'homologuer la modification ou imposer d'autres conditions pour protéger la minorité. Il faut cependant dire que le Tribunal n'est généralement pas enclin à intervenir lorsqu'il s'agit d'une résolution dûment adoptée, sauf lorsqu'il y a eu quelque irrégularité de procédure ou que l'information donnée aux actionnaires était insuffisante, ou lorsque la majorité, étant aussi détentrice d'une autre catégorie d'actions (généralement des actions ordinaires) a des intérêts opposés à ceux de la minorité.

Trois motifs principaux peuvent amener les administrateurs à vouloir modifier les droits des actionnaires. Ils peuvent vouloir émettre de nouvelles actions non encore prévues dans les statuts ou les contrats, dont le rang serait supérieur à celui d'une catégorie d'actions existante, ou dont le rang serait égal; ils peuvent vouloir simplifier la structure du capital social ou réduire les effets multiplicateurs résultant de la structure du capital (1), ou encore, ils peuvent trouver nécessaire de réduire le capital. La réduction du capital (qui requiert toujours le consentement du Tribunal) entraîne souvent une modification correspondante des droits des actions privilégiées, afin de rétablir une relation raisonnable entre le montant des actions privilégiées et celui des actions ordinaires.

Dans tous les cas où l'on demande à des propriétaires de titres privilégiés de consentir à modifier leurs droits existants, ils devraient considérer ce qu'on leur offre en contrepartie. On peut évidemment concevoir le cas où il serait sage pour les actionnaires privilégiés d'accepter une modification de leurs droits, sans demander une compensation. Si, par exemple, la société rencontre des difficultés qui menacent la sécurité du capital des actionnaires privilégiés existants, difficultés qui ne peuvent être résolues que si les actionnaires existants admettent des modifications à leurs droits afin de permettre de trouver de nouveaux capitaux prenant rang avant le leur, dans ce cas, l'avantage découlant des bénéfices des nouveaux capitaux peut être considéré comme suffisant pour compenser l'abandon de leurs droits. Mais de tels cas sont l'exception; la règle générale, c'est que les actionnaires privilégiés auxquels on demande d'abandonner leurs droits dans un sens peuvent demander une compensation dans un autre secteur. > (2)

(1) *N.d.t.* — *Capital gearing* : On dit qu'une structure financière est *highly geared* lorsque la proportion existant entre les actions ordinaires et des actions privilégiées ou des obligations est faible. Cela a pour effet qu'une fluctuation relativement faible du bénéfice net se traduit par une fluctuation beaucoup plus considérable de la part de ce bénéfice qui revient aux actions ordinaires.

(2) « *It not infrequently happens that the directors of a company find it necessary to seek a revision of shareholders' rights as set out in the terms of the original issue or in the company's articles of association. Any alterations in the rights of any class of shareholders, such as the holders of a class of preference shares, have to be approved by that particular class, either by postal ballot or at a separate meeting, usually by 75 per cent of all votes cast, including proxy votes. A dissenting minority may be able to appeal to the Court, which may, if it thinks the minority is being unjustly treated, refuse its permission to the change or make other conditions for the protection of the minority. It should, however, be said that the Court is usually unwilling to interfere with a resolution duly passed except when there has been some irregularity of procedure, where the information given to shareholders has been inadequate, or where the majority, being also holders of another class of (usually ordinary) shares, have interests conflicting with those of the minority.*

There are three main reasons why directors may wish to alter shareholders' rights. They may wish to issue new shares, not already provided for in the articles or contracts, ahead of or *pari passu* with a class of existing shares; they may wish to simplify the structure of the company's capital or reduce the degree of its capital gearing; or they may find it necessary to write down capital. The writing-down of capital (which always requires the consent of the Court) frequently entails a consequential modification of the rights of preference shareholders in the interests of restoring a reasonable relationship between the amounts of preference and ordinary capital.

(suite de la note 2 page 195)

Dans l'ouvrage classique de Palmer, *Company Law*, 20^e éd., par Schmitthoff et Curry (p. 663), il est exposé à ce propos :

« *Fréquemment les sociétés doivent modifier la structure de leur capital.*

Lorsque tous les actionnaires sont d'accord sur le programme proposé, il n'y a généralement pas de difficulté particulière pour arriver à ce résultat, bien que même alors la procédure puisse revêtir un aspect quelque peu complexe, et dans certains cas, puisse nécessiter l'homologation du Tribunal. Dans d'autres cas, certains actionnaires minoritaires peuvent s'opposer aux propositions, ou bien il peut ne pas être possible de retrouver tous les actionnaires, et dans cette éventualité, il faut avoir recours à une méthode grâce à laquelle les actionnaires dissidents ou inconnus ne puissent pas empêcher la conclusion de l'arrangement, mais soient liés par celui-ci.

La loi prévoit deux méthodes, dont chacune s'applique à des conditions différentes, pour réorganiser la structure du capital d'une société; l'une se trouve dans la section 206, et l'autre dans la section 287. Au surplus, la section 209 de la loi prévoit la possibilité d'acquérir les actions d'actionnaires (possédant moins d'un pourcentage déterminé des actions ou catégories d'actions en question) qui ne seraient pas d'accord sur un arrangement ou un contrat prévoyant le transfert d'actions ou d'une catégorie d'actions à une autre société, alors que l'arrangement ou le contrat a été approuvé par une majorité spécifiée. » (1)

Les arrangements concernent non seulement les actionnaires, mais aussi les obligataires, ainsi d'ailleurs que le prévoit l'article 206 du *Companies Act* anglais.

Les mêmes pratiques sont connues au Canada : Fraser & Stewart, *op. cit.* p. 703, écrivent (2) :

(suite de la note 2 de la page 194)

Whenever owners of prior charges are asked in any way to modify their existing rights they should always look to see what they are being offered in return. It is, of course, possible to conceive of a case where preference shareholders would be wise to accept a modification of their rights without asking for compensation. If, for instance, the company is in difficulties which threaten the safety of the capital of existing preference shareholders, and which can be resolved only if existing shareholders allow such changes in their rights as would permit the raising of new capital in priority to their own, then their gain from the benefits of the new capital may possibly be regarded as sufficient to compensate them for the surrender of their rights. But such cases are exceptional; the general rule is that if preference shareholders are asked to make any surrender of their rights in one direction they are entitled to demand their compensatory extension in another ».

(1) « *Companies frequently require to rearrange their capital structure.* Where all the shareholders agree to the proposed course, there is generally no particular difficulty about achieving the result, although even here the process may well be somewhat complex and, in certain circumstances will require the sanction of the court. In other cases some minority shareholders may oppose the proposals or it may not be possible to trace all the shareholders, and in such cases it is necessary to have a method whereby dissentient or untraced shareholders do not render the arrangement impossible of performance, but become bound by the arrangement.

Two methods, each suitable for different circumstances, for effecting the reorganisation of the company's capital structure, are provided by the Act, one in section 206 and the other in section 287. In addition, the Act provides by section 209, power for the acquisition of shares of shareholders (holding less than a specified percentage of the shares or class of shares involved) who dissent from a scheme or contract involving the transfer of shares or any class of shares to another company, which has been approved by a specified majority ».

(2) Au Canada les arrangements qui concernent en outre les créanciers, et notamment les obligataires, sont actuellement régis d'autre part par des textes particuliers, à l'inverse de ce qui est prévu par le *Companies Act* anglais.

« Il peut arriver que la structure du capital d'une société ne convienne plus ou qu'il faille du capital nouveau qui ne peut être obtenu qu'à condition de modifier les droits des actionnaires existants ou au prix d'une réduction de leurs intérêts dans la société, ou encore, qu'une méthode équitable de payer les arriérés de dividende d'actions privilégiées devienne désirable, ou que, pour une autre raison, un ajustement ou un amendement des droits stricts des actionnaires soit considéré comme nécessaire. De telles situations appellent l'élaboration d'un plan de réorganisation. » (1)

On se rappellera le *caractère usuel* de ces opérations d'« arrangement » pour les sociétés anglo-américaines ou canadiennes lorsqu'on prendra connaissance des circonstances dans lesquelles le groupe de la Barcelona Traction a procédé à diverses réorganisations et à divers « arrangements », d'accord avec ses actionnaires et avec ses obligataires. C'est à tort et en méconnaissance de ces pratiques que le Gouvernement espagnol croit pouvoir déduire de l'existence de tels « arrangements » un prétendu état virtuel de faillite et de cessation des paiements qui aurait affecté les sociétés dès l'origine.

Certaines des réorganisations dont il sera question seront précisément rendues nécessaires — comme le prévoient les extraits cités ci-dessus — non seulement par des problèmes de caractère financier, mais aussi par l'accroissement des besoins du groupe en capitaux à investir dans des installations sans cesse plus importantes.

(291) C'est donc dans les termes rappelés ci-dessus, et en fonction des pratiques et des usages décrits par le Gouvernement belge dans les paragraphes précédents, que les promoteurs de la Barcelona Traction allaient assurer le financement de leurs investissements.

Le Gouvernement belge a déjà démontré la parfaite régularité des méthodes suivies pour la constitution des trois sociétés initiales et pour la formation progressive du groupe sur le plan juridique et sur le plan déontologique. Il a déjà réfuté les critiques du Gouvernement espagnol concernant le caractère prétendument insuffisant des apports et sur l'absence prétendue de contrepartie aux émissions d'actions en faveur des fondateurs.

Les fondateurs s'étaient évidemment préoccupés de trouver les moyens financiers indispensables à la société en vue des investissements qu'elle allait devoir consentir pour exécuter les projets et les études du Dr Pearson et de ses collaborateurs. Comme l'indiquait le Procureur général près le parquet du tribunal de première instance de la Seine (réquisitoire de non-lieu cité *supra*, n° 258), il est fréquent dans la pratique anglo-américaine et canadienne de demander à d'autres sources de financement que les actions, les fonds destinés à constituer la trésorerie de la société.

(1) « It may develop that the capital structure of a company is no longer suitable: or that new capital is required which can only be obtained on condition that the rights of existing shareholders are modified or their interest in the company reduced; or that some equitable method of liquidating arrears of dividends on preferred shares is desirable; or that for some other reason an adjustment or modification of the strict legal rights of shareholders is considered necessary. Such situations call for some plan of readjustment. »

C'est encore par les conventions du 30 novembre 1911 (qui assurèrent la formation du capital tant de la Barcelona Traction que de l'Ebro — *supra*, n^{os} 255 et suiv.) que les méthodes de financement de ces sociétés furent déterminées et que les fondateurs assumèrent tous les engagements indispensables à cette fin.

C'est ainsi que la convention du 30 novembre 1911 relative à la constitution du capital de l'Ebro dispose que la Barcelona Traction s'engage à souscrire ou à faire souscrire un montant suffisant d'obligations à émettre par l'Ebro « pour fournir à la Société Ebro les fonds requis pour réaliser un développement hydro-électrique dans le royaume d'Espagne avec une usine d'électricité d'une capacité de 120.000 H.P., les lignes de transmission et les sous-stations d'une capacité suffisante pour transmettre et distribuer les 120.000 H.P. ci-dessus mentionnés à la ville de Barcelone et à ses environs ... ».

Ces obligations devaient être émises avec un « *discount* » de 25 % et comportaient un intérêt nominal de 5 % (par rapport au pair comptable). Les obligations créées en exécution de ladite convention portèrent le nom de « General Mortgage Bonds ».

Les fondateurs organisaient ainsi les sources de financement indispensables de la société d'exploitation, c'est-à-dire l'Ebro : ils choisissaient, comme il est dit ci-dessus, en ordre principal les obligations, puisqu'ils se trouvaient en présence d'une société en voie d'installation et dont les actions n'auraient pu avoir un rendement raisonnable qu'après plusieurs années.

(292) Encore fallait-il que la Barcelona Traction eût elle-même sa vie financière assurée. L'autre convention du 30 novembre 1911, relative à la constitution du capital de la Barcelona Traction, y pourvoit : en vertu de cette convention, la Barcelona Traction avait obtenu l'engagement de Spanish Securities de souscrire ou faire souscrire des obligations qu'elle émettrait à son tour pour un montant de £ 4.250.000 au taux d'intérêt de 5 % à des prix d'émission au moins égaux à 85 % du pair. Le Gouvernement belge a exposé que ces chiffres firent l'objet d'une modification lors de la conclusion du contrat additionnel du 1^{er} janvier 1913 (*supra*, n^o 261), aux termes duquel le montant de £ 4.250.000 fut ramené à £ 3.250.000, tandis que Spanish Securities s'engageait à souscrire un montant complémentaire d'obligations First Mortgage, mais au prix d'émission de 77 1/4 % au lieu de 85 %, le total des obligations First Mortgage à souscrire représentant ainsi £ 6.410.000. Ces obligations furent effectivement souscrites par Spanish Securities à ces taux.

(293) En conséquence, suivant ce programme, les promoteurs eux-mêmes souscrivaient les obligations de la Barcelona Traction dont le produit devait permettre à celle-ci de souscrire celles de l'Ebro, assurant ainsi le financement des opérations envisagées.

On n'aperçoit pas dès lors comment le Gouvernement espagnol peut prétendre déduire de ce schéma que les promoteurs avaient l'intention de financer les opérations « par des déficits », cette expression n'ayant d'ailleurs guère de signification.

Ainsi qu'il a été indiqué, l'objectif initial du groupe était l'installation de considérables usines productrices d'électricité et d'un système de transmission et de distribution. De tels investissements réclament un temps assez long avant que les usines puissent

être mises en marche, que leur production puisse être commercialisée et que, par conséquent, le rendement économique de l'entreprise permette de faire face à l'ensemble de ses charges passives. Dès 1912, l'Ebro se mettait au travail et commençait les constructions.

Le *trust deed* relatif à l'émission des obligations First Mortgage émises par la Barcelona Traction prévoyait que la période d'installation aurait une durée de quatre années. Il en résultait que, suivant la clause 3 du contrat, le produit de la souscription des premières obligations pouvait être affecté notamment au paiement des intérêts sur les obligations émises déjà pendant cette période (1).

Par conséquent, les intérêts devaient être payés jusqu'en 1915 à l'aide des fonds provenant des souscriptions, et non grâce au rendement des entreprises des sociétés d'exploitation; celles-ci ne pouvaient, avant cette date, distribuer de dividendes ou d'intérêts prélevés sur des bénéfices d'exploitation.

Cette situation est tout à fait naturelle et elle était clairement exposée par les émetteurs aux obligataires.

Même lorsque les premiers fonds nécessaires à un investissement sont financés par l'émission d'actions, l'absence de rendement des actions pendant les premières années est, dans certaines législations, compensée par l'autorisation de payer des intérêts intercalaires, nécessairement prélevés sur le capital ou sur d'autres sources de financement (2).

Ceci démontre que la méthode consistant à rémunérer soit le capital-actions, soit les obligations, à l'aide de prélèvements sur le capital grâce aux ressources obtenues par financement, est tout-à-fait normale pendant les périodes d'installation d'entreprises et ne peut être qualifiée d'« état latent de cessation de paiement » ou de « financement par déficit », comme le prétend le Gouvernement espagnol (3).

(294) Durant la vie du groupe, le financement des investissements réalisés par les sociétés d'exploitation se faisait par l'intermédiaire de l'Ebro, qui était le pivot de l'ensemble du système — sauf lorsque les filiales émettaient des obligations en Espagne (4).

En dehors de l'émission des obligations, choisies au départ comme méthode de financement essentielle, les dirigeants, dans le cours de la vie de la société, durent évidemment recourir aussi à d'autres procédés de financement suivant les possibilités du marché, les exigences des organismes financiers, les cours des valeurs, l'importance des investissements à réaliser, etc. Ici encore, ils eurent à faire des choix, suivant les pratiques et en appliquant les critères décrits ci-dessus.

(1) *Trust Deed* reproduit, par extraits, à l'annexe I, appendice I, aux *Observations et Conclusions* (vol. I, p. 16).

(2) *Companies Act* anglais de 1948, art. 65; Loi allemande de 1965 sur les sociétés par actions, article 579 par. 3; Code des Obligations Suisse, article 676.

(3) Il va de soi que pendant ces années d'installation, il n'a pas été distribué de dividendes aux actionnaires des sociétés du groupe.

(4) C'est ainsi que le bilan de l'Ebro au 31 décembre 1946 faisait apparaître des avances en compte-courant aux autres sociétés du groupe pour 21.920.723 dollars (*A.R.*, n° 54). Les financements résultant de l'émission par les filiales d'obligations en Espagne demeurèrent toujours très inférieurs à ceux résultant des avances.

Les méthodes appliquées furent notamment les suivantes :

- l'émission de diverses catégories d'obligations jouissant de rangs et d'avantages différents. Certaines d'entre elles furent placées dans le public; d'autres le furent entre les mains d'organismes financiers;
- l'émission d'actions privilégiées dont le Gouvernement belge a montré qu'elles se rapprochaient des obligations, mais impliquaient des charges moins lourdes pour la société (*supra*, n° 288, note 1);
- les avances consenties en particulier par la Barcelona Traction;
- les avances à moyen terme consenties par des banques d'affaires ou par des sociétés spécialisées dans ce genre d'opérations.

Il aurait été évidemment extraordinaire que, dans la vie d'un groupe de sociétés, l'on ne rencontre pas différentes techniques de financement. En fait cependant, l'histoire financière du groupe, si l'on veut bien la considérer avec quelque recul, est simple et les méthodes de financement n'offrent pas de complication particulière en dehors de celles qui sont nécessairement inhérentes à toute émission de valeurs mobilières ou à la conclusion de toute convention d'ouverture de crédit.

Les modifications par rapport au programme initial furent surtout causées par le développement, inattendu par son ampleur, du programme d'investissement des entreprises du groupe et par la survenance de la première guerre mondiale.

(295) Le plan de financement esquissé ci-dessus fut réalisé, dès le départ, ainsi qu'il suit :

Il fallait d'abord financer l'Ebro, société se trouvant au centre de l'exploitation. A cette fin, l'Ebro, qui avait déjà émis des obligations General Mortgage Bonds à concurrence de 958.767 £ (1), en exécution immédiate de la convention du 30 novembre 1911, en rémunération partielle des apports effectués par la Barcelona Traction lors de la constitution du capital de la société (*supra*, n° 262) devait, suivant les prévisions des promoteurs exprimées dans le contrat de 1911, émettre de nouvelles tranches de ces obligations à souscrire par la Barcelona Traction ou à placer par elle. En fait, il apparut que l'Ebro allait avoir besoin de liquidités immédiates en raison de l'ampleur des constructions entreprises, en sorte que la Barcelona Traction lui consentit, avant toute émission d'obligations, des avances en compte-courant qui aboutirent au montant considérable de quelque 4.214.309 £ au 31 décembre 1914. Le groupe recourait ainsi à un des modes de financement classiques décrits par le Gouvernement belge : les avances des sociétés-mères à leurs filiales. Des intérêts furent comptabilisés sur ces avances au taux normal de 6,75 % .

Personne n'a jamais contesté que ces avances aient été effectivement faites à l'Ebro; comment d'ailleurs les investissements réalisés par l'Ebro eussent-ils pu être effectués, si ces avances n'avaient pas été réellement encaissées par elle? On ne comprend pas, dès lors, comment le Gouvernement espagnol peut soutenir, sans autre preuve, que ces dettes auraient été « fictives » (*Cfr. C.M., IV, Ch. I, n° 43, p. 35; n° 104, p. 73; n° 130, p. 87; et Ch. II, n° 47, p. 157*).

(1) Ce montant est l'équivalent en Livres sterling (monnaie dans laquelle les General Mortgage Bonds furent émis) des 4.666.000 \$ stipulés dans la convention du 30 novembre 1911.

On dispose d'ailleurs, à ce propos, d'une excellente preuve supplémentaire. On peut en effet montrer que le montant des investissements étrangers en Espagne, tel qu'il a été calculé par les experts britannique et canadien de la Commission internationale, correspondent de façon presque exacte au montant des avances de la Barcelona Traction à l'Ebro, augmentées des investissements effectués par la Barcelona Traction pour l'acquisition de diverses sociétés et des sommes payées par elle pour la souscription des obligations émises par l'Ebro. Comme la totalité de l'investissement s'est réalisé par ces trois canaux, on peut y voir la preuve que le montant des avances inscrites dans les bilans et dans les comptes correspond au résultat obtenu par les experts canadien et britannique. La similitude des chiffres obtenus par ces deux voies est frappante (*A.R.*, n° 55).

Ultérieurement, ces avances seront remboursées à la Barcelona Traction par l'Ebro non point sous la forme de restitutions en espèces, mais par l'émission de nouvelles obligations par l'Ebro, remises par elle en paiement de ses dettes (1). L'annexe 70 du *Contre-Mémoire* (vol. I, pp. 524 et 525) montre la capitalisation de l'Ebro et fait apparaître l'importance et l'évolution du compte « avances ».

(296) Il fallait ensuite fournir à la Barcelona Traction les ressources nécessaires pour lui permettre de financer l'Ebro suivant les méthodes décrites ci-dessus.

Ici encore, les promoteurs avaient pris toutes mesures pour que le financement fût assuré, puisque en vertu de la convention du 30 novembre 1911 relative à la constitution du capital de la Barcelona Traction, Spanish Securities s'engageait à souscrire ou à faire souscrire des obligations First Mortgage jusqu'à un montant de £ 4.250.000; on se rappellera que le montant d'obligations à souscrire fut porté par une convention additionnelle de 1913 à £ 6.410.000 et que le montant de ces obligations a été effectivement souscrit (*supra*, n° 292).

En outre, la Barcelona Traction procéda à l'émission d'actions privilégiées (*preferred shares*), d'une valeur nominale de 100 dollars, pour un montant de 8.483.400 dollars, qui furent souscrites par des banques d'affaires étrangères : Stallaerts et Loewenstein et Dunn Fischer & C^o; ces opérations intervinrent en 1913. Il s'agit ici encore d'une méthode de financement classique; il était apparu que cette catégorie de valeurs mobilières, moins onéreuses que les obligations pour la société émettrice, pouvait être placée à l'époque auprès de maisons spécialisées en ce domaine.

Ses ressources financières furent ainsi assurées de façon usuelle et simple.

(1) Les modalités de ce remboursement et de l'émission par l'Ebro, à cette fin, des General Mortgage Bonds ont fait l'objet de critiques, aussi acerbes qu'injustifiées, dans le *Contre-Mémoire*. L'annexe n° 58 à la présente *Réplique* fait un exposé détaillé de ces opérations, qui réduit à néant les imputations espagnoles.

Sous-section 5

*L'histoire financière du groupe de la Barcelona Traction
et l'absence d'état de faillite latente*a) *Les financements complémentaires en 1913.*

(297) Mais ces ressources s'avérèrent insuffisantes eu égard à l'ampleur des constructions entreprises en Espagne et à l'importance des achats de participations nécessaires pour réaliser la concentration indispensable à l'exploitation rationnelle des concessions.

Aussi le groupe eut-il recours en 1913, à une nouvelle méthode de financement, en s'adressant à des organismes bancaires étrangers : d'abord un ensemble de sociétés patronnées par la Société Générale de Paris (convention du 28 novembre 1913) (1), et ensuite à une Société Franco-Espagnole d'Electricité (convention du 28 mai 1914) (2). Ces groupes préférèrent consentir les crédits par l'intermédiaire d'une société espagnole du groupe, la *Barcelonesa*, dont les actions venaient d'être acquises et qui venait par conséquent d'être incorporée dans le groupe (*supra*, n° 273), mais avec des garanties constituées par l'Ebro et par la Barcelona Traction.

Ces financements prirent diverses formes :

- des avances consenties par le groupe bancaire étranger à la *Barcelonesa*, suivant une convention de prêt du 28 novembre 1913, pour un montant de £ 920.000;
- la souscription d'actions privilégiées ou de dividende 6% de la *Barcelonesa* à concurrence de 12.500.000 pesetas, le 28 mai 1914;
- avances à court terme à 7 % pour couvrir les besoins de l'Ebro jusqu'au 1^{er} juillet 1914. Ces avances devaient ensuite être remplacées par un règlement à long terme.

La *Barcelonesa* consentait à son tour à avancer les fonds ainsi obtenus à l'Ebro — société pivot où passaient tous les fonds destinés aux constructions — en vertu de conventions de prêt, aux mêmes taux que ceux pratiqués avec le groupe étranger prêteur et avec, en garantie, des obligations General Mortgage Bonds émises par l'Ebro d'une valeur nominale double du montant des avances consenties, ainsi qu'avec une garantie hypothécaire de l'Ebro.

(1) Contrat reproduit en annexe 77 au *Contre-Mémoire*, vol. I, p. 545, mais sous une dénomination qui en dénature l'intitulé. *Group of French banks* se traduit, selon le Gouvernement espagnol, par « groupe financier de la Barcelona Traction ». . . . (1) Selon le Gouvernement espagnol, la Société Générale de Paris et la Banque de Paris et des Pays-Bas forment « le groupe financier de la Barcelona Traction ». On chercherait en vain dans le *Contre-Mémoire* et ses annexes un seul élément de preuve qui justifierait une telle allégation.

(2) Les contrats avec la Société Franco-Espagnole sont reproduits à l'annexe 78 du *Contre-Mémoire*, vol. I, pp. 553 et ss.

Enfin, la Barcelona Traction reçut également quelques avances de la part de banquiers, pour un montant peu important, garanti par £ 150.000 d'obligations General Mortgage Bonds déposées par elle à titre de sûreté.

Elle reçut encore des avances d'un groupe bancaire anglais pour un montant de 345.000 £.

(298) Il est tout à fait inexact — et purement gratuit — d'affirmer, comme le fait le Gouvernement espagnol, que la Société Franco-Espagnole n'était qu'une autre incarnation des promoteurs. On n'aperçoit pas d'ailleurs pourquoi les promoteurs auraient dû passer par le détour de la création de cette société s'ils avaient entendu consentir des financements au groupe ou à la Barcelonesa. La société en question était formée par des financiers, que rien ne permet d'identifier aux promoteurs de la Barcelona Traction, mais qui estimaient, comme le groupe bancaire qui intervint à la même époque, pouvoir effectuer des avances à la Barcelonesa. Cette formule permettait de garantir les avances à l'aide des actifs formés par les avoirs de la Barcelonesa — ce qui était parfaitement normal du moment que la Barcelonesa était comprise dans le groupe et qu'elle allait bénéficier de l'ensemble de l'activité de celui-ci. Les créanciers de la Barcelonesa ne pouvaient en subir aucun préjudice puisque, ainsi que le Gouvernement belge l'a exposé (*supra*, n° 281), la vie sociale de celle-ci était assurée par la convention d'affermage de ses installations, qui lui assurait des ressources suffisantes pour faire face à ses propres passifs.

(299) Il est également tout à fait inexact d'affirmer, comme le fait le Gouvernement espagnol, que les avances ci-dessus auraient été motivées par une « crise financière » (*C.M.*, IV, Ch. I, n° 78, p. 56). Le rapport du comité des obligataires du 9 avril 1915 (1) s'exprime au contraire tout à fait clairement sur la cause de l'opération lorsqu'il déclare :

« A la suite de développements imprévus au moment de l'émission primitive des obligations 5 % de la Société Barcelona, la Direction est arrivée à la conclusion qu'il était désirable d'obtenir le contrôle de la principale Société d'Eclairage et de Force Electrique (connue sous le nom de Société Barcelonesa) et de la Société de Tramways de la ville de Barcelone, et d'acquérir également un certain nombre de Sociétés d'Electricité plus petites dans les villes environnantes. Cela a entraîné la nécessité d'élargir considérablement le plan de financement, et dans ce but, un montant additionnel d'obligations 5 % a été vendu, ainsi qu'un montant de dollars 8.483.500 d'actions privilégiées, et des arrangements ont été conclus avec un groupe de banquiers français et belges, pour un montant additionnel de financement requis au delà de celui réalisé par la vente de ces obligations et actions.

Jusqu'au mois de juillet dernier, un montant de plus de deux millions de livres sterling avait été emprunté suivant cet arrangement, et si la guerre n'avait pas éclaté, le solde aurait pu être emprunté comme prévu. *Dans ce cas, la société aurait été en mesure d'achever les travaux, et n'aurait pas été forcée de suspendre le paiement des intérêts.* Cependant, lorsque la guerre a éclaté, un moratoire a été déclaré en France, et les arrangements financiers furent paralysés avec les résultats que les travaux de construction en Espagne durent être arrêtés. Au 1^{er} décembre 1914, la société Barcelona s'est trouvée elle-même dans l'impossibilité de payer l'intérêt dû sur les obligations 5 %. Peu après, un Comité s'est constitué à la demande de propriétaires d'un montant considérable d'obligations, sur base de déclarations de la société selon lesquelles il était abso-

(1) Voir *A.C.M.*, n° 76, vol. I, pp. 539 et ss.

lument nécessaire, pour que les obligataires ne subissent pas une perte importante, d'élaborer un plan destiné à fournir les fonds nécessaires pour compléter l'usine hydro-électrique ». (1)

Le recours aux avances de deux groupes étrangers trouve son origine dans le *développement inattendu* des investissements. Seule la *guerre* allait être à l'origine de difficultés financières.

b) *La première réorganisation, due à la guerre de 1914.*

(300) La guerre de 1914 allait déjouer les prévisions des promoteurs et créer des difficultés, d'ailleurs passagères, à la Barcelona Traction.

En effet, elle provoqua une déclaration de moratoire en France, ce qui rendit impossible la conclusion de l'accord de financement à long terme projeté avec la Société Franco-Espagnole. Il devenait impossible, dès lors, d'assurer la sécurité financière de l'entreprise nonobstant l'accroissement de la construction et de l'investissement.

C'est ainsi que le 1^{er} décembre 1914, la Barcelona Traction dut suspendre le paiement des intérêts sur les obligations First Mortgage. Ces intérêts ne pouvaient en effet être payés que sur les ressources provenant du financement, puisque l'exploitation des installations de l'Ebro ne pouvait encore avoir le rendement nécessaire.

Le Gouvernement espagnol, au prix d'une déformation du texte qu'il cite (2), insinue que la société aurait connu alors des difficultés financières constitutives d'un état

(1) « Owing to developments unforeseen at the time of the original issue of the 5 per cent Bonds of the Barcelona Company, the Management came to the conclusion that it was desirable to secure control of the chief Electric Light and Power Company (known as the Barcelonesa Company) and of the Tramways Company in the City of Barcelona, as well as of a number of other smaller Light and Power Companies in the neighbouring towns. This involved enlarging very much the scheme of finance and for this purpose a further amount of 5 per cent Bonds was sold, as well as \$ 8,483,500 of Preference shares and arrangements were made with a group of French and Belgian Bankers which provided for the additional money required over and above that realised from the sale of these Bonds and Shares.

Up to July last over £ 2.000.000 had been advanced under this arrangement, and the balance required would, as arranged, have been forthcoming but for the outbreak of war. *In that event the Company would have been able to complete its work and no default on the interest need have taken place.* On the outbreak of the war, however, a *Moratorium* was declared in France and these financial arrangements were brought to a standstill, with the result that construction work in Spain had to be closed down and on the 1st December 1914 the Barcelona Company found itself unable to pay the interest due on the 5 per cent Bonds. A Committee was formed shortly thereafter at the request of the owners of a large amount of the Bonds on representations by the Company that it was absolutely necessary, if the bondholders were not to suffer great loss, that some plan should be promptly evolved to provide the money necessary to complete the Hydro-Electric plant ».

(2) Voici le texte du rapport du Comité des obligataires créé à l'époque :

« On the other hand, the present position of the Company is one of the most serious danger. Very large debts are outstanding, *secured by bonds and shares of subsidiary companies*, which if enforced, would certainly cause very severe loss to the bondholders ».

Ce que le Gouvernement espagnol n'hésite pas à traduire par :

« La situation actuelle de la société est dangereuse au plus haut degré. De très lourdes dettes ont été contractées, et si leur remboursement était exigé, il en résulterait certainement des pertes très sévères pour les obligataires ». (C.M., n° 89, p. 64).

Les mots soulignés ont été purement et simplement omis! Or, le sens est très différent. Il était évident que si les *trustees* avaient dû vendre le gage constitué par le portefeuille de la Barcelona Traction, à savoir les titres des sociétés auxiliaires, dont les installations n'étaient pas terminées, leur construction étant arrêtée, le prix obtenu aurait laissé des pertes sensibles pour les obligataires.

latent de cessation des paiements et résultant des avantages exorbitants que les fondateurs se seraient réservés lors de la constitution de la société.

Il suffit, pour réduire cette allégation à néant, de lire le rapport du Comité des obligataires institué à la suite de cette cessation des paiements. Ce témoignage, qui remonte à l'époque, n'a pas été forgé pour les besoins de la cause et repose sur une analyse approfondie des causes de la situation de la société, ainsi que les obligataires eux-mêmes l'indiquent dans leur rapport.

Ce rapport précise notamment (*supra*, n° 299) que les dispositions prises par le groupe auraient permis de faire face aux besoins des investissements nonobstant l'accroissement inattendu de ces besoins. Seul le moratoire provoqué par la guerre a déjoué ces prévisions.

Le Comité ajoute :

« La région de Barcelone et environs est reconnue comme étant l'une des meilleures du monde pour la vente d'électricité, et si les travaux en cours et ceux envisagés sont complétés et que la dette est consolidée, il est raisonnable de croire que la Société sera en mesure de gagner l'intérêt payable à toutes ses obligations, ainsi qu'aux nouvelles obligations remises en règlement d'intérêts arriérés. »

Il témoignait ainsi de sa confiance dans l'affaire.

(301) Le Comité des obligataires avait chargé le Dr. Parshall, ancien président du Central London Railway, de lui faire rapport sur les aspects techniques des investissements réalisés et sur leur rentabilité. Le Dr. Parshall estima que les ventes d'énergie électrique pourraient passer à 220 millions de kWh à partir de 1919; il terminait son rapport en estimant qu'à partir du 1^{er} juin 1918, les intérêts des obligations et des avances consenties à la Barcelona Traction pourraient être couverts par les revenus distribués par les filiales d'exploitation et provenant de la vente par elles de l'énergie électrique produite. La seule solution, en conséquence, pour faire face aux difficultés financières résultant de la guerre et du moratoire, était de terminer les installations en cours de construction, afin de les mettre en exploitation et de pouvoir en tirer profit. A cet effet, suivant les estimations du Dr. Parshall, entérinées par le Comité, une somme de £ 1.631.000 était nécessaire. Ils décidèrent d'autre part de reporter jusqu'à 1918 la fin de la période d'installation initialement prévue pour 1916 (voir Rapport Parshall, *A.O.C.*, n° 4, appendice 1, vol. I, p. 55).

(302) La situation à la veille de la réorganisation montre que le groupe ne se trouvait nullement en état de cessation des paiements ou de faillite latente.

En effet, les dettes à l'égard des tiers comprenaient :

- les dettes à long terme envers les obligataires, soit £ 7.160.000; comme l'indiquait le rapport Parshall, la rémunération et l'amortissement des obligations pourraient aisément se réaliser par les bénéfices d'exploitation, à l'issue de la période d'installation;
- des dettes envers le groupe bancaire patronné par la Société Générale de Paris, consenties à la Barcelonesa et garanties par la Barcelona Traction, pour un montant de 25.756.808 francs français, soit £ 1.018.055-13-1;

- les dettes envers la Société Franco-Espagnole d'Electricité, soit 24.921.235 francs français représentant £ 985.029-1-10;
- une dette envers un groupe bancaire anglais de £ 345.000, représentant des avances à moyen terme;
- une dette relative au rachat des titres des Tramways de Barcelone auprès de la Sofina, soit 550.000 £;
- quelques dettes sans grande importance envers des fournisseurs.

Or, à cette époque, le groupe avait déjà procédé aux investissements suivants, comme le relevait le Comité des obligataires :

| | | |
|---|---|-------------------|
| Construction d'installations hydro-électriques; Extension du système de distribution et agrandissement de la centrale thermique, etc., inclus le coût des droits, concessions et terrains | £ | 5.960.000 |
| Achat de participations dans des sociétés subsidiaires et alliées, y compris les avances aux sociétés subsidiaires de chemin de fer et immobilières | £ | 3.570.000 |
| Intérêts sur les obligations et prêts | £ | 680.000 |
| Dépenses préliminaires, dépenses d'émission et de publicité (exclu <i>discount</i> sur l'émission des obligations et actions privilégiées), différence de change, frais d'administration, charges gouvernementales, etc. | £ | 210.000 |
| Total | £ | <u>10.420.000</u> |
| Ces sommes provenaient des sources suivantes: | | |
| Produit de l'émission de £ 6.410.000 d'obligations First Mortgage | £ | 5.187.350 |
| Produit de l'émission de 84.835 actions privilégiées | £ | 1.568.867 |
| Prêts reçus de banquiers anglais et espagnols | £ | 357.000 |
| Prêts reçus de la Franco-Espagnole et du groupe bancaire patronné par la Société Générale de Paris | £ | 2.003.025 |
| Souscription par la Franco-Espagnole de 25.000 actions privilégiées de la Barcelonesa | £ | 456.693 |
| Total | £ | <u>9.572.935</u> |
| Dette à l'égard de Sofina, comme suite à la cession par celle-ci à la Barcelona Traction de sa participation dans les Tramways de Barcelone | £ | 560.000 |
| Total | £ | <u>10.132.935</u> |
| A ce total il y a lieu d'ajouter les bénéfices réalisés par l'exploitation de l'Ebro et les dividendes touchés par la Barcelona Traction d'autres sociétés auxiliaires, notamment de la Barcelonesa, qui ont été investis dans l'entreprise et dont le montant a été de | £ | 290.000 |
| Total | £ | <u>10.422.935</u> |

(303) On peut en conclure que, loin de se trouver dans une situation financière sans issue due à des imprudences commises par ses promoteurs, la société supportait d'une part l'incidence de la guerre de 1914 (1) — événement de force majeure s'il en est — et d'autre part la conséquence du développement plus ample de son programme initial destiné à permettre finalement une production accrue et un meilleur rendement. La seule difficulté tenait à pouvoir reporter les échéances des financements à court terme pour pallier la défaillance du financement de la Société Franco-Espagnole, due elle-même à la guerre.

C'est dans ces conditions que fut proposé aux obligataires le plan de réorganisation de 1915; ce plan fut accepté sur le rapport du Comité des obligataires.

L'objectif du plan — qui en démontre clairement la portée — était donc :

- d'assurer le financement nécessaire pour permettre de mener à bien la fin des travaux d'installations des entreprises de la société;
- d'assurer une consolidation des dettes courantes de la société alors que les financements à long terme négociés en 1914 avec la Société Franco-Espagnole ne pouvaient être utilisés en raison du moratoire qui avait suivi l'entrée en guerre de la France;
- d'assurer une consolidation du paiement des intérêts des obligations émises, et cela jusqu'à la fin de la période d'installation définie par le Comité des obligataires.

Pour réaliser ces objectifs, la société proposa aux obligataires de retarder la fin de la période d'installation jusqu'à 1918, afin de pouvoir pratiquer un autofinancement important à la faveur du réinvestissement des profits d'exploitation de l'Ebro jusqu'à cette date (2), et d'émettre diverses autres catégories d'obligations : Prior Lien A, Prior Lien B, *notes*, outre une nouvelle tranche de First Mortgage.

Le détail de ces opérations est décrit en annexe (A.R., n° 56).

Les nouvelles obligations bénéficiaient évidemment de rangs préférentiels par rapport à celles qui avaient été émises antérieurement, ainsi que cela se pratique nécessairement dans toute réorganisation fondée sur l'émission de nouveaux titres. Le premier rang s'établissait au profit des Prior Lien A, lesquelles étaient souscrites par des tiers et furent ensuite répandues dans le public; le second rang était destiné aux Prior Lien B, remises à des groupes financiers indépendants. Le troisième rang revenait enfin aux anciennes obligations First Mortgage.

Toutes ces opérations furent acceptées sans difficultés par les différents intéressés par un accord du 9 avril 1915 (3); en effet, elles allaient permettre de faire face aux conséquences de la situation de force majeure créée par la guerre.

(304) En même temps, de nouvelles conventions intervenaient entre la Barcelona Traction, l'Ebro et la Barcelonesa, afin de mettre en œuvre, dans les rapports entre les trois sociétés, les décisions résultant de l'intervention du Comité des obligataires et de l'accord conclu avec les obligataires de la Barcelona Traction.

(1) Voir le rapport du Comité des obligataires (*supra*, n° 299).

(2) Le montant effectivement réinvesti de cette manière atteignit la somme importante de £ 1.338.942 jusqu'au 1^{er} juin 1918.

(3) A.R., n° 57.

Ces conventions avaient essentiellement pour objet et pour effet de libérer l'Ebro d'une partie de ses dettes, notamment par l'allègement ou le report de la charge des intérêts, afin de lui permettre notamment de consacrer des montants plus importants aux investissements dont l'achèvement était indispensable. Il était devenu possible de soulagier l'Ebro de ces charges précisément grâce aux aménagements apportés au passif de la Barcelona Traction — qui tirait ses revenus principalement, sinon exclusivement, de l'Ebro — par la réorganisation de 1915. Le Gouvernement espagnol formule diverses critiques inexactes ou sans pertinence à l'égard de ces conventions. Ces critiques sont rencontrées dans l'annexe n° 58 ; leur réfutation requiert en effet une analyse détaillée des textes, qui ne trouverait pas sa place dans le présent exposé. La dite annexe prolonge, au surplus, l'examen de l'évolution des dettes de l'Ebro jusqu'en 1925, afin de démontrer combien est injustifié le qualificatif de « fictives » que le *Contre-Mémoire* ne cesse de leur attribuer.

c) *La situation jusqu'en 1918.*

(305) Aussitôt après la réorganisation de 1915, les différentes sociétés du groupe se lancèrent dans leur programme d'investissement avec toute l'énergie qu'elles se devaient de déployer par égard pour leurs obligataires.

De 1915 à 1918, les dépenses d'investissement provenant de toutes les sources — y compris les ressources d'exploitation qui purent faire l'objet d'un autofinancement grâce à la réorganisation de 1915 comme le Gouvernement belge l'a exposé ci-dessus — ont représenté un ensemble de 10.601.238 dollars, se décomposant comme suit :

| | Bénéfice d'exploitation net et autres revenus | Montant reçu de Barcelona Traction Light and Power Co. conformément aux conditions de l'accord avec le Comité, daté du 9 avril 1915 | |
|-------------------------------|---|---|----------------------|
| | \$ | \$ | Equivalent en Livres |
| Exercice 1915 | 1.106.388,29 | 2.957.897,82 | 607.787 |
| Exercice 1916 | 1.783.315,46 | 1.224.719,94 | 251.655 |
| Exercice 1917 | 2.196.293,40 | 415.120,24 | 85.298 |
| Exercice 1918 jusqu'au 1/6 | 917.502,95 | — | — |
| | 6.003.500,10 | 4.597.738,00 | 944.740 |

Ces financements se réalisèrent par l'intermédiaire de l'Ebro suivant le système en vigueur dans le groupe, et les indications ci-dessus proviennent en conséquence des bilans de l'Ebro. Les prévisions des auteurs de la réorganisation de 1915 se réalisèrent ainsi progressivement.

(306) Malheureusement, à partir de 1917, une très grave crise économique affecta l'Espagne, avec la conséquence que les ventes d'énergie électrique, au lieu d'augmenter, restèrent, de 1917 à 1921, *inférieures* à celles de l'année 1916, et ne purent dès lors atteindre les quantités prévues par le Dr. Parshall. En 1922, le niveau des ventes n'avait pas encore atteint les estimations faites pour 1919. Or, le Dr. Parshall avait clairement précisé dans son rapport que ses prévisions financières dépendaient évidemment du niveau des ventes d'énergie et de la réalisation des investissements dans les délais qu'il indiquait (1).

Les sociétés auxiliaires disposaient dès lors d'un système de production et de transport dont la capacité dépassait largement les possibilités d'absorption du marché espagnol; les investissements réalisés n'avaient en conséquence qu'une rentabilité partielle. Le rendement des sociétés auxiliaires — dont les distributions alimentaient évidemment le compte de la Barcelona Traction — n'allait pas permettre à celle-ci de faire face à toutes ses dettes envers les obligataires.

C'est le motif pour lequel trois autres réorganisations furent nécessaires, en 1918, en 1921 et en 1924, avant d'entrer dans l'ère d'exploitation normale et bénéficiaire qui allait se développer à partir de 1924.

Ces réorganisations ne concernent que les obligataires et jamais les autres créanciers de la société. Il n'y eut, à ces différentes époques, ni cessation de paiements, ni, *a fortiori*, faillite latente.

D'une part, la Barcelona Traction — et d'ailleurs toutes les sociétés auxiliaires — ont toujours fait face à l'ensemble de leurs dettes échues et n'ont fait l'objet d'aucune mesure d'exécution, d'aucun jugement ni d'aucun recours quelconque de la part de leurs créanciers.

D'autre part, la Barcelona Traction a recueilli sans difficultés l'accord de ses obligataires et celui de ses actionnaires sur les réorganisations proposées, à des majorités qui témoignent de la confiance que ces obligataires ont continué à lui consentir et qui excluent, par conséquent, l'idée même de cessation des paiements, même à cette époque. L'avenir leur donna d'ailleurs raison, puisque la société connut, à dater de 1924, une ère de prospérité persistante — à l'exception, évidemment, des années de guerre civile.

(1) Ci-dessous un tableau renseignant les ventes des sociétés auxiliaires de 1914 à 1922 :

| <i>Années</i> | <i>Ventes d'énergie kwh</i> |
|---------------|-----------------------------|
| 1914 | 133.473.477 |
| 1915 | 162.900.453 |
| 1916 | 183.925.280 |
| 1917 | 179.711.444 |
| 1918 | 153.926.525 |
| 1919 | 165.924.180 |
| 1920 | 177.452.923 |
| 1921 | 219.684.146 |
| 1922 | 217.117.892. |

d) *La réorganisation de 1918.*

(307) Cette réorganisation — partielle — n'a concerné que certaines tranches d'obligations. Les obligations Prior Lien A dont, ainsi qu'il a été montré, la plus grande partie se trouvait dans le public, n'en ont pas été affectées. Ces obligations continuèrent à percevoir leurs intérêts en espèces conformément aux conditions de l'émission (1).

Une partie des obligations First Mortgage avait été répartie dans le public. Il fallait donc trouver pour elles un arrangement équitable. Contrairement aux allégations inexacts du Gouvernement espagnol, le souci des dirigeants était évidemment de prendre au premier chef en considération l'intérêt des épargnants. Ces obligations furent transformées en obligations participantes : l'intérêt fut porté de 5 à 5,5 % ; toutefois, jusqu'à l'échéance de juin 1921, une partie de cet intérêt, soit 3,5 %, ne serait due que dans la mesure où la Barcelona Traction aurait elle-même réalisé des bénéfices. La fraction de l'intérêt subordonné à l'existence de bénéfices était ramenée à 1,5 % à dater du 1^{er} juin 1921.

Comme les obligations First Mortgage occupaient le dernier rang parmi les obligations en circulation, et pour qu'elles ne supportent pas seules le poids de la réorganisation, les porteurs d'obligations Prior Lien B acceptèrent que le taux d'intérêt sur 1.000.000 de £ en valeur nominale de ces obligations fût ramené de 7 à 6 %. Cet intérêt fut déclaré payable immédiatement, tandis que le solde serait payé par la remise d'Income Bonds, c'est-à-dire de bons de caisse qui allaient être émis par la Barcelona Traction. La société recevait d'autre part l'autorisation de porter le montant total de l'émission de £ 2.000.000 à £ 3.000.000.

Quant aux *Notes* déjà émises lors de la réorganisation de 1915, elles étaient remplacées par de nouveaux bons de caisse : les Income Bonds au taux de 5 1/2 %. Ces bons de caisse étaient aussi des obligations participantes, dont l'intérêt n'était payable qu'au cas où la société réaliserait des bénéfices.

Ultérieurement, les porteurs des obligations Prior Lien B vendirent ces obligations à Spanish Securities à 50 % de leur valeur nominale ; ils consacrèrent ainsi la perte réalisée sur cette catégorie d'obligations — qui, rappelons-le, ne furent jamais répandues dans le public. Spanish Securities en effectua en fait le remboursement aux porteurs dans cette limite, assurément réduite.

Mais Spanish Securities ne conserva pas ces obligations Prior Lien B ; elle les remit à la Barcelona Traction (2) et reçut de cette dernière £ 1.100.000 d'obligations nouvelles, les 8 % Secured Debentures, dont la garantie était constituée par les £ 2.000.000 de Prior Lien B ; cette opération permettait d'acter, dans les livres de la Barcelona Traction, une réduction considérable du passif exigible de la société en remplaçant une dette de £ 2.000.000 par une dette de £ 1.100.000.

(1) Voir texte de l'accord : *A.C.M.*, n° 206, vol. III, p. 144.

(2) Les obligations Prior Lien B ainsi remises à la Barcelona Traction, d'une valeur nominale de £ 2.000.000, ne furent pas détruites, mais furent affectées à la garantie des 8 % Secured Debentures émises. Après le remboursement des Secured Debentures, à l'occasion de la réorganisation de 1924 analysée ci-dessous, la Barcelona Traction reçut l'autorisation d'augmenter le plafond de l'émission et de placer dans le public les titres qu'elle avait en portefeuille et ceux qu'elle émettrait dans les limites du nouveau plafond. A l'occasion de la réorganisation de 1924, le taux d'intérêt fut porté à 6 1/2 % et la dénomination des obligations fut transformée en « 6 1/2 % Consolidated Prior Lien ».

Ces Secured Debentures furent réalisées en vente publique à Londres, en 1920, au cours de 94 % de leur valeur nominale; les intérêts furent payés régulièrement à leurs porteurs jusqu'à leur remboursement en 1924.

(308) Le groupe continua ensuite ses investissements sur une échelle assez importante. Dans son rapport annexé au rapport annuel de la Barcelona Traction, le président de l'Ebro a indiqué chaque année le chiffre des investissements nouveaux réalisés. Pour les années 1919 à 1924, ils ont été, en pesetas :

| | |
|-------|-------------------|
| 1919 | 16.122.237 |
| 1920 | 12.474.825 |
| 1921 | 6.743.953 |
| 1922 | 6.277.968 |
| 1923 | 6.188.980 |
| 1924 | 11.135.441 |
| Total | <u>58.943.404</u> |

Au chiffre de ces investissements pour le développement des installations, s'ajoutent quelque 34.500.000 pesetas dépensées pour acheter le solde des actions Energía Eléctrica de Cataluña. Le total des investissements a été d'au moins 93.443.404 pesetas, dont l'équivalent en dollars était de l'ordre de \$ 15.574.000.

e) *Les réorganisations de 1921 et 1924.*

(309) Malheureusement, si le cours de la vie économique de l'Espagne se caractérisa par une légère reprise de l'activité industrielle dans les années qui suivirent, le cours de la peseta se déprécia de façon continue. Alors que le pair était de 5,18 pesetas par dollar, le cours était tombé à 5,87 pesetas par dollar en 1921 et à 6,83 pesetas par dollar en 1924.

Cette dépréciation de la peseta affecta évidemment les revenus en monnaie étrangère de la Barcelona Traction. Deux séries de mesures durent être prises en 1921 et en 1924, qui, une fois encore, n'ont rien à voir avec un prétendu état latent de faillite de la Barcelona Traction ou de ses sociétés auxiliaires, et qui sont sans aucun rapport avec une impossibilité où la première se serait trouvée de faire face à ses obligations envers l'ensemble de ses créanciers. Ces réorganisations ne concernent que certaines catégories d'obligations. Elles visaient à simplifier et à assainir le capital-obligations de la société, et à régulariser le régime des intérêts.

(310) En 1921, deux mesures transitoires sont prises dans le cadre d'une procédure de réorganisation acceptée, comme les précédentes, par les titulaires des titres intéressés — en l'espèce les seules obligations First Mortgage :

— leur taux d'intérêt est porté de 5,5 à 6 %;

- la partie du taux dont le paiement est subordonné à l'existence de bénéfices est portée à 4 %; 2 % représentent donc l'intérêt minimum, payable quel que soit le résultat de l'activité de la société;
- les Income Bonds peuvent être échangés par la société contre des obligations First Mortgage au taux de 20 £ en valeur nominale d'obligations First Mortgage contre 100£ en valeur nominale d'Income Bonds.

La société allait pouvoir payer aux titulaires des obligations First Mortgage 2 % d'intérêt en 1922, et 2,5 % d'intérêt en 1923.

(311) La situation de la société fut définitivement assainie par la dernière réorganisation, intervenue en 1924.

Cette réorganisation n'affecta que les obligations émises par la Barcelona Traction en livres sterling, et non celles qui étaient libellées en pesetas.

Les principales dispositions de cette réorganisation furent les suivantes :

Le taux d'intérêt des obligations First Mortgage est ramené de 6 à 5,5 %; les intérêts seront dorénavant payables semestriellement en pesetas à raison de 13,75 pesetas par £ 20 de valeur nominale. Option est donnée aux porteurs de toucher leurs intérêts à Londres en livres sterling, à Paris en francs français ou à Bruxelles en francs belges, au cours du change au jour du paiement.

Option est encore donnée aux porteurs d'échanger leurs obligations contre des actions privilégiées de la Barcelona Traction — de manière à alléger ainsi la charge du passif à long terme à la faveur d'une émission complémentaire d'actions privilégiées — à raison de trois actions privilégiées et d'une soulte de 20 £ par 100 £ d'obligations First Mortgage en valeur nominale.

Un groupe belge, porteur d'obligations First Mortgage, déclarait qu'il entendait faire usage de cette faculté. Le Gouvernement espagnol émet à nouveau des appréciations inexactes au sujet de cette opération (*C.M.*, IV, n° 91, p. 65); le groupe belge aurait, selon lui, agi dans l'ombre et aurait ainsi profité de l'option donnée aux obligataires, tandis que la majorité des « petits porteurs d'obligations » n'aurait pas été éclairée sur la portée de l'option. Rien n'est plus inexact, une fois encore. Il suffit de lire le rapport du Comité des obligataires, pour constater que celui-ci faisait savoir aux obligataires qu'un groupe belge s'engageait à faire usage de l'option si la réorganisation était effectivement votée par les obligataires; il était même précisé que ce groupe remettrait à la société £ 4.000.000 d'obligations First Mortgage dont il était porteur (1). Chacun savait en conséquence quelle attitude allait adopter cet obligataire important, et pouvait apprécier l'opportunité d'exercer l'option dans le même sens que lui. En fait ce groupe belge, en l'occurrence la société Sidro, fit usage de la faculté, conformément à son engagement, et remit à l'échange £ 4.234.400 d'obligations First Mortgage.

(1) *A.C.M.*, n° 80, vol. I, p. 559. On y trouve textuellement ce qui suit : « Ce groupe a donné à la compagnie la garantie que si la modification dans les droits des obligations First Mortgage était réalisée, il exercerait l'option dont il s'agit ci-dessus et remettrait à la compagnie £ 4.000.000 des obligations First Mortgage qu'il détient ».

Quant aux Income Bonds, ceux d'entre eux qui n'avaient pas été échangés volontairement contre les obligations First Mortgage, comme le prévoyait la réorganisation de 1921, devaient dorénavant l'être obligatoirement. Cette catégorie d'obligations était par conséquent supprimée.

Les Secured Debentures à 8 % étaient remboursées.

Les obligations Prior Lien B s'appelleraient dorénavant « 6 1/2 % Consolidated Prior Lien » et leur taux d'intérêt était porté de 6 à 6 1/2 %; le plafond d'émission était porté de £ 2.000.000 à £ 5.000.000, et la Barcelona Traction était autorisée à en placer dans le public £ 2.800.000 en valeur nominale — ce qu'elle fera à l'intervention de la Banque Schroeder (voir à l'annexe n° 59, le prospectus d'émission).

Les actions privilégiées donnaient droit à un dividende privilégié mais non cumulatif de 7 % avant toute attribution aux actions ordinaires, et à un second dividende éventuel, égal au double du dividende réparti aux actions ordinaires. Leur nombre devait être augmenté pour rencontrer les désirs des porteurs des obligations First Mortgage souhaitant faire usage de la faculté de conversion ouverte en leur faveur.

La valeur nominale des actions ordinaires était enfin ramenée de 100 à 50 dollars.

(312) On voit clairement que l'objectif de cette réorganisation était de modifier l'équilibre entre les différentes catégories de titres, de simplifier la structure du capital-actions et obligations en remboursant une série d'obligations, de diminuer le passif à long terme — non exigible — par l'émission d'actions privilégiées offrant d'ailleurs des conditions attrayantes. Elle rentre très exactement dans les limites des objectifs usuels et normaux de ce genre d'opérations (*supra*, n° 290) et elle n'était motivée en rien par un état de cessation des paiements; elle n'impliquait d'ailleurs aucun moratoire ni aucune remise de dettes exigibles, mais au contraire des remboursements et le paiement de certaines soultes en espèces.

f) *La prospérité jusqu'à la guerre civile et après celle-ci.*

(313) Immédiatement après la réorganisation de 1924, la structure financière de la Barcelona Traction se présentait comme suit :

a) *Capital-actions*

| | |
|--|---------------|
| i) Actions ordinaires : 274.500 actions de 50 dollars | \$ 13.725.000 |
| ii) Act. privilégiées : 232.489 actions de 100 dollars | \$ 23.248.900 |

b) *Obligations en Livres Sterling*

| | |
|--|-------------|
| i) Prior Lien A | £ 1.260.000 |
| ii) 8 % Secured Debentures | 0 |
| iii) 6 1/2 % Consolidated Prior Lien Bonds | £ 2.800.000 |

| | |
|------------------------------------|-------------|
| iv) First Mortgage Bonds | £ 2.155.700 |
| v) Income Bonds | £ 0 |

Ultérieurement cette structure financière subira encore les quelques modifications ci-après :

a) *Capital-actions*

La Barcelona Traction émet, en 1926, 12.750 actions ordinaires d'un nominal de 637.500 dollars et 19.445 actions privilégiées d'un nominal de 1.944.500 dollars. A ce moment le capital-actions de la société était constitué par :

| | |
|---|---------------|
| i) actions ordinaires 287.250 act. de 50 dollars soit | \$ 14.362.500 |
| ii) act. privilégiées 251.934 actions de 100 dollars | \$ 25.193.400 |
| | _____ |
| Total | \$ 39.555.900 |

En 1930, la Barcelona Traction unifiait son capital; à cette fin elle créait des actions ordinaires sans valeur nominale et procédait à l'échange de ses actions privilégiées et actions ordinaires contre ces nouveaux titres, à raison de 6 de ces derniers pour chaque action privilégiée, et titre pour titre en ce qui concerne les actions ordinaires.

Au terme de cette évolution, le capital de la Barcelona Traction, s'élevant à 39.555.900 dollars, était donc représenté par 1.798.854 actions sans valeur nominale (voir *A.M.*, n° 25, vol. 1, p. 160).

b) *Obligations en £ sterling.*

En 1926, la Barcelona Traction a remboursé les obligations Prior Lien A.

En ce qui concerne les First Mortgage, elle a procédé, postérieurement à 1924, à l'annulation de £ 478.200 desdites obligations qu'elle avait acquises, en sorte que le montant émis était ramené à £ 1.677.300.

Quant aux 6 1/2 % Consolidated Prior Lien, elle en plaça encore £ 200.000 après 1924, portant ainsi le montant de cette émission à £ 3.000.000.

(314) Le Gouvernement belge a déjà donné des explications circonstanciées sur les résultats obtenus par la Barcelona Traction après la réorganisation de 1924 (*A.M.*, n° 31, vol. I, pp. 186 et ss. — *A.O.C.*, n° 4, vol I, pp. 52 et ss.). Comme le Gouvernement espagnol, sans cependant apporter la moindre critique des chiffres et des explications

En dollars

214

| Exercices | Revenus | Dépenses générales et d'administration. Dépenses de réorganisation et d'émission de titres. Différences de change | Service des obligations | | | Solde disponible | Affectation de ce solde | |
|-----------|------------|---|-------------------------|---------------------------------------|--|------------------|-------------------------|-------------------------------------|
| | | | Intérêts | Amortissement (<i>Sinking Fund</i>) | Amortissement prime de remboursement (1) | | Dividendes | Montants reportés ou mis en réserve |
| 1925 | 3.678.234 | 196.153 | 2.054.085 | 179.900 | — | 1.248.096 | 1.162.445 | 85.651 |
| 1926 | 4.030.090 | 196.759 | 1.822.524 | 178.258 | 48.666 | 1.783.382 | 1.729.509 | 54.373 |
| 1927 | 4.765.521 | 162.929 | 1.813.138 | 192.686 | 48.666 | 2.561.210 | 2.554.656 | 6.554 |
| 1928 | 4.812.147 | 134.258 | 1.733.022 | 136.517 | 48.666 | 2.759.674 | 2.554.656 | 205.018 |
| 1929 | 4.832.369 | 150.211 | 1.560.563 | 167.891 | 48.666 | 2.905.038 | 2.159.097 | 745.941 |
| 1930 (2) | 4.596.951 | 194.965 | 1.467.228 | 171.105 | 48.666 | 2.714.986 | 2.635.297 | 79.689 |
| 1931 (2) | 3.228.074 | 151.276 | 1.370.269 | 197.501 | 48.666 | 1.460.362 | 899.427 | 560.935 |
| 1932 (2) | 2.943.319 | 183.603 | 1.177.906 | 222.851 | 48.666 | 1.310.293 | — | 1.310.293 |
| 1933 (2) | 4.527.741 | 144.544 | 1.602.917 | 232.265 | 63.595 | 2.484.419 | — | 2.484.419 |
| 1934 (2) | 5.070.560 | 192.340 | 1.713.419 | 367.106 | — | 2.797.695 | 899.427 | 1.898.268 |
| 1935 (2) | 5.354.409 | 266.831 | 1.702.322 | 357.283 | — | 3.027.973 | 899.427 | 2.128.546 |
| Total | 47.839.405 | 1.973.869 | 18.017.393 | (3) 2.403.363 | 404.257 | 25.040.520 | 15.493.941 | 9.546.579 |

(1) Une catégorie d'obligations de la Barcelona Traction a été remboursée en 1926 avec une prime de 10 %. Les chiffres indiqués dans cette colonne correspondent à l'amortissement de cette prime qui a été réparti sur les exercices 1926 à 1933.

(2) A partir de 1930, le Gouvernement espagnol avait exercé le contrôle des changes, et à la suite des restrictions mises aux transferts, la Barcelona Traction, qui n'avait plus encaissé qu'une partie de ses revenus s'est trouvée obligée de réduire les dividendes à ses actions, et même de les suspendre en 1932 et 1933. La Barcelona Traction a par contre effectué ponctuellement le paiement de l'intérêt à ses obligations, de même que le service de l'amortissement.

(3) Une société ne devant pas normalement amortir ses emprunts obligataires par profits et pertes, la somme de 2.403.363 \$ doit être ajoutée à celle de 25.040.520 \$ pour déterminer le solde disponible qui aurait pu être distribué et qui s'élève ainsi à 27.443.883 \$.

BARCELONA TRACTION

ainsi données, persiste à soutenir que la société se serait trouvée depuis l'origine dans un état latent de cessation des paiements, le Gouvernement belge reprendra brièvement ci-après ces explications en les assortissant de données complémentaires.

Les revenus de la Barcelona Traction sont donnés par le tableau ci-contre, qui illustre année par année, de 1925 à 1935, l'ampleur des progrès économiques réalisés par la société.

Les revenus de la Barcelona Traction, tels qu'ils apparaissent dans le tableau, correspondent aux bénéfices réalisés par les sociétés d'exploitation et distribués par elles, sous déduction :

- de la charge des intérêts des obligations émises par ces sociétés en pesetas dans le public;
- des réserves destinées à compenser la dépréciation des installations de ces sociétés;
- des impôts payés par elles.

Le tableau permet également de constater que la société a rempli tous ses engagements envers les obligataires, comme d'ailleurs envers tous autres créanciers. Elle a pu en outre distribuer des dividendes substantiels et constituer des réserves importantes.

(315) La situation de la société lui permit notamment de rembourser toutes les obligations Prior Lien A qui se trouvaient dans le public, conformément aux conditions de l'emprunt.

Pour démontrer le caractère sain de la situation financière de la société, le Gouvernement belge avait, par l'annexe n° 4 à ses *Observations et Conclusions en réponse aux Exceptions préliminaires* (vol. I, p. 49), comparé la situation de la société en 1926 et sa situation en 1946.

Cette comparaison permettait de faire ressortir qu'en 1926 déjà, et après avoir fait face à l'ensemble de ses engagements, la société disposait de liquidités représentant *2.686.862 dollars*.

A cette époque aussi, l'activité économique de la société était brillante, puisque la puissance installée représentait 232.736 kW, et les ventes d'énergie pour la seule année 1926 s'étaient élevées à 396.147.000 kWh.

Mais cette activité allait se développer encore considérablement pendant les années suivantes, au cours desquelles les ventes d'énergie, d'une part, et la puissance raccordée à la clientèle, d'autre part, allaient atteindre les chiffres suivants, en constante progression :

| <i>Années</i> | <i>Vente d'énergie : kWh</i> | <i>Puissance connectée kW</i> | <i>Années</i> | <i>Vente d'énergie : kWh</i> | <i>Puissance connectée kW</i> |
|---------------|--------------------------------------|---------------------------------------|---------------|--------------------------------------|---------------------------------------|
| 1927 | 435.592.938 | 321.711 | 1935 | 638.693.572 | 432.079 |
| 1928 | 471.165.363 | 336.872 | 1936 (1) | | 433.623 |
| 1929 | 553.317.125 | 368.503 | 1940 | 586.394.014 | 452.749 |
| 1930 | 569.581.203 | 377.894 | 1941 | 647.226.216 | 486.530 |
| 1931 | 581.998.554 | 387.204 | 1942 | 756.051.849 | 502.532 |
| 1932 | 597.922.302 | 398.942 | 1943 | 819.280.844 | 511.810 |
| 1933 | 584.430.183 | 412.566 | 1944 | 845.123.000 | 523.681 |
| 1934 | 604.190.215 | 419.663 | 1945 (2) | 678.957.573 | 530.066 |
| | | | 1946 | 825.640.264 | 540.993 |

(316) A ce développement économique et financier remarquable correspondit la confiance des épargnants dans le destin de la société; celle-ci se traduit dans les cotations des obligations. Entre 1925 et 1930, la cotation des obligations Consolidated Prior Lien à la Bourse de Londres oscilla entre 93,5 et 103 % de la valeur nominale, tandis qu'à celle de Barcelone, les obligations émises en pesetas oscillèrent entre 102,15 et 99,08 %; les années ultérieures furent influencées par la situation économique difficile de l'Espagne, et les cours des obligations en pesetas se situèrent aux environs de 80 %, tandis que la cote remontait à 92,75 % en 1934 et à 100 % en 1935 (3). Les obligations First Mortgage virent leurs cours influencés par la perte de valeur de la peseta, leurs intérêts étant payables en cette monnaie.

Il est curieux de constater que le Gouvernement espagnol se montre particulièrement laconique sur cette période de l'activité sociale. Il passe, sans transition aucune, des réorganisations de 1915 - 1924, aux difficultés de 1936 consécutives à la guerre civile espagnole, et ne souffle mot de toute la période d'activité prospère de la société en Catalogne et des distributions de dividendes, afin de créer l'impression que la société se serait débattue dans des difficultés prétendument inextricables tout au long de son existence.

On observera également que, contrairement aux allégations du Gouvernement espagnol, le plan d'arrangement de 1924 a été effectivement le dernier conclu entre la société et ses créanciers obligataires avant le plan de 1945 dû à l'impossibilité d'effectuer des transferts hors d'Espagne.

(1) A fin juin 1936.

(2) Les ventes d'énergie ont accusé une forte diminution par suite des restrictions sévères qui ont dû être imposées comme conséquence de la sécheresse exceptionnelle qui a caractérisé la dite année.

(3) Ces indications sont fournies sur base des cotations au 31 décembre de chaque année (A.O.C., n° 4, appendice 2, vol. I, p. 59).

L'évolution de la situation financière de la société, à partir de 1926, démontre également que les prévisions des promoteurs au sujet du financement se trouvaient partiellement exactes; dès lors que les sociétés d'exploitation avaient rationalisé leurs activités et qu'elles avaient achevé la construction de leurs installations, les ressources provenant de l'exploitation, même dans la situation économique constamment troublée et difficile que l'Espagne a connue, permettraient aisément d'assurer le paiement des revenus des obligations, d'amortir celles-ci et d'assurer en outre, du moins jusqu'à l'insaturation du contrôle des changes en 1931, la rémunération normale du capital-actions.

L'analyse, même sommaire, des chiffres, permet ainsi de résumer les assertions relatives au « financement par déficit » et à « l'énorme poids » que le Gouvernement espagnol attribue à la dette obligatoire.

(317) Cette prospérité ne se démentit pas d'ailleurs au lendemain de la guerre civile, et elle témoigne de la vitalité des entreprises du groupe.

On trouvera, à la page suivante, l'indication, pour les années 1941 à 1946, des revenus de la Barcelona Traction.

Les sociétés filiales consacrèrent une partie de leurs bénéfices à amortir leurs pertes de la guerre civile; or, la Barcelona Traction, conformément aux dispositions légales, appliquées au Canada en matière de comptabilité, avait constitué des provisions pour couvrir les pertes des sociétés filiales; ces pertes entraînaient en effet une réduction de la valeur du portefeuille formé par les actions de ces sociétés, et il en résultait d'autre part un risque pour les créances de la Barcelona Traction sur ses filiales. Le montant ainsi porté en provision atteignit la somme de 17.618.234 dollars. Dans la mesure où les sociétés filiales amortirent ensuite leurs propres pertes à l'aide de leurs revenus (1), il en résultait évidemment une libération de cette provision pour la Barcelona Traction et, partant, un revenu pour elle.

Nous reproduisons ci-après les revenus de la Barcelona Traction pour les années 1941 à 1946 (en assimilant aux revenus les réductions des pertes des sociétés contrôlées) et leur affectation.

Il résulte de ce tableau que, pendant la période du 1^{er} janvier 1941 jusqu'au 31 décembre 1946, la Barcelona Traction a accumulé des soldes bénéficiaires jusqu'à 20.645.167 dollars, lesquels, après apurement de la perte de 3.494.910 dollars accusée pendant la période de la guerre civile, laissent un solde positif de 17.150.257 dollars.

C'est dire que la société ne se trouvait évidemment pas, pendant cette période, en état de faillite latente ou de cessation de paiements.

Seuls les refus de transferts de devises et les manœuvres ourdies pour empêcher la Barcelona Traction d'exécuter le plan d'arrangement conclu avec les obligataires en £ sterling pour remédier à cette situation se trouvent donc à l'origine de la situation qui a permis au groupe March d'entreprendre son opération de conquête des patrimoines qu'il convoitait.

(1) Une partie de la réduction des pertes des filiales provient en outre du fait que les mesures législatives adoptées ont permis de ne payer que cinquante pour cent du montant des intérêts sur obligations échus pendant la guerre civile.

En dollars

218

| Exercices | Revenus normaux | Réduction des pertes des sociétés contrôlées | Réduction des intérêts de la période de guerre civile aux obligations en Ptas. 6 % 45-Year Bonds de la Barcelona Traction (1) | Total | Dépenses générales et d'administration. Différences de change | Service des obligations Intérêts | | Total | Montants reportés ou mis en réserve |
|----------------|-------------------|--|---|-------------------|---|---|---|------------------|-------------------------------------|
| | | | | | | 6,5 % Prior Lien et 5,5 % First Mortgage. (N'ont pas été payés) | 6 % en Ptas. 45-Year Bonds. (Le paiement en a été fait) | | |
| 1941 | 2.862.249 | 756.101 | — | 3.618.350 | 143.776 | (2) 1.009.705 | (3) 403.076 | 1.412.781 | 2.061.793 |
| 1942 | 4.391.152 | 331.644 | 206.388 | 4.929.184 | 156.853 | (2) 1.009.705 | (3) 444.349 | 1.454.054 | 3.318.277 |
| 1943 | 4.644.096 | 1.827.218 | 238.991 | 6.710.305 | 101.943 | (2) 991.371 | (3) 413.315 | 1.404.686 | 5.203.676 |
| 1944 | 4.688.575 | 1.444.990 | — | 6.133.565 | 114.938 | (2) 991.371 | (3) 371.373 | 1.362.744 | 4.655.883 |
| 1945 | 4.083.634 | 393.033 | 27.801 | 4.504.468 | 110.284 | (2) 989.144 | (3) 370.538 | 1.359.682 | 3.034.502 |
| 1946 | 3.961.715 | — 3.909 | — | 3.957.806 | 292.717 | (2) 943.474 | (3) 350.579 | 1.294.053 | 2.371.036 |
| <i>Total :</i> | 24.631.421 | 4.749.077 | 473.180 | 29.853.678 | 920.511 | 5.934.770 | 2.353.230 | 8.288.000 | 20.645.167 |

(1) Bien que les dispositions légales espagnoles prévoyant la réduction à 50 % des intérêts de la période de la guerre civile ne fussent pas applicables aux intérêts des obligations en Ptas. de la Barcelona Traction, les porteurs de ces obligations acceptèrent d'être réglés sur base de 50 %.

Signalons cependant que les chiffres de cette colonne contiennent d'autres éléments joints aux réductions d'intérêts, mais qu'il n'est pas possible de séparer.

(2) Ces intérêts, bien que pris en charge, n'ont pas été effectivement payés.

(3) La Barcelona Traction a recommencé le service effectif et normal des intérêts sur les obligations en Ptas. à partir du 1^{er} mars 1939.

BARCELONA TRACTION

Sous-section 6

*L'absence de fraude aux droits des épargnants et l'absence de fraude fiscale.*a) *Les prétendues fraudes aux droits du public des épargnants.*

(318) Le Gouvernement espagnol, reprenant généralement les affirmations de M. Andany déjà rejetées par les experts canadien et britannique de la Commission internationale, a multiplié les allégations désagréables selon lesquelles les promoteurs et les administrateurs de la société auraient tenté de mille façons de porter malicieusement atteinte aux intérêts et même aux droits du public des épargnants, souscripteurs des obligations et des actions.

Ici encore, l'analyse des faits démontre que non seulement cette allégation est inexacte, mais encore que les administrateurs de la société ont été particulièrement soucieux des intérêts du public et que les réorganisations n'y ont porté atteinte que dans la mesure strictement nécessaire; le poids de celles-ci a été supporté largement par les promoteurs eux-mêmes ou par les institutions financières qui étaient intervenues pour financer la société.

Le Gouvernement belge a déjà montré ce qu'il fallait penser des critiques relatives à l'évaluation des apports initiaux (*supra*, n° 259), ainsi que des appréciations singulières du Gouvernement espagnol sur les émissions d'obligations au-dessous du pair (*supra*, n° 289); on ne peut y voir des fraudes au préjudice des épargnants.

(319) Le Gouvernement espagnol consacre notamment ses efforts à tenter de démontrer que les offres publiques des obligations First Mortgage auraient eu lieu dans des conditions critiquables, et même au prix de véritables escroqueries!

Bien entendu, Spanish Securities — qui avait souscrit les obligations First Mortgage émises par la Barcelona Traction — devait replacer une partie de celles-ci auprès d'épargnants, conformément au mécanisme normal de l'investissement à l'inter-vention de sociétés par actions.

Contrairement aux allégations du Gouvernement espagnol, trois offres publiques d'obligations seulement eurent lieu, et non quatre.

La première se situa en décembre 1911, sur les places de Bruxelles et de Paris; elle portait sur 1.500.000 £ d'obligations First Mortgage, en valeur nominale, au cours de 92,5 %. La seconde émission eut lieu en février 1913 sur les places de Paris et de Bruxelles, portant aussi sur un montant de 1.500.000 £ en valeur nominale, au cours de 90 1/2 %. Aucune émission n'eut lieu le 17 mars 1913, comme l'indique erronément le Gouvernement espagnol. Une troisième offre eut lieu à Londres le 1^{er} juillet 1914, portant sur £ 1.586.060, au cours de 82½%. L'abaissement des cours d'émission

traduit en réalité, comme il a été montré ci-dessus, une hausse de taux d'intérêts sur les marchés financiers pendant la période en cause.

Les obligations ainsi placées dans le public représentaient 4.586.060 £ en valeur nominale sur un total de 6.410.000 £ d'obligations émises. Par conséquent, les promoteurs et les institutions privées de financement conservèrent une proportion importante de ces titres.

Le Gouvernement espagnol commença par prétendre que ces opérations avaient rapporté des bénéfices importants aux « administrateurs et financiers de la Barcelona Traction » et même leur auraient permis de garder le solde des obligations First Mortgage « pratiquement sans bourse délier » (Annexe 35 des *Exceptions préliminaires* 1963, p. 363). Cette affirmation peu sérieuse a été réduite à néant par la simple production des chiffres relatifs à ces opérations (Annexe 3 aux *Observations et Conclusions du Gouvernement belge*, vol. I, p. 33). Le Gouvernement belge a en effet démontré que la différence entre les taux pratiqués lors de la souscription et les cours des offres se traduit par un montant à répartir sur l'ensemble de l'emprunt, de quelque 333.690 £ — ce qui n'aurait évidemment pas permis de souscrire le solde des obligations First Mortgage (soit en nominal plus de £ 2.573.935) sans bourse délier.

(320) Les administrateurs de Spanish Securities auraient, suivant le Gouvernement espagnol, commis une véritable escroquerie envers les personnes qui allaient acquérir les obligations offertes en vente le 1^{er} juillet 1914, car cette offre aurait eu lieu alors que la société savait qu'elle serait dans l'impossibilité de faire face à ses engagements en décembre 1914 et qu'elle avait dû conclure des conventions extraordinaires en raison de difficultés financières qu'elle aurait prétendument rencontrées.

Ici encore, il s'agit d'une allégation controuvée.

D'abord, en juin 1914, au moment où l'émission a été préparée, s'il existait un risque de guerre, personne ne pouvait prévoir si et quand elle éclaterait ni quelles en seraient exactement les conséquences (1). Au surplus les vendeurs et les acheteurs se trouvaient à ce propos sur un pied de stricte égalité. Spanish Securities ne disposait pas de plus d'informations sur la politique internationale que n'importe quel souscripteur d'obligations, et chacun savait parfaitement ce qu'il faisait. La tension internationale s'était d'ailleurs traduite par une hausse du cours des intérêts par rapport aux émissions précédentes (2).

Ensuite, il est faux d'affirmer que la société se serait trouvée, en juillet 1914, dans un état financier difficile.

(1) Le Gouvernement espagnol aurait-il oublié que l'attentat de Serajevo eut lieu le 28 juin 1914?

(2) Ainsi, l'*Histoire économique de la Belgique 1914-1939* (p. 55), du professeur Baudhuin, signale que l'année 1914 a été marquée par une dépréciation boursière :

« A la veille de l'armistice, les valeurs à revenu variable se tenaient à un niveau peu éloigné de l'avant-guerre et de la fin de l'année 1913. Rappelons que les premiers mois de 1914 avaient été témoins d'une baisse boursière due à la proximité de la guerre et à la tendance descendante de la conjoncture ».

Les circonstances dans lesquelles elle a obtenu des financements complémentaires de la part de la Société Franco-Espagnole, le 28 mai 1914, et de la part d'un groupe de banques françaises patronné par la Société Générale, le 28 novembre 1913, ont été relatées plus haut (*supra*, n° 297).

La société avait précisément pu prendre un arrangement de principe sur un financement complémentaire à long terme, rendu indispensable uniquement par l'accroissement de son programme d'investissement; sa situation financière était ainsi normalement assurée au moment de la vente des obligations; seule la guerre, par le moratoire qu'elle a provoqué en France, n'a pas permis à la Société Franco-Espagnole de donner suite aux projets de financement à long terme négociés entre parties, et a provoqué en décembre 1914, pour la première fois, des difficultés temporaires rapidement résolues par l'arrangement de 1915 (*Cfr. supra*, n° 303, et les citations du rapport du Comité des obligataires, où nulle allusion n'est d'ailleurs faite à une incorrection quelconque que la société aurait commise en émettant sur la place de Londres en 1914).

(321) Le Gouvernement espagnol soutient encore, sans bien entendu donner la moindre précision, que les plans d'arrangement auraient été conçus de manière à permettre aux « promoteurs » de conserver de plantureux avantages tandis que les obligataires étrangers au groupe des promoteurs auraient eu à subir de très grosses pertes. (*C.M.*, IV, n° 91, p. 65). Voyons ce qu'il en est réellement.

Les promoteurs ont évidemment souscrit au premier chef les obligations First Mortgage et il est certain que, n'ayant pu les écouler entièrement sur le marché, ils en conservèrent un certain nombre.

Or, ces obligations furent celles qui supportèrent les pertes les plus importantes dans la réorganisation : le cours tomba et c'est au taux de 50 % que des obligations First Mortgage furent remises en 1915, à concurrence de 345.000 £, en représentation d'avances faites par un groupe bancaire anglais; en 1919, lors de la réouverture de la Bourse de Bruxelles, le cours était tombé à 32,5 %; celui-ci varia de 24 % en 1920 et 1921 à 41,5 % et 47,7 % en 1922 et 1923. Les fondateurs et les promoteurs qui avaient souscrit ces titres supportèrent donc incontestablement des pertes considérables sur cette catégorie de titres; ceux-ci furent traités de façon peu favorable dans les réorganisations, ainsi qu'il a été montré ci-avant. On n'aperçoit donc pas que les fondateurs aient pu se réserver, sur ces titres, quelque avantage que ce soit au détriment du public.

Quant aux obligations Prior Lien B remises à des groupes financiers, étrangers au cercle des promoteurs, qui avaient consenti des avances à la société, leurs titulaires les aliénèrent finalement au taux de 50 % de leur valeur nominale en 1920. Les porteurs de ces obligations subirent donc un préjudice mais, n'ayant pas été placés dans le public, il est clair qu'elles ne permirent en aucun cas aux souscripteurs de réaliser de plantureux bénéfices au détriment des épargnants (voir annexe 3 aux *Observations et Conclusions*, vol. I, p. 40).

Si l'on examine les catégories d'obligations, autres que les First Mortgage, qui furent placées dans le public, on constate au contraire qu'elles ne subirent aucun sacrifice particulier jusqu'au moment de la guerre civile espagnole de 1936.

Ce sont d'une part les obligations Prior Lien A : la liste des souscripteurs de celles-ci est reproduite en annexe (A.R., n° 56). Or, ces obligations ne supportèrent aucun sacrifice dans les réorganisations successives; les échéances d'intérêts furent payées ponctuellement et les titres furent même remboursés conformément aux conditions de l'emprunt.

Ce sont d'autre part les obligations 8 % Secured Bonds, émises par la Barcelona Traction en échange des Prior Lien B, qui furent placées dans le public à 94 % du pair, en décembre 1920, sur la place de Londres, à l'intervention de la Westminster Bank.

Ces titres ne subirent aucun sacrifice; leurs intérêts furent payés jusqu'à leur remboursement en 1924.

Ce sont enfin les Consolidated Prior Lien 6 1/2 %, qui furent également offertes en souscription publique sur la place de Londres par la Banque Schroeder, le 28 juin 1924, suivant prospectus repris aux annexes (A.R., n° 59), et dont les intérêts furent payés; le *sinking fund* permettant d'en assurer le rachat fut alimenté normalement jusqu'au 1^{er} janvier 1936.

Quant aux obligations émises en pesetas par la Barcelona Traction, et qui se trouvaient entre les mains de porteurs espagnols, tant les intérêts que le principal ont toujours été payés aux échéances jusqu'en 1936. Interrompu pendant la guerre civile, le service des intérêts sur ces obligations reprit en 1940. S'il ne fut pas, après cette date, procédé à l'amortissement au pair par tirage au sort, comme le prévoyaient les conditions d'émission, les porteurs n'en subirent aucun préjudice, puisqu'à la veille de la déclaration de faillite encore, ces obligations étaient cotées au-dessus du pair.

On aperçoit ainsi que, contrairement aux affirmations téméraires du Gouvernement espagnol, ce sont, en réalité, les obligations émises dans le public qui jouirent du traitement le plus favorable, par opposition aux obligations dont certaines au moins restaient entre les mains de groupes financiers privés ou entre celles des promoteurs, lesquels subirent les plus grands sacrifices. Jamais les obligations placées dans le public ne furent traitées de façon défavorable au profit des titres détenus par des groupes privés.

(322) Le Gouvernement espagnol n'hésite pas à écrire encore que les modalités d'échange des obligations First Mortgage contre des actions privilégiées, proposées par la société aux termes du plan d'arrangement de 1924, auraient été fixées de manière à avantager les promoteurs et pour décourager les porteurs d'obligations, notamment par suite du fait que les actions privilégiées n'avaient plus reçu de dividendes.

Or, ainsi qu'il a été montré, chacun était informé de l'intention de la Sidro, détentrice d'obligations First Mortgage, d'exercer l'option en sa faveur, et le rapport du Comité des obligataires précisait textuellement : « Ce groupe a donné à la Compagnie la garantie que si la modification dans les droits des obligations First Mortgage était réalisée, il exercerait l'option dont il s'agit ci-dessus et remettrait à la Compagnie £ 4.000.000 des obligations First Mortgage qu'il détient » (A.C.M., n° 80, vol. I, p. 561) (*supra*, n° 311).

Quiconque désirait par conséquent suivre le groupe Sidro, était parfaitement informé des intentions de celui-ci, et tout porteur pouvait prendre ses décisions en connaissance de cause.

Quant au taux de conversion des actions privilégiées en actions ordinaires, appliqué lors de l'unification des titres, en 1930, il n'a nullement été favorable aux porteurs d'actions privilégiées, comme le Gouvernement espagnol l'affirme sans l'ombre d'une démonstration. Les termes de l'échange avaient été établis en tenant compte des rendements prévisibles des deux catégories de titres, ce qui était évidemment tout-à-fait normal.

En fait d'ailleurs, les prévisions qui avaient servi de base à l'opération furent déjouées par les restrictions sur les changes, en sorte que les anciens titulaires d'actions privilégiées ne reçurent, à titre de dividende sur les actions ordinaires qu'ils détenaient désormais, qu'un montant très inférieur à celui qu'ils eussent reçu s'ils avaient gardé les actions privilégiées, qui jouissaient d'un 1^{er} dividende de 7 % et d'un 2^e dividende égal au double de celui attribué aux actions ordinaires. Les actions privilégiées subirent donc des conditions d'échange qui allaient s'avérer défavorables.

Le Gouvernement belge a montré, pour le surplus, le caractère absolument normal des opérations relatives à la constitution des sociétés, aux conventions intervenues entre elles, aux émissions d'obligations.

On voit, par ces analyses précises et chiffrées, que les prétendues fraudes aux droits du public et aux droits des porteurs d'obligation, tout comme les prétendues manœuvres destinées à avantager les catégories d'obligations et d'actions se trouvant entre les mains soit des promoteurs, soit des groupes financiers privés, n'existent que dans l'imagination du Gouvernement espagnol.

b) *Les prétendues fraudes fiscales.*

(323) Aux accusations contre le groupe de la Barcelona Traction — non fondées, comme on vient de le voir — de fraudes commises au préjudice du public et des porteurs d'obligations, le Gouvernement espagnol ajoute celle d'avoir vécu, par suite de la dissimulation de sa structure réelle, en quelque sorte en état de fraude permanente à l'égard des lois fiscales espagnoles.

Ces imputations avaient déjà été produites dans les *Exceptions préliminaires* et, en même temps que d'autres, longuement développées, lors des débats devant la Cour, par l'un des conseils du Gouvernement espagnol.

Manifestement sans relevance dans le présent litige, et particulièrement dans sa phase préliminaire, l'accusation n'a d'autre but que de détourner l'attention et de tenter de faire apparaître après-coup sous un jour défavorable la victime des agissements dénoncés par le *Mémoire*.

Le Gouvernement belge, qui y avait déjà répondu sommairement dans ses *Observations et Conclusions* (I, n^o 7, pp. 9 à 11, et *AOC*, n^o 1, pp. 9 et 10), avait cependant tenu, lors de la procédure orale, et pour les raisons qui furent exposées à la Cour (1), à démontrer le manque de fondement des principales de ces allégations (*P.O.*, II, pp. 349 à 364).

(1) Le Gouvernement belge prie la Cour de bien vouloir se référer, à cet égard, aux pages 334 et ss. de la *Procédure Orale*.

(324) Le *Contre-Mémoire* n'en reprend pas moins, une nouvelle fois, le thème des fraudes fiscales, d'abord dans la Section V du Chapitre I (IV, pp. 69 à 80), ensuite dans une partie de la Section II du Chapitre II (pp. 229 à 236).

Le Gouvernement belge tient à réitérer d'abord, à leur sujet, les deux objections fondamentales auxquelles se heurte cette tactique de contre-attaque par diversion. Elles suffiront, si la Cour les estime fondées, à débarrasser définitivement les débats, déjà si longs de cette affaire, d'une série de questions qui n'y trouvent pas leur place.

(325) La première objection concerne l'absence complète de pertinence de ces accusations à l'égard des questions présentement débattues devant la Cour.

Quel argument ou quelle justification le Gouvernement espagnol prétend-il trouver pour sa défense dans le fait que, selon lui, le groupe de la Barcelona Traction aurait vécu dans une situation constamment irrégulière et illégale à l'égard du fisc espagnol ?

Il ne peut évidemment soutenir que ces prétendues fraudes fiscales ont eu une influence quelconque sur la déclaration de faillite de la Barcelona Traction, ni sur la saisie des biens de ses filiales, puisque ni les tribunaux, ni les parties à la procédure de faillite n'en ont fait mention. Il ne peut, davantage, prétendre que le préjudice subi par les actionnaires de la Barcelona Traction du fait de la vente des biens à Juan March, aurait été causé ou aggravé par la circonstance que le produit de cette vente aurait été, en tout ou en partie, absorbé par le paiement au fisc espagnol d'impôts et d'amendes : en effet, le fisc espagnol n'a, à aucun moment (1), produit à la faillite comme créancier de la masse.

Le Gouvernement espagnol n'ose même pas soutenir — parce que, ce faisant, il reconnaîtrait le bien-fondé d'un important grief du Gouvernement belge — que ce fut le danger de voir sanctionner ces prétendues fraudes fiscales, sans doute comprises parmi les « irrégularités de tous genres » dénoncées par le Ministre espagnol de l'Industrie et du Commerce dans la Déclaration conjointe du 11 juin 1951 et dans le communiqué officiel espagnol du 16 juin 1951 (*supra*, nos 169-170), qui justifia la vente d'urgence de tous les biens de la Barcelona Traction en 1952 : d'après le Gouvernement défendeur, au contraire, cette vente d'urgence aurait été justifiée par les besoins de trésorerie des sociétés auxiliaires et par le danger qui menaçait le patrimoine de la Barcelona Traction en raison de la procédure entamée pour délits monétaires (C.M., n° 176, p. 533).

Quelle est, dès lors, la relation que le Gouvernement espagnol prétend établir entre ces prétendues fraudes fiscales et les faits de la cause ?

(1) Sans doute, la procédure de vérification et de classement des créances, qui doit légalement précéder le paiement des créances, avait-elle été purement et simplement omise en 1951-1952 (*infra*, nos 762 ss.), lors de la vente des biens et du remboursement des obligations de la Barcelona Traction. Mais cette circonstance ne pouvait évidemment empêcher le fisc de faire valoir vis-à-vis de la faillite les droits qu'il aurait prétendu avoir. D'ailleurs, lorsque, onze ans après la vente de tous les biens et le remboursement des obligations, les syndic pousèrent la comédie jusqu'à réunir enfin l'assemblée des créanciers appelée à procéder à la vérification et au classement des créances, le fisc espagnol ne se présenta pas.

Ce serait, suivant le *Contre-Mémoire*, la crainte de révéler ces fraudes et supercheries dont ils usaient constamment à l'égard du fisc, qui aurait mis les dirigeants du groupe de la Barcelona Traction, une fois le contrôle des changes instauré en Espagne, dans l'impossibilité de fournir aux autorités monétaires espagnoles les renseignements requis pour l'octroi des permis de change sollicités par l'Ebro (voir, notamment, *C.M.*, n° 119, pp. 80 et 81).

Un écho de cette argumentation se retrouve dans les conclusions du Gouvernement défendeur (*C.M.*, III, p. 754), lorsqu'il déclare :

« ... que la structure constitutionnelle du groupe et les relations entre ses membres ont été utilisées pour être l'instrument d'arrestes multiples et incessantes aussi bien aux intérêts des créanciers qu'à l'économie et à la loi de l'Espagne, pays dans lequel l'entreprise devait réaliser toutes ses affaires;

« que ces mêmes faits ont entraîné, de la part de l'entreprise, une attitude vis-à-vis des autorités espagnoles qui ne pouvait provoquer qu'un refus pleinement justifié de donner suite aux demandes de devises adressées au Gouvernement espagnol ».

Ainsi donc, ce serait le groupe de la Barcelona Traction lui-même qui, par suite des fraudes fiscales commises, se serait mis dans l'impossibilité d'obtenir les devises nécessaires au payement des dettes en £ de cette société et qui aurait, par là, rendu la faillite de celle-ci inévitable.

A cette argumentation, il est aisé de répondre, car elle repose sur des faits entièrement inexacts : comme le Gouvernement belge le démontrera dans la troisième section du présent chapitre, les dirigeants de l'Ebro n'ont jamais manqué de fournir aux autorités espagnoles du change les renseignements sollicités, et les refus de transfert n'ont jamais été motivés par une telle carence. Le lien très indirect que le Gouvernement espagnol essaye ainsi d'établir entre les prétendues fraudes fiscales et la déclaration de faillite se révèle donc inexistant.

(326) De toute façon — et c'est la deuxième objection du Gouvernement belge (1) — si le Gouvernement défendeur entend tirer argument, dans la présente instance internationale, de la violation de sa loi fiscale par le groupe de la Barcelona Traction, il doit en apporter la preuve par la production de décisions ou jugements rendus par les juridictions internes compétentes et condamnant de ce chef la Barcelona Traction ou les sociétés de son groupe.

Le Gouvernement belge a déjà souligné (*O.C.*, I, n° 7, pp. 10 et 11) que, non seulement le Gouvernement espagnol n'a produit aucune preuve de ce genre (et le *Contre-Mémoire* ne comble pas cette lacune), mais qu'au contraire, à quatre reprises au moins, les instances espagnoles compétentes ont eu l'occasion de prendre connaissance de la situation fiscale de la Barcelona Traction et de son groupe, et que chaque fois, elles ont virtuellement écarté les accusations que le Gouvernement espagnol persiste à réitérer devant la Cour.

(1) *Procédure Orale*, II, p. 361.

(327) Le Gouvernement belge a, en outre, lors de la procédure orale (1), fait valoir une circonstance qui donne à cette deuxième objection une valeur absolument déterminante et au sujet de laquelle le *Contre-Mémoire* n'a pu opposer que du verbiage.

Après le 12 février 1948, toutes les archives privées du groupe en Espagne ont été saisies par les organes de la faillite et livrées par ceux-ci en pâture à de multiples experts (2) agissant tantôt sous la direction du groupe March, tantôt sur instructions des tribunaux, ou encore sur ordre du Gouvernement espagnol lui-même.

Ces experts ont alors rédigé des rapports qui formulaient les accusations de fraude fiscale que le Gouvernement défendeur reprend actuellement à son compte. Les dits rapports ont été en leur temps portés à la connaissance des autorités espagnoles et produits devant les tribunaux, en sorte qu'il est radicalement impossible, pour l'administration fiscale espagnole, de les avoir ignorés.

Or, en dépit de ces « révélations » officielles, à aucun moment le fisc espagnol n'est intervenu, en quelque manière que ce soit, pour faire valoir ou sauvegarder les droits du Trésor.

Cette abstention totale est déjà, en soi, significative. Elle l'est davantage encore si l'on songe qu'une action en recouvrement des impôts prétendument éludés eût été singulièrement facilitée dans les circonstances créées par la déclaration de faillite et ses suites.

Et, d'abord, dans le cas de la Barcelona Traction elle-même. Le fisc, d'une part, n'avait plus à rechercher une personne habilitée à la représenter en Espagne, et à laquelle il aurait pu signifier des sommations ou enrôlements : depuis le 12 février 1948, la représentation de cette société était assurée « légalement » en Espagne par les organes de la faillite. D'autre part, il pouvait s'attendre désormais à une sincérité sans réserve de la part des représentants de la société, puisque les syndic agissaient sous le contrôle direct d'un mandataire de justice, le commissaire, et n'ignoraient évidemment rien des fraudes prétendument découvertes. Le fisc n'avait pas davantage à redouter de faire buisson creux, puisque tous les « biens » de la Barcelona Traction avaient été transférés en Espagne par le procédé de la création de faux titres et qu'ils étaient en possession des syndic en tant que représentants légaux de la Barcelona Traction.

Malgré ces diverses circonstances, les autorités fiscales ne firent pas la moindre tentative, fût-ce pour les exercices non encore couverts par la prescription, afin d'exiger des syndic le paiement des impôts prétendument dus en Espagne par la Barcelona Traction à raison de l'activité qu'elle aurait soi-disant exercée, elle-même, dans ce pays. Au contraire, c'est sans intervenir que le fisc laissa les syndic procéder à la vente de l'intégralité du patrimoine de la Barcelona Traction dans des conditions qui allaient laisser dans les caisses de la faillite la somme dérisoire de 10 millions de pesetas, rapidement absorbée, du reste, par les frais judiciaires.

Du côté des sociétés filiales également, et de l'Ebro en particulier, la tâche du fisc se trouvait singulièrement facilitée : les anciens dirigeants, pour la plupart étrangers,

(1) *Procédure Orale*, II, pp. 362 et ss.

(2) Le Gouvernement belge a déjà dénoncé les graves irrégularités que supposait cette divulgation des archives privées des sociétés du groupe (*P.O.*, II, pp. 338-339).

et responsables de ces prétendues fraudes et dissimulations, avaient été expulsés et remplacés par des personnes de nationalité espagnole qui ne devaient rien ignorer de leurs devoirs envers le fisc. Or, comme le Gouvernement belge l'a signalé dans ses *Observations et Conclusions* (I, n° 7, p. 10) et rappelé au cours de la procédure orale (*P.O.*, II, p. 363), une inspection fiscale eut lieu, après la déclaration de faillite et la « normalisation » des sociétés filiales, dans les bureaux de l'Ebro à Barcelone. Elle portait sur rien de moins que les déclarations d'impôts de treize exercices (période de 1932 à 1946) et dura près de trois ans. L'occasion était donc décisive, pour les nouveaux dirigeants de l'Ebro comme pour les fonctionnaires du fisc, d'assurer le respect des lois fiscales prétendument violées, les premiers en rectifiant spontanément les points sur lesquels les déclarations fiscales présentées par leurs prédécesseurs étaient inexactes ou fausses, ce qui leur permettait d'échapper aux amendes (1), les seconds en intervenant, faute pour les premiers d'avoir pris l'initiative de le faire.

Pour ne prendre qu'un exemple, une des fraudes fiscales les plus graves reprochée par le Gouvernement espagnol au groupe de la Barcelona Traction (2), est d'avoir déduit des bénéfices de l'Ebro taxables en Espagne, les intérêts dus par cette société sur ses General Mortgage Bonds, et sur le compte courant que l'Ebro avait avec International Utilities. Ces déductions auraient été, suivant le *Contre-Mémoire*, illégales à plus d'un titre : d'abord, il se serait agi de dettes fictives (*C.M.*, IV, n°s 103 et ss., pp. 72 et ss.); d'autre part, la loi fiscale espagnole défendrait de faire, dans la déclaration des bénéfices de la filiale ou de la succursale exploitant en Espagne, la déduction des intérêts dus à la maison-mère étrangère (*C.M.*, n° 107, p. 74), et la création d'International Utilities « en tant que société fantoche canadienne destinée à masquer Barcelona Traction » n'aurait d'ailleurs eu d'autre but que de tourner frauduleusement cette disposition légale. (*C.M.*, n° 108 et ss, pp. 75 et ss).

Comment concevoir que, dans ces conditions, les « nouveaux dirigeants » de l'Ebro n'aient pas spontanément rectifié les grossières illégalités que contenaient sur ce point les déclarations fiscales de l'Ebro (3), à supposer que le fisc lui-même, dûment informé de la situation réelle, n'ait pas pris l'initiative de le leur suggérer ? Or, il n'en fut rien, puisque, ainsi que le Gouvernement belge l'a indiqué dans ses *Observations et Conclusions*, le total des rectifications, pour les treize exercices, s'est élevé seulement à 3 millions de pesetas, somme insignifiante en comparaison du total des impôts payés annuellement par les sociétés auxiliaires (*O.C.*, p. 11, note 1).

(1) C'est le Gouvernement espagnol lui-même qui l'explique, au n° 349 du *Contre-Mémoire* (p. 230) :

« Il faut signaler, d'ailleurs, que le régime de l'inspection fiscale en Espagne, dans ses fonctions bien délimitées, présentait à l'époque à laquelle le Gouvernement belge a fait référence, des traits qui en faisaient l'un des plus souples qui soient. L'inspection fiscale devait agir aussi en tant que conseiller du contribuable, et s'il n'y avait pas récidive dans l'infraction sous un même chef fiscal, son action n'avait pour résultat aucune amende, le contribuable pouvant être invité à rectifier volontairement sa déclaration sur les points signalés par l'inspection ».

(2) Elle est même qualifiée par le *Contre-Mémoire* (n° 104, p. 72) comme « l'artifice par excellence auquel Barcelona Traction recourut ».

(3) La question est d'autant plus pertinente que, comme on le verra (*infra*, n° 726 note 2), ce même pseudo-conseil d'administration de l'Ebro avait pris, à fin 1949, la décision unilatérale de ne plus payer d'intérêts sur le compte courant d'International Utilities, décision qui fut ratifiée par la pseudo-assemblée du 14 décembre 1949, où les syndicats votèrent comme représentants légaux des actions de l'Ebro propriété de la Barcelona Traction. Cette extraordinaire décision ne peut s'expliquer que par le fait que le pseudo-conseil considérait les créances International Utilities comme fictives, ou cette société comme inexistante.

(328) En tous cas, l'argument décisif que le Gouvernement belge a tiré des résultats du contrôle fiscal effectué à Barcelone après la déclaration de faillite, a tellement embarrassé le Gouvernement espagnol, que le *Contre-Mémoire* ne s'en tire que par une incroyable dérobade.

Après avoir reproché au Gouvernement belge de n'avoir fourni aucun document à l'appui de son allégation, « ce qui lui permet — ajoute-t-il aimablement — de donner une version des faits qui contient des inexactitudes manifestes » (*C.M.*, IV, n° 364, p. 234), le Gouvernement espagnol, sans produire lui-même aucun document ni rectifier aucune des « inexactitudes manifestes », se contente d'affirmer que le raisonnement du Gouvernement belge « est dépourvu de tout fondement » (*C.M.*, n° 370, p. 235). Des deux arguments qu'il fait valoir, le premier est, véritablement, ahurissant : « En premier lieu, l'inspection des impôts, ainsi qu'on l'a expliqué plus haut, n'a jamais eu pour fonction d'exprimer la volonté de l'Administration en matière fiscale, cette décision relevant des organes de gestion compétents dans chaque cas. En conséquence, il est impossible qu'un tel contrôle fiscal puisse avoir les résultats imaginés par le Gouvernement belge » (*C.M.*, n° 370, p. 235).

Si le lecteur a la curiosité d'aller voir ce que « on a expliqué plus haut », bien que la référence précise ne lui soit pas donnée, il découvrira, au n° 348 (p. 230), quelques généralités, dont la plus saillante est que « la volonté de l'Administration émane des organes de gestion de celle-ci, après avoir entendu le contribuable qui a fait l'objet du contrôle ». Ce qui, du point de vue des explications à fournir, n'explique évidemment rien. Car ce qui importe, et que le Gouvernement espagnol n'explique nulle part, c'est pourquoi « la volonté de l'Administration », où qu'il faille la situer, ne s'est pas manifestée au moment où elle avait tous les éléments en main pour prendre, contre le groupe de la *Barcelona Traction*, les graves sanctions qu'auraient dû normalement entraîner les innombrables fraudes dont le Gouvernement défendeur l'accuse aujourd'hui devant la Cour.

Quant au deuxième argument, qui devait énerver les conclusions que le Gouvernement belge a tirées de l'inspection fiscale terminée en 1951, il est, pour autant qu'on puisse en percevoir le sens, totalement dépourvu de pertinence. Qu'on en juge :

♦ En deuxième lieu, il est absurde d'imaginer que les obligations fiscales de la société adjudicataire des biens de *Barcelona Traction*, de même que celles de toutes les autres sociétés opérant en Espagne, puissent découler de rien d'autre que des lois régissant les différents impôts et que la portée de ces obligations puisse se voir modifiée par le fait des conditions établies dans le cahier des charges de la vente des biens de *Barcelona Traction* » (*C.M.*, n° 371, p. 235).

Bien que le Gouvernement belge soit habitué à voir ses raisonnements qualifiés par le *Contre-Mémoire* d'« absurdes », il se permet de faire remarquer que l'inspection fiscale, dont il invoque les résultats, s'est terminée avant l'adjudication à *Fecsa*, en sorte que l'objection développée au n° 371 du *Contre-Mémoire* porte entièrement à faux.

(329) Pour ce qui est de l'inaction totale du fisc à l'égard des sommes considérables qui, à en croire le Gouvernement défendeur, lui seraient dues par *Barcelona Traction* elle-même, le *Contre-Mémoire* (n° 373, p. 236) n'a rien trouvé de mieux que de rendre cette société elle-même responsable du fait qu'aucune sanction fiscale n'a été prise contre elle après sa déclaration en faillite :

« ... l'argumentation du Gouvernement belge met en évidence un fait très différent de la conclusion que l'on voudrait tenir pour établie. Il s'agit du fait qu'en 1951 la Barcelona Traction a décidé de persister dans son attitude rebelle à l'égard des exigences de l'Administration, et ce, bien que le Gouvernement espagnol ait manifesté publiquement dans la Déclaration conjointe sa décision d'exiger la régularisation de la situation du groupe des Compagnies en Espagne... ».

La faute de la Barcelona Traction aurait été de ne pas entamer à ce sujet des négociations avec le Gouvernement espagnol, à l'issue de la « Déclaration conjointe », ainsi que le Gouvernement canadien l'y aurait prétendument invitée. Quand on sait que la société avait été, du fait de la déclaration de faillite, entièrement dessaisie de l'administration de ses biens, qu'elle se trouvait privée de ce fait de toutes ressources, et que dans les deux mois qui suivirent la « Déclaration conjointe », les syndicats allaient proposer la vente de la totalité de ses biens, dans les conditions ruineuses décrites plus haut, pour les faire prétendument échapper aux poursuites que le Gouvernement espagnol venait d'annoncer publiquement, on doit bien conclure que le Gouvernement défendeur s'égare dans son argumentation.

Pour sa part, le Gouvernement belge ne peut que maintenir fermement sa position : il est totalement inadmissible que le Gouvernement espagnol excepte, devant la Cour, d'infractions prétendument aussi flagrantes que nombreuses à ses lois fiscales, alors qu'à ce jour encore, les autorités espagnoles compétentes n'ont engagé aucune procédure pour en faire constater la réalité et prendre les sanctions qui s'imposeraient. À cet égard, le moins qu'on en puisse dire, c'est que le Gouvernement défendeur n'a pas épuisé les voies internes.

(330) Si le Gouvernement espagnol a décidé de maintenir, dans le *Contre-Mémoire*, des accusations de fraude, c'est, sans doute, parce qu'il espère pouvoir, par la production de fragments de correspondance et de notes internes habilement sélectionnés (1), créer l'impression qu'il y a eu, chez les dirigeants du groupe de la Barcelona Traction, une attitude de dissimulation à l'égard des autorités fiscales.

Au cours de la procédure orale (2), le Gouvernement belge avait expliqué que l'attitude secrète ou d'extrême réserve, qui semblait, d'après la correspondance citée devant la Cour, avoir été celle de certains des dirigeants de l'Ebro à l'égard des autorités fiscales espagnoles, pouvait être justifiée par la crainte légitime d'impositions injustes, parcellaire et étant répréhensible que dans la mesure où elle aurait conduit à dissimuler à l'Administration fiscale des actes devant entraîner légalement la déduction d'impôts.

Le *Contre-Mémoire* (n° 346 et 347, pp. 229 et 230) ironise au sujet de ce qu'il appelle « la curieuse théorie fiscale » du Gouvernement belge. Cette « crainte du fisc » n'avait, selon le Gouvernement espagnol, aucune raison d'être.

(1) Lorsqu'il abordera, dans la Section 3 du présent chapitre, la question des demandes de transferts de devises, le Gouvernement belge aura l'occasion de montrer à la Cour comment certains thèses, fondées sur des documents ou des fragments de documents judiciairement choisis, s'effondrent lorsque — ce qui est loin d'être toujours le cas — l'autre partie est en mesure de compléter l'information par la production des pièces omises.

(2) *Procédure orale*, II, pp. 350 et 351.

Quant aux dispositions particulières de la loi espagnole, que le Gouvernement belge avait invoquées (1) comme renforçant dangereusement le zèle des fonctionnaires, en leur donnant un intérêt personnel ou collectif au recouvrement d'impôts supplémentaires et d'amendes, le *Contre-Mémoire* se borne à reprocher au Gouvernement belge de les avoir mentionnées « avec des inexactitudes », qu'il estime, néanmoins, superflu de rectifier. Comment, ajoute encore le *Contre-Mémoire*, craindre des impositions injustes, alors que le contribuable dispose de toute une gamme de recours administratifs et judiciaires ? (*C.M.*, IV, n° 350, p. 230). Ce raisonnement ignore, délibérément, les réalités pratiques. L'obligation qu'a en principe le contribuable de payer, avant recours, l'impôt indûment exigé, l'extrême lenteur de la procédure de réclamation et la grande difficulté (quand il ne s'agit pas d'une impossibilité) (2) de recouvrer les sommes indûment perçues, contraignaient tout homme d'affaires prudent à éviter de fournir au fisc le moindre prétexte à exiger des impôts qui n'étaient pas légalement dus.

Que cet état d'esprit fut bien celui des dirigeants de l'Ebro résulte des pièces produites par le Gouvernement espagnol lui-même. On n'en veut pour preuve que l'extrait suivant d'un memorandum interne du 8 octobre 1925 (*A.C.M.*, n° 95, vol. II, p. 35) :

« Je m'attends à quelques difficultés pour obtenir une réponse satisfaisante à ces questions, car tout dépend du point de vue (personnel) du fonctionnaire ou des fonctionnaires du Gouvernement qui traitent la question; et comme ceux-ci proviennent d'une génération collet monté (*stiff-necked*) et sont dans de nombreux cas maîtres dans leur propre domaine, il n'y a pas lieu de s'étonner que nos conseils trouvent quelquefois difficile, sinon impossible, de nous donner une opinion catégorique sur l'application de certaines règles légales (*statutes*), car ceci est souvent laissé au caprice de fonctionnaires gouvernementaux partiels (*biased*) ». (Traduit de l'anglais)

(331) Le Gouvernement défendeur, feignant d'ignorer les raisons qui ont amené le Gouvernement belge, au cours de la procédure orale, à réfuter sommairement les principales accusations de fraude, notamment d'ordre fiscal, cherche maintenant à renverser le fardeau de la preuve en soutenant que :

« le Gouvernement belge n'a pas fait " la preuve contraire " des affirmations du Gouvernement espagnol au sujet de la soumission de la Barcelona Traction aux impôts espagnols... ni au sujet du fait qu'Ebro... ne pouvait pas légalement réduire d'une façon arbitraire les bénéfices obtenus en Espagne... Par conséquent, le secret et la dissimu-

(1) *Procédure orale, ibidem.*

(2) Dans un cas déterminé qui a déjà été porté à l'attention de la Cour, l'Ebro avait acquitté des impôts, à son avis indus, pour pouvoir recourir devant le Tribunal Suprême. Le 28 mai 1934 (*A.O.C.*, n° 1, vol. I, pp. 26-27), cette haute juridiction fit droit au recours de l'Ebro et annula l'imposition contestée. Néanmoins l'Ebro ne recouvra jamais les impôts indûment payés, qui s'élevaient à plus de 1.200.000 pesetas, ce qui représentait à l'époque une somme considérable. Cette inexécution par l'Administration de l'arrêt du Tribunal Suprême est due à rien de moins qu'une décision du conseil des ministres qui prétendit invoquer l'article 84 de la loi du 22 juin 1894 sur la juridiction contentieuse-administrative qui permet au conseil des ministres de suspendre l'exécution d'un jugement, notamment lorsque celle-ci serait susceptible de créer de sérieux dommages pour le fisc.

Si cet exemple illustre bien ce qu'avait de légitime la crainte qu'avaient les dirigeants de l'Ebro d'être la victime d'impositions injustes, on ne voit pas, par contre, la raison pour laquelle les annexes au *Contre-Mémoire* ont consacré 89 documents, épars dans les volumes IV et V, aux recours exercés par l'Ebro en l'espèce, et à l'inexécution par les autorités espagnoles de l'arrêt rendu par le Tribunal Suprême.

Les faits essentiels relatifs au non-recouvrement, par l'Ebro, de cette créance fiscale, sont relatés en annexe (*A.R.*, n° 60).

lation constatés dans l'activité du groupe de sociétés en Espagne, selon la théorie du Gouvernement belge lui-même, sont " un secret et une dissimulation coupables ", et il n'est nullement établi que " le groupe de la Barcelona Traction n'avait commis aucune dissimulation quelconque qui ait pu le faire échapper à des impôts réellement dus " * (C.M., n° 362, pp. 233 et 234).

C'est là, évidemment, le monde à l'envers.

Quelle « preuve contraire », on se le demande, le Gouvernement belge aurait-il dû faire, alors qu'il est constant que le Gouvernement espagnol, lui, n'a aucunement prouvé le bien-fondé des accusations qu'il formule : non seulement il n'a produit aucune décision de ses instances internes condamnant la Barcelona Traction ou l'Ebro pour les fraudes alléguées, mais, aux arguments sérieux que le Gouvernement belge lui a opposés en droit, il n'a répondu, invoquant son souci de ne pas « distraire l'attention de la Cour par des développements techniques excessifs en cette matière » (C.M., n° 352, p. 231), que par la répétition de quelques règles légales élémentaires, sans même tenter d'en justifier l'application au cas d'espèce par une quelconque citation doctrinale ou jurisprudentielle; tandis qu'à celles dont le Gouvernement belge étayait son argumentation, il s'est borné à objecter que celui-ci « a commis des erreurs manifestes d'interprétation », sans daigner, toutefois, les rectifier ni même les relever (C.M., n° 357, p. 232).

Bref, le Gouvernement espagnol demande, à la Cour, d'être cru sur parole, laissant à la partie adverse la charge de prouver qu'il a tort!

(332) Bien que le Gouvernement belge n'ait, dans ce domaine, aucune preuve à rapporter, il a cependant tenu à compléter ou à préciser dans la présente *Réplique*, l'argumentation qu'il a déjà opposée, au cours de la *Procédure Orale*, aux accusations de fraude fiscale.

C'est ainsi que, dans la présente section, le Gouvernement belge a déjà sapé par la base, en démontrant la réalité des dettes de l'Ebro vis-à-vis de Barcelona Traction et International Utilities, le réquisitoire que le Gouvernement défendeur a tenté de fonder sur le caractère prétendument fictif de ces dettes.

D'autre part, la section qui suit établira que la Barcelona Traction n'exerçait pas elle-même d'activités en Espagne, au sens qu'ont ces mots tant en droit fiscal qu'en droit commercial, mettant ainsi à néant un des thèmes favoris du *Contre-Mémoire*.

Enfin, le Gouvernement belge donne, en annexe (A.R., n° 61) le complément d'information qu'il estime utile pour permettre aux membres de la Cour que la question intéresserait, de se convaincre de l'absence de fondement, voire du manque de sérieux, de celles des autres accusations de fraude qui n'auraient pas été rencontrées ailleurs.

Sous-section 7

L'ampleur de l'investissement réalisé au bénéfice de l'économie espagnole

(334) Dans son *Mémoire*, et ensuite dans ses *Observations et Conclusions en réponse aux Exceptions préliminaires*, le Gouvernement belge a démontré, chiffres à l'appui, l'ampleur des investissements, effectués au profit de l'économie espagnole, par le groupe de la Barcelona Traction grâce aux apports, au travail, à l'« *engineering* » et aux financements décrits ci-dessus (*supra*, n^{os} 255 et suiv.).

Cet élément gêne considérablement le Gouvernement espagnol; il n'est guère compatible avec son système de défense, fondé sur les imputations les plus calomnieuses contre le groupe de la Barcelona Traction, et il est en contradiction avec l'image pittoresque qu'il a tenté de donner du juge de Reus, présenté comme l'instrument inconscient d'une sorte de justice immanente venant sanctionner quarante années de turpitudes.

La démonstration du Gouvernement belge s'appuyait sur les conclusions raisonnées des experts canadien et britannique, membres de la Commission internationale d'experts désignée en 1950, dans les conditions déjà décrites dans le *Mémoire* (M., I, n^{os} 184 et suiv.).

Aux termes d'une étude approfondie, ces experts ont conclu que les investissements étrangers réalisés en Espagne par l'intermédiaire des différentes sources de financement de la Barcelona Traction (avances en compte, émissions d'obligations, émissions d'actions) se montaient à £ 19.695.522 au 31 décembre 1949. Ce chiffre est même exagérément modéré : d'une part, les experts se sont abstenus d'évaluer les études et les services du Dr. Pearson ainsi que les concessions apportées lors de la constitution des sociétés Barcelona Traction et Ebro, rémunérées par l'émission d'actions et d'obligations. Non point certes que ces apports aient été dénués de valeur à leurs yeux, mais parce qu'il leur a paru difficile, et sans intérêt en l'espèce, de chiffrer ces apports quarante ans après qu'ils eussent été réalisés. Le Gouvernement belge a montré combien ces apports avaient été indispensables au développement de l'affaire, et il a établi la valeur importante qui peut leur être raisonnablement attribuée (*supra*, n^o 259 et A.R. n^o 50).

D'autre part, comme ils l'indiquent eux-mêmes, les experts ont évalué les investissements d'après la valeur nominale des monnaies au moment où ils ont été effectués, sans tenir compte des pertes de valeur que ces monnaies avaient subies.

(335) A ces évidences, le Gouvernement espagnol répond d'abord par une analyse assez singulière, du rapport des experts, auxquels il prétend imputer une conclusion selon laquelle leur rapport démontrerait un « désinvestissement » au détriment de l'économie espagnole de £ 2.950.868! (C.M., IV, n^{os} 94 et ss., pp. 67 et ss.).

Ensuite, tout en estimant que les commentaires des experts espagnols sur un certain nombre de questions contenues dans le rapport de leurs collègues britannique

et canadien « semblent très fondés », le Gouvernement espagnol préfère s'en tenir à des considérations d'ordre général au sujet du dit rapport. Mais ces considérations sont sans aucune pertinence, puisqu'elles se rapportent essentiellement à l'imputation de fraude fiscale, dont l'absence de fondement a été largement démontrée ci-avant.

(336) Il suffit de se reporter au rapport des experts (*A.R.*, n° 47) pour constater qu'ils n'ont évidemment jamais émis l'opinion qui leur est prêtée par le Gouvernement espagnol.

Les experts ont évalué à £ 14.508.423 le montant des sommes représentant les « funds remitted to Spain by the Barcelona Traction Light and Power Co. Ltd. and its subsidiaries and the value of materials brought into the country and the services rendered from the inception of the undertaking from 1911 to 31st December 1947 » (1) — le dit montant ne comprenant pas les concessions et les services apportés lors de la constitution de la société pour des « consideration other than cash » (2). Ce montant ne comprend pas davantage les sommes investies dépensées par le groupe à l'aide de financements provenant d'Espagne même. Le détail de l'évaluation est exposé aux paragraphes 13 et suivants du rapport.

Les experts ont ensuite recherché quels étaient les bénéfices réalisés en Espagne à la suite des opérations effectuées par l'Ebro et par ses sociétés filiales, de novembre 1911 au 31 décembre 1947, à l'effet de déterminer ainsi le rendement des investissements réalisés à l'aide des fonds dont question ci-dessus. Ce rendement est évidemment établi après avoir déduit des bénéfices des sociétés, les intérêts des obligations en pesetas aux mains du public, mais non les intérêts des obligations de l'Ebro, propriété de Barcelona Traction, ni les intérêts sur le compte « avances » d'International Utilities. Il s'agit du rendement brut de l'investissement et non du bénéfice net des sociétés en cause. Il est déterminé par les experts comme étant égal à £ 21.344.215 (*Rapport*, n° 20 et suiv.). Les experts ont constaté que ces montants, qui eussent pu être transférés hors d'Espagne à titre de rémunération des capitaux investis, ont été, en fait, maintenus en Espagne dans une large mesure, — seule une somme de quelque £ 9.573.416 ayant été exportée, le reste ayant été réinvesti par autofinancement (*Rapport*, n° 27, 29 et 30).

Les experts ont enfin déterminé le montant des sommes effectivement sorties d'Espagne, lesquelles comprennent les rémunérations de capitaux investis et les amortissements des investissements qui ont fait l'objet de paiements effectifs en dehors d'Espagne.

Le montant des sommes sorties d'Espagne, pour quelque motif que ce soit, depuis le début de l'activité jusqu'au 31 décembre 1947, représente £ 17.459.291 (*Rapport*, n° 26 et ss.).

A partir de ces chiffres, les experts fixent à £ 35.852.638 le montant de l'investissement effectué par le groupe étranger au profit de l'économie espagnole; ils déduisent de ce montant les sommes effectivement transférées hors d'Espagne, et après avoir effectué un ajustement correspondant aux pertes survenues pendant la guerre civile (moins

(1) « Fonds transférés en Espagne par Barcelona Traction Light and Power Co. Ltd et ses filiales et la valeur du matériel envoyé en Espagne ainsi que les services rendus dès la naissance de l'entreprise de 1911 au 31 décembre 1947. »

(2) « Contreparties autres que de l'argent liquide. »

£ 528.650) et un ajustement pour la période du 31 décembre 1947 au 31 décembre 1949 (soit £ 1.830.825), ils arrivent, comme déjà dit, à un excédent des investissements sur les sorties de fonds, y compris la rémunération du capital investi, de l'ordre de £ 19.695.522.

(337) Quant aux critiques dirigées par les membres espagnols de la Commission internationale contre les conclusions des experts britannique et canadien, le Gouvernement espagnol hésite à les endosser purement et simplement; on le comprend si l'on relève que le raisonnement des experts espagnols aboutit à la conclusion extraordinaire que l'Espagne est, dans le calcul de l'investissement, « créancière » de l'étranger, pour un montant de £ 9.905.253 — que ces experts veulent bien ramener, pour tenir compte des intérêts payés sur les avances consenties aux sociétés espagnoles, à quelque £ 6.629.268 (*A.C.M.*, n° 1, doc. n° 11, vol. VI, pp. 74 et 75).

Pour arriver à ce résultat inattendu, les experts espagnols ont d'abord considéré que les acquisitions de participations dans les sociétés espagnoles ne peuvent être considérées comme des investissements effectués en Espagne. C'est là une conception assurément originale, que personne ne songera à accepter. Ils ont encore déduit divers postes pour des raisons futiles que les experts britannique et canadien ont traitées comme elles le méritaient.

Au surplus, ils n'hésitent pas à affirmer, tout simplement, que toutes les dettes correspondant aux avances de fonds reçus en compte courant par la Barcelona Traction et l'Ebro sont fictives... sans autre démonstration, cela va de soi. Il faudrait, dès lors, les biffer des comptes et les déduire du montant des remises faites en faveur de l'économie espagnole. L'on peut évidemment, par de tels raisonnements, arriver aux chiffres les plus fantaisistes. Le caractère fictif de ces dettes ne saurait évidemment être admis sur la seule affirmation du Gouvernement espagnol, affirmation dont l'objet unique est précisément de lui permettre d'arriver au résultat qu'il prétendait démontrer. On trouvera d'ailleurs à l'*annexe* n° 55 des chiffres qui permettent de recouper les résultats des experts canadien et britannique et qui confirment le caractère réel des dettes enregistrées dans les comptes des sociétés. Faut-il ajouter que ces comptes ont été vérifiés, année par année, par des firmes d'*auditeurs* de réputation internationale, dont l'intégrité est au-dessus de tout soupçon, et que jamais aucun d'entre eux n'a émis la moindre réserve au sujet de l'existence réelle des dettes comptabilisées? Bien entendu, ces *auditeurs* ont aussi vérifié toutes les pièces comptables justificatives des écritures passées en comptabilité.

Les autres « rectifications » proposées par les experts espagnols sont de la même eau et ne peuvent donc sérieusement être prises en considération.

(338) Au surplus, les affirmations du Gouvernement espagnol et les extraordinaires conclusions des experts espagnols se heurtent à de simples considérations de bon sens : de 1911 à juin 1918, tous les travaux effectués par l'Ebro et par les sociétés filiales ont été financés exclusivement par la Barcelona Traction, et pendant cette période, aucun transfert de fonds n'a été effectué à l'étranger, puisque tous les bénéfices réalisés par l'Ebro ont été réinvestis en exécution de l'accord du 9 avril 1915 et de la convention du 15 juin 1915 (*supra*, n° 303). De 1918 à 1930, soit pendant douze ans, les transferts ont été sensiblement égaux aux bénéfices réalisés par l'Ebro. De 1931 à juin 1936, par suite des

restrictions de change, les transferts ont été très inférieurs aux bénéfices de la société, et, à partir de 1936, aucun transfert n'a plus eu lieu (1). Par conséquent, les entrées de fonds ont été nécessairement supérieures aux sorties! Pendant toute leur existence, le fonctionnement des sociétés, l'acquisition des participations, les nouvelles constructions et les investissements (dont l'ampleur a été décrite *supra*, n^{os} 305 ss.), ont été financés entièrement, soit par les remises de fonds faites au profit de l'économie espagnole, soit à l'aide du réinvestissement des bénéfices non transférés à l'étranger, soit encore, dans une mesure beaucoup moindre, par des emprunts placés en Espagne.

La valeur des installations en 1946 représentait approximativement 2 milliards de pesetas (voy. *A.M.*, n^o 282, vol. IV, p. 1077), et il faut y ajouter les travaux réalisés entre fin 1946 et février 1948, et la valeur des installations de la Productora de Fuerzas Motrices, S.A., qui n'était pas comprise dans ce montant, ainsi que les actifs nets réalisables des sociétés du groupe. En sorte que la valeur de l'ensemble pouvait être estimée à quelque 2.450.000.000 de pesetas (*A.O.C.*, n^o 2, vol. I, pp. 29-30).

(339) Comment le Gouvernement espagnol peut-il, en présence de tels chiffres, soutenir que l'économie espagnole aurait été victime d'un « désinvestissement »? Toutes ces installations et ce fonds de roulement auraient-ils été créés de l'air du temps? Et d'où seraient venus les 6 millions de livres sterling qui, dans la thèse des experts espagnols, auraient été exportées d'Espagne, outre la restitution des apports effectués par les groupes étrangers?

Suivant le Gouvernement espagnol, toutes les installations des sociétés, de même que les 6 millions de livres excédentaires, exportées au profit des étrangers, auraient été financées par . . . les emprunts en pesetas effectués sous la forme d'émission d'obligations en cette monnaie sur le marché espagnol, soit par la Barcelona Traction, soit par les sociétés filiales.

Mais, selon le Gouvernement espagnol lui-même, le total des emprunts en pesetas émis par les sociétés filiales et par la Barcelona Traction, tant antérieurement que postérieurement à leur incorporation dans le groupe, se serait élevé à la somme de 725.028.000 pesetas, dont une partie ayant servi au remboursement des emprunts antérieurement émis, doit évidemment être déduite pour déterminer le produit net des recours aux capitaux espagnols. Le Gouvernement espagnol arrive ainsi au chiffre de 515.173.000 pesetas, qui représente l'ensemble des montants obtenus par l'émission d'obligations sur le marché espagnol (*A.C.M.*, n^{os} 82, 83 et 84, vol. I, pp. 566 et ss.).

Même si l'on acceptait ce montant, on s'apercevrait immédiatement qu'il est déjà hors de toute proportion avec la valeur des installations à la veille de la faillite et avec les prétendues sorties de fonds excédentaires hors d'Espagne. Ainsi le chiffre même du Gouvernement espagnol ne permet pas de justifier son propre système.

Mais au surplus ce chiffre, qui provient de l'addition pure et simple de tous les emprunts émis en pesetas par toutes les sociétés qui furent, à un moment donné de leur histoire, membres du groupe de la Barcelona Traction, appelle les réserves les plus sérieuses; il est très fortement exagéré.

(1) Exception faite des transferts effectués sans autorisation pour un montant de quelque 33 millions de pesetas.

Il suffira de relever ici :

— que le Gouvernement espagnol a omis de soustraire les obligations remboursées par le jeu des amortissements normaux selon les conditions de l'émission, et qui doivent évidemment être déduites des montants investis;

— que le Gouvernement espagnol a compris dans son décompte des obligations émises par des sociétés qui ne font plus partie du groupe depuis plusieurs décennies, avec la conséquence que le patrimoine de celles-ci n'est évidemment pas repris dans l'évaluation des biens de l'ensemble des sociétés du groupe (ex. : Ferrocarriles de Cataluña et Ferrocarril de Sarria a Barcelona);

— qu'il a compris dans son décompte des obligations remboursées à la suite de liquidations partielles de sociétés, dont les biens ne font pas davantage partie des biens de l'ensemble des sociétés du groupe (ex. : Compañia de Aplicaciones Eléctricas);

— que nombre d'obligations en pesetas ont été acquises par des sociétés du groupe, et notamment par l'Ebro; il va de soi qu'il ne s'agit pas là d'investissements espagnols (ex. : obligations émises par Productora de Fuerzas Motrices);

— que, pour apprécier les investissements, il faut évidemment avoir égard au montant net reçu à la suite de l'émission, et non à la valeur nominale; or, le Gouvernement espagnol ne tient aucun compte des *discounts* pratiqués, qui ont été de l'ordre de 10, 15 et même 20 %;

— que le Gouvernement espagnol a commis une série d'erreurs de chiffres, dont, par exemple, un excédent de 15 millions de pesetas dans le compte des obligations émises par Energía (A.R., n° 62);

— qu'il y a lieu de déduire des chiffres de l'investissement espagnol, le montant des obligations rachetées anticipativement par les filiales qui les avaient émises, à l'aide de fonds avancés par l'Ebro dont celle-ci disposait par suite du refus des transferts.

Le Gouvernement belge a déjà montré que l'apport de l'épargne espagnole au groupe s'élevait en 1948, au maximum à quelque 306.701.000 pesetas (A.O.C., n° 2, vol. I, p. 29). Encore ce montant comprend-il les obligations émises par la société Productora de Fuerzas Motrices, qui ne devint membre du groupe qu'en 1947 alors qu'elle avait déjà émis antérieurement des obligations pour des montants importants.

Si l'on excepte ces montants, on obtient les chiffres cités en *annexe* n° 63, qui montrent à quelles proportions modestes se sont élevés, dans les sociétés du groupe, les investissements espagnols mis en regard du chiffre des investissements pratiqués par ces sociétés.

Par différence, il faut nécessairement que l'investissement étranger ait représenté les chiffres calculés par les membres britannique et canadien de la Commission internationale d'experts et avec une modération qui apparaît à certains égards excessive au Gouvernement belge, mais à laquelle il se rallie pour faire bref procès.

On appréciera avec d'autant plus de sévérité les « sanctions » prises par le juge de Reus à l'égard des groupes étrangers qui avaient consenti de tels investissements au profit de l'économie de la Catalogne et même de l'Espagne entière.

Sous-section 8

Conclusion

(340) *En conclusion*, le Gouvernement belge a montré dans la présente section :

— que les opérations de constitution des sociétés et de formation de leur capital ont été parfaitement régulières et normales; qu'elles étaient conformes à la loi et aux usages;

— qu'il en fut de même des opérations de financement et des réorganisations qui eurent lieu autrefois;

— que toutes les sociétés du groupe fonctionnaient normalement, réunissaient leurs assemblées générales et leurs conseils d'administration, tenaient des comptabilités distinctes et avaient une gestion propre, toute confusion des patrimoines et toute apparence trompeuse à l'égard des tiers étant soigneusement évitées; que les ressources nécessaires à chacune d'entre elles pour leur permettre de faire face à leurs obligations et accomplir leurs missions étaient mises à leur disposition; que la complexité du groupe ne dépassait en rien celle que l'on rencontre usuellement dans des cas similaires;

— que la théorie selon laquelle les sociétés du groupe et la Barcelona Traction en particulier se seraient trouvées dès l'origine en « état de faillite latente », ne résiste pas à l'examen;

— qu'il est inexact que des fraudes auraient été commises au détriment des obligataires ou des autres créanciers des sociétés; qu'au contraire, les dirigeants des sociétés du groupe eurent à cœur d'assurer la solvabilité et le fonctionnement de toutes les sociétés du groupe par des conventions adéquates, et d'assurer avant tout la protection du public des porteurs;

— qu'il est inexact que des fraudes aient été commises au préjudice du fisc espagnol;

— qu'il est inexact que des fraudes auraient été commises au détriment de l'économie espagnole, et qu'au contraire l'apport du groupe à l'économie espagnole a été considérable alors que la contribution de l'épargne espagnole était fort modeste.

SECTION II

LA BARCELONA TRACTION N'EXERÇAIT PAS ELLE-MÊME
D'ACTIVITÉS EN ESPAGNE

(341) Le Gouvernement espagnol continue à soutenir que la Barcelona Traction exerçait elle-même une activité en Espagne. Cette affirmation lui est nécessaire pour soutenir les développements qu'il consacre aux prétendues fraudes fiscales, à la prétendue compétence des tribunaux espagnols pour prononcer la faillite, à la prétendue légalité du jugement déclaratif et à la prétendue « entreprise unique » que constitueraient la Barcelona Traction et l'ensemble de ses filiales.

Après avoir consacré de longs développements à une espèce, en réalité entièrement différente, tranchée par une juridiction anglaise (1), le Gouvernement espagnol appuie son argumentation sur l'affirmation que la Barcelona Traction aurait agi en Espagne à l'intervention d'« agents » qui l'auraient représentée : M. Lawton, qui résidait à Barcelone, et la banque espagnole Arnus-Gari. Le Gouvernement espagnol invoque aussi la circonstance que la Barcelona Traction aurait été titulaire de concessions en Espagne. Il se réfère à d'innombrables documents, puisés dans les archives sociales, et notamment à des correspondances, à des consultations qui furent délivrées à la société, aux prospectus d'émission de différents emprunts obligataires et au rapport du Comité des obligataires institué en 1915 (*supra* n° 299). La plupart de ces documents sont fort anciens ; il ne s'y trouve guère de pièces contemporaines à la déclaration de faillite.

(342) Les efforts du Gouvernement espagnol sur cette question sont récents. Ils se situent dans la ligne de ses tentatives de défendre les jugements prononcés par le juge de Reus *a posteriori* et par des motifs étrangers aux décisions elles-mêmes.

Lors de l'introduction de la demande, les requérants n'ont apporté au Juge aucun élément qui lui aurait permis de vérifier sa compétence *ratione loci* et de justifier la saisine des tribunaux espagnols pour la déclaration de la faillite d'une société holding canadienne n'ayant aucune installation ni activité dans le pays. Le Juge lui-même — assez singulièrement — ne s'est préoccupé en rien de cet aspect pourtant essentiel, de la procédure. C'est ainsi que ni la requête, ni le jugement, ni les ordonnances d'exécution ne décrivent aucun des multiples éléments invoqués maintenant par le Gouvernement espagnol.

(1) Le Gouvernement belge ne croit pas utile de s'étendre sur la prétendue analogie qu'y voit le Gouvernement espagnol. Il suffit en effet de lire les extraits cités par le Gouvernement espagnol lui-même (*C.M.*, IV, nos 49 et ss., pp. 38 à 42) pour se convaincre qu'il n'existe aucun point commun entre la question tranchée par un tribunal anglais et les allégations du Gouvernement défendeur (*A.R.*, n° 134, app. 3).

Comme le juge ne disposait pas de ceux-ci, il est clair qu'à défaut de pouvoir justifier d'aucune manière sa compétence il commettait à cet égard l'illégalité qui sera plus amplement discutée *infra* n° 480 et suiv. dans la deuxième partie de cet exposé.

Néanmoins, comme il l'a fait à propos d'autres arguments invoqués ainsi par le Gouvernement espagnol, le Gouvernement belge va démontrer ci-après le défaut de fondement de l'allégation selon laquelle la Barcelona Traction exerçait elle-même une activité commerciale en Espagne — particulièrement au moment de la déclaration de faillite.

Les arguments développés par le Gouvernement espagnol ont été repris par l'arrêt de la Cour d'appel de Barcelone du 15 mai 1963 (*A.C.M.*, n° 193, vol. IX, pp. 270 et ss.), rendu postérieurement à l'intentement de la procédure devant la Cour. Cet arrêt se fonde sur les pièces invoquées par le *Contre-Mémoire* et sa décision sera réfutée par conséquent par les développements ci-après.

Il convient d'abord de fixer les principes.

(343) L'article 15 du Code de commerce espagnol autorise les étrangers et les sociétés constituées à l'étranger à exercer une activité commerciale en Espagne.

Les sociétés étrangères peuvent exercer une activité commerciale en Espagne selon deux modalités :

D'une part, elles peuvent constituer des établissements et des succursales dans le pays. Elles doivent dans ce cas se faire enregistrer au Registre du Commerce (art. 21 du Code de commerce et art. 124 de Règlement du registre du commerce).

Elles sont alors soumises à un régime fiscal particulier en ce sens qu'elles doivent payer les impôts espagnols sur le résultat bénéficiaire de leur activité dans le pays, ainsi que cela se rencontre d'ailleurs dans tous les pays. Pour éviter que des sociétés ayant des établissements en Espagne ne tentent néanmoins d'échapper au régime fiscal correspondant, la loi fiscale comprend des dispositions particulières :

Une loi du 29 décembre 1910 (article 2) dispose que :

« Quant aux sociétés étrangères, on considèrera qu'elles ne réalisent pas d'affaires en Espagne si elles n'ont pas établi dans l'une des Provinces du Royaume des ateliers, des magasins, des agences, des succursales ou des représentants autorisés à contracter au nom et pour compte de la Société ».

La loi du 22 septembre 1922, qui faisait suite à la réforme fiscale réalisée en 1920, a repris et complété cette disposition, et a disposé

« Aux effets de la disposition qui précède (1), il sera entendu qu'une entreprise étrangère réalise des affaires en Espagne lorsqu'elle a dans une ou plusieurs provinces du Royaume, des bureaux, fabriques, ateliers, installations, magasins, établissements, succursales, agences ou représentations autorisées pour contracter au nom et pour compte de l'entreprise.

(1) Cette disposition stipule que « Seront soumises aux impositions du présent Tarif, les entreprises suivantes de nationalité espagnole, et les entreprises étrangères qui réaliseraient des affaires dans le Royaume ».

Les opérations réalisées en Espagne par des entités étrangères par l'entremise d'organisations spéciales pour la vente ou simplement pour la centralisation des commandes que doivent fournir diverses entreprises créent pour celles-ci l'obligation de payer l'impôt (*contribuir*) en Espagne, même dans le cas où l'organisation de vente ou de centralisation des commandes possède sa propre personnalité juridique et qu'elle se trouve assujettie à l'impôt dans le Royaume en vertu de ce même tarif ».

D'autre part, une société étrangère peut avoir en Espagne une activité occasionnelle qui n'implique aucune succursale ni aucun établissement.

Toutefois, pour que l'on puisse soutenir qu'une société étrangère, même en l'absence d'établissement dans le pays, a néanmoins une *activité* en Espagne, sinon au sens du droit fiscal au moins au sens du droit commercial (1) et de la loi sur la compétence, il faut évidemment que cette activité se traduise par des opérations répétées, suffisamment suivies pour que, de leur répétition, naisse une véritable « activité ». Quelques opérations isolées, se produisant à des intervalles de temps considérables, ne sont pas, de toute évidence, constitutives d'une véritable « activité ».

Le Gouvernement espagnol l'entend d'ailleurs bien ainsi puisqu'il s'efforce de prouver que la Barcelona Traction avait en Espagne une activité *continue*, et que ceux qu'il présente comme étant les « agents » de la société avaient cette qualité de façon suivie et sans interruption. (*C.M.*, IV, n° 60, pp. 45-46).

La question de l'activité de la Barcelona Traction en Espagne doit donc être examinée sous ce double aspect.

Il est constant en fait que la Barcelona Traction n'avait pas en Espagne d'établissement et de succursale au moment de la déclaration de faillite.

Certes, elle avait, pendant une courte période, pris à ferme les installations de la société des Tramways de Barcelone par une convention du 20 février 1913 (2). Mais cette situation a pris fin en 1919 (3) et, depuis cette date, la Barcelona Traction n'exploite elle-même aucune installation en Espagne. La participation dans la S.A. Les Tramways de Barcelone fut d'ailleurs aliénée en 1924. — La Barcelona Traction était particulièrement prudente à ce sujet puisque cette opération fut certainement à l'origine d'une dénonciation faite par un certain Ceballos Teresi qui donna lieu à une information fiscale clôturée apparemment en 1919 dont le Gouvernement belge n'a cependant pas les éléments. D'après ceux qu'il a pu réunir, les accusations de fraude formulées par le dénonciateur ne furent pas établies à charge de la Barcelona Traction. Le Gouvernement espagnol ne juge pas utile de produire le jugement rendu à cette occasion, quoiqu'il produise diverses pièces éparses relatives à cette contestation. Les comptes de la société à cette époque ne témoignent d'aucun paiement d'impôts ou d'amendes qui seraient le résultat de cette dénonciation.

(344) La seule circonstance que la Barcelona Traction détenait une participation prépondérante ou même la totalité du capital social de sociétés filiales qui exploitaient elles-mêmes des installations en Espagne ne pouvait évidemment pas lui conférer la

(1) Il résulte d'ailleurs du Code de commerce espagnol (art. 1 et, *a contrario*, art. 2) qu'à l'exception des sociétés commerciales ou industrielles espagnoles, ne sont commerçants que ceux qui exercent le commerce d'une manière *habituelle*.

(2) Voir la convention d'affermage, *ACM*, n° 24, vol. I, p. 240.

(3) *ACM*, n° 235, vol. III, pp. 201 et ss.

qualité de société exerçant le commerce en Espagne. Les dispositions du Code civil et du Code de commerce espagnols qui établissent le principe de la personnalité morale distincte de la société à l'égard de ses associés, et même à l'égard de son associé unique, excluent que la société-mère puisse être considérée comme exerçant elle-même l'activité de ses filiales. (Cfr. articles 1, n° 2; 21; 116, 2°; 153; 154 et 174 du Code de commerce, article 35 et 36 du Code civil).

Plusieurs consultations furent délivrées à la Barcelona Traction à ce sujet et le *Contre-Mémoire* en reproduit certaines dans ses annexes. Ainsi M.M. Roig y Bergada (*A.C.M.*, n° 186, vol. III, p. 106), Ruiz Valarino (*A.C.M.*, n° 189, vol. III, p. 115) et Jaime Carner (*A.C.M.*, n° 289, vol. III, pp. 310 et ss.) ont conclu, de façon convergente, que la seule propriété des actions de sociétés filiales d'exploitation — portât-elle même sur la totalité du capital de ces filiales — n'implique pas que la société-mère soit considérée comme exerçant le commerce en Espagne, que ce soit sous l'angle du droit fiscal ou sous l'angle du droit commercial (1).

En ce qui concerne en particulier l'aspect fiscal, les conseils du Gouvernement espagnol avaient plaidé devant la Cour lors de la procédure orale que le droit fiscal espagnol assimilerait les filiales et les succursales, avec la conséquence qu'une société qui aurait été titulaire des actions de sociétés filiales d'exploitation de services publics établies en Espagne aurait été considérée comme y possédant des installations. Cette affirmation a été réfutée par la production d'un arrêt du Tribunal suprême du 13 juin 1942 (*Aranzadi*, n° 953) (2).

Fort embarrassé par cette jurisprudence, le Gouvernement espagnol affirme que le Gouvernement belge aurait commis, en l'invoquant, des « erreurs manifestes d'interprétation », sans d'ailleurs indiquer lesquelles ni tenter de les rectifier (*C.M.*, n° 357 p. 232).

Le Gouvernement espagnol énonce ensuite une idée nouvelle : la loi fiscale, lorsqu'elle déclare assujetties à l'impôt sur les bénéfices les entreprises étrangères « qui réaliseraient des affaires en Espagne », se serait référée à « un critère économique et non juridique ».

On ne saisit pas exactement la portée de cette affirmation puisque à la « disposition 2° » du même tarif, reproduite à la page 239 ci-dessus, le législateur donne lui-même une définition précise et parfaitement juridique de l'expression « réaliser des

(1) Le Gouvernement belge se doit de souligner les libertés de traduction prises par le Gouvernement espagnol dans le texte de certaines de ces consultations. Ainsi la consultation de M. Jaime Carner porte en Espagnol :

« La Barcelona Traction tiene en cartera acciones de empresas españolas que pueden considerarse filiales suyas cuyas empresas realizan sus negocios en España y por ello están sometidas al impuesto de utilidades... ».

ce qui devient sous la plume du Gouvernement espagnol :

« La Barcelona Traction possède en portefeuille des actions d'entreprises espagnoles qui peuvent être considérées comme étant ses filiales, *entreprises qui réalisent les affaires de la Barcelona en Espagne...* ».

les mots « de la Barcelona » étant purement et simplement interposés pour remplacer le possessif « sus » qui de toute évidence se rapporte à « filiales ». La Cour appréciera comme il convient cette conception un peu particulière de la traduction.

(2) *Procédure orale*, II, p. 356.

affaires en Espagne » : telle est la situation de l'entreprise étrangère, qui a en Espagne des *succursales*. Le législateur espagnol n'y assimile nullement les « *filiales* », expression qui — ainsi que le précisait, en parlant de cette même disposition 2 du tarif III, l'arrêt invoqué par le Gouvernement belge — en elle-même implique déjà un concept différent.

Le Gouvernement espagnol voudrait-il, par sa curieuse argumentation, insinuer qu'en employant le mot « succursale » le législateur n'a entendu faire aucune distinction entre succursale et filiale parce qu'il se serait référé essentiellement à une notion économique ?

Si telle est la pensée du Gouvernement espagnol, il soutient une thèse exactement contraire à l'arrêt précité du Tribunal Suprême, et il n'atténue certes pas cette contradiction formelle par l'assertion vague selon laquelle l'examen de la jurisprudence espagnole invoquée par le Gouvernement belge permettrait de constater que « le critère des réalités économiques — sur lequel la législation fiscale espagnole en matière d'impôt sur les revenus est fondée d'une manière systématique — s'y trouve entièrement consacré ». (*C.M.*, IV, n° 357, p. 232).

C'est donc tout à fait gratuitement que le Gouvernement espagnol reproche au Gouvernement belge d'avoir, en transcrivant ladite disposition 2 d'une manière incomplète par l'omission des mots « aux fins de la disposition précédente », dissimulé le fait que cette disposition « sanctionne pleinement le critère des réalités économiques par préférence aux formes juridiques ».

Par cette argumentation, le Gouvernement espagnol prépare en réalité sa retraite : après avoir soutenu, dans ses *Exceptions préliminaires*, que la Barcelona Traction réalisait des affaires en Espagne par le seul fait qu'elle détenait les actions de ses filiales, le Gouvernement espagnol ne maintient plus cette thèse dans le *Contre-Mémoire*.

(345) Le Gouvernement espagnol invoque à l'appui de ses affirmations certains documents — d'ailleurs anciens puisqu'ils remontent tous à une période antérieure à 1920 — dans lesquels il est fait allusion à une activité en Espagne. Il s'est même fondé sur les lettres patentes de la Barcelona Traction, qui prévoient la possibilité pour la société d'exercer une activité consistant à acquérir et à exploiter des concessions hydrauliques et à produire, vendre et distribuer de l'énergie électrique, et sur l'autorisation donnée par le Parlement canadien à la société d'élargir cet objet, pour affirmer que la société exerçait effectivement cette activité. On aperçoit immédiatement ce que cette déduction a d'artificiel et d'inexact. Lorsque les lettres patentes de sociétés canadiennes définissent l'objet social d'une société, elles prennent soin — ainsi que cela se présente dans tous les pays — de donner à cet objet un contenu extrêmement étendu de manière à laisser aux dirigeants de la société une grande liberté dans l'exercice de leur activité sociale sans qu'il soit nécessaire de modifier fréquemment les statuts. Mais cela n'implique évidemment pas que la société accomplisse effectivement toutes les activités comprises dans l'objet. La société peut notamment devenir une société à portefeuille, groupant des filiales d'exploitation, sans exploiter elle-même. Cela était aussi prévu par les lettres patentes de la Barcelona Traction et c'est de cette façon que celle-ci a exercé son activité en fait (1).

(1) L'argumentation du Gouvernement espagnol a déjà été réfutée en détail par le Gouvernement belge dans ses *Observations et Conclusions (A.O.C., Annexe 1, vol. I, pp. 5 et ss.)*.

Sans doute dans différents documents relatifs à des émissions (Prospectus relatif aux émissions d'obligations en France, d'obligations First Mortgage en 1911, prospectus relatif aux émissions d'actions privilégiées intervenues en 1913), dans certains rapports anciens à l'assemblée générale, est-il fait allusion à la localisation d'une activité en Espagne (1). On y trouve certaines phrases, que le Gouvernement espagnol isole de leur contexte et dont il s'empare, indiquant les objectifs de la constitution de la société ou des émissions projetées par référence à l'intention des fondateurs d'assurer le développement de l'énergie et de la traction électriques en Catalogne.

Il suffit de lire ces documents pour constater que leurs auteurs n'étaient pas particulièrement attentifs à une exacte qualification de la localisation de l'activité de la Barcelona Traction *sur le plan juridique*. Par ces documents, les actionnaires ou les investisseurs recevaient des indications au sujet de l'activité que la Barcelona Traction se proposait de promouvoir au sein de son groupe et sur la nature de son entreprise. Il n'est pas douteux que cette activité considérée sous son aspect *industriel et économique* se rattachait à l'Espagne et que la société avait été constituée pour assurer l'équipement électrique de la Catalogne. Les investisseurs devaient connaître cet objectif lorsqu'ils décidaient d'acquérir des titres de la société. Il est évident que le résultat de l'activité sociale dépendait en dernière analyse de la poursuite — heureuse ou malheureuse — d'une activité économique en Espagne et de la situation économique de ce pays. Il était donc normal qu'il y fût fait allusion en ces termes dans les documents destinés aux investisseurs. Mais cela ne signifie nullement que *juridiquement*, et par application de la loi espagnole dont le contenu a été rappelé ci-dessus, il faille considérer que la Barcelona Traction exerçait *elle-même* cette activité en Espagne. En réalité, elle poursuivait son objectif général grâce à la structure d'un groupe de sociétés dans lequel les activités propres à chacune des sociétés étaient spécialisées en sorte que la Barcelona Traction elle-même n'exerçait pas d'activité d'exploitation en Espagne, se bornant à être une société holding dont les revenus provenaient de sociétés filiales qui, seules, exerçaient le commerce en Espagne. Les investisseurs en étaient d'ailleurs parfaitement avertis puisque la structure du groupe leur était connue et qu'ils savaient ainsi que l'activité d'exploitation était en réalité le fait des filiales.

Aucun argument ne peut donc être déduit de ces documents quant à l'existence réelle d'une activité de la Barcelona Traction en Espagne ou quant à une confusion de son activité et de celles de ses filiales sur le plan juridique. D'ailleurs, on voit mal la portée que le Gouvernement espagnol entend prêter à ces « reconnaissances ». La qualification de l'activité de la Barcelona dépend de règles de droit précises et objectives et non point de reconnaissances que la société elle-même ferait. Il importerait peu, dès lors, que l'on établît l'existence de telles reconnaissances si l'on ne montrait en même temps qu'elles correspondaient effectivement à la situation définie par la loi espagnole.

L'attention des dirigeants de la société et notamment celle des rédacteurs des documents destinés aux actionnaires et aux obligataires fut attirée sur les conséquences juridiques attachées aux termes qu'ils utilisaient dans une perspective économique — particulièrement par les plaintes déposées par le sieur Ceballos Teresi (*supra* n° 343).

(1) Dans une étape antérieure de la procédure, le Gouvernement espagnol avait prétendu tirer argument des *Trust deeds* relatifs aux émissions d'obligations. Il ne paraît plus insister sur cet argument. Le Gouvernement belge l'avait réfuté, notamment à l'annexe 1 à ses *Observations et Conclusions* (vol. 1, pp. 7 et ss.).

Aussi se montrèrent-ils plus soucieux de la correction des termes qu'ils utilisèrent ultérieurement et de leur conformité à la réalité juridique. C'est ainsi qu'après les premiers documents invoqués par le Gouvernement espagnol, remontant à plus de 30 ans avant la déclaration de faillite, on ne trouve plus de documents postérieurs dans lesquels ces erreurs auraient été commises. Particulièrement on ne trouve aucun document, parmi ceux qu'invoque le Gouvernement espagnol, qui soit contemporain ou proche de la déclaration de faillite (1).

(346) Pour soutenir ensuite que la Barcelona Traction avait exercé une activité en Espagne, même sans avoir d'établissement dans ce pays, le *Contre-Mémoire* soutient qu'elle aurait effectué des opérations commerciales en étant représentée par d'autres personnes ou sociétés, qu'elle qualifie d' « agents ».

Il paraît indispensable, ici encore, de préciser exactement les règles du droit espagnol applicables en la matière.

Pour qu'une personne, physique ou morale, puisse être considérée comme exerçant une activité à l'intervention d'autres personnes, il faut, suivant le droit espagnol, que le mécanisme de la représentation joue de manière complète, ainsi qu'il va être démontré.

La représentation ne sort ses effets — notamment en ce qui concerne l'exercice d'une activité commerciale — que si le représentant agit effectivement *au nom et pour compte du représenté*. A cet égard, le droit espagnol demeure fidèle à un critère formel et juridique, qui exclut l'exercice d'une activité commerciale par représentation lorsque le représentant agit seulement *pour compte* du représenté, sans cependant préciser qu'il agit *au nom* de celui-ci et s'il agit par conséquent en son propre nom. Le critère de l'intérêt économique final de l'activité exercée est sans pertinence pour la détermination de la question de savoir qui a accompli telle ou telle opération et éventuellement pour conférer la qualité de commerçant : sauf exceptions expressément prévues par la loi, le représenté n'est obligé que si le représentant a agi en son nom et pour son compte. Le droit espagnol positif n'a pas reçu la théorie doctrinale italienne de *l'imprenditore occulto*.

Cette conception est consacrée en jurisprudence espagnole depuis un arrêt du Tribunal Suprême du 25 mars 1922 (Garrigues, t. I, p. 358). Elle est enseignée en doctrine par les meilleurs auteurs et particulièrement par : Langle, *Manual de derecho mercantil español*, t. I, Barcelone, 1950, pp. 310 et suiv. — Uría, *Derecho Mercantil*, 1^{re} éd., 1960, pp. 30 et 86, et 4^e éd., 1964, pp. 32 et 102. — Garrigues, *Curso de derecho mercantil*, éd. 1936, t. I, pp. 150 et suiv.

(1) La lettre de M. Heineman à M. Hubbard du 29 mars 1940 invoquée par le Gouvernement espagnol (*A.C.M.*, n° 112, doc. 2, vol. II, pp. 298 et ss.) n'a aucune pertinence à cet égard.

Dans le premier paragraphe de cette lettre, M. Heineman parle certes d'une société qui exploitait en Espagne, mais il s'agissait de l'Ebro. Dans le second paragraphe, M. Heineman soulignait que tous les revenus de la Barcelona Traction provenaient d'Espagne. Cela est certes vrai, mais ces revenus provenaient d'intérêts distribués sur les obligations souscrites par elle ou sur les avances qu'elle avait consenties pour le financement du groupe (*M.*, I, n° 35, p. 21). Cela n'implique donc nullement que la Barcelona Traction, dans l'esprit du rédacteur, ait eu une activité d'exploitation en Espagne.

Dans le droit espagnol le contrat de commission est défini comme le mandat commercial (art. 244, C. de comm.) (1). Les articles 245, 246 et 247 du Code de commerce régissent les modalités selon lesquelles le commissionnaire peut agir et les effets qui en résultent au point de vue de la représentation :

Art. 245 : « Le commissionnaire pourra accomplir la commission en contractant en son nom propre ou au nom de son commettant ».

Art. 246 : « Lorsque le commissionnaire contractera en son nom propre, il ne sera pas tenu de déclarer qui est le commettant, et il s'obligera de façon directe, comme si l'opération était sienne, vis-à-vis des personnes avec lesquelles il contracte, lesquelles n'auront pas d'action contre le commettant, ni ce dernier contre elles, sans préjudice cependant des actions qui appartiennent respectivement et réciproquement au commettant et au commissionnaire ».

Art. 247 : « Si le commissionnaire traite au nom des commettants, il devra le déclarer; et si le contrat est conclu par écrit, le dire expressément dans le corps de l'écrit ou avant la signature, en indiquant les prénom, nom et domicile dudit commettant.

« Dans le cas prévu à l'alinéa précédent, le contrat et les actions qui en dérivent produiront leurs effets entre le commettant et le ou les personnes qui contracteraient avec le commissionnaire; mais le commissionnaire reste tenu envers les personnes avec qui il a contracté, aussi longtemps que la commission n'est pas prouvée, si le commettant le conteste, sans préjudice de l'obligation et des actions respectives existant entre commettant et commissionnaire. »

D'après ces articles, c'est seulement lorsque le commissionnaire contracte au nom du commettant et lorsqu'il le déclare, que la représentation joue et que le contrat produit ses effets directement à l'égard du commettant (représentation directe). Lorsque le commissionnaire agit en nom propre, mais dans l'intérêt du commettant, aucun effet ne se produit entre le commettant et les tiers (représentation médiate ou imparfaite).

Ces règles sont exposées avec une clarté particulière par Garrigues, *Curso de derecho mercantil*, t. II, 1940, pp. 97 et suiv. :

« L'essence de la représentation consiste en ce que la personne qui réalise l'acte représentatif ne recherche pas comme but de son acte un intérêt propre, mais étranger. Or, ce phénomène de coopération à des intérêts étrangers peut se réaliser de deux manières distinctes, qui correspondent dans notre Code de Comm. à la double hypothèse de l'article 245 :

1. En traitant extérieurement l'intérêt étranger comme intérêt propre. La séparation des intérêts demeure cachée : l'agent agit en nom propre. On parle alors de représentation médiate, qui sert à de multiples nécessités ou convenances dans le commerce.

1. La nécessité d'utiliser le crédit d'un tiers. Exemple : A veut réaliser un contrat avec la Banque B, mais il n'a pas de crédit dans cette banque. Il demande à C, qui a du crédit, de conclure le contrat en son propre nom avec la Banque, mais dans l'intérêt de A.

2. La convenance que le médiateur (représentant) soit complètement habilité sans plus de formalités, étant donné que, puisqu'il n'agit pas au nom du représenté, il ne faut pas de procuration. Le représentant agit comme si l'affaire était sienne (v. art. 246 du C. de Comm.).

3. La convenance pour l'intéressé que sa participation à une opération juridique reste secrète. Exemple : la personne qui désire opérer en Bourse sans faire connaître son nom chargera un agent médiateur de l'affaire, lequel sera son représentant indirect (v. n° 3° art. 95 C. de Comm.). En traitant de cette classe

(1) « On qualifiera de commission commerciale le mandat quand il aura pour objet un acte ou une opération de commerce et lorsque le commettant ou le commissionnaire sera commerçant ou intermédiaire commercial » (C. de Comm., art. 244).

de représentation, la réglementation juridique considère comme élément décisif l'élément externe de l'emploi du nom. Le nom entraîne la responsabilité, et comme ici le représentant agit en son nom propre, c'est lui, et non pas le représenté, qui acquiert des droits et contracte des obligations. Telle est la doctrine classique de la commission que reflète l'art 246 du C. de Comm.

Mais cette doctrine ne répond pas à la situation réelle des intérêts (comme cela a déjà été noté dans le t. I, page 41). Si les droits sont concédés pour protéger des intérêts, dans la représentation médiate, le représenté, unique intéressé dans l'opération, doit acquérir les droits — et obligations — dérivés de l'opération juridique réalisée par le représentant. Cela se passe parfois ainsi, même dans la construction classique de notre C. de Comm. qui nie tout lien juridique entre le tiers contractant et le représenté. Exceptionnellement surgit alors le droit ou l'obligation des intéressés. Un exemple du point de vue de l'obligation est constitué par l'article 287 du C. de Comm. (v. t. I, pages 42 et (suiv.) 356), Mais le droit moderne tend à considérer comme décisif non le fait d'agir en nom propre ou au nom d'autrui, mais le fait d'agir soit dans son propre intérêt, soit dans l'intérêt d'autrui, pour pouvoir établir des relations juridiques immédiates entre les véritables intéressés (tiers et représenté) bien que l'un d'eux ne soit pas partie au contrat.

II. Mais le nom technique de représentation est réservé au deuxième mode d'agir dans l'intérêt d'autrui, c'est-à-dire lorsque le représentant agit au nom du représenté, révélant ainsi, par l'emploi du nom d'autrui, qu'il agit dans l'intérêt d'un tiers. C'est là la représentation directe, qui relie les droits et les obligations résultant de la gestion du représentant à la personne représentée.

On trouve dans le C. de Comm. de nombreux exemples de cette hypothèse de représentation directe, soit sous forme de représentation légale, soit sous forme de représentation volontaire :

1. Exercice du commerce au nom d'autrui (art. 5).
2. Représentation en matière de sociétés (art. 128 et 154).
3. Représentation du commerçant au moyen de ses auxiliaires (v. t. I, pages 350 et suiv., et art. 284, 292 et 294).
4. Représentation par le commissionnaire lorsqu'il agit au nom de son commettant (art. 247).
5. Représentation dans la lettre de change (art. 447).
6. Représentation par l'armateur (art. 586, par. 2), bien qu'il puisse aussi agir en son nom propre (art. 595).
7. Représentation par le capitaine du navire (art. 610, numéros 1 et 4) ».

C'est à la lumière de ces considérations qu'il convient d'apprécier si et dans quelle mesure les actes invoqués par le Gouvernement espagnol comme étant constitutifs de l'exercice d'une activité en Espagne par la Barcelona Traction ont effectivement ce caractère.

La représentation a ainsi un contenu technique parfaitement déterminé. La circonstance qu'une personne aurait été appelée — de façon impropre et sans égard aux conséquences juridiques de cette dénomination — le « représentant » d'une autre ne suffit évidemment pas à créer la représentation et à entraîner les effets attachés à cette institution si les conditions techniques de la représentation telles qu'elles ont été définies ci-dessus ne sont pas réunies.

Ici encore, il faut se défier des documents à caractère non juridiques, dont le Gouvernement espagnol s'empare volontiers (1), où le mot « représentant » a parfois été utilisé à tort et à travers, sans que les parties aient eu l'intention de viser l'institution

(1) Parfois aussi le Gouvernement espagnol ajoute lui-même le mot « représentant » dans l'intitulé de certains documents qu'il produit.

juridique précise du mandat ou de la représentation. L'on ne pourra y voir de prétendues reconnaissances de l'exactitude du point de vue ici soutenu actuellement par le Gouvernement espagnol.

(347) On se défiera de même du mot « agent » utilisé souvent sans grand discernement — d'autant plus que cette expression n'a pas de contenu juridique très précis en droit espagnol et que le contrat d'« agence » n'est pas défini par la loi ni classé parmi les contrats nommés. Au sens propre du terme, le mot « agent » désigne un *mandataire*, habile à contracter *au nom et pour compte* d'autrui et qui engage directement son mandant par l'effet du mécanisme de la représentation. Ainsi que l'écrit Garriguès, à propos de cette acception :

« Lorsque l'agent conclut les contrats, alors se cumulent en lui les deux activités et l'élément représentatif ressort encore davantage. En réalité, les deux secteurs ou facettes de son activité ont en commun l'élément de la représentation, puisque le nom du mandant ne demeure jamais caché » (*Tratado de derecho mercantil*, t. III-1, Madrid 1964, p. 538) ».

Mais le mot « agent » est aussi utilisé dans la pratique pour désigner celui qui accomplit des actes préparatoires ou des actes d'exécution qui n'impliquent aucun pouvoir de représentation et qui ne peuvent par conséquent être générateurs de droits et d'obligations pour celui qui utilise les services de l'agent.

Par conséquent le simple emploi de ce mot est à l'origine de fréquentes confusions et il convient en chaque circonstance d'analyser l'institution juridique réelle qu'il désigne avant d'en déduire des conséquences juridiques.

Ces mises au point sont fondamentales pour la consultation des documents invoqués par le Gouvernement espagnol et pour l'appréciation qu'il convient de porter sur l'analyse qu'il propose de ces documents.

(348) Le Gouvernement espagnol prétend que l'acquisition de concessions par la Barcelona Traction en Espagne serait caractéristique de l'exercice par la société d'une activité dans ce pays. Les faits invoqués remontent à 1911 et à 1926. Ils n'ont été suivis d'aucune acquisition de concessions depuis lors et les concessions en cause n'appartenaient plus, depuis plus de 20 ans, à la Barcelona Traction au moment de la déclaration de faillite. A ce moment, elle n'était titulaire d'aucune concession quelconque. Il est évident, dès lors, que ces opérations isolées ne pourraient en aucun cas justifier en 1948 l'affirmation selon laquelle la société aurait une activité commerciale en Espagne. Elles n'ont d'ailleurs été invoquées ni par les requérants ni par le juge de Reus.

Mais l'analyse des opérations invoquées conduit à une conclusion encore plus radicale.

La première opération a trait à l'apport de concessions par Spanish Securities à la Barcelona Traction en 1911. Ces concessions furent apportées, le même jour, à l'Ebro. Cette opération a été décrite *supra* n^o 256 ss. Le Gouvernement belge a montré

qu'elle avait pour objet de constituer le capital de la Barcelona Traction, puis celui de l'Ebro grâce aux actions émises en contre-partie de l'apport.

On sera attentif aux termes exacts du contrat conclu entre Spanish Securities et Barcelona le 30 novembre 1911 à propos de l'apport de ces concessions. Celles-ci sont énumérées dans le contrat ; l'apport porte à la fois sur des concessions déjà accordées, ainsi que sur celles qui viendraient à l'être à Domingo Sert ainsi que sur diverses options. Il dispose en outre :

« The Securities Company agrees to execute or cause to be executed such formal and separate conveyance, assignments and assurances, for registration or otherwise, of the said concessions... as may be necessary to vest in and transfer to the Barcelona Company, its successors and assigns the legal and beneficial title and ownership thereof ».

En fait le titre des concessions n'a pas été transféré à la Barcelona Traction. Celle-ci ayant aussitôt cédé à l'Ebro les concessions qui lui étaient apportées, c'est au profit de l'Ebro que les transferts ont été enregistrés *immédiatement*. (Sur le fait que le contrat de transfert fut réalisé immédiatement de Sert à l'Ebro : *A.C.M.*, n° 134, vol. II, p. 560 et *A.C.M.*, n° 74, vol. I, pp. 534 et 535). Par conséquent la Barcelona Traction n'a été propriétaire de ces concessions que dans les rapports entre elle et Spanish Securities et pendant un instant de raison. C'est l'Ebro seule qui est apparue comme titulaire envers les tiers, et qui a d'ailleurs exploité les concessions.

Comment voir dans cette opération, qui s'est déroulée entièrement et exclusivement au Canada, en ce qui concerne la Barcelona Traction, la preuve de l'exercice par cette dernière d'une activité en Espagne ?

(349) La seconde opération concerne une acquisition de concession effectuée en 1926 par une société anonyme espagnole étrangère au groupe de la Barcelona Traction, la banque Arnús Gari. Celle-ci fit l'acquisition de concessions se trouvant sur des cours d'eau compris dans le bassin hydrographique exploité par le groupe Barcelona Traction. Le Gouvernement espagnol produit des documents — incomplets et choisis par lui dans les archives du groupe — dont il résulterait qu'à un moment donné *il fut envisagé* que les concessions soient acquises par la Barcelona Traction pour être apportées par elle à l'Ebro à l'occasion d'une augmentation du capital de cette société. Cette opération aurait donc été analogue à celle réalisée en 1911 (1).

En fait, cette intention initiale fut apparemment abandonnée. Les concessions sur les rivières Clua et Santa Ana furent vendues directement par leur titulaire, la S.A.

(1) L'augmentation de capital, à cette époque, de l'Ebro était nécessaire, car le montant nominal de son capital social était très inférieur à ce qui apparaissait raisonnable compte tenu de l'importance de ses investissements et de son chiffre d'affaires ; le caractère anormal du capital nominal de l'Ebro a été souligné (*supra*, n° 263). Il en résultait notamment un inconvénient fiscal, en raison de la particularité de la loi fiscale espagnole en vigueur à l'époque, qui fixait le taux d'impôts en fonction du rapport entre le bénéfice et le montant nominal du capital social. Les sociétés avaient donc intérêt à avoir un capital social élevé. Cette augmentation eut lieu ensuite essentiellement par l'apport de la participation dans la Barcelonesa (*supra*, n° 263).

Compañía de los Caminos de Hierro, Saltos y Minas de Cataluña, représentée par Dn. Luis G. de Rivera Montero, à la société Arnús Garí. Comme il arrive fréquemment dans les affaires de ce genre, cette société agissait pour son compte personnel en son propre nom et prenait personnellement tous les engagements, tout en se réservant de désigner le bénéficiaire éventuel de l'opération conclue.

L'article 5 du contrat disposait en effet :

« La Sociedad Anónima Arnús Garí peut, avant le 1^{er} février prochain, nommer une personne, soit physique, soit morale, en faveur de laquelle l'acte public de vente sera exécuté » (1).

Juriquement Arnús Garí agissait donc comme commissionnaire, sans indiquer le nom de son commettant, mais en se réservant de l'indiquer ultérieurement de manière que la vente définitive puisse être conclue avec ce dernier. On se trouve donc devant le cas typique de la commission avec la clause « acheteur à désigner » bien connue des commercialistes.

En fait, c'est la société *Salto del Segre* qui fut ultérieurement désignée comme bénéficiaire de l'opération et c'est à son nom que les concessions furent transférées les 22 octobre 1926 et 19 avril 1927. Il apparaît ainsi clairement que jamais la *Barcelona Traction* n'a été titulaire de ces concessions et que le Gouvernement espagnol confond des solutions simplement envisagées avec les situations qui se sont réellement produites.

Sans doute la *Barcelona Traction* avait-elle donné pour instruction à M. Arnús Garí de négocier cette opération. Sans doute encore les documents produits par le Gouvernement espagnol montrent-ils que Arnús Garí agissait *on behalf*, c'est-à-dire pour le compte de la *Barcelona Traction*. Mais il n'agissait pas au nom de la *Barcelona Traction*. Il agissait donc très exactement en qualité de commissionnaire, en réalité sur instructions de la *Barcelona Traction*. Il s'est d'ailleurs conformé à ces instructions puisqu'il a acquis les concessions *en son nom* et donc en prenant personnellement l'engagement d'en acquitter le prix. Les mêmes instructions prévoyaient d'ailleurs que le bénéficiaire final de l'acquisition serait la personne désignée par la *Barcelona Traction* — c'est-à-dire la société du groupe la mieux appropriée pour être titulaire de ces concessions. Cette société fut *Salto del Segre* et c'est donc elle — *et elle seule* — qui fut partie à l'opération d'acquisition finale conformément au plan général dressé par la *Barcelona Traction* en sa qualité de « tête du groupe ». C'est *Salto del Segre* qui devint ainsi titulaire des concessions.

(350) La troisième opération concerne des concessions qui furent acquises par la société espagnole *Salto de Cataluña*. Ici encore, on aperçoit mal comment les faits allégués par le Gouvernement espagnol pourraient établir l'exercice d'une activité en Espagne de la *Barcelona Traction*.

Il est constant que la société *Salto de Cataluña* — société anonyme constituée sous l'empire de la législation espagnole et dont le siège était situé en Espagne — est devenue titulaire de diverses concessions en 1935. Le Gouvernement espagnol ne le

(1) « The Sociedad Anónima Arnús Garí may before the 1st February next nominate a person whether natural or juridical in whose favour the public deed of sale shall be executed ».

conteste pas. Il affirme seulement que la constitution de cette société a été ourdie frauduleusement dans le double but d'entraver le développement hydraulique du bassin de l'Ebre et d'éluider des dispositions légales qui avaient été prises par le Gouvernement espagnol en 1921 afin de réserver aux Espagnols l'octroi de concessions. Le Gouvernement belge a déjà rencontré ces allégations de fraude (*supra* n° 276 et annexe 52) (1) dont l'inexactitude est flagrante. Mais, quoi qu'il en soit, il demeure constant que c'est Saltos de Cataluña — et non la Barcelona Traction — qui était titulaire des concessions en cause en sorte que l'on n'aperçoit pas comment cette opération pourrait être considérée comme la preuve de l'exercice d'une activité de la Barcelona Traction en Espagne.

Quand bien même il aurait été démontré que la Barcelona Traction était dès l'origine la véritable titulaire des actions de capital de la société Saltos de Cataluña, il n'en résulterait pas que les concessions dont cette société était titulaire appartenaient à la Barcelona Traction et témoignaient dans son chef d'une activité commerciale en Espagne.

(351) Reprenant l'argument qu'il avait déjà développé notamment au cours de la procédure orale, le Gouvernement espagnol continue à soutenir que la Barcelona Traction aurait eu en Espagne une activité *pour laquelle elle était représentée par un prétendu agent permanent* : M. Lawton, le directeur général et le président de l'Ebro. M. Lawton résidait à Barcelone et il gérât quotidiennement l'Ebro, qui avait ses installations en Espagne.

Certes, M. Lawton fut également « *président* » de la Barcelona Traction, du moins jusqu'en 1931. Ensuite, il cessa d'avoir cette qualité; il ne l'avait plus, de longue date, au moment de la déclaration de faillite en sorte que cet argument ne permettrait en aucun cas de justifier la compétence des tribunaux espagnols.

M. Lawton ayant une double qualité, il était nécessairement président de la Barcelona Traction aussi bien lorsqu'il se trouvait à Barcelone que n'importe où ailleurs. Encore aurait-il fallu, pour qu'il puisse être considéré comme un « *agent* » de la Barcelona Traction, qu'il ait été le représentant habituel de la société dans le pays, c'est-à-dire, suivant les définitions et les distinctions développées ci-dessus, qu'il ait eu le pouvoir d'engager la société et donc de la représenter au sens propre du terme.

Comme « *président* », M. Lawton n'était qu'un membre du *Board*; il exerçait ses fonctions sous l'autorité du conseil et particulièrement sous le contrôle du *Chairman* que le Gouvernement espagnol a tendance à confondre avec le « *président* ». Suivant le droit canadien, le « *président* » comme tel n'a aucun pouvoir pour engager la société;

(1) Le Gouvernement belge a montré que pour l'application du décret du 14 juin 1921 une société constituée sous l'empire des lois espagnoles était considérée comme espagnole et pouvait donc obtenir des concessions, quelle que soit la nationalité de ses actionnaires. Il n'en était autrement que si la société désirait bénéficier de subsides et d'avantages en vertu d'une loi du 2 mars 1917 sur la protection de l'industrie nationale. Jamais le bénéfice de cette loi ne fut demandé.

L'intention d'entraver l'exécution du plan national des travaux hydrauliques dans le bassin de l'Ebre n'existe que dans l'imagination du Gouvernement espagnol et est démentie par le rapport du Directeur technique de mai 1935 (*A.R.*, n° 64) d'où il résulte que la chute de Santa Ana fut effectivement comprise dans le plan national de l'Etat.

c'est un membre d'un collège et seul le collège a des pouvoirs (1). Par conséquent, ni dans la loi canadienne, ni dans les statuts de la Barcelona Traction, on ne trouve la source d'un pouvoir permanent de représentation dont M. Lawton aurait été investi.

On peut d'ailleurs en trouver la preuve *a contrario* dans la circonstance que chaque fois que M. Lawton, pour des opérations isolées et occasionnelles, a été amené à représenter la société en Espagne, il a dû obtenir à cet effet une procuration spéciale lui conférant ce pouvoir. Une telle procuration aurait été incompréhensible et inutile si M. Lawton avait eu, de façon permanente, la qualité de représentant de la Barcelona Traction en Espagne, au sens juridique du terme.

Le Gouvernement espagnol ne conteste pas que ces procurations aient été exceptionnelles : il n'invoque point d'autres exemples que ceux, isolés, déjà relevés par le Gouvernement belge, malgré les efforts qu'il n'a pas manqué de déployer et l'analyse minutieuse de toutes les archives de la société dont il dispose. Il se borne à répondre qu'il s'agirait de circonstances exceptionnelles où, suivant la loi espagnole, de telles procurations étaient nécessaires. Mais si elles étaient nécessaires, ce ne pouvait être précisément qu'en raison de l'absence d'un pouvoir général de représentation, — à peine de quoi, M. Lawton, suivant d'ailleurs une pratique appliquée dans tous les pays à ce sujet, se serait contenté d'exhiber son pouvoir général de représentation sans devoir solliciter des procurations spéciales. Celles-ci n'étaient au demeurant nullement justifiées par le caractère exceptionnellement important des opérations en cause.

Le Gouvernement belge a relevé, dans les stades antérieurs de la procédure, quatre procurations spéciales, remontant respectivement à 1918, 1921, 1924 et 1927 en faveur de M. Lawton. (*Procédure orale*, II, p. 354). Ces circonstances sont, de toute évidence, tout à fait insuffisantes pour que l'on puisse en déduire l'existence d'une activité commerciale de la société en Espagne.

Elles étaient d'ailleurs parfaitement connues du fisc espagnol; celui-ci, tout au long des trente années d'histoire de la société, n'a jamais estimé devoir en déduire, sur le plan fiscal, les conséquences que le Gouvernement espagnol voudrait maintenant leur attribuer, malgré les efforts de l'administration fiscale espagnole pour taxer la Barcelona Traction.

Devant l'impossibilité où il se trouve de mieux appuyer son argument en fait, le Gouvernement espagnol est amené à présenter des procurations de manière un peu particulière. Par exemple, M. Lawton fut chargé par la Barcelona Traction de la représenter dans le litige résultant de la dénonciation faite par un sieur Ceballos Teresi au fisc espagnol (*supra*, n° 343). Il fallait évidemment que quelqu'un pût défendre les intérêts de la société dans cette contestation — et cette circonstance ne permet assurément pas de conclure à une activité commerciale en Espagne. A cette fin, M. Lawton reçut un mandat spécial, limité au litige. Sous la plume du Gouvernement espagnol, grâce à un usage habile des points de suspension, ce mandat spécial se transforme en un véritable mandat général que tout lecteur non averti prendrait pour tel: On peut lire

(1) Voir la consultation de M. Graydon du 3 novembre 1960 (*A.O.C.*, n° 1, app. 3, vol. I, p. 23). Le Gouvernement espagnol n'a jamais apporté la preuve d'une inexactitude quelconque de cette consultation, malgré ses efforts pour jeter la suspicion sur la personne de son signataire.

en effet à l'annexe 1038 du *Contre-Mémoire*, vol. V, le texte du mandat tel que le Gouvernement espagnol le présente (p. 518) :

« 21. En date du 19 août 1918, la Barcelona Traction désigna M. Lawton « comme son mandataire pour prendre toutes les mesures nécessaires ... l'autorisant spécialement à comparaître au nom et en représentation de la Compagnie dans toutes les procédures... ».

Les points de suspension viennent opportunément dispenser le Gouvernement espagnol d'indiquer qu'il s'agissait exclusivement de la représentation de la société dans le litige Ceballos Teresi et des procédures qui concernaient ce litige...

Bien entendu, en dehors de ces quelques rares cas où il agissait en qualité de représentant de la société, M. Lawton fut également amené à rendre occasionnellement divers services matériels à la Barcelona Traction à propos de l'une ou l'autre opération, sans avoir pour autant de ce fait la qualité de *mandataire*. C'est ainsi qu'il transmet parfois certaines instructions données par les membres du Conseil de la Barcelona Traction à Arnús Garí (notamment pour l'opération d'acquisition de concessions dont il a été question ci-dessus) ou qu'il s'est occupé matériellement de transmettre l'un ou l'autre document. Ces circonstances n'en faisaient pas un *agent* ayant qualité pour engager la société — ainsi que cela est requis tant du point de vue du droit commercial que du point de vue du droit fiscal — et elles sont par conséquent sans pertinence pour l'attribution à la Barcelona Traction d'une activité en Espagne. Cette situation s'est rencontrée par exemple dans l'opération décrite au n° 67 du *Contre-Mémoire*, IV, p. 51, ainsi que dans diverses démarches énumérées à l'annexe 1038 du Chap. I, vol. V, pp. 518 et ss. (1).

(352) Le Gouvernement espagnol a cru pouvoir tirer argument *des procès-verbaux des réunions du Comité consultatif de l'Ebro, qui se tenaient à Barcelone* (voir *A.C.M.*, n° 234, 254, 298, 453, vol. III, pp. 198, 255, 325, 584; n° 623, 675, vol. IV, pp. 322, 424; et n° 938, 976, vol. V, pp. 240, 306). Il faut d'abord souligner que ce Comité n'avait aucun pouvoir de décision; il servait seulement à donner des avis et à tenir les membres de la société informés des affaires concernant le groupe. On ne voit dans aucun de ces documents que M. Lawton aurait agi comme représentant de la Barcelona Traction en Espagne et aurait conclu pour compte et au nom de cette société quelque opération que ce fût qui dût s'analyser en une opération commerciale de celle-ci en Espagne. Que M. Lawton — à la lumière des informations qu'il possédait — ait cru devoir tenir les membres du Comité consultatif informés de certaines opérations intéressant la société-mère, il n'y a là rien que de très naturel, mais on ne voit pas en quoi cela impliquerait une activité de la société-mère en Espagne.

(353) Le Gouvernement espagnol s'appuie ensuite sur les *opérations par lesquelles des titres de la Barcelona Traction, et particulièrement les obligations en pesetas, ont été introduits en Espagne, ainsi que sur diverses opérations financières traitées par la société anonyme de banque Arnús Garí*, pour soutenir que cette dernière agissait en qualité de représentant en Espagne de la Barcelona Traction.

(1) Voy. aussi par exemple l'annexe 50 au Ch. I du *C.M.*, doc. n° 6 et l'annexe 51, document n° 10 du même chapitre (Vol. I pp. 414 et 436). Il s'agit ici de quelques actes matériels épisodiques sans aucun pouvoir d'engager la Barcelona Traction.

Cette question a surtout été traitée par le *Contre-Mémoire* sous l'angle de prétendues fraudes fiscales commises par le groupe de la Barcelona Traction. Elle doit aussi être examinée sous l'angle du droit commercial pour ce qui concerne les conséquences à en déduire sur le plan de la compétence. (*C.M.*, n° 55 et ss., pp. 42 et ss.).

Il n'est pas douteux que la banque Arnús Garí est intervenue à propos de diverses opérations portant sur des obligations de la Barcelona Traction, notamment à l'occasion d'opérations de placement et de cotation en Espagne. Encore faut-il analyser exactement *en quelle qualité cette banque* a agi et quelle est exactement la nature des opérations qu'elle a réalisées. Lorsque le Gouvernement espagnol affirme que la Banque est l'« agent » de la société, cela n'est pertinent, pour appuyer la démonstration, que si le terme « agent » est employé dans son sens propre et non pas dans le sens large de toute personne qui intervient à un titre quelconque dans la préparation ou dans l'exécution matérielle d'une opération (*supra*, n° 347).

Il faut donc que le Gouvernement espagnol démontre que le prétendu « agent » était *in casu*, un représentant, agissant au nom du représenté.

Or, le banquier qui intervient lors d'opérations d'émission ou de placement ou encore lors d'opérations d'admission à la cote d'une Bourse peut intervenir à plusieurs titres.

Lorsqu'il est chargé d'effectuer un placement de valeurs mobilières dans le public à la demande de la société émettrice et lorsqu'il se borne à prêter ses services spécialisés en vue de cette opération, sans en assumer lui-même le risque financier, il agit le plus souvent comme un commissionnaire qui dévoile le nom de son commettant. Les prospectus d'émission indiquent quelle est l'entité émettrice et précise que le banquier agit pour compte de celle-ci. Le contrat de souscription produit alors ses effets entre les souscripteurs et la société émettrice. (*Code civ.*, art. 1709 et *Code de comm.*, art. 245, 246 et 247 — Garrigues, *Contrats bancaires*, Madrid, 1958, pp. 658 et 659.).

Mais le banquier peut aussi intervenir non point comme intermédiaire ou comme commissionnaire qui dévoile le nom de son commettant, mais comme souscripteur personnel, en vertu de conventions dont il assume alors pleinement les risques, même s'il place ultérieurement les titres dans le public.

Il est donc essentiel d'analyser exactement les rapports juridiques entre les parties, et la seule circonstance qu'un agent du fisc ou même l'une ou l'autre correspondance de l'Ebro ait qualifié Arnús Garí de représentant ne suffit pas à établir que cette société avait *juridiquement* cette qualité.

(354) Or, si l'on veut bien analyser exactement les opérations invoquées par le Gouvernement espagnol, à la lumière des documents qu'il a lui-même produits, on constate que les opérations où la Banque Arnús Garí a agi comme mandataire ou comme commissionnaire dévoilant le nom de son commettant sont épisodiques, très limitées et sans aucune signification économique.

Par exemple, il est exact que la Barcelona Traction eut, à la suite de la guerre civile espagnole, à délivrer des duplicata de titres aux titulaires des obligations qui avaient été détruites pendant la guerre civile espagnole. Une procédure spéciale avait été instituée à ce sujet en vertu d'une loi de 1^{er} juin 1939. Cette loi prévoyait un régime de publications, applicable même aux sociétés non domiciliées en Espagne et n'y faisant aucune opération commerciale, de manière à permettre aux titulaires espagnols d'obligations de profiter du régime qu'elle instituait.

Suivant cette loi, les opérations de délivrance des duplicata — de même que les formalités prévues par la loi dans le détail desquels il ne paraît pas nécessaire d'entrer ici — devaient être accomplies à l'intervention des organismes chargés du paiement des intérêts des obligations dans le pays, c'est-à-dire généralement par des banques.

L'application de ces dispositions légales soulevait d'ailleurs des problèmes délicats pour les obligations *First Mortgage émises sous l'empire de la loi canadienne* : les droits de ce pays et les dispositions du *Trust deed* concernant les titres volés ou perdus ne se conciliaient que malaisément avec les dispositions légales espagnoles. Quoi qu'il en soit il fut décidé de procéder à la délivrance des duplicata, moyennant diverses précautions.

Il est clair que la Barcelona Traction a accompli là, avec le concours d'Arnús Garí, des obligations imposées par la loi espagnole, sans que l'on puisse y voir la preuve qu'elle aurait, de ce fait, exercé une activité commerciale en Espagne.

Il faut y ajouter l'une ou l'autre opération d'échange d'obligations où la Banque Arnús Garí est intervenue en qualité de banquier commissionnaire : tel est le cas par exemple de l'échange des obligations 7 % à 30 ans dont il est longuement question dans le n^o 58. IV, p. 44 du *Contre-Mémoire*. Faut-il rappeler que ces opérations remontaient à plus de vingt ans au moment de la faillite ?

Soutiendra-t-on que ces quelques opérations suffisent à justifier l'affirmation selon laquelle la Barcelona Traction faisait des opérations en Espagne, lorsqu'elles sont dénuées de toute signification économique ?

S'il fallait suivre le Gouvernement espagnol sur ce terrain, toute société de quelque importance dont les titres sont répandus dans le public ferait nécessairement le commerce dans tous les pays où se trouvent des titres, même pour des montants modestes ; par la force des choses, l'existence de titres en circulation entraîne toute une série d'opérations de diverses natures tels les estampillages, les échanges des titres, les émissions de duplicata ou le paiement des coupons, et il convient souvent dans l'intérêt même des porteurs, que ces opérations se fassent sur place c'est-à-dire dans les différents pays où il existe des titres.

Leur signification sous l'angle de l'activité même de la société est évidemment nulle.

(355) En revanche, dans toutes les autres opérations, beaucoup plus importantes, auxquelles se réfère le *Contre-Mémoire*, la Banque Arnús Garí n'est pas intervenue comme commissionnaire intermédiaire, et le *Contre-Mémoire* ne pourrait lui prêter cette qualité qu'au prix d'une sérieuse déformation des réalités.

On en examinera rapidement quelques exemples : Il résulte de l'examen des documents produits à propos de l'émission des obligations Prior Lien A, 7 % émises en 1918 (C.M., n° 55 et 56, p. 42) invoquée par le *Contre-Mémoire*, qu'en réalité ces obligations ont été *souscrites par la Banque Arnús Garí*. Celle-ci en est ainsi devenue propriétaire et a d'ailleurs payé le prix de la souscription, soit 9.500.000 pesetas pour une valeur nominale de 10.000.000 de pesetas dans les conditions prévues par l'article 6 de la convention. (Voir le contrat de souscription, qualifié vente, conclu entre la Barcelona Traction et Arnús Garí, A.C.M., n° 46, doc. 2, vol. I, p. 375). Cette convention est signée à Londres en présence d'un notaire anglais. La souscription était subordonnée à une condition, à savoir l'obtention de l'autorisation à donner par le Gouvernement espagnol d'introduire les obligations en Espagne. L'ordonnance royale du 8 mai 1918 (A.C.M., n° 1043, vol. V, p. 551) démontre que la demande a été introduite par le gérant de la société Arnús Garí, agissant non point comme agent de la Barcelona Traction ou comme mandataire de celle-ci, mais au nom d'Arnús Garí, et pour compte de cette société; c'est à Arnús Garí que l'autorisation a été accordée directement par les autorités espagnoles (1). Une fois les obligations introduites en Espagne c'est encore la Banque qui, en son propre nom, à ses propres frais et à ses propres risques, a procédé à la vente des titres en sorte qu'elle n'est nullement intervenue comme intermédiaire contrairement aux affirmations erronées du *Contre-Mémoire*. Sans doute l'opération une fois conclue à Londres, au moins en ce qui concerne la Barcelona Traction, a-t-il fallu réaliser quelques opérations matérielles, d'ailleurs le plus souvent pour compte de la banque qui introduisait à ses risques les obligations en Espagne. Si ces quelques opérations matérielles d'exécution ont requis l'aide de l'un ou l'autre agent de l'Ebro se trouvant à Barcelone, qui rendait ainsi un service à la Banque, il n'en résulte évidemment pas une activité commerciale de la Barcelona Traction en Espagne.

L'émission des obligations 6 % à 6 ans en pesetas a eu lieu de 1919 à 1921, dans des circonstances tout à fait analogues. Le *Contre-Mémoire* s'abstient ici encore de donner l'analyse des documents qu'il invoque et qui sont pourtant reproduits dans les annexes. (C.M., n° 57, p. 43; A.C.M., n° 1038, vol. V, pp. 512 et ss). Il résulte des documents qui ont servi de base à l'intervention du banquier et particulièrement de la convention faisant l'objet de l'annexe n° 49, doc. 7, du Chapitre I du *Contre-Mémoire*, vol. I, p. 400, que Arnús-Garí a souscrit la totalité des obligations dont il est question à ses propres frais, risques et périls. Ici encore, la souscription se présente sous les dehors d'un contrat d'achat-vente en vertu duquel le souscripteur *acquiert* les titres. Le contrat a été passé en Angleterre, conformément aux lois anglaises et les deux parties ont fait élection de domicile en Angleterre.

La demande d'autorisation relative à l'introduction de ces obligations en Espagne a été introduite par Arnús Garí en son nom personnel et c'est Arnús Garí qui l'a obtenue (A.C.M., n° 1043, vol. V, p. 549). La nature juridique exacte des rapports entre les parties n'est pas altérée par la circonstance que l'arrêté royal précise que le montant souscrit par Arnús Garí doit servir à des travaux d'utilité publique dans le bassin de l'Ebre; l'affectation du produit de la souscription initiale justifie évidemment l'autorisation d'introduire les obligations sur le territoire espagnol, mais elle n'exclut nullement que les obligations aient été souscrites antérieurement par Arnús Garí et que cette société, et non la Barcelona

(1) Contrairement à ce que déclare inexactement le *Contre-Mémoire* (note 1, p. 42) cet arrêté ne subordonne nullement l'autorisation à une affectation quelconque des fonds provenant des ventes.

Traction, en soit venderesse en Espagne. La demande d'introduction (*A.C.M.*, n° 208, vol. III, p. 155) précise même expressément que la convention signée à Londres entre Arnús Garí et la Barcelona Traction avait pour objet l'acquisition desdites obligations par Arnús Garí. Elle précise aussi que le placement des titres en Espagne devait se faire aux frais de Arnús Garí. Or, lorsqu'il existe un mandat ou une commission commerciale, le mandataire ou le commissionnaire ne supporte évidemment pas les frais de l'opération.

Le *Contre-Mémoire* insiste sur les actes accomplis par M. Lawton à cette occasion pour tenter d'en déduire qu'il agissait comme représentant de la Barcelona Traction pour cette opération. En réalité, les opérations entre la Barcelona Traction et Arnús Garí furent conclues à Londres. Il existait quelques mesures d'exécution à effectuer dont la signature des certificats provisoires représentatifs des titres, la remise matérielle d'un document ou le paiement du prix de la souscription par Arnús Garí. C'est uniquement à cette fin que M. Lawton est intervenu (1) ou encore en vue d'apporter une assistance matérielle à l'opération sans qu'il ait jamais véritablement agi et représenté Barcelona Traction dans l'opération — pour la bonne raison que l'opération était complètement réalisée en Angleterre par la conclusion du contrat.

(356) Le Gouvernement espagnol prétend trouver l'indice d'une fraude fiscale dans une opération de vente d'obligations par la société Arnús Garí à la Unión Eléctrica de Cataluña (*C.M.*, IV, n° 61, p. 47). On n'aperçoit pas la pertinence de ce développement pour la démonstration de l'exercice par la Barcelona Traction d'une activité en Espagne; l'existence d'une fraude — à la supposer établie — commise entre Arnús Garí et Unión Eléctrica de Cataluña ne démontrerait rien en ce qui concerne l'activité même de la Barcelona Traction. Au surplus, la fraude en question n'existe que dans l'imagination du Gouvernement espagnol; les annexes au bilan de l'Unión Eléctrica de Cataluña démontrent que cette société devint propriétaire des obligations achetées par elle et qu'elle paya effectivement les impôts sur les revenus provenant des intérêts desdites obligations. Ces obligations faisaient d'ailleurs partie des obligations en pesetas 6 % à 45 ans souscrites par Arnús Garí et introduites par ces derniers en Espagne, mais que Arnús Garí n'avait pas encore revendues dans le public. Elles furent ensuite revendues dans le public par Unión Eléctrica de Cataluña et le produit de la vente fut alors affecté aux investissements dans les activités de l'Ebro. La citation de la lettre de M. Lawton sur l'« apparence d'une vente véritable » s'explique par la circonstance que, temporairement, les fonds nécessaires à l'acquisition par Unión furent prêtés par l'Ebro à l'aide des fonds que lui avançait la Barcelona. Ces montants furent remboursés ultérieurement au fur et à mesure du placement dans le public des obligations acquises par Unión. En réalité, cette opération n'avait rien que de licite et l'on peut penser que M. Lawton, — agissant pour l'Ebro et l'Unión — échaudé par diverses exigences antérieures, dénuées de fondement, des autorités espagnoles — prenait à cet égard des précautions superflues.

(1) Et encore est-ce uniquement pour indiquer le lieu du paiement à Arnús Garí (*A.C.M.*, n° 49, doc. 8, vol. I, p. 402).

(357) *La cotation des obligations de la Barcelona Traction à la Bourse de Barcelone* est également invoquée par le Gouvernement espagnol à l'appui des affirmations selon lesquelles la Barcelona Traction agissait en Espagne à l'intervention de la société Arnús Garí.

Cette question doit, ici encore, être analysée avec soin. Les conventions conclues entre Barcelona Traction et la Banque Arnús Garí (*A.C.M.*, n° 260, vol. III, p. 267 et n° 448, vol. III, p. 578) démontrent une fois encore, que ce n'est nullement la Barcelona Traction qui sollicita cette admission à la cote de la Bourse de Barcelone, mais que c'est au contraire la Banque qui prit cette initiative. Cela se comprend d'ailleurs parfaitement puisque la Banque avait elle-même souscrit ferme des tranches importantes des emprunts en pesetas ainsi qu'il a été montré ci-dessus; elle avait donc le plus grand intérêt à créer, pour les obligations, un marché aussi large que possible.

Cela résulte clairement des conventions relatives aux opérations en cause :

La première d'entre elles, datant de novembre 1921, dispose que :

« La Société fournira, à ses frais, aux Banquiers, les documents et données requis pour mettre les Banquiers en mesure d'obtenir l'admission des obligations sept pour cent à la cote officielle de la Bourse de Barcelone, étant entendu que la Société ne sera pas tenue d'accomplir des actes qui entraîneront ou pourraient entraîner pour elle une obligation quelconque en vertu des lois fiscales d'Espagne, ou à la suite desquels elles pourrait être réputée comme faisant des affaires en Espagne » (1).

Dans la convention du 9 avril 1927 conclue entre Arnús Garí et Barcelona Traction on trouve une clause similaire, soit la clause 14 qui s'exprime comme suit :

« La Société fournira, à ses frais, aux Banquiers, tels documents ou données qu'elle possède dans ses archives ou dans ses livres et qui seraient requis par les Banquiers en vue d'obtenir l'admission des Obligations six pour cent à la cote officielle de la Bourse de Barcelone, étant entendu qu'en conséquence ou à la suite de tels actes de la part des Banquiers, la Société ne sera pas responsable pour le paiement d'impôts additionnels relatifs à ladite émission d'obligations ou en rapport avec celle-ci, et qu'elle n'encourra aucune obligation en vertu des lois d'Espagne concernant la question de savoir si elle peut être réputée comme faisant des affaires en Espagne, et afin d'éviter des difficultés à cet égard, les Banquiers ne feront aucune démarche tendant à obtenir l'admission à la cote officielle de la Bourse de Barcelone des dites obligations six pour cent sans avoir obtenu au préalable le consentement de la Société tant en ce qui concerne l'opportunité de demander l'admission à la cote officielle qu'en ce qui concerne les mesures à prendre à cette fin » (2).

(1) « The Company shall supply the Bankers at its own expenses with whatever documents or data are necessary in order to enable the Bankers to secure the official quotation of the seven per cent Bonds on the Barcelona stock exchange provided that the Company shall not be required to do any act or thing which will or may involve it in any liability under the Tax Laws of Spain or whereby it might be deemed to be carrying on business in Spain ».

(2) « The Company shall supply the Bankers at its own expenses with whatever documents or data it has on file or in its records and may be required by the Bankers in order to secure the official quotation of the six per cent Bonds on the Barcelona Stock Exchange provided that in consequence or as a result of any such action on the part of the Bankers the Company will not become responsible for the payment of further taxes on or in connection with the said issue of Bonds nor shall it become involved in any liability under the laws of Spain regarding the question as to whether it might be deemed to be carrying on business in Spain, and in order to avoid difficulties in connection with these matters the Bankers shall not take any steps to procure the official quotation of the said six per cent Bonds on the Barcelona Stock Exchange without first having obtained the Company's consent both as to the desirability of asking for the official quotation and as to the means to be adopted to that end ».

La Barcelona Traction avait d'ailleurs été particulièrement attentive à cette question et avant d'autoriser les banquiers à effectuer leurs démarches, elle avait consulté un spécialiste espagnol, qui avait conclu que cette opération ne pouvait conduire à la conclusion que Barcelona Traction exerçait une activité commerciale en Espagne. (Consultation de M. Carner, reproduite, mais en traduction très approximative, au vol. III, annexe 289, pp. 310 et suiv. du *Contre-Mémoire*).

Ici encore, Arnús Garí n'a donc jamais agi en qualité de mandataire ou de représentant de la société, mais en son nom, pour son compte et à ses frais.

(358) *Diverses autres opérations isolées* sont encore invoquées par le Gouvernement espagnol, et notamment l'octroi d'un prêt d'argent par Arnús Garí à la Barcelona Traction, et des opérations effectuées par la London C. W. Bank — qui avait une succursale en Espagne — en qualité de banquier de la Barcelona Traction.

La première de ces opérations est, de toute évidence, dénuée de pertinence. Le fait qu'un banquier espagnol accorderait un prêt temporaire à une société étrangère ne pourrait évidemment suffire à établir une activité commerciale de cette société en Espagne. Les opérations de crédit international se trouveraient singulièrement perturbées si cette conception du Gouvernement espagnol était exacte ! Le seul prêt — isolé et remontant à 1918 — qu'invoque le Gouvernement espagnol consiste en une avance de 2 millions de pesetas consentie par Arnús Garí à la Barcelona Traction (*A.C.M.*, n° 48, vol I, p. 393) à valoir sur les sommes dont cette banque allait être débitrice par suite de la souscription d'obligations de la Barcelona Traction. La lettre du 22 novembre 1918 qu'invoque le Gouvernement espagnol n'indique d'ailleurs pas où l'opération a été conclue, ni l'endroit où les fonds avaient été adressés.

Quant à la London C.W. Bank, il résulte des documents produits par le Gouvernement espagnol qu'elle avait ouvert un compte à sa succursale de Barcelone en faveur de la Barcelona Traction où certains versements provenant de l'acquisition par Arnús Garí des obligations émises en pesetas furent effectués, les sommes étant ensuite transférées à l'Ebro par la Barcelona Traction en exécution des avances consenties par cette société au profit de l'Ebro suivant les méthodes de financement déjà amplement décrites ci-dessus. Ici encore il s'agit d'opérations remontant à plus de trente ans avant la déclaration de faillite. Au surplus, le seul fait d'avoir un compte ouvert dans une banque en Espagne ne permet pas de considérer cette banque comme un « agent ». En outre la circonstance que la succursale en Espagne d'une banque étrangère ait à deux ou trois reprises, apposé des signatures sur des certificats provisoires d'obligations ne lui conférerait pas davantage cette qualité. Il est évidemment singulier d'invoquer ces faits, remontant à plus de vingt ans pour soutenir qu'en 1948, Barcelona Traction exerçait une activité en Espagne.

(359) Le *Contre-Mémoire* consacre encore divers développements aux aspects fiscaux de l'exercice d'une activité en Espagne particulièrement sous l'angle de la perception de l'impôt de négociation sur les obligations circulant en Espagne.

Il s'agissait d'un impôt, organisé par une loi du 11 mai 1926, fondé, en ce qui concerne les sociétés étrangères, sur une distinction fondamentale entre les sociétés qui « font des affaires en Espagne » et celles qui n'en font pas (art. 169 et 170 de cette loi).

Les sociétés qui « faisaient des affaires en Espagne » étaient redevables de cet impôt indépendamment de la question de savoir si leurs titres circulaient ou non dans le pays, ainsi que l'expose très clairement M. Tornos dans une consultation donnée à la société le 8 mars 1930 (*A.C.M.*, n° 55, vol. I, pp. 445 et ss.). D'autre part, selon l'article 169, les sociétés qui ne faisaient aucune affaire en Espagne mais dont les titres circulaient dans le pays étaient tenues de payer cet impôt sur le montant des titres en circulation. C'était, dans ce dernier cas le « représentant légal » de la société en Espagne qui était responsable du paiement du droit. (art. 169).

Par « faire des affaires en Espagne, » l'article 170 visait, suivant une interprétation unanime, la situation des sociétés ayant en Espagne des installations, des succursales, des agences etc. Tel était par exemple le cas de l'Ebro; tel n'était pas le cas de la Barcelona Traction; tout le monde en convient et même le Gouvernement espagnol ne met pas en question cette interprétation de la loi ni la circonstance que la Barcelona Traction ne tombait pas sous le coup de l'article 170.

La Barcelona Traction pouvait-elle alors tomber sous le coup de l'article 169 et particulièrement avait-elle un « représentant légal » dans le pays au sens très particulier de ce texte? Tel est le problème que le *Contre-Mémoire* aborde aux n° 60 et suivants (IV, pp. 45 et ss.) Les consultations et les échanges de correspondance cités par le *Contre-Mémoire* à ce propos ne concernent que ce problème fiscal et témoignent simplement du souci d'éviter que tel ou tel soit considéré, au point de vue fiscal, comme le représentant en Espagne de la société. Préoccupation assurément légitime si l'on veut bien constater, avec M. Tornos, que la notion de « représentant légal en Espagne » prévue par la loi de 1926 était extrêmement floue et imprécise et que les obligations de ce représentant étaient singulièrement mal définies par la loi. Devant la difficulté de définir cette disposition, et à défaut d'un meilleur critère, M. Tornos proposait de se référer à la conception de droit commun de la représentation et de considérer comme représentant en Espagne le banquier qui au moment de l'introduction des titres en cause aurait agi non point pour son compte personnel mais pour compte de la société étrangère. (*Consultation, loc. cit.*, p. 447). Nous avons vu que tel n'était pas le cas de Arnús Garí. Le Gouvernement espagnol fut lui-même conscient de l'imperfection foncière de cette législation, et de l'impossibilité pratique de percevoir l'impôt si la société n'a pas de représentant légal.

Par un décret du 18 avril 1932, il a dès lors complété la loi de 1926 en ce sens que, à défaut de représentant légal en Espagne, les sociétés qui n'y poursuivaient pas d'affaires au sens de l'article 170 — c'est-à-dire en substance, celles qui n'y avaient pas d'établissement — seraient néanmoins soumises à l'impôt du timbre de négociation, mais que leurs répondants seraient les « entités » ou les banquiers chargés du paiement des dividendes et des intérêts.

En février 1932, la Banque Arnús Garí fut interpellée par le fisc espagnol (*A.C.M.*, n° 57, vol. I, pp. 451 et ss) au sujet de la perception de l'impôt de timbre de négociation pour la période de 1917 à 1931. Après enquête, il fallut bien que les autorités fiscales, qui eurent cependant connaissance de tous les documents pertinents et notamment de tous les documents actuellement invoqués par le *Contre-Mémoire* au sujet de l'introduction des titres en Espagne et de leur cotation à la Bourse de Barcelone, se rendissent à l'évidence : la banque n'était pas le « représentant légal » de la société à

Barcelone; en conséquence, il n'existait aucune personne responsable du paiement de l'impôt pour la période antérieure au décret d'avril 1932 et — conformément à la conclusion de la consultation de M. Tornos, — l'impôt n'était pas susceptible, pratiquement, d'être levé. Pour la période postérieure la situation se modifia, puisque Arnús Gari, *même sans être représentant en Espagne* mais en qualité de simple intermédiaire chargé du paiement des coupons, en devenait responsable.

Il apparaît très clairement de ces développements historiques, que loin de confirmer la thèse actuelle du Gouvernement espagnol, ils confirment :

- que Arnús Gari n'a pas été considéré, même après enquête, par les autorités fiscales espagnoles comme le « représentant » en Espagne de la société;
- que postérieurement à 1932, si Arnús Gari a répondu du paiement de l'impôt, c'est par suite d'une modification législative et au titre de banquier chargé du service des coupons et, d'ailleurs, par retenue sur ces coupons, sans avoir pour autant la qualité de représentant en Espagne; que dès lors suivant les autorités espagnoles, le fait de payer les coupons ne suffisait pas à faire du banquier un représentant.

Il est très légitime que les dirigeants de la Barcelona Traction, à la lumière de cette législation, aient tenu à éviter de toutes les façons qu'Arnús Gari fût faussement considéré comme représentant de la Barcelona Traction en Espagne. Dès lors qu'il n'existait aucune simulation — et aucune simulation n'a été démontrée à ce propos — il n'existe évidemment aucune fraude fiscale si le contribuable évite simplement de créer les conditions de la perception de l'impôt telles qu'elles sont objectivement définies par la loi.

Quant à soutenir, comme l'avait fait le Gouvernement espagnol, que la Barcelona Traction aurait une activité en Espagne par le fait que ses obligataires ont obtenu certaines sûretés sur des biens appartenant à des filiales, le Gouvernement espagnol paraît y avoir renoncé et on le comprend (1).

(360) En conclusion, le Gouvernement belge croit pouvoir déduire des développements qui précèdent :

- que les efforts du Gouvernement espagnol pour démontrer l'exercice par la Barcelona Traction d'une activité en Espagne sont en toute hypothèse vains, puisqu'il est constant que le juge de Reus, pas plus que les requérants, n'a invoqué ni même connu aucun des éléments de fait actuellement décrits dans le *Contre-Mémoire*, en sorte que ce juge n'a pu fonder ni sa compétence ni la légalité de son jugement sur ces éléments; il s'est, en réalité, reconnu compétent et a prononcé la faillite sans examen sérieux de cette question; ici encore, le Gouvernement espagnol en est réduit à tenter, en vain, de justifier *a posteriori* les décisions critiquées;
- que ces mêmes efforts ne sont pas plus fondés sur le plan fiscal, puisqu'il est constant qu'au long des quarante années de l'activité de la Barcelona Traction et de ses filiales, le fisc espagnol n'a jamais établi que la société aurait eu une activité en Espagne ni même qu'elle y aurait eu un représentant, et cela malgré la plainte du sieur Ceballos Teresi, malgré le caractère approfondi des enquêtes qui furent menées, et malgré l'intervention de l'administration auprès de la société Arnús-Gari en 1932 à pro-

(1) Circonstance piquante : c'est le seul élément précis invoqué par le juge de Reus, que le Gouvernement espagnol est — une fois encore — obligé d'abandonner pour y substituer d'autres justifications.

pos de l'impôt sur la circulation des titres; qu'il n'en fut pas autrement même après les prétendues «révélation», qui suivirent la déclaration de faillite et la saisie des archives du groupe en Espagne;

- que tous les éléments invoqués sont anciens et se rapportent à des opérations isolées dont aucune n'est contemporaine ni même proche de la date de la déclaration de faillite;
- que pour apprécier si la société avait en Espagne un agent ou accomplissait une activité commerciale dans le pays, il faut avoir égard à la qualification juridique exacte des rapports entre les parties et non point à quelques dénominations à caractère plus économique que juridique ni à des phrases isolées de leur contexte; qu'en particulier le commissionnaire ne peut être considéré comme engageant son commettant par le mécanisme de la représentation que s'il dévoile le nom de celui-ci et agit ainsi non seulement pour le compte du commettant mais encore au nom de celui-ci; que le mot « agent » est imprécis et que seul l'agent *mandataire* ou *commissionnaire* dévoilant son commettant peut engager ce dernier;
- que la rédaction de l'objet social et les autorisations données par le Gouvernement Canadien quant à l'extension de cet objet sont sans pertinence à ce sujet; qu'il faut avoir égard au contraire à l'activité réellement exercée parmi celles que prévoit l'objet;
- que la seule circonstance que la société avait la majorité ou même la totalité du capital des sociétés filiales d'exploitation ne la rendait pas pour autant commerçante en Espagne;
- que la Barcelona Traction n'a jamais été titulaire elle-même de concessions en Espagne;
- que la Barcelona Traction n'a exploité elle-même des installations en Espagne que pendant quelques années de 1913 à 1919 jusqu'à la cessation du contrat concernant l'affermage des tramways de Barcelone;
- qu'elle n'avait pas d'agent permanent en la personne de M. Lawton ou d'autres membres du personnel de l'Ebro à Barcelone; que chaque fois que, occasionnellement, M. Lawton devait représenter la Barcelona Traction il devait obtenir une procuration *spéciale* à cet effet; que ces hypothèses furent très *rare* et *exceptionnelles*;
- que la banque Arnús Garí n'a effectué pour compte de la Barcelona Traction que des opérations matérielles et non juridiques, et que ces opérations, d'ailleurs anciennes, ne sont pas de nature à lui conférer la qualité d'un « agent » de la société en Espagne pouvant engager celle-ci; que ces opérations étaient d'ailleurs insuffisantes, aux yeux de l'administration fiscale espagnole elle-même pour conférer à Arnús Garí la qualité de « représentant »;
- que pour le surplus, la Banque Arnús Garí est parfois intervenue comme commissionnaire sans dévoiler le nom de son commettant (une seule opération sur des concessions, remontant à 1926) et, le plus généralement, en son propre nom et pour son propre compte, dans les opérations d'introduction et de placement des obligations sur le marché espagnol, ainsi que pour l'admission des titres à la cote de la Bourse de Barcelone; qu'elle ne pouvait, en cette qualité, être considérée comme un « représentant » ou un « agent » de la Barcelona Traction;

- qu'aucune des quelques autres opérations anciennes et isolées, invoquées par le Gouvernement espagnol, n'est pertinente pour appuyer la démonstration de ce dernier;
- que l'histoire fiscale de la société, loin d'infirmier les conclusions qui précèdent, les confirme au contraire.

En conséquence la Barcelona Traction ne peut être considérée ni au point de vue du droit commercial, ni au point de vue du droit fiscal comme ayant exercé elle-même une activité commerciale en Espagne.

SECTION III

LES REFUS DE DEVICES ET L'OPPOSITION
DES AUTORITES ADMINISTRATIVES AU PLAN D'ARRANGEMENT

(361) Le Gouvernement belge a exposé (*M.*, I, n° 355, p. 174) que le rejet des demandes de devises avait pu longtemps trouver sa cause dans la pénurie de devises dont souffrait l'Espagne, mais qu'à partir de 1945, la situation s'est complètement modifiée. Désormais, l'élément décisif sera la volonté arrêtée du Ministre Suances d'« hispaniser » les entreprises du groupe de la Barcelona Traction en favorisant les buts et l'action du groupe March. C'est ce qui l'amènera à s'opposer, sans raison valable, à l'exécution du plan d'arrangement que la Barcelona Traction avait conclu avec ses obligataires, précisément pour porter remède à la situation difficile qui résultait pour elle de l'impossibilité de recevoir des transferts d'Espagne.

Le Gouvernement espagnol prétend, au contraire, que l'attitude des autorités administratives à l'égard des demandes de devises ou d'autorisations de change aurait eu pour cause, dès 1932, l'insuffisance de renseignements fournis au service des changes par les dirigeants du groupe, qui, ajoute-t-on, tenaient à ne pas divulguer l'état de « faillite latente » résultant prétendument de la structure du groupe et de ses méthodes de financement, ainsi que les fraudes à la loi espagnole dont on prétend qu'ils s'étaient rendus coupables. La Barcelona Traction, est-il dit dans le *Contre-Mémoire* (IV, n° 119, p. 81), se serait trouvée, au moment de l'institution du contrôle des changes en Espagne,

« empêtrée dans la complexe toile de faussetés et dans le labyrinthe de dettes dont elle s'était entourée. Pour obtenir l'autorisation de transférer à l'étranger les fonds dont elle avait besoin pour s'acquitter de ses engagements, elle devait répondre de façon satisfaisante aux inéluctables et raisonnables demandes d'explications des autorités chargées du contrôle. Mais elle ne pouvait le faire sans courir le grave risque de révéler au grand jour les divers mécanismes de fraude qu'elle avait si laborieusement mis au point au cours des 15 années précédentes ».

Cette thèse ne résiste pas à l'examen.

Il a déjà été amplement démontré dans la première section de ce chapitre que cette accusation de fraude dans la structure du groupe et ses méthodes de financement était entièrement controuvée et se trouvait démentie par les faits de la cause.

Il reste à établir que l'Ebro, loin de chercher à éluder les demandes de renseignements qui lui furent adressées par le contrôle espagnol du change à l'occasion de ses requêtes de transferts, y a au contraire satisfait.

On démontrera aussi que l'explication de l'attitude des autorités espagnoles à partir de 1945 est bien celle que le *Mémoire* avait exposée.

Tel est l'objet de cette troisième section.

On ne se bornera donc pas dans celle-ci à laver les dirigeants du groupe de la Barcelona Traction des critiques qui leur sont adressées au sujet de leur attitude vis-à-vis des autorités du change et qui, fussent-elles fondées, ne justifieraient aucunement les mesures iniques et illicites ordonnées ou permises par les tribunaux espagnols. On démontrera le bien-fondé des accusations portées contre l'exécutif d'avoir sciemment entretenu les difficultés de change du groupe de la Barcelona Traction, en empêchant celle-ci d'y porter remède, et d'avoir ainsi fourni au groupe March un prétexte pour l'introduction d'une demande de faillite.

(362) Les thèses espagnoles relatives aux décisions administratives qui précéderent la déclaration de faillite sont traitées en des endroits différents du *Contre-Mémoire*, avec renvoi à des annexes réparties dans trois volumes.

Il a paru préférable, pour la compréhension de la discussion, d'examiner successivement, et dans l'ordre chronologique, les relations entre le groupe de la Barcelona Traction et les autorités espagnoles du change au cours des trois périodes distinctes qui semblent marquer l'histoire du groupe entre 1930 et 1946, à savoir :

- 1°) l'accueil fait aux demandes de transferts pendant la période de 1930 à 1936;
- 2°) les refus opposés à ces demandes de 1940 à 1944;
- 3°) les refus opposés à l'exécution du plan d'arrangement en 1945 et 1946.

(363) Mais avant d'aborder l'examen de ce qui s'est passé au cours de la première de ces périodes, il convient de redresser les déformations que l'on trouve dans le *Contre-Mémoire* relativement à l'argumentation développée dans le *Mémoire* et reprise dans la présente *Réplique*.

(364) Suivant le *Contre-Mémoire* (IV, n° 29, p. 153, et n° 36 à 43, pp. 155 et 156), le Gouvernement belge aurait donné « l'impression » (*sic*, n° 29, p. 153) que les services du contrôle des changes espagnol auraient été saisis de demandes de devises « à l'intention du service financier des obligations en livres sterling de Barcelona Traction », alors qu'en fait « le service financier des obligations Prior Lien et First Mortgage de Barcelona Traction n'a jamais — ni avant ni après 1945 — fait l'objet d'une demande de devises adressée à l'autorité monétaire espagnole qui n'a donc jamais eu à refuser de devises destinées à cette fin » (1).

Si le Gouvernement espagnol entend par là reprocher au *Mémoire* d'avoir donné à penser que les demandes de devises ont émané de la Barcelona Traction et non de l'Ebro, ce reproche est incompréhensible.

En effet, le Gouvernement belge n'a jamais soutenu que la Barcelona Traction aurait elle-même adressé aux autorités espagnoles du change, à un moment quelconque, des demandes de transferts de devises destinées à assurer le service de ses obligations

(1) Les italiques sont au texte.

en livres sterling, et le Gouvernement espagnol est d'ailleurs incapable d'indiquer le moindre passage du *Mémoire*, des *Observations et Conclusions* ou des plaidoiries qui aurait pu « donner l'impression » qu'il en était ainsi.

Ce que le Gouvernement belge a constamment soutenu, c'est que la seule cause de la suspension par la Barcelona Traction du service de ses obligations a été le refus persistant du contrôle espagnol des changes d'accorder à l'*Ebro* les devises nécessaires au service des intérêts sur *ses propres dettes* à l'étranger, et que cette situation mit la Barcelona Traction, créancière ainsi privée de ses revenus, dans l'impossibilité de faire face au paiement de ses propres obligations en devises étrangères.

(365) Mais à ce reproche, adressé bien à tort, comme on vient de le voir, à la présentation que le Gouvernement belge aurait donnée aux faits, en succède tout de suite un autre qui, lui, s'adresse aux dirigeants du groupe de la Barcelona Traction et qui est réellement surprenant. Le *Contre-Mémoire*, après avoir rappelé qu'« une des caractéristiques du régime de contrôle des changes est que les personnes intéressées à obtenir des devises doivent soumettre leurs demandes individuelles à l'examen de l'autorité monétaire », s'empresse d'ajouter : « Or, la Barcelona Traction n'a jamais pris l'initiative qui lui incombait pour provoquer une décision administrative en cette matière, c'est-à-dire qu'elle n'a jamais présenté à l'autorité monétaire la moindre demande de devises en vue d'assurer le service financier de ses obligations en livres » (*C.M.*, n° 38, p. 155).

Or, le Gouvernement espagnol ne peut ignorer, ce qui va d'ailleurs de soi, que les demandes de transferts furent introduites par l'entité débitrice qui détenait les fonds en Espagne, à savoir l'*Ebro*, et qu'il ne pouvait en être autrement. C'est à la société exploitant en Espagne, qui désire transférer à l'étranger tout ou partie du produit de son exploitation, que ce soit à titre d'intérêts sur des dettes contractées à l'étranger ou à titre de dividende, à s'adresser au contrôle des changes pour demander les autorisations nécessaires, de même que c'est à la personne résidant en Espagne, qui est redevable de sommes vis-à-vis de l'étranger, à s'adresser à l'Office des changes espagnol pour obtenir les devises dont elle a besoin pour s'acquitter de sa dette. La chose est si évidente qu'elle ne semblerait pas mériter qu'on en cherche des preuves, si celles-ci ne se trouvaient au dossier lui-même qui est soumis à la Cour. On se bornera à deux exemples, puisés tous deux dans la documentation annexée au *Contre-Mémoire* :

1^o) Le 12 mars 1940, la société belge Sofina, qui depuis de nombreuses années apportait son concours technique, administratif et financier à différentes sociétés espagnoles, dont l'*Ebro* et les autres sociétés du groupe de la Barcelona Traction, demanda à l'I.E.M.E. (Institut espagnol de Monnaie étrangère) d'autoriser que lui soient versées en Espagne les sommes que ces sociétés lui devaient (*A.C.M.*, n° 894, vol. V, p. 156). A quoi l'Institut répondit en date du 6 avril qu'« il convient que chacune des sociétés débitrices nous adresse une demande appropriée en y joignant toutes les pièces justificatives à l'appui » (*A.C.M.*, n° 897, vol. V, p. 160).

2^o) Le 3 juillet 1946, le même Institut espagnol de Monnaie étrangère expose au Ministre de l'Industrie et du Commerce les raisons pour lesquelles il propose le rejet de la deuxième modalité de financement du plan d'arrangement (*A.C.M.*, n° 5,

doc. 13, vol. VI, p. 300). Cette lettre, d'une grande importance, sera analysée ultérieurement (*infra*, n° 406), mais il faut épinglez dès à présent, comme élucidant complètement le point examiné ici, la deuxième raison qui s'y trouve indiquée, à savoir :

« ... que le transfert à l'étranger des produits obtenus de l'exploitation des affaires et industries en Espagne par des sociétés étrangères, ce qui est le cas ici, a seulement lieu actuellement en vertu d'accords officiels conclus avec les pays respectifs, accord qui n'existe pas avec le Canada dont l'Ebro a la nationalité, et qui est la Société opérant en Espagne et dont les arrangements financiers avec BTLP Co. ne nous regardent pas ».

On ne pouvait indiquer plus clairement que l'Institut espagnol de Monnaie étrangère ne connaissait qu'une personne : la société Ebro, qui exploitait en Espagne et dont les produits d'exploitation en Espagne pourraient éventuellement faire l'objet de transferts à l'étranger moyennant les autorisations nécessaires. L'I.E.M.E. n'avait pas à connaître la Barcelona Traction dont les arrangements financiers avec l'Ebro ne le regardaient pas. Comment, dans ces conditions, le Gouvernement espagnol peut-il soutenir devant la Cour que la Barcelona Traction aurait manqué à ses devoirs en ne s'adressant pas elle-même à l'Institut espagnol de Monnaie étrangère pour demander des transferts de devises ?

(366) Le Gouvernement espagnol, prévoyant l'objection, change son fusil d'épaule. « Contrairement à ce que le Gouvernement belge laisse entendre », déclare-t-il (*C.M.*, n° 44, p. 157), « il n'est pas exact qu'Ebro ait demandé à l'Instituto Espanol de Moneda Extranjera des devises pour assurer le service financier des obligations Prior Lien et First Mortgage de Barcelona Traction, en circulation à l'étranger » (1).

Mais encore une fois ce reproche est doublement mal fondé, parce qu'en premier lieu, le Gouvernement belge n'a jamais laissé entendre rien de semblable, et qu'en deuxième lieu, c'était évidemment ses propres besoins financiers, et non ceux d'une société tierce, que l'Ebro devait invoquer pour fonder les demandes de devises qu'elle adressait à l'Institut.

(367) Un autre reproche formulé dans le *Contre-Mémoire* à l'adresse du Gouvernement belge procède aussi de la méconnaissance des thèses pourtant fort claires, soutenues dans le *Mémoire* à propos des refus opposés au groupe de la Barcelona Traction au sujet des transferts de devises ou de l'exécution du plan d'arrangement.

Suivant le *Contre-Mémoire* (n° 21 à 28, pp. 151 à 153), le Gouvernement belge, tout en admettant que les refus d'autorisations de change pourraient avoir été causés jusqu'en 1945 par la pénurie de devises en Espagne, n'aurait pas moins dénoncé les refus opposés depuis 1940 comme l'unique cause de l'interruption qui fut invoquée pour justifier la déclaration de faillite. En sorte qu'il serait « nécessaire de considérer comme un tout unique les décisions adoptées par l'Instituto Espanol de Moneda Extranjera depuis 1940 comme faisant partie du nombre des décisions administratives incriminées par le Gouvernement belge ».

(1) Les italiques sont au texte.

(368) On comprend mal la difficulté que le Gouvernement espagnol paraît éprouver à comprendre la pensée du Gouvernement belge telle qu'elle est exprimée dans le *Mémoire*, les *Observations et Conclusions* et les plaidoiries. Le rapprochement des textes cités ne laisse pourtant place à aucun doute, surtout si on les replace dans leur contexte.

Cette pensée est, du reste, fort simple, et elle apparaissait clairement dans ce paragraphe 41, introductif du Chapitre III du *Mémoire*, que le *Contre-Mémoire* cite incomplètement et qui était rédigé comme suit :

« (41) Comme il a été indiqué dans la requête, c'est le défaut de paiement des coupons attachés aux obligations en £ de la Barcelona Traction qui servit de prétexte aux hommes de paille de M. Juan March pour provoquer la faillite.

« C'était là une situation ancienne. Comment elle était née; quels furent les efforts de la société débitrice pour s'acquitter de sa dette et à quels obstacles elle se heurta; quelles furent en l'occurrence les manœuvres de M. Juan March et comment elles furent secondées par les autorités gouvernementales, sont autant de questions qu'il paraît indispensable d'éclaircir pour la pleine compréhension de la suite des événements et des responsabilités incombant à l'Etat espagnol ».

Ainsi, au seuil de l'exposé des difficultés qui ont conduit à la suspension du service des obligations, le Gouvernement belge faisait une nette distinction entre les difficultés objectives auxquelles la Barcelona Traction s'était heurtée, et la part que March et les autorités gouvernementales avaient prises à leur exploitation.

Il est certain que l'impossibilité où l'Ebro s'est trouvée de transférer d'Espagne les sommes qui étaient dues par elle à l'étranger, aussi bien pendant la guerre civile que pendant la guerre mondiale qui l'a suivie, a eu uniformément pour effet de créer pour la Barcelona Traction une force majeure faisant obstacle au service de ses propres emprunts en £, dont l'interruption servit de prétexte au groupe March pour requérir, le 9 février 1948, la mise en faillite de cette société.

(369) Les refus essayés par le groupe de la Barcelona Traction au cours des périodes 1940-1944 et 1945-1946 ont ceci de commun que leur *cause réelle* ne se trouve aucunement dans l'insuffisance des renseignements fournis aux autorités du contrôle des changes. Mais le Gouvernement belge a établi, pour le surplus, entre l'attitude de ces autorités pendant la période 1940-1944 et pendant celle des années 1945-1946 une nette distinction. Tandis qu'il a expressément admis, dans son *Mémoire* (n° 355, p. 174) et ses *Observations et Conclusions* (n° 313, p. 264), que cette attitude avait été causée pendant la première période par des considérations objectives relatives à la pénurie de devises, il a soutenu qu'à partir d'août 1945, la raison essentielle des refus successifs opposés aux diverses modalités proposées pour l'exécution du plan d'arrangement, et en particulier à la dernière de ces modalités, a été l'hostilité du Ministre Suances à l'égard du groupe étranger contrôlant les entreprises de production et de distribution d'énergie électrique de Catalogne et sa volonté de l'acculer à l'effacement au profit du groupe March, soit par une cession volontaire, soit par l'exécution judiciaire qui pourrait résulter d'une procédure de faillite.

Sous-section 1

Les autorisations de transferts au cours de la période 1931-1936.

(370) On peut, à première vue, se demander quelle importance les Parties attachent à l'accueil fait aux demandes de devises introduites par l'Ebro à une époque aussi éloignée de la date à laquelle la faillite de la Barcelona Traction a été déclarée (12 février 1948).

Si le Gouvernement belge s'est brièvement référé à ces faits dans son *Mémoire* (I, n° 42, p. 25), c'est parce qu'ils démontrent qu'après l'instauration du contrôle des changes en Espagne, en 1931, l'Ebro avait obtenu des autorités espagnoles des permis de change en quantités plus que suffisantes pour transférer à la Barcelona Traction les sommes nécessaires au service de sa dette en livres sterling et, certaines années tout au moins, au paiement de dividendes; c'est aussi parce qu'ils établissent qu'après une brève interruption, coïncidant avec une pénurie de change particulièrement aiguë et un renforcement des mesures de contrôle, une inspection comptable menée par les autorités du change avait fourni à celles-ci tous les éclaircissements nécessaires à la reprise des allocations de devises à l'Ebro.

(371) Ces faits indéniables n'empêchent pas le Gouvernement espagnol de soutenir que, dès cette époque, l'attitude de l'Ebro à l'égard des autorités espagnoles du change fut empreinte de dissimulation et de fourberie (1). A l'en croire (*C.M.*, IV, n°119, p. 80), « avec l'entrée en vigueur de ce contrôle des changes, l'entreprise de Barcelona Traction se trouva empêtrée dans le tissu de mensonges qu'elle avait elle-même tissé pour bernier les autorités fiscales ».

Pour étayer une pareille affirmation, le *Contre-Mémoire* n'hésitera pas à faire violence aux faits. Il va successivement invoquer une prétendue mesure individuelle de suspension, en 1931, des autorisations de change accordées à l'Ebro, comme suite à la découverte d'une prétendue opération de change illicite; l'obstruction systématique opposée par les dirigeants aux investigations qui en résultèrent; et, finalement, le dépôt, en décembre 1932, par l'inspecteur chargé de l'affaire, d'un rapport à la suite duquel le dossier de la Barcelona Traction demeura ouvert au Ministère sans qu'aucune décision définitive fût prise à son sujet jusqu'au moment où éclata la guerre civile en 1936. Quant aux multiples permis de change qui furent effectivement accordés avant, pendant et après les faits allégués, le *Contre-Mémoire* les explique tout simplement en disant que c'est « par le moyen de la duperie » que les dirigeants de l'Ebro « réussirent à faire passer clandestinement des fonds à travers les mailles du contrôle des changes » (*C.M.* n° 127 et 128, pp. 84 et 85).

(372) Un exposé succinct des faits et un examen rapide des annexes produites de part et d'autre suffiront à démontrer que ces allégations reposent sur un ensemble de confusions créées et entretenues tant par une habile sélection des pièces citées que par l'omission de documents importants que les auteurs du *Contre-Mémoire* ne pouvaient cependant ignorer.

(373) Il faut, d'abord, constater qu'il n'y a pas eu, en octobre 1931, d'ordre de suspension des transferts accordés à l'Ebro, contrairement à ce qu'affirme le *Contre-Mémoire* (n° 93, p. 169).

(1) L'adjectif « fourbe » est employé au *Contre-Mémoire*, première ligne de la page 81.

La liste des transferts effectivement réalisés en 1931 et 1932 sur autorisation de l'Office des changes s'établit en effet comme suit :

| | | |
|---------------|--------------|------------|
| mars 1931 | \$ canadiens | 214.911 |
| mai 1931 | \$ canadiens | 100.051 |
| août 1931 | \$ canadiens | 401.274 |
| décembre 1931 | £ sterling | 9.125 |
| janvier 1932 | £ sterling | 10.000 |
| février 1932 | £ sterling | 26.000 |
| mars 1932 | £ sterling | 35.000 (1) |

Il en résulte que, de mars 1931 à mars 1932, des devises furent accordées pour des montants très variables, à intervalles irréguliers de 2, 3, ou même (entre août et décembre 1931), 4 mois, avec une diminution marquée des montants consentis à partir de cette dernière date.

Le *Contre-Mémoire* ne fournit pas la moindre preuve, qu'elle provienne des archives de l'Etat espagnol ou de celles de l'Ebro (où il a pu cependant puiser à l'aise), de ce qu'une mesure quelconque aurait été prise en octobre 1931 par les autorités du change contre l'Ebro, pour lui retirer ses allocations de devises (2), pas plus qu'il ne cherche d'ailleurs à expliquer comment des permis de change auraient de nouveau été accordés à l'Ebro dès décembre 1931.

(1) Ces renseignements sont extraits des rapports mensuels du trésorier de l'Ebro à Barcelone, rapports dont copie était envoyée à la Sofina à Bruxelles. Vu le caractère volumineux de ces rapports, qui sont certainement en mains du Gouvernement espagnol, le Gouvernement belge se propose de les déposer au Greffe de la Cour, plutôt que les produire comme annexes à la présente *Réplique*.

(2) Le Gouvernement espagnol invoque, pour expliquer cet ordre de suspension purement imaginaire, une prétendue vente de pesetas par la Barcelona Traction à Paris (*C.M.*, n° 93 et 94, pp. 169 et 170). L'idée lui en est venue certainement par la découverte, dans les archives de l'Ebro, de deux lettres d'octobre 1931 (*A.C.M.*, n° 4, documents 1 et 2, vol. VI, pp. 254 et 255) relatant brièvement la visite que fit à pareille époque, dans les bureaux de l'Ebro, un inspecteur de l'Office des changes. Celui-ci, ayant apparemment eu vent, par la Banque Lazard Bros. à Madrid, d'une telle opération, vint aux renseignements auprès des dirigeants de l'Ebro à Barcelone, qui lui répondirent, ce qui était la stricte vérité, qu'ils n'étaient pas les représentants de la Barcelona Traction et qu'ils ne savaient rien d'une telle opération.

La réaction du Ministère des Finances aurait été, selon le *Contre-Mémoire* (n° 95, p. 170), d'ordonner la « suspension immédiate des autorisations de transfert ».

Le ton péremptoire du *Contre-Mémoire* sur ce point ne compense pas la carence absolue de preuve. Or, il est certain qu'un tel ordre eût laissé des traces dans les archives de l'Ebro, tout comme en laissa la suspension des permis de change, réelle celle-là, qui intervint, comme on le verra ci-dessous, en mars 1932.

Il en va de même de la fameuse vente de pesetas à Paris qui aurait causé cette prétendue suspension : ni des années de fouilles dans les archives de Barcelone, ni les études comptables des experts espagnols, ni l'examen fait par les experts anglais et canadien de la comptabilité de Toronto ne permirent d'en déceler la moindre trace, ce qui suffit à établir que cette opération n'a jamais existé.

Par ailleurs, que le procès-verbal de carence que dut établir en octobre 1931 l'inspecteur du change à l'issue de sa visite à Barcelone ait pu influencer sur la décision prise peu après par le Ministère des Finances de faire procéder à une enquête fiscale quant à la situation réelle de la Barcelona Traction en Espagne, n'a rien que de très naturel. Mais on verra plus loin que cette enquête et ses conclusions n'apportent aucun appui aux thèses du *Contre-Mémoire*, en dépit de la confusion qu'il ne cessera d'entretenir à leur sujet.

(374) Par contre, il est exact qu'en 1932, les difficultés monétaires qui s'étaient accentuées, en Espagne comme dans le reste du monde, depuis quelques mois, atteignirent leur paroxysme et que les autorisations de change accordées à l'Ebro furent suspendues pendant un certain temps. *Mais cette suspension intervint dans le cadre d'une mesure générale, comme le précisait déjà le Mémoire (I, n° 42, p. 25), et ne fut pas une mesure individuelle prise contre l'Ebro, ainsi que le soutient le Contre-Mémoire (IV, n° 93 et 96, pp. 169 et 170).*

Pour s'en convaincre, il suffit de lire l'article du quotidien de Barcelone, « La Vanguardia Española », du 24 mars 1932 (*A.R.*, n° 65), qui reproduit les déclarations faites la veille par le Gouverneur de la Banque d'Espagne et le télégramme-circulaire adressé à la même date par l'Office du change à toutes les banques.

On trouve confirmation de cette situation dans le mémorandum du 23 mars 1932 du trésorier de l'Ebro à Barcelone, M. Clark (*A.R.*, n° 66), qui se trouvait joint à la lettre de ce même jour adressée par M. Cretchley à M. Hubbard et que le Gouvernement espagnol a omis de reproduire. Cette omission est d'autant plus significative que le *Contre-Mémoire* a longuement fait état, comme on le verra ci-après, de cette lettre elle-même (n° 121, p. 82) dont il reproduit le texte intégral en annexe (n° 60, vol. VII, pp. 304 et 305).

On peut y joindre (*A.R.*, n° 67) une autre lettre du même M. Cretchley au même M. Hubbard, datée du lendemain 24 mars, également accompagnée d'un mémorandum de même date de M. Clark, documents que le Gouvernement espagnol a également omis de reproduire (1), bien que la lettre contient — ou sans doute parce qu'elle contenait — cette phrase décisive :

« J'ai également le plaisir de vous joindre en annexe un nouveau mémorandum de M. Clark concernant la situation présente en matière d'opérations de change, duquel (ainsi que des extraits de presse qui vous ont été envoyés aujourd'hui) vous noterez que les *nouvelles restrictions de change ont un caractère général et ne s'appliquent pas seulement à nos sociétés* ».

(375) Quant aux enquêtes dont le *Contre-Mémoire* fait état, il est indispensable, pour y voir clair, de distinguer entre l'enquête fiscale, d'une part, et, de l'autre, l'inspection du service des changes. Le *Mémoire* s'était légitimement prévalu de cette dernière (n° 42, p. 25), puisqu'elle avait abouti à des conclusions favorables et à la reprise des autorisations de change accordées à l'Ebro.

L'une et l'autre enquêtes sont mêlées inextricablement, au mépris non seulement de l'ordre chronologique mais aussi des documents invoqués, dans les deux exposés que l'on trouve dans le *Contre-Mémoire* à 90 pages de distance, l'un aux pages 80 à 85, l'autre aux pages 169 à 171.

(1) Ces omissions répétées illustrent de manière frappante la sélection tendancieuse opérée dans les archives de l'Ebro par les informateurs du Gouvernement espagnol, qui aurait complètement induit la Cour en erreur si la Sofina, qui depuis 1928 prêtait son concours technique à l'Ebro, n'avait pas, jusqu'à la deuxième guerre mondiale, reçu copie de la correspondance la plus importante susceptible de lui permettre de suivre dans ses grandes lignes la marche des affaires du groupe de la Barcelona Traction et n'avait mis ces documents à la disposition des conseils du Gouvernement belge.

L'enquête première en date fut ordonnée le 28 octobre 1931 (*A.C.M.*, n° 4, doc. 3, vol. VI, pp. 256 et 257) et se termina, le 30 décembre 1932, par le dépôt du rapport de l'inspecteur (M. Canosa) qui avait été désigné pour y procéder : elle était de nature exclusivement fiscale et visait essentiellement à élucider la situation de la *Barcelona Traction* vis-à-vis du fisc espagnol.

La deuxième enquête débuta le 23 mars 1932 par la visite, dans les bureaux de l'Ebro à Barcelone, du Directeur de l'Office des changes (M. Ridruejo) (*A.C.M.*, n° 60, vol. VII, pp. 304 et 305), et se termina le 22 juin 1932 par une inspection menée dans les livres de l'Ebro à Barcelone (*A.R.*, n° 68) : elle avait trait exclusivement aux autorisations de change sollicitées par l'Ebro.

(376) La première de ces enquêtes, concernant la position de la *Barcelona Traction*, a pu, comme on l'a vu (*supra*, p. 269, note 2) être provoquée, en partie au moins, par le mécontentement des autorités lorsqu'un inspecteur, venu à Barcelone pour obtenir des explications concernant une prétendue vente de pesetas à Paris par la *Barcelona Traction* (*A.C.M.*, n° 4, doc. 1 et 2, vol. VI, pp. 254 et 255), se vit répondre par les dirigeants de l'Ebro qu'il n'y avait pas à Barcelone de représentant de la *Barcelona Traction* et qu'ils ne pouvaient, dès lors, lui fournir d'informations sur la dite opération dont ils ignoraient tout. Mais le fait qu'elle poursuivit un objet purement fiscal, sans aucune incidence sur le sort des demandes de devises introduites par l'Ebro, résulte du rapport de l'expert Canosa reproduit dans le *Contre-Mémoire* (*A.C.M.*, n° 102, vol. II, pp. 81 et ss.). L'inspecteur y définit son mandat comme « une mission consistant à déterminer la situation dans laquelle se trouve, à l'égard du fisc espagnol, la société *Barcelona Traction* ayant son siège à Toronto » et la Cour constatera que ce rapport ne contient pas la moindre allusion aux questions de transfert de devises, ni aux relations entre le groupe de la *Barcelona Traction* et les autorités du change. C'est donc à tort que le *Contre-Mémoire* en a fait état dans une section ayant pour objet l'exposé des prétendues « fraudes commises au préjudice du contrôle des changes ».

Aussi le Gouvernement belge a-t-il traité de ce rapport dans la Section I du présent chapitre (*supra*, n° 270). Il n'y reviendra ici que pour rappeler qu'après le dépôt de ce rapport, les autorités fiscales espagnoles ne prirent aucune mesure en vue de la taxation de la *Barcelona Traction*. C'est ce « sans suite » survenu en matière fiscale, que le *Contre-Mémoire* essaye, non sans audace, d'invoquer à propos des autorisations de change de l'Ebro, en expliquant qu'après le dépôt du rapport Canosa, « le dossier de *Barcelona Traction* demeura ouvert au Ministère » sans qu'une « décision définitive » à son sujet puisse être prise avant que n'éclate la guerre civile en 1936 (*C.M.*, n° 127 et 128, pp. 84 et 85).

(377) Quant à l'inspection de l'Office des changes, elle se cantonna strictement, elle aussi, dans son objet propre, étranger aux questions fiscales. On trouve à cet égard, dans les annexes au *Contre-Mémoire*, une déclaration non équivoque du Directeur de l'Office des changes à l'avocat de l'Ebro (*A.C.M.*, n° 4, doc. 4, vol. VI, p. 258). Il déclarait à ce dernier « qu'il n'avait rien à voir avec la difficulté au sujet du timbre de circulation ni avec la question de savoir si *Barcelona Traction* était passible de taxes en Espagne ou non » (1).

(1) Le timbre de circulation (*timbr. de circulación*) est un impôt indirect qui frappe les valeurs mobilières circulant en Espagne. La question se posait de savoir si les obligations en pesetas émises à Londres par la *Barcelona Traction* et placées sur le marché espagnol par la banque Arnús Gari, devaient acquitter cet impôt. Les avocats de l'Ebro soutinrent constamment que la loi ne permettait pas une telle taxation. Finalement, ces obligations furent soumises au dit impôt après modification du texte législatif applicable (*supra* n° 359).

(378) La confusion que les auteurs du *Contre-Mémoire* ont délibérément créée entre ces deux enquêtes apparaît clairement à la page 82 (IV, n° 121). Après avoir relaté au paragraphe 120 l'ouverture, en octobre 1931, de la première enquête confiée à M. Canosa, le *Contre-Mémoire* enchaîne, au n° 121, par ces mots :

« Ce nouvel enquêteur se rendit au bureau de Barcelone le 23 mars 1932 et commença ses recherches... ».

Or, ainsi qu'il résulte de la lettre de M. Cretchley à M. Hubbard du 23 mars 1932, produite par le *Contre-Mémoire* lui-même à propos de cette visite, ce ne fut pas M. Canosa, mais M. Ridruejo, Directeur de l'Office des changes, qui vint à Barcelone le 23 mars 1932 (1).

(379) C'est par cette visite de M. Ridruejo que commença l'inspection menée par les autorités du change, et c'est à cette visite que se rapportent les lettres des 23 et 24 mars 1932 de M. Cretchley à M. Hubbard, dont il a été question ci-dessus (n° 375, p. 271).

En un autre endroit des annexes au *Contre-Mémoire* se trouvent reproduites les questions qui furent oralement posées aux représentants de l'Ebro et les réponses qui leur furent données verbalement, ce d'après la relation qui en est donnée par M. Cretchley dans son télégramme à M. Lawton du 23 mars 1932 (*A.C.M.*, n° 60, doc. 2, vol. VII, p. 306), ce qui conduit le Gouvernement espagnol à imputer aux dirigeants de l'Ebro « toute une série de mensonges » et de « contes à dormir debout » qui leur aurait définitivement aliéné les autorités du contrôle des changes (*C.M.*, n° 121, p. 82).

Mais, une fois de plus, le Gouvernement espagnol commet la faute grave de ne communiquer à la Cour qu'une partie des pièces en sa possession. Cette sélection tendancieuse permet de proposer des conclusions en contradiction flagrante avec la réalité.

Il suffira, pour le démontrer, de compléter, par quelques pièces essentielles, la documentation fragmentaire qui a été éparpillée dans les volumes II, VI et VII des annexes au *Contre-Mémoire*.

(380) Il faut relever, tout d'abord, que les agents du contrôle des changes ne se bornèrent pas, lors de la visite du 23 mars 1932, à poser des questions oralement, mais qu'ils remirent un questionnaire écrit fort précis, auquel il fut répondu d'une manière également précise (*A.R.*, n° 69) (2). Ni le questionnaire, ni les réponses n'ont été reproduits dans les annexes au *Contre-Mémoire*, bien que le premier fût joint à la lettre du 23 mars 1932 adressée par M. Cretchley à M. Hubbard, qui forme le document I de l'annexe n° 60 au Chapitre III (vol. VII, p. 304), et que les réponses aient été annexées à la lettre adressée le lendemain 24 mars par M. Cretchley à M. Hubbard (*A.R.*, n° 70) qui, comme on l'a vu plus haut, a également été omise dans la documentation produite par le Gouvernement espagnol.

(1) La confusion a été poussée si loin que le *Contre-Mémoire*, dans la citation qu'il fait de cette lettre à la page 82, a substitué le nom de Canosa à celui de Ridruejo qui figurait dans la lettre. Cette altération de texte a maintenant été corrigée dans l'erratum publié depuis par le Gouvernement défendeur. Mais la confusion créée entre les deux enquêtes n'en demeure pas moins totale.

(2) Il y avait eu malheureusement un léger retard dans la communication des réponses, par suite du fait que M. Cretchley attendait le 24 mars une nouvelle visite de M. Ridruejo, qui n'eut pas lieu, et que la documentation préparée à son intention ne put lui être remise directement, mais fut envoyée par express à Madrid (*A.R.*, n° 71).

(381) Il semble, cependant, que les réponses ainsi fournies ne furent pas jugées suffisantes par le contrôle des changes, que des renseignements supplémentaires furent demandés et que les dirigeants de l'Ebro ne réussirent pas à dissiper immédiatement le climat de méfiance à l'égard de cette société, qui était né lors de la visite précitée de M. Ridruejo à Barcelone le 23 mars 1932.

Le *Contre-Mémoire* (n° 123 et 124, p. 83) ne se fait pas faute de le souligner, en citant quelques extraits de lettres s'échelonnant de mai à juin 1932.

Mais, ici encore, c'est en sélectionnant de manière tendancieuse les pièces citées et en omettant de produire des documents essentiels, qui se trouvaient cependant dans les archives de Barcelone, que le *Contre-Mémoire* va tenter d'accréditer sa thèse que les dirigeants de l'Ebro se refusèrent obstinément à fournir les renseignements demandés et que leurs relations avec les autorités du change demeurèrent dès lors dans une impasse jusqu'à la guerre civile.

Il suffira de montrer comment le *Contre-Mémoire* opère sa sélection, et de compléter le dossier par la production des quelques pièces essentielles manquantes, pour que cette thèse astucieusement forgée s'effondre d'elle-même.

(382) Le Gouvernement belge prie la Cour de bien vouloir, après avoir relu les paragraphes 123 et 124 (p. 83) du *Contre-Mémoire*, se reporter d'abord à l'annexe n° 101 au Chapitre I (vol. II, pp. 76 à 80); elle y trouvera quelques lettres qui relatent les démarches faites à l'appui des demandes de change de l'Ebro par M. Santiago Alba, conseiller madrilène du groupe, auprès des autorités du change et du Gouverneur de la Banque d'Espagne, en avril et mai 1932. Le conseiller de l'Ebro ne manque pas d'exhorter les dirigeants de cette société à fournir les explications demandées par les autorités du change, de manière à dissiper tout soupçon. Il relève d'ailleurs dans ses dernières lettres que M. Lawton est déjà en rapport direct avec M. Ridruejo à cette fin.

Mais en ne produisant que les lettres écrites par M. Santiago Alba à M. Lawton (1), et en ne publiant ni les réponses de ce dernier, ni les documents qui indiquent la suite que M. Lawton avait donnée aux conseils de M. Alba et notamment l'issue favorable du dialogue qu'il avait établi avec M. Ridruejo, le *Contre-Mémoire* tronque l'histoire et donne inévitablement au lecteur l'impression, encore accentuée par la citation au paragraphe n° 123 de passages habilement choisis des documents produits, que les sages conseils de M. Alba ne furent pas suivis.

Pour couronner le tout, le *Contre-Mémoire* extrait ensuite (n° 124) deux paragraphes d'une lettre de M. Lawton à M. Hubbard du 14 juin 1932 (*A.C.M.*, n° 4, vol. VI, pp. 258 et 259) qui, pris hors de leur contexte et sans qu'aucune indication soit fournie quant à l'attitude qui fut effectivement adoptée par l'Ebro vis-à-vis des autorités du change, donnent à penser que cette société était décidée à ne pas donner satisfaction aux demandes de renseignements de ces autorités.

(1) Les documents 2 et 4 de l'annexe n° 101 sont des lettres adressées par le Gouverneur de la Banque d'Espagne à M. Santiago Alba et que celui-ci communique à M. Lawton par ses lettres constituant les documents 3 et 5 de la même annexe n° 101.

Immédiatement après (IV, n° 125, p. 84), le *Contre-Mémoire* enchaîne en parlant des suites de l'enquête fiscale conduite par M. Canosa comme s'il s'agissait d'une seule et même question, maintenant ainsi la confusion, déjà dénoncée ci-dessus (*supra*, n° 378), entre ces deux enquêtes bien différentes bien qu'elles fussent menées, en partie, simultanément.

(383) Le premier document complémentaire que le Gouvernement belge désire faire connaître à la Cour est la lettre que M. Lawton adressa le 25 avril 1932 à M. Santiago Alba (*A.R.*, n° 72) en réponse à la sienne du 21 avril (*A.C.M.*, n° 101, vol. II, p. 76).

Elle illustre parfaitement la juste indignation que le président de l'Ebro avait ressentie en apprenant que la méfiance des autorités du change à l'égard de l'Ebro provenait de la conviction qu'elles avaient acquise que le groupe « mobilisait » de grandes quantités de pesetas dans l'intention de les exporter hors du pays, en même temps qu'elle démontre, de manière claire et convaincante, l'absence de fondement d'une telle croyance.

Le *Contre-Mémoire* ne dit mot non plus des contacts ultérieurs qui eurent lieu entre M. Lawton et M. Ridruejo, et, notamment, de l'entretien qu'ils eurent début mai 1932. M. Lawton le relate dans sa lettre du 5 mai à M. Hubbard (*A.R.*, n° 73) en soulignant les dispositions favorables du directeur de l'Office des changes, mais sans cacher, toutefois, la pénurie extrême de devises qui régnait en ce moment en Espagne. Certes, un mois après, les espoirs que M. Lawton avait exprimés dans sa lettre du 5 mai ne s'étaient pas encore matérialisés, mais l'explication s'en trouve dans la lettre du 14 juin 1932 de M. Lawton à M. Hubbard que le *Contre-Mémoire* produit (n° 4, vol. VI, pp. 258 et 259). Suivant les informations reçues par M. Lawton, c'est du Ministre des Finances, M. Carner lui-même, qu'émanait l'ordre de suspension des permis de change, et ce, pour le seul motif qu'il voulait qu'intervint au préalable une solution de la question du timbre de circulation sur les obligations en pesetas de la Barcelona Traction (1). D'autre part, quant à M. Ridruejo, il était personnellement disposé, dès la levée de la prohibition ministérielle, à accorder immédiatement à l'Ebro certains transferts. Toutefois, en ce qui concernait les devises nécessaires pour le service du compte courant d'International Utilities et des obligations de l'Ebro, il accorderait des transferts aussi rapidement que possible quant il aurait reçu certains renseignements complémentaires sur les points indiqués dans le questionnaire joint à la même lettre de M. Lawton du 14 juin 1932.

M. Lawton continuait sa lettre en exprimant ses appréhensions quant aux difficultés que pourrait entraîner le fait de donner certains des renseignements sollicités. C'est, comme de bien entendu, on l'a vu (*supra*, n° 382), le seul passage de la lettre de M. Lawton que le *Contre-Mémoire* cite (n° 124, p. 83), et l'on sait à quelle fin. Le procédé apparaît particulièrement perfide quand on connaît la suite. Car l'omission la plus grave du *Contre-Mémoire* est sans nul doute d'avoir tu complètement les faits décisifs qui se produisirent dans les quelques jours qui suivirent la lettre de M. Lawton :

Le 20 juin 1932, M. Rodes, avocat de l'Ebro à Barcelone, eut une conversation avec M. Ridruejo. Suivant ce qu'en écrivait M. Lawton à M. Hubbard le 21 juin 1932 (*A.R.*, n° 68), M. Ridruejo se montra franchement bienveillant et décida de déléguer à Barcelone, pour une inspection dans les livres de l'Ebro, son adjoint, M. Botas. Celui-ci espérait « pouvoir voir en quelques heures tout ce qu'il lui fallait examiner en relation avec nos demandes de transfert ».

(1) Sur cette question, voir note 1 au bas de la page 271 ci-dessus et *supra* n° 359.

Le 23 juin 1932, l'inspection de M. Botas eut effectivement lieu dans les bureaux de l'Ebro à Barcelone. Et le 24 juin, M. Hubbard pouvait transmettre à la Sofina le télégramme suivant, reçu de M. Lawton :

« Inspecteurs de Madrid ont terminé ce matin et ont trouvé tout satisfaisant » (A.R., n° 74).

Le 4 juillet 1932, M. Lawton pouvait écrire à M. Hubbard (A.R., n° 75) que, outre une autorisation de compensation pour 225.000 pesetas déjà accordée entre-temps, M. Botas avait fait part à M. Rodes de la décision du contrôle des changes d'accorder à l'Ebro un « quota journalier » de 2.000 £ sterling, en plus d'une nouvelle autorisation de compensation pour 250.000 pesetas.

(384) Certes, les montants des autorisations de change obtenues par l'Ebro entre juillet 1932 et la guerre civile furent-ils, comme par le passé, fonction des disponibilités de l'Espagne en devises. Mais l'importance des sommes qui furent transférées au cours de ces années (voir le tableau qui en est donné à l'annexe n° 76) vient encore confirmer, de manière éclatante, l'entière exactitude de l'exposé fait au sujet de cette période dans le *Mémoire* (I, nos 42 et 43) et la fausseté des appréciations émises dans le *Contre-Mémoire* sur la base d'une documentation tronquée.

Il paraît superflu, dès lors, d'allonger encore l'exposé relatif à cette période déjà ancienne en rencontrant d'autres allégations, de moindre importance, que le Gouvernement espagnol formule à ce sujet en divers endroits du *Contre-Mémoire*, et dont la réfutation requerrait de nouveaux développements ainsi que la production d'autres documents. Le Gouvernement belge se réserve toutefois d'y revenir en plaidoirie si le Gouvernement espagnol y insistait dans sa *Duplique*.

Sous-section 2

Les refus d'autorisations de transferts au cours de la période 1940 à 1944.

(385) Il y eut au cours de cette période sept demandes de transferts adressées à l'Instituto Español de Moneda Extranjera :

- a) la première est datée du 22 avril 1940;
- b) la deuxième porte la date du 28 juin 1940;
- c) la troisième celle du 12 juillet 1941;
- d) la quatrième celle du 31 octobre 1941;
- e) la cinquième celle du 23 novembre 1942;
- f) la sixième celle du 7 février 1944;
- g) la septième celle du 21 septembre 1944.

(386) Aucune de ces demandes ne fut agréée, mais les deux seules décisions de rejet qui furent notifiées à la société requérante ne contenaient pas d'indication précise sur les motifs du refus.

Le 13 avril 1943, l'I.E.M.E. répondit à l'Ebro :

« Nous venons de recevoir une communication de la Commission pour l'étude des comptes bloqués de titulaires étrangers, à laquelle la requête de votre société fut soumise; nous regrettons de devoir vous informer que conformément au rapport de ladite Commission, il nous est impossible pour le moment d'autoriser le versement de ces intérêts en monnaie étrangère » (*A.C.M.*, n° 2, doc. 12, vol. VI, p. 152);

et le 30 septembre 1944, le même Institut manifesta à l'Ebro « le regret de vous informer qu'il ne nous est pas possible pour le moment d'autoriser les dites opérations » (*A.C.M.*, n° 2, doc. 15, vol. VI, p. 158).

(387) Le laconisme de ces réponses laisse à première vue un certain champ à la supputation des motifs des refus auxquels se heurtèrent les différentes demandes. Le Gouvernement belge les attribue à la pénurie de devises. (*M.*, I, n° 355, p. 174). Le Gouvernement espagnol adopte à ce sujet une attitude nuancée. Sans nier la rareté des devises qui, au lendemain de la deuxième guerre mondiale, sévissait en Espagne comme, à des degrés divers, dans tous les autres pays d'Europe (*C.M.*, IV, n° 30, p. 154), il expose que la pénurie n'empêcha pas que certaines quantités de devises furent allouées, mais que de telles allocations supposaient que les personnes intéressées se soumettent à la « procédure régulière ». Suivant le *Contre-Mémoire* (n° 29, p. 153), le Gouvernement belge sous-estimerait, à cet égard, l'importance de l'obligation qui incombait aux requérants de justifier leurs demandes de devises.

Après s'être efforcé de définir à sa convenance, et sans la moindre référence à un texte légal ou réglementaire quelconque, la portée et l'étendue de cette obligation de justification (voir notamment *C.M.*, n° 31 à 34, pp. 154 et 155; n° 53 à 56, pp. 159

et 160), le Gouvernement défendeur en arrive évidemment à la conclusion que ni la Barcelona Traction (1) ni l'Ebro n'ont satisfait à l'obligation ainsi définie, et que c'est cette raison qui expliquerait les réponses laconiques par lesquelles, comme dit ci-dessus, l'Instituto Español de Moneda Extranjera refusa les autorisations sollicitées.

(388) Le Gouvernement espagnol fait grand cas, en faveur de sa conclusion, de l'avis exprimé en ce sens par les experts britannique et canadien en 1951, repris et amplifié par la déclaration conjointe des trois Gouvernements et par le communiqué officiel du Gouvernement espagnol.

Quelle que soit l'autorité qui, à première vue, s'attache à l'avis exprimé dans ces documents quant au caractère justifié des refus de devises, le Gouvernement belge demeure néanmoins convaincu que c'est à bon droit que le *Mémoire* a conclu à la nécessité d'écarter cet avis comme contredit par les faits de la cause.

(389) Tout d'abord, le jugement porté par les experts britannique et canadien sur le caractère insuffisant des renseignements fournis par l'Ebro aux autorités du contrôle des changes surprend, à la fois, par l'endroit du rapport où il est formulé et par son laconisme et son imprécision. (2)

Il s'insère en effet, avec quelques autres considérations, au milieu d'un exposé comptable relatif aux investissements du groupe et l'interrompt, sans qu'aucun effort soit même tenté pour établir une connexion quelconque entre les remarques incidentes ainsi faites et les calculs qui les précèdent et les suivent. D'autre part, l'affirmation du caractère « inadéquat » des renseignements fournis est formulée de façon tout à fait générale et n'est accompagnée d'aucune indication quant à l'objet des renseignements qui auraient été omis ou à la date à laquelle les autorités auraient posé des questions demeurées sans réponse.

(390) Ce jugement s'accompagnait, d'autre part, d'une importante réserve : « à moins qu'il n'y eût d'autre correspondance ou des conversations qui complèteraient cette apparence lacune ».

Cette réserve, que le *Contre-Mémoire* considère comme « de style », s'imposait au contraire, impérativement, vu le caractère précaire des informations sur lesquelles les experts fondaient leur déclaration. En effet, ils constataient eux-mêmes dans leur rapport :

« Les circonstances dans lesquelles la commission a été nommée montrent clairement qu'elle n'a pas été et ne pouvait pas être constituée en tant qu'organe judiciaire... La commission n'a pas le pouvoir d'entendre des témoignages, elle n'a pas non plus la possibilité de s'assurer que des documents ou archives qui sont mis à sa disposition... soient complets ».

(1) Sur le reproche fait à la Barcelona Traction de ne pas avoir présenté elle-même des demandes de transferts en ce qui concerne le service de ses propres obligations en £, cf. *supra*, nos 364 et suiv.

(2) Le texte intégral du rapport des experts anglais et canadien dont des extraits seulement avaient été publiés en annexe au *Mémoire* (A.M., n° 168, vol. III, p. 645) est reproduit en langue originale à l'annexe n° 47 de la présente *Réplique*. Le passage en question figure au n° 29 de ce rapport.

D'où résultait cette « apparente lacune », sur base de laquelle les experts conciaient à une dérobade des dirigeants de l'Ebro aux demandes de renseignements des autorités du change? Certes pas des indications fournies par des dirigeants du groupe de la Barcelona Traction, qui ne furent jamais interrogés au sujet de leurs négociations relatives aux demandes de transfert; pas davantage d'explications qui auraient été fournies à ce sujet par le *receiver* nommé par le tribunal canadien en juillet 1948, car il avait, au contraire, déclaré au Gouvernement canadien que, sur base de la documentation en sa possession, il n'était pas conscient de quelque manquement de l'Ebro (1). C'est donc *uniquement* sur base de la documentation *unilatérale* qui leur avait été remise en Espagne, que les experts formulèrent leurs appréciations sur la prétendue insuffisance des renseignements fournis aux autorités monétaires espagnoles, dont les refus auraient été, dès lors, justifiés.

Or, que cette documentation fût incomplète n'est pas une probabilité, mais une certitude. Il résulte, en effet, d'un certificat, établi par le secrétaire général du pseudo-conseil de l'Ebro en septembre 1951, dans le cadre du procès intenté devant les tribunaux de Londres par la Sidro au Comité des obligataires Prior Lien (voir extraits de ce certificat en *A.R.*, n° 77), que de nombreuses pièces relatives aux relations du groupe de la Barcelona Traction avec les autorités espagnoles du change pendant la période 1940-1946 ne se trouvaient pas ou plus, à cette date de 1951, dans les archives de l'Ebro à Barcelone, si fréquemment manipulées par l'expert Andany. Il est significatif que, parmi les documents manquants, figurait l'importante lettre de l'I.E.M.E. du 18 novembre 1940, dans laquelle l'Institut se déclarait satisfait des renseignements fournis par l'Ebro ! (voir à ce sujet *M.*, I, n° 47, p. 28 et *A.R.*, n° 81, p. 6).

(391) La réserve précitée n'était d'ailleurs pas la seule dont les experts accompagnaient leur déclaration. La justification du refus par l'insuffisance des renseignements fournis aux autorités n'était, disaient-ils, valable que « jusqu'à ce que l'information qu'elles (les autorités) avaient demandée leur ait été fournie ». Or, comme le rapport des experts britannique et canadien eux-mêmes fournissait au Gouvernement espagnol tous les renseignements que celui-ci pouvait désirer quant à la réalité et à l'importance de l'investissement du groupe de la Barcelona Traction en Espagne, et que, de ce fait, disparaissait la raison invoquée par le Gouvernement espagnol dans la correspondance diplomatique pour justifier le refus des devises, les experts ont pu considérer que la voie serait désormais ouverte à une solution raisonnable et équitable des difficultés financières qui avaient été exploitées par les demandeurs à la faillite.

Dans ces conditions, ce fut, sans doute, une pensée d'apaisement (2) qui conduisit les experts britannique et canadien à compenser, en quelque sorte, la réfutation pérem-

(1) Voir à cet égard le projet de note canadienne à l'Espagne, de février 1950, qui reproduit les déclarations du *receiver* sur ce point (*A.R.*, n° 37, app. 4, vol. I, p. 141).

(2) Il est intéressant de noter que, suivant les informations reçues d'Ottawa à l'époque par le Gouvernement belge, c'est également en vue de « provoquer une détente » (voir *Procédure orale*, II, p. 322), que les Gouvernements canadien et britannique avaient consenti à signer le procès-verbal du 11 juin 1951, où précisément la concession faite par les experts anglais et canadien à leurs collègues espagnols avait été montée en épingle.

On trouve la confirmation que tel était bien l'état d'esprit des Gouvernements anglais et canadien dans un Mémoire présenté le 24 décembre 1951 par le *receiver*, M. Glassco, devant le « *Supreme Court of Ontario* » (*A.R.*, n° 78) où, relatant une entrevue qu'il eut le 18 juin 1951 au Ministère des Affaires Etrangères à Ottawa, il signale qu'il fut informé de ce que, en acceptant de mentionner dans le procès-verbal du 11 juin 1951, la question des autorisations de change, les Gouvernements anglais et canadien avaient cherché « à sauver la face du Gouvernement espagnol » en ce qui concerne les refus d'autorisation de change opposés, dans le passé, aux filiales de la défenderesse (Barcelona Traction).

toire qu'ils faisaient, par ailleurs, des affirmations espagnoles, par l'admission *in extremis* du bien-fondé de l'attitude négative adoptée, avant 1948, par les autorités du change vu l'insuffisance des renseignements qui leur auraient été fournis quant à la réalité des investissements.

(392) Après avoir ainsi mis en évidence le caractère très nuancé de l'opinion exprimée par les experts britannique et canadien à propos de la justification du rejet des demandes de devises, le Gouvernement belge se croit en mesure d'établir qu'un examen objectif des pièces produites, de part et d'autre, quant à la négociation poursuivie à l'époque, conduit nécessairement à une conclusion opposée à celle des experts dans ce que celle-ci peut avoir d'affirmatif.

A cet égard, il faut, dès l'abord, relever que la rédaction des deux réponses de l'I.E.M.E., reproduites ci-dessus, cadre mal avec l'explication admise par les experts anglais et canadien et selon laquelle les refus de transferts seraient dus au fait que l'entreprise en Espagne n'aurait pas répondu « d'une manière adéquate » aux demandes des autorités du change.

S'il en avait été ainsi, on concevrait mal que les dites autorités aient exprimé leurs regrets de la décision qu'elles prenaient, et qu'elles n'aient pas fait la moindre allusion aux prétendues et perpétuelles réticences de la société requérante.

Il y a là, à n'en pas douter, une première circonstance qui fait apparaître comme peu vraisemblable l'explication donnée dans le *Contre-Mémoire*.

(393) Une présomption importante, qui tend aussi à infirmer la thèse du *Contre-Mémoire*, résulte des données précises fournies dans les documents produits par les Parties quant à la situation de l'Espagne en matière de devises et quant à la politique suivie par les autorités pour l'allocation des devises disponibles. L'incidence qu'ont eue ces deux éléments sur les décisions prises à l'égard des demandes de l'Ebro paraît, comme on va le voir, déterminante.

Le Gouvernement espagnol a cru devoir constater dans son *Contre-Mémoire* (IV, n° 30, p. 154), d'abord, que « la pénurie de devises est toute relative dans ce sens qu'il y a toujours des allocations de devises qui sont accordées suivant une procédure régulière à laquelle les intéressés doivent se soumettre ». Ensuite, il signale (n° 32, p. 154) que le régime de contrôle des changes a abouti à la conclusion avec divers pays d'accords de *clearing* dans lesquels était fixé, de commun accord, l'ordre de priorité des transactions pouvant bénéficier d'allocations de devises. Or, un accord hispano-britannique sur les paiements avait été conclu le 18 mars 1940, d'où il résultait, suivant le *Contre-Mémoire* « une possibilité de se procurer, dans certaines limites, des devises pour liquider des arriérés financiers en livres sterling » (C.M., n° 33, p. 154). Le Gouvernement espagnol veut, sans aucun doute, insinuer par là que si l'Ebro n'a pas bénéficié de ces possibilités, c'est qu'elle n'a pas rempli les conditions nécessaires à cette fin.

(394) Quant à la pénurie, prétendument « toute relative », de devises, le Gouvernement belge produit en annexe (A.R., n° 79) trois documents qui montrent clairement que, pendant toute la période envisagée (1940-1946), cette pénurie avait été telle

qu'elle n'a permis, à aucun moment, d'envisager l'octroi par l'Espagne de devises pour subvenir, fût-ce partiellement, aux besoins financiers de l'Ebro (1).

Il s'agit de :

1^o) une lettre adressée le 4 janvier 1941 par le président de l'Ebro, M. Lawton, au président de la Barcelona Traction, M. Hubbard, dans laquelle il lui relate l'impossibilité où le représentant du trésor britannique, présent à Madrid, a déclaré se trouver de prendre en charge sur ses listes les demandes de transferts de la société canadienne;

2^o) une autre lettre, adressée par le même au même, le 14 novembre 1944, dans laquelle il relate l'entrevue qu'il vient d'avoir avec le conseiller financier de l'Ambassade britannique. Celui-ci fait à nouveau état de l'impossibilité où il se trouve d'intervenir en faveur de la société canadienne tant que n'auront pas été réglés les arriérés accumulés pendant la guerre civile, ce qui, suivant ses prévisions, requerra encore environ neuf mois;

3^o) une lettre adressée par M. Lawton, le 24 octobre 1946, à M. Henri Spéciael, président de Barcelona Traction, dans laquelle il récapitule les diverses démarches tentées pour obtenir les autorisations de transferts. Il y relate, notamment, l'entrevue qu'il avait eue avec l'attaché commercial britannique à Madrid, M. Weston, à une date qu'il ne pouvait exactement préciser, mais qui était postérieure au mois de mars. Il y avait appris que, conformément à la promesse faite à M. Lawton l'année précédente, l'Ebro avait été inscrite pour 10.000 £ sur la liste des transferts demandés, mais que la chose était restée sans suite.

L'intérêt de ces lettres ne réside pas seulement dans le fait qu'elles révèlent la gravité de la pénurie de devises dont souffrait l'Espagne à l'époque considérée, mais, aussi, dans le fait qu'aucun des fonctionnaires britanniques qui ont dû, à diverses reprises, discuter avec les autorités espagnoles le cas de l'Ebro, n'ont mentionné aux dirigeants de cette société que l'impossibilité où elle se trouvait d'obtenir des devises aurait été due à l'insuffisance des renseignements fournis par elle au Contrôle espagnol des changes.

Or, il est certain que si tel avait été le motif des refus opposés à l'Ebro, les fonctionnaires espagnols ne se seraient pas fait faute de l'indiquer, en tout premier lieu, à leurs collègues britanniques et canadiens intervenant en faveur de cette société.

(395) Quant à l'existence d'accords de *clearing* avec certains pays, elle conduit à une conclusion exactement inverse de celle que le Gouvernement espagnol voudrait en tirer.

En effet, l'Ebro était une société canadienne, ce que le Gouvernement défendeur semble oublier, et il n'existait pas d'accord de *clearing* entre l'Espagne et le Canada. D'autre part, l'accord de *clearing* conclu en 1940 entre l'Espagne et la Grande-Bretagne, que le *Contre-Mémoire* invoque spécialement comme ayant ouvert des possibilités de liquider « des arriérés financiers en livres sterling », n'aurait pu s'étendre aux besoins financiers de l'Ebro, société canadienne, que si les deux pays avaient consenti à une telle inclusion. Or, la pénurie de devises rendit vains tous les efforts que les dirigeants de l'Ebro tentèrent en vue de l'obtenir.

(1) Les autorités espagnoles ne reproduisent pas ces trois lettres, bien qu'elles doivent en avoir trouvé la copie dans les archives de l'Ebro en même temps que toutes celles qu'elles ont choisi de produire.

Il ne s'agit pas là d'une simple affirmation du Gouvernement belge, mais d'une réalité incontestable, confirmée par l'I.E.M.E. lui-même, d'une part, et par le Trésor britannique de l'autre, ainsi qu'il résulte des documents suivants :

1^o) le rapport adressé par l'I.E.M.E. au Ministre Suanzes le 3 juillet 1946 (A.C.M., n^o 5, doc. 13, vol. VI, p. 300), contient l'affirmation catégorique que « le transfert à l'étranger des produits obtenus de l'exploitation des affaires et industries en Espagne par des sociétés étrangères, ce qui est le cas ici, a seulement lieu actuellement en vertu d'accords officiels conclus avec les pays respectifs, accord qui n'existe pas avec le Canada, dont l'Ebro a la nationalité... et dont les arrangements financiers avec B.T.L.P. Co. ne nous regardent pas »;

2^o) une pièce produite par le Comité des obligataires Prior Lien, nommé par les votes de Juan March, dans le cadre du procès que la SIDRO lui avait intenté devant les tribunaux de Londres, et dont le *Contre-Mémoire* cite par ailleurs de larges extraits, relate une déclaration de M. Ellis Rees (actuellement Sir Hugues Ellis Rees), haut fonctionnaire du trésor britannique, selon laquelle « Parce que la société était canadienne il n'avait jamais été possible d'obtenir qu'elle soit admise à bénéficier de l'accord de *clearing* hispano-britannique et la société manquait pour ce motif de recevoir paiement des intérêts pour le service de ses obligations, contrairement aux sociétés britanniques, qui depuis 1940 avaient été en mesure de recevoir certaines remises. Les Espagnols étaient fort à court de livres sterling et n'avaient pas de dollars » (A.R., n^o 79, doc. n^o 4).

On ne peut donc rien déduire, en faveur de la thèse espagnole, de l'existence d'un accord de *clearing* hispano-britannique. Au contraire, la nationalité canadienne de l'Ebro apparut aux autorités espagnoles comme une raison déterminante de refuser, jusqu'à nouvel ordre, les demandes de transferts introduites par elle.

(396) Ce qui précède suffit déjà à écarter la thèse du *Contre-Mémoire*, selon laquelle ces refus seraient dus à l'insuffisance, non des devises dont pouvait disposer l'I.E.M.E., mais des renseignements fournis par la société requérante. Le Gouvernement belge a tenu, toutefois, à revoir de façon minutieuse la correspondance échangée entre l'Ebro et les autorités espagnoles du contrôle des changes, en ce compris les pièces dont il est fait état dans le *Contre-Mémoire*, en vue de vérifier si, effectivement, cette correspondance établissait que l'Ebro aurait omis de fournir aux autorités espagnoles du change les renseignements demandés, et si celles-ci auraient jamais excipé de ce prétexte pour justifier leurs refus de devises.

L'examen de cette correspondance, qui fait l'objet d'une note ci-annexée (A.R., n^o 80) conduit à la conclusion que le reproche fait aux dirigeants de l'Ebro de ne pas avoir fourni les renseignements nécessaires est totalement dénué de fondement.

(397) Cette très nette conclusion trouve du reste une confirmation éclatante dans la correspondance relative à une autre série de demandes également adressées par l'Ebro à l'I.E.M.E.

Celles-ci avaient pour objet, cette fois, l'autorisation pour l'Ebro de verser à la banque Arnús Gari de Barcelone les sommes nécessaires au paiement des obligations en pesetas de la Barcelona Traction (1), sommes dont l'Ebro débiterait International Utilities en compte courant.

(1) Après la guerre civile, en effet, ces paiements en Espagne pour compte d'étrangers requéraient aussi une autorisation.

Il a été fait sommairement mention de cette correspondance dans le *Mémoire* (I, n^{os} 42 et 43, pp. 25 et 26), à l'appui de la thèse selon laquelle les refus de devises n'étaient pas dus à une insuffisance de renseignements. L'abondante documentation produite dans les annexes au *Contre-Mémoire*, censément pour appuyer la thèse inverse, confirme au contraire, de façon indubitable, l'interprétation donnée dans le *Mémoire*.

L'analyse détaillée de la correspondance qui figure à l'Annexe 81 à la présente *Réplique*, établit que, interrogée par l'I.E.M.E. au sujet du compte courant International Utilities, 1) l'Ebro donna *exactement les mêmes renseignements que ceux qu'elle avait fournis, quasi simultanément d'ailleurs, à l'appui de ses demandes de transferts*, et 2) que l'I.E.M.E. *se déclara satisfait des renseignements obtenus* et accorda l'autorisation sollicitée.

(398) De cet exposé, il est possible de tirer les conclusions suivantes :

a) Pendant la période 1931-36, l'Ebro obtint des autorités espagnoles des autorisations de change, pour des sommes dont l'importance fut fonction uniquement des disponibilités du pays en devises étrangères.

Alors que la pénurie de devises était particulièrement sensible et que les mesures de contrôle s'en trouvaient renforcées, une inspection fut faite par les autorités du change dans la comptabilité d'Ebro à Barcelone et se termina à la satisfaction de celles-ci ;

b) A l'issue de la guerre civile, l'Ebro recommença à adresser des demandes de transfert aux autorités espagnoles du change, en fournissant, à l'appui de ses requêtes, tous les renseignements qui lui furent demandés. Si, pendant toute la période 1940-1944, aucune autorisation de transfert ne lui fut accordée, à aucun moment de cette même période, l'Ebro ne reçut de l'I.E.M.E. la moindre communication dont il serait possible de déduire que les refus qui lui furent opposés à l'époque étaient dus à une autre cause que la pénurie de devises ou l'absence d'un accord de *clearing* entre l'Espagne et le Canada. Canada.

La conclusion à laquelle le Gouvernement belge est arrivé sur ce point trouve encore une confirmation, elle aussi décisive, comme on va le voir, dans l'analyse des négociations que menèrent en 1945-46 les dirigeants de la Barcelona Traction avec les autorités espagnoles à propos du « Plan of Compromise », conçu précisément dans le but de porter remède à la situation difficile que créait, pour la société et ses créanciers étrangers, la pénurie de devises qui continuait à sévir en Espagne.

Sous-section 3

*Les refus du Gouvernement espagnol à l'exécution du Plan d'arrangement
accepté par les obligataires*

(399) Le Gouvernement belge a mis un soin particulier à exposer dans le *Mémoire* (I, nos 49 à 58, pp. 28 à 32) dans quelles conditions le Plan d'arrangement avait été élaboré par les dirigeants de la Barcelona Traction, accepté par les obligataires et ratifié par la *Supreme Court* d'Ontario, quel en était le contenu, et comment son exécution, après avoir été, au début, envisagée favorablement par les autorités espagnoles, se heurta finalement à l'opposition violente du Ministre de l'Industrie et du Commerce, M. Suanzes, même lorsque la méthode de financement (la troisième) ne comporta plus aucune sortie de devises de l'Espagne et que l'autorisation administrative sollicitée n'eut plus d'autre objet que le remboursement des obligations en pesetas de la Barcelona Traction au moyen de fonds à prélever par sa débitrice l'Ebro sur ses amples disponibilités en Espagne.

Le *Mémoire* a relevé divers faits démontrant les nombreux contacts pris à l'époque entre le groupe March et les autorités espagnoles; il a mis en lumière la parfaite convergence de pensée et d'action existant entre elles et lui (nos 62 à 71, pp. 34 à 38); il a dénoncé l'attitude du gouvernement de l'époque comme la cause première du préjudice subi par les actionnaires belges et, dès lors, un des faits essentiels générateur de responsabilité (n° 355, pp. 174-175).

(400) Dans le *Contre-Mémoire*, le Gouvernement espagnol, suivant son habitude, se défend moins qu'il ne contre-attaque. Sobre d'explications sur les faits relevés dans le *Mémoire*, il prétend démontrer que l'échec du Plan d'arrangement serait dû à de tout autres causes que celles avancées dans le *Mémoire* et fait état à cet effet, non seulement de la correspondance officielle entre l'administration espagnole et les dirigeants de la Barcelona Traction ou d'autres promoteurs de l'opération et des notes ultérieures de ladite administration (*A.C.M.*, n° 5, doc. 20 à 31, vol. VI, pp. 310 à 326, et *A.C.M.*, n° 6, doc. 1 à 5, vol. VI, pp. 327 à 338), mais encore d'un choix — incontrôlable — de pièces trouvées dans les archives de l'Ebro, confisquées par les organes de la faillite, et remises par eux à M. Andany et consorts (*A.C.M.*, n° 112, doc. 3 à 16, vol. II, pp. 303 à 364, et *A.C.M.*, n° 6, doc. 6 et 7, vol. VI, pp. 339 à 347).

Finalement, il s'abrite sommairement derrière la prétendue chose jugée qui résulterait, selon lui, des conclusions de la Commission internationale d'experts et de la déclaration conjointe.

Ces développements occupent une partie du chapitre I^{er} (nos 168 à 296, pp. 101 à 138), une partie du chapitre II (nos 194 à 284, pp. 192 à 214) et une partie du chapitre IV (nos 19 à 25, pp. 472 à 474).

Fidèle à sa méthode, le Gouvernement belge a concentré dans cette seule section sa réponse aux arguments de fait qui se trouvent en divers endroits du *Contre-Mémoire*, tandis qu'il a réservé à la deuxième partie de la *Réplique* les conclusions juridiques qui sont à en tirer. Auparavant, il relèvera les nouvelles preuves, qu'il trouve dans la documentation annexée au *Contre-Mémoire*, des raisons politiques qui motivèrent les refus d'autorisation du ministre Suanzes.

a) *Preuves des raisons du rejet du Plan d'arrangement par le Gouvernement Espagnol et de leur convergence avec les desseins de March.*

(401) Le Gouvernement belge a tiré argument dans son *Mémoire* de nombreux documents établissant, d'une part, l'hostilité manifestée par le ministre Suanzes à l'égard du Plan d'arrangement, d'autre part, les contacts étroits qui ont existé durant ces années 1945-1946, et jusqu'au jugement déclaratif de faillite, entre les autorités espagnoles et le groupe March.

Il a fait état à cet égard :

- 1° — de la lettre du 18 décembre 1945 adressée par le ministre Suanzes à M. Ventosa, vice-président de la Chade, négociateur pour la Chade et les banquiers espagnols qui s'étaient déclarés prêts à financer la première modalité d'exécution du Plan (*M.*, I, n° 55, p. 30, et *A.M.*, n° 38, vol. I, p. 198);
- 2° — du discours aux Cortès du ministre Suanzes du 12 décembre 1946 (*M.*, n° 58, p. 32, et *A.M.*, n° 40, vol. I, p. 217);
- 3° — des communications adressées par M. Montañes (1) les 20 juin et 6 novembre 1946 à la National Trust, l'informant du caractère définitif du refus du Plan d'arrangement par le Gouvernement espagnol, et les déclarations semblables faites à New-York le 8 décembre 1946 par un autre agent de March, M. Burguera (2) (*M.*, n° 64, p. 35, et *A.M.*, nos 42, 43 et 44, vol. I, pp. 233 à 239);
- 4° — des informations données, au cours des mois précédant la faillite, par un autre agent de M. Juan March, M. Marquier, à M. Maluquer, employé de l'Ebro clandestinement acquis au groupe March, spécialement de la lettre datée du 16 février 1948, postérieure de quatre jours au jugement de faillite, qui, notamment, fait état du « but pour lequel se trouvent unis les intérêts espagnols représentés par le Gouvernement et ceux du groupe d'obligataires, car ce dernier coup se fait de commun accord pour arriver à la nationalisation » (*M.*, n° 72, p. 38, et *A.M.*, n° 46, vol. I, pp. 241 à 245) (3).

(1) M. Montañes est l'ancien employé de l'Ebro, devenu vice-président du Conseil de l'Industrie, dont il a été question ci-dessus (nos 6 et 15). Le Gouvernement espagnol ne nie pas que M. Montañes soit entré au service du groupe March, mais il dénonce comme « déplacé le procédé qui consiste à prétendre discréditer M. Montañes en alléguant une prétendue incompatibilité entre ses fonctions officielles et ses activités privées ». Là n'est pas la question; il n'a pas été question d'incompatibilité dans le *Mémoire*. Ce que le Gouvernement belge a constaté et regretté, c'est que le sieur Montañes se soit servi dans son activité privée des informations qu'il tenait de ses fonctions officielles.

(2) Ledit M. Raimundo Burguera Verdera fut élu syndic le 19 septembre 1949 par les votes du groupe March à l'assemblée générale des créanciers.

(3) Le *Contre-Mémoire* ayant mis en doute l'authenticité des textes cités et leur origine, le Gouvernement belge dépose au Greffe de la Cour l'original du dossier reçu de M. Marquier et contenant certaine correspondance échangée entre lui et M. Maluquer. Quelques-unes des lettres de ce dernier y figurent en original. Est jointe également la lettre de l'avocat Serrano Suñer, datée du 20 mars 1954 mentionnant dans quelles circonstances il reçut ce dossier et le remit à M. Domken, représentant de Sidro (traduction de cette lettre est donnée en annexe (*A.R.*, n° 82).

(402) Cette démonstration se trouve encore renforcée par diverses pièces produites par le Gouvernement espagnol en annexe au *Contre-Mémoire*. On y trouve, notamment, confirmation de la préoccupation des autorités espagnoles d'assurer la nationalisation des sociétés étrangères.

Le Gouvernement belge avait relevé la manifestation de ce désir dans le premier et le dernier des documents énumérés ci-dessus; il avait laissé entendre qu'il fallait peut-être y chercher l'explication des refus systématiques opposés au groupe de la Barcelona Traction par le ministre Suanzes dès son arrivée au pouvoir. L'exactitude de cette supposition est prouvée par divers documents nouveaux.

(403) Le premier est la communication adressée, le 24 août 1939 (1), par M. Montañes à un administrateur de la Barcelona Traction résidant au Brésil (*A.C.M.*, n° 109, doc. I, vol. II, p. 266). L'objet de la lettre est de fixer « les bases d'une opération financière de *cession du contrôle* (2) de Barlipoco » (nom télégraphique de Barcelona Traction).

A l'appui de cette demande, l'auteur, qui déclare vertueusement n'avoir en vue que les intérêts de l'Espagne et ceux du groupe de Toronto, fait valoir les difficultés de deux ordres qui attendent « *les éléments étrangers* » qui contrôlent l'affaire. D'une part, il faut, selon lui, prévoir de la part des autorités un grand souci d'éviter ce qui pourrait « porter atteinte au cours de la monnaie espagnole ». D'autre part, il signale « la tendance qui domine en Espagne *vers la nationalisation des entreprises étrangères* (3) et surtout de celles dont il est question, qui affectent, en tout ordre, la vie et l'économie d'une zone étendue de la nation ». Et l'importance que revêt à ses yeux cette dernière considération est soulignée par le fait que la cession du contrôle envisagée est présentée par lui comme une « opération de nationalisation ».

(404) Un deuxième document émanant du même M. Montañes, présente comme plus impérieuse encore cette tendance des autorités à l'hispanisation des sociétés commerciales étrangères. Dans le télégramme qu'il adresse, le 21 octobre 1940, à un autre administrateur de la Barcelona Traction, résidant au siège social de Toronto (*A.C.M.*, n° 109, doc. 3, vol. II, p. 272), il fait état des démarches que certains Espagnols, qu'il ne désigne

(1) Le Gouvernement espagnol tire argument de la date de ce document non produit par le Gouvernement belge, dans lequel pour la première fois se manifeste l'intérêt que Juan March éprouve pour les entreprises contrôlées par le groupe de la Barcelona Traction, pour déclarer « déplacée » l'allusion faite dans le *Mémoire* à la situation militaire des alliés à l'automne de 1940, dont le groupe March aurait voulu profiter. Mais le Gouvernement espagnol omet que cette lettre du 24 août 1939 ne fut qu'un sondage préliminaire auquel son auteur attachait un caractère confidentiel. La première démarche auprès des dirigeants de la Barcelona Traction fut celle mentionnée dans le *Mémoire*; elle se situe le 21 octobre 1940, et se place donc bien à un moment où, comme l'a constaté le *Mémoire*, les Allemands étaient au pied des Pyrénées et où la situation militaire des Alliés était des plus critiques.

(2) Les mots sont en italiques dans le texte.

(3) Il résulte clairement du contexte que le mot « nationalisation » n'est pas pris ici dans le sens d'une réforme économique faisant passer des entreprises du secteur privé dans le secteur public, mais crée le remplacement de capitalistes étrangers par des capitalistes nationaux dans le contrôle de ces entreprises.

pas (1), font, dans leur intérêt personnel, auprès des autorités espagnoles en vue de convaincre le Gouvernement de procéder à la *nationalisation*. Il fait prévoir que « la réaction *logique* et *patriotique* du Gouvernement sera d'émettre des ordres maintenant les conditions en vigueur signifiant que les transferts de monnaie demeurent à zéro ». Les mêmes indications se trouvent répétées dans le télégramme, envoyé le même jour, par M. Montañes à une haute personnalité britannique, M. Peacock (*A.C.M.*, n° 109, doc. 4, vol II, p. 273).

(405) Dans la dernière lettre de M. Montañes relative à cette offre d'achat, à savoir celle adressée le 7 février 1941 à M. Peacock (2), se retrouve l'allusion particulièrement précise à l'acquisition de la Barcelona Traction par un groupe; elle est envisagée comme « une *nationalisation de la Société conforme à la politique du Gouvernement concernant principalement les sociétés concessionnaires de services publics* ». Quant aux conséquences de cette politique sur les autorisations de transfert de devises, elles sont indiquées en termes non équivoques. Sans doute, les besoins vitaux de l'Espagne à satisfaire suffiront-ils pour les années à venir à imposer la réduction, voire même la suppression des exportations de devises pour le paiement de dividendes, salaires et amortissements, mais, dans une parenthèse, l'auteur fait apparaître, pour la première fois, le danger qui résulterait du caractère prétendument illégal du contrôle de services publics en Espagne par des sociétés étrangères (*A.C.M.*, n° 109, doc. 8, vol. II, p. 277).

De tout quoi il résulte que, lorsque M. Suanzes se déclarait, dans sa lettre du 18 décembre 1945 déjà citée plus haut, « toujours disposé à envisager » la nationalisation des entreprises et lorsque, le 16 février 1948, cette nationalisation était présentée par M. Marquier comme le but commun du Gouvernement et des obligataires qui ont provoqué la mise en faillite de la Barcelona Traction, il ne s'agissait là que de la poursuite d'une idée caressée de vieille date par l'administration et à la réalisation de laquelle le Ministre Suanzes s'était acharné sans mesure.

Mais ce qui n'avait sans doute pas joué de rôle décisif dans le refus de devises à l'époque où leur pénurie suffisait à l'imposer, semble avoir été le motif déterminant, au cours de la période 1945-1946, de l'opposition du Gouvernement espagnol à l'exécution du Plan d'arrangement accepté par les obligataires et de l'appui apporté à la mise en œuvre de l'autre plan, celui de Juan March.

Cette interprétation, que permettait déjà la lecture des documents annexés au *Mémoire*, se trouve aujourd'hui confirmée par les pièces nouvelles versées au débat par l'une ou l'autre Partie.

(1) Suivant les derniers mots de la lettre du 7 février 1941 à M. Peacock (*A.C.M.*, n° 109, doc. 8, vol. II, p. 277), il s'agirait d'un groupe étranger « qui se camouflerait en espagnol ». On peut croire que M. Montañes considérait comme telle la société belge Sofina elle-même qui, consciente de la croissance des tendances nationalistes en Espagne avait, d'accord avec Sidro, renforcé la participation espagnole à la gestion de l'Ebro en concluant à cette fin un contrat avec la société espagnole Sociedad Financiera de Industrias y Transportes. Ce contrat, conclu le 31 octobre 1940, est reproduit en annexe au *Contre-Mémoire* (*A.C.M.*, n° 914, vol. V, pp. 179 et ss.). M. Ventosa était le président de la société espagnole. Il a été amené à indiquer le rôle de la Financiera devant le juge espagnol (*A.C.M.*, n° 1014, 1015 et 1023, vol. V, pp. 428, 432 et 460).

(2) M. Peacock était une personnalité financière britannique, président de la banque Baring Brothers, qui avait fait partie du conseil d'administration de la Barcelona Traction de 1915 à 1928.

(406) Ainsi, dans le rapport adressé par l'I.E.M.E. en date du 3 juillet 1946 (*A.C.M.*, n° 5, doc. 13, vol. VI, p. 300), cet Institut relève comme premier motif justifiant le rejet de la deuxième modalité de financement du Plan soumise aux autorités :

« qu'il ne s'agit pas de la nationalisation d'une entreprise, aujourd'hui étrangère et dont les affaires reviennent à l'Espagne mais uniquement on obtiendrait le retrait d'obligations émises par une *société étrangère à l'étranger* (1), et il faudrait faire un important sacrifice en devises que les circonstances actuelles ne conseillent pas et qui est sans précédent, étant donné que, jusqu'à présent on a seulement fait des opérations qui représentaient la nationalisation partielle ou totale d'industries se trouvant entre des mains étrangères ».

Et la même préoccupation se retrouve dans le quatrième motif invoqué, suivant lequel :

« les fins de l'Institut espagnol de monnaie étrangère ne sont pas de vendre des devises à un taux plus élevé que le taux officiel (comme il en résulterait de l'opération proposée) mais de subvenir avec elles aux besoins nationaux, auxquels on doit prioritairement pourvoir, même si dans des cas déterminés elles ont été appliquées dans des conditions et des circonstances indiquées antérieurement, et dans des conjonctures favorables *pour réaliser des nationalisations*, ce qui n'est pas, d'autre part, le cas d'espèce ».

(407) De même, dans le rapport adressé par une autorité non désignée, au sujet de la troisième modalité du Plan d'arrangement proposée le 21 octobre 1946, figure en bon ordre, parmi les motifs de l'avis défavorable émis, le fait que la distribution aux obligataires étrangers de 212.391 actions nouvelles amènerait « le renforcement des positions étrangères de la Barcelona Traction » (*A.C.M.*, n° 5, doc. 20, vol. VI, p. 310) (2).

(408) Mais, il est un autre document, cité dans une lettre de l'I.E.M.E. de 1952 au Ministre Suanzes (*A.C.M.*, n° 8, doc. 11, vol. VI, p. 385), qui relate en termes tellement saisissants la convergence des buts poursuivis par March et par les autorités espagnoles qu'on ne peut attribuer sa publication qu'à une inadvertance des auteurs du *Contre-Mémoire*.

Il s'agit de la déclaration de valeurs étrangères faite à l'I.E.M.E. par Juan March, en application de la loi du 4 mai 1948 (3). Il y est relaté que, dans un groupe constitué pour acquérir des obligations de la Barcelona Traction, Juan March est « impliqué » pour au moins £ 1.000.000 de valeur nominale, ce que l'auteur de la déclaration commente dans les termes suivants :

(1) Les italiques sont dans le texte.

(2) Cette conversion partielle des obligations en actions n'était pas une innovation de la troisième modalité. Elle était une des conditions du Plan d'arrangement approuvé par les obligataires qui l'avaient réclamée dès l'origine (*A.C.M.*, n° 5, doc. 12, vol. VI, p. 293). Le fait qu'elle est relevée pour la première fois à l'occasion de la troisième modalité dénote l'acuité du désir de nationalisation.

(3) Sur l'erreur matérielle commise, dans la lettre de l'I.E.M.E., quant à l'indication de la date de cette loi comme étant le 4 mai 1946, voir *infra*, n° 778, note 1.

« L'acquisition des valeurs de la Barcelona Traction par le groupe où intervient le soussigné a pour objet, comme le sait le Gouvernement espagnol, de faciliter la nationalisation des commerces d'électricité appartenant actuellement à des étrangers, suivant les arrangements qui, en temps opportun, seront soumis à l'approbation des autorités économique-financières d'Espagne. En conséquence, la participation du soussigné dans les avoirs du susdit groupe est destinée à la nationalisation de référence, objectif qui, à ne pas en douter, mérite la haute considération du Gouvernement espagnol ».

Il est impossible d'être plus clair.

(409) Enfin, *last not least*, il convient de relever, dans la note émanant de la National Trust (*A.R.*, n° 31, doc. 2), que c'est par un télégramme de M. Montañes daté du 12 décembre que le *trustee* fut informé du discours prononcé le jour même aux Cortès par le ministre Suanzes. Véritable bulletin de victoire, ce télégramme avait visiblement pour but d'essayer de convaincre la National Trust du manque de fondement qu'aurait une nouvelle prorogation du Plan d'arrangement, à supposer que la Barcelona Traction s'obstinât à la demander, ce dont du reste elle s'abstint.

(410) La Cour comprendra qu'en présence d'une telle accumulation de preuves quant aux mobiles réels de l'opposition des autorités espagnoles à l'exécution du Plan d'arrangement, le Gouvernement belge juge suffisant de rencontrer brièvement, dans le corps même de la *Réplique*, la documentation annexée au *Contre-Mémoire*, par laquelle le Gouvernement espagnol s'efforce de justifier l'attitude adoptée par lui à la fin de 1946.

(411) Les conclusions que le *Contre-Mémoire* prétend tirer des dits documents nouveaux semblent pouvoir être résumées comme suit :

D'une part, l'attitude négative des autorités espagnoles aurait été motivée :

- 1° par l'insuffisance des renseignements fournis par l'Ebro (*C.M.*, IV, n° 257, 1, p. 127 et n° 284, n° 3 et 4, p. 213);
- 2° par le sacrifice imposé à l'Ebro au bénéfice de la Barcelona Traction et des personnes participant au financement (*C.M.*, n° 257, 2, p. 127);
- 3° par la constatation des pertes que l'arrangement proposé entraînerait pour les obligataires, également au bénéfice des actionnaires (*C.M.*, n° 257, 3, p. 127).

D'autre part, les causes de l'échec du Plan ne seraient pas seulement l'opposition des autorités espagnoles, mais encore :

- 1° celle des autorités britanniques;
- 2° le désaccord de certains obligataires et finalement
- 3° la décision de la National Trust de ne plus consentir à une prolongation des délais, comme suite au jugement du tribunal de Londres rejetant la fin de non-recevoir opposée par elle à la demande de l'obligataire Walford (*C.M.*, n° 284, 1, 2 et 5, p. 213).

Ces six allégations seront rencontrées dans la suite de cette section.

b) *Réfutation de la prétendue insuffisance de renseignements.*

(412) Au moment d'aborder l'examen des lettres et notes produites par les Parties et relatives aux démarches faites auprès des autorités espagnoles en vue d'obtenir leur autorisation pour la mise en exécution du Plan d'arrangement, il faut se souvenir que, comme il vient d'être établi, ces autorités se trouvaient, au moment où s'ouvrait cette négociation, en possession de toute la documentation reçue, au cours des années antérieures, à l'occasion des diverses demandes de transfert.

C'est sans doute ce qui explique qu'à la réception de la première demande qui lui fut adressée le 11 juin 1945 par les banques espagnoles disposées à prêter leur concours à l'opération projetée, l'Instituto Español de Moneda Extranjera exprima un avis de principe favorable, ne demandant d'autres explications que celles qui lui seraient fournies, le moment venu, au sujet des modalités du plan définitif (le texte de la lettre des cinq banques et celui de la réponse de l'Instituto sont reproduits en traduction à l'annexe 5, doc. 1 et 2 du vol. VI des *A.C.M.*, pp. 261 à 264). Ces renseignements complémentaires firent l'objet d'une note du 14 novembre 1945 (*A.C.M.*, n° 5, doc. 3, vol. VI, p. 265), suivie d'un « commentaire supplémentaire » (*A.C.M.*, n° 5, doc. 4, vol. VI, p. 270), puis d'un entretien entre le Ministre Suanzes et M. Ventosa, en suite d'une autre lettre et nouvelle note de ce dernier du 14 décembre (*A.C.M.*, n° 5, doc. 6, et *Appendices*, vol. VI, p. 274), enfin d'une demande de renseignements additionnels du 14 décembre (*A.C.M.*, n° 5, doc. 7, vol. VI, p. 284) à laquelle il fut donné satisfaction trois jours après (*A.C.M.*, n° 5, doc. 8, vol. VI, p. 285). En suite de quoi, le ministre répondit en reconnaissant que son correspondant avait aimablement répondu aux points mentionnés dans sa lettre du 14, et déclara être déjà en possession des renseignements suffisants pour faire une complète mise au point et être à même d'émettre son avis (*A.C.M.*, n° 5, doc. 9, vol. VI, p. 287, publié déjà comme *A.M.*, n° 38, vol. I, p. 198). Le ministre termina du reste sa réponse en réitérant la déclaration que :

« grâce à votre aimable et explicite communication, j'ai eu connaissance, comme je l'ai indiqué plus haut, des renseignements et informations que j'estime suffisants ».

Comment peut-on, dans ces conditions, considérer que la décision négative (car c'est bien d'une décision qu'il s'agissait et non d'un avis — le mot décision figure en toutes lettres au dernier paragraphe) était motivée par un refus de fournir les renseignements suffisants ?

(413) Il est vrai que, dans sa lettre du 18 décembre 1945, le ministre fait également allusion à « une étude à fond et en détail de la constitution et du développement de ces entreprises, du processus de capitalisation, des installations et autres questions ayant un caractère analogue ». Mais le contexte indique que ce n'était là, en aucune façon, une invitation à fournir des renseignements supplémentaires, mais uniquement l'indication de l'objet de l'examen préalable par ses services auquel serait subordonnée toute reconnaissance en tout ou partie « d'engagements qui, du point de vue espagnol, pourraient dériver des émissions d'obligations d'une société étrangère », ou « toute opération ayant ce caractère comme pourrait l'être une nationalisation de ces entreprises ».

Que l'hypothèse de pareil examen n'était même pas envisagée pour l'instant, résulte à l'évidence des mots qui introduisaient l'alinéa précité et qui rappelaient « la non-acceptation, en principe, » des engagements susvisés. De façon tout à fait catégorique,

du reste, le ministre faisait connaître le motif primordial qui dictait son refus, à savoir « la nécessité inéluctable — propre à l'époque où nous vivons — de réserver l'emploi de nos devises pour les buts (1) ou les engagements plus péremptoirs ».

Les termes de cette réponse ne permettaient aucun doute sur le caractère irrévocable de l'opposition marquée par les autorités espagnoles à la première modalité d'exécution du Plan d'arrangement proposée en 1945. Aussi ne faut-il pas s'étonner de voir que telle fut l'interprétation qu'y donna aussitôt le représentant des promoteurs de l'opération, M. Ventosa, dans la réponse qu'il adressa au ministre le 19 décembre 1945 et qui ne suscita, de la part de ce dernier, aucune rectification (*A.C.M.*, n° 5, doc. 10, vol. VI, p. 288).

On ne comprend pas dès lors comment le Gouvernement espagnol peut soutenir que, loin de constituer un refus, la décision du 18 décembre 1945 marquait l'intention du ministre d'« envisager la possibilité d'affecter des devises à cette fin » s'il obtenait les renseignements demandés sur les « engagements contractés à l'extérieur » (*C.M.*, IV, n° 284, 3, p. 213).

(414) Aussi bien, ayant pris acte de la réponse négative du ministre, les promoteurs établirent une nouvelle modalité d'exécution qui aurait considérablement réduit la contribution de l'I.E.M.E. à la fourniture des devises nécessaires pour le remboursement des obligations en livres sterling de la Barcelona Traction. Quelques mois se passèrent avant que les divers concours fussent réunis, et c'est seulement au mois de juin 1946 que se rendit en Espagne une délégation comprenant, outre des représentants de la Barcelona Traction et de l'Ebro, un délégué spécial du Comité anglais d'obligataires, qui la présidait. Une note fort claire fut remise au ministre; elle fut communiquée par lui à l'I.E.M.E., lequel fit rapport à son sujet le 3 juillet (*A.C.M.*, n° 5, doc. 11 à 13, vol. VI, pp. 290 à 301). On chercherait en vain la trace, parmi les quatre motifs donnés par l'Institut à l'appui de son avis défavorable à la proposition, d'une demande quelconque de renseignements complémentaires.

La décision du ministre relative à ce deuxième mode de financement fut, à nouveau, défavorable. Mais il y a d'autant moins lieu de l'attribuer à une insuffisance de renseignements, qu'elle fut portée à la connaissance de la National Trust (*A.C.M.*, vol. II, p. 463) par M. Montañas le 20 juin 1946 et fut donc prise avant que le ministre eût reçu la note de l'I.E.M.E. du 3 juillet 1946, (*A.C.M.*, n° 5, doc. 13, vol. VI, p. 298) et même probablement avant qu'il eût communiqué à cet office la note des promoteurs du Plan (*A.C.M.*, n° 5, doc. 12, vol. VI, p. 291).

Est-ce pour cette raison que le ministre demanda à l'Institut, par une communication du 22 juin (2) « d'avancer son compte rendu » relatif à la nouvelle proposition,

(1) Il n'est pas douteux que parmi ces « buts péremptoirs » qui auraient pu amener le ministre à sacrifier des devises figurait la nationalisation des entreprises, que le ministre se déclare dans le quatrième alinéa toujours disposé à examiner. Une opération de l'espèce fut du reste réalisée à l'époque, à savoir le rachat de la société américaine Telefonica pour un montant de 80 millions de dollars.

(2) On notera que ladite communication du 22 juin ne figure pas dans la série de documents publiés sous l'Annexe 5 au chapitre II, qui en contient tant d'autres dépourvus de tout intérêt. De même n'y figure pas la notification officielle que l'I.E.M.E. ou le ministre, ou tous deux, doivent avoir adressée à M. Budd, président de la délégation et dont la Barcelona Traction ne possède pas de copie. C'est là une illustration nouvelle de l'arbitraire mis par le Gouvernement espagnol dans le tri des documents produits par lui.

c'est-à-dire, si nous comprenons bien, de hâter la présentation de son rapport, ainsi qu'il résulte des premières lignes du rapport précité du 3 juillet? Cela ne ferait que confirmer le parti pris du ministre, bien décidé, avant même d'avoir reçu l'avis de l'I.E.M.E., à rejeter toute proposition de nature à sortir la Barcelona Traction de ses difficultés, et désireux seulement de se couvrir.

(415) Il n'en alla pas autrement, quoiqu'en dise le *Contre-Mémoire* (n° 284, 4, p. 213), de la dernière modalité de financement. Celle-ci fut exposée au ministre Suanzes par M. Ventosa au cours d'une entrevue qui eut lieu le 17 octobre 1946, et confirmée dans une note qui lui fut envoyée par lettre le 21 du même mois. Comme il était dit dans cette lettre, l'opération projetée n'affectait plus en rien les intérêts du Gouvernement espagnol, vu qu'il n'était plus fait appel ni à l'I.E.M.E., ni à aucune personne domiciliée en Espagne pour fournir les devises nécessaires au remboursement des obligations en livres sterling de la Barcelona Traction (*A.C.M.*, n° 5, doc. 15 et appendice 1, vol. VI, pp. 303 et 304).

Il n'était plus demandé, en effet, que d'autoriser l'Ebro à payer en Espagne et en pesetas les sommes nécessaires au remboursement de l'emprunt émis en Espagne en pesetas par Barcelona Traction (1) sans qu'il fût encore demandé que l'Ebro puisse émettre un nouvel emprunt en Espagne.

(416) Il ne s'agissait, en somme, que d'un prolongement d'une autre opération fréquemment autorisée par les autorités du change, à savoir le versement par l'Ebro à la banque Arnús Garí, et plus tard au Banco Español de Crédito, des sommes nécessaires au service des coupons de l'emprunt Barcelona Traction, l'Ebro débitant, en contrepartie, le compte provisoire en pesetas d'International Utilities exactement de la manière imposée par l'I.E.M.E. pour les opérations antérieurement autorisées.

C'est ultérieurement, après que la proposition eût été une première fois refusée par l'I.E.M.E. par lettre du 30 octobre, que le président de la Barcelona Traction, M. Spéciael, proposa au ministre de ne pas débiter International Utilities des 64.000.000 de pesetas qui seraient versés par l'Ebro pour le remboursement de l'emprunt Barcelona Traction, mais d'annuler, en contrepartie, un montant équivalent de coupons d'intérêts arriérés des obligations General Mortgage en £ sterling remises par l'Ebro à la Barcelona Traction. Ces intérêts arriérés atteignaient des sommes énormes (2).

L'intervention de l'Ebro dans le remboursement de ces obligations en principal pouvait d'autant moins soulever de discussion que les sommes récoltées par l'emprunt en pesetas de la Barcelona Traction avaient été intégralement avancées par elle à l'Ebro (3).

(1) Cet emprunt étant, comme signalé au *Mémoire* (I, n° 34, p. 21) gagé par 2.640.000 £ d'obligations First Mortgage remises au trustee Westminster Bank. Ce gagé fut réalisé par cette banque anglaise après que le service des coupons eut été interrompu par les organes de la faillite, et ces nouvelles obligations en livres sterling furent cédées à Juan March contre le remboursement qu'elles garantissaient et dont la valeur était considérablement inférieure.

(2) Ces intérêts s'élevaient au 31 décembre 1945 à environ 26.500.000 dollars. Ce montant est indiqué au bilan de l'Ebro au 31 décembre 1945, ainsi qu'il fut mentionné dans la lettre de M. Spéciael au ministre, du 7 décembre 1946 (*A.C.M.*, n° 6, doc. 2, vol. VI, p. 330).

(3) *A.C.M.*, n° 6, doc. 2, vol. VI, p. 329.

Tel étant le seul objet de la demande d'autorisation adressée à l'I.E.M.E. le 28 septembre 1946, un refus paraissait inconcevable (1).

(417) Cependant, un premier refus vint le même jour, 30 octobre 1946, simultanément de la part de l'I.E.M.E. et de la part du ministre (*A.C.M.*, chap. II, n° 5, doc. 28 et 29, vol. VI, pp. 322 et 323).

Les motifs donnés par l'Institut étaient vraiment incompréhensibles : il déclarait avoir autorisé le paiement des coupons des obligations Barcelona Traction en pesetas par « désir de faciliter aux porteurs espagnols la perception des intérêts échus sur lesdites obligations »; mais il n'expliquait pas pourquoi il se refusait à permettre à ces mêmes porteurs de recevoir le principal de leurs obligations. L'Institut déclarait, d'autre part, ne pouvoir autoriser la disposition « au débit dudit compte provisoire » des « pesetas nécessaires à l'amortissement des titres susmentionnés, émis en Espagne par une société étrangère, et ce en raison des réserves dont il a déjà été fait état », mais il paraissait oublier que, comme l'indiquait cependant l'alinéa précédent, ces réserves n'avaient porté que sur le compte dollars existant au nom d'International Utilities et n'avaient pas fait obstacle à l'existence d'un compte pesetas, qui, au contraire, avait été ouvert à la demande de l'I.E.M.E.

D'autre part, il faisait bien une allusion à une insuffisance « des renseignements et des précisions nécessaires en la matière » (*A.C.M.*, n° 5, doc. 28, vol. VI, p. 322), mais il s'abstenait d'indiquer de quels renseignements il pouvait s'agir.

(418) Non moins discrets étaient les deux rapports qui avaient été remis, dans l'intervalle, par ledit I.E.M.E. au ministre Suanzes. Tous deux avaient trait, moins à la demande d'autorisation précise présentée à l'Institut, qu'à l'ensemble du mécanisme de financement de l'opération suivant la troisième modalité, tel que M. Ventosa l'avait exposé au ministre. Tous deux concluaient que la proposition formulée était « encore moins avantageuse » que les précédentes, sans qu'on puisse trouver d'autre raison à cette hostilité accrue que la considération, déjà relevée, que la conversion partielle des obligations en actions aurait renforcé les positions étrangères de la Barcelona Traction (*A.C.M.*, n° 5, doc. 20 et 21, vol. VI, pp. 310 et 311), et qu'en outre, selon le rapport du 24 octobre (le seul daté), les nouvelles obligations Ebro 5% qui auraient été remises aux entités étrangères, auraient compris, outre le capital, les intérêts arriérés des obligations de la Barcelona Traction auxquelles elles devaient se substituer.

La discussion des autres motifs de l'opposition dépasserait le cadre de cette *Réplique*. On se bornera à constater qu'aucun des deux rapports ne se plaignait d'un manque d'information; seule était mentionnée, dans le rapport non daté reproduit aux *Annexes*, la nécessité, avant d'accepter « officiellement, pour ainsi dire, les conditions dans lesquelles furent primitivement émises les obligations Barcelona Traction », de procéder à l'étude d'ensemble visée déjà dans la lettre du ministre du 18 décembre 1945.

(1) Le surplus des indications relatives à la troisième modalité du Plan fut donné au ministre trois semaines plus tard, soit le 21 octobre 1946, à la suite d'un vœu exprimé par lui au cours d'une entrevue avec MM. Ventosa et Garnica le 17. L'envoi de cette première note fut suivi le 24 de l'envoi d'une note complémentaire, d'une nouvelle entrevue entre le ministre Suanzes et M. Ventosa le 25 octobre et d'une troisième note datée du lendemain (*A.C.M.*, n° 5, doc. 22, 23, 24 et 25, vol. VI, pp. 313 à 319).

(419) C'est aussi la note qui dominait dans la lettre adressée le 30 octobre 1946 par le ministre Suanzes à M. Ventosa, et ce n'est qu'accessoirement que le ministre se plaignait de n'avoir pas été éclairé par son interlocuteur sur « les modalités du développement de la Barcelona et de l'Ebro et, d'autre part, les rapports qui peuvent exister entre les trois entités qui devaient participer à l'opération — Sovalles, Sofina et Sidro — avec la Chade, comme entité espagnole, et les modalités de l'opération elle-même en ce qui concerne les chiffres en jeu » (*A.C.M.*, n° 5, doc. 29, vol. VI, p. 323).

La réponse équivoque du ministre fut interprétée par M. Ventosa comme une décision de refus. M. Ventosa tint néanmoins à rappeler, par lettre du 5 novembre (*A.C.M.*, n° 5, doc. 30, vol. VI, p. 324), que le seul renseignement concret lui demandé lors du dernier entretien concernait « les répercussions que produirait dans la comptabilité de la Barcelona Traction et de l'Ebro en cas de réalisation, l'opération d'amortissement des obligations Prior Lien, First Mortgage et Pesetas » et qu'une note à ce sujet avait été envoyée au ministre le jour suivant. Par contre, M. Ventosa ne se souvenait pas avoir jamais été interrogé au sujet des contacts de Chade avec Sovalles, Sofina et Sidro, mais il tenait néanmoins à fournir les explications désirées, ce dont le Ministre le remercia (*A.C.M.*, n° 5, doc. 31, vol. VI, p. 326).

Mis au courant, le président de la Barcelona Traction, M. Henri Spéciael, ne voulut pas désespérer; il demanda et obtint d'être reçu par le ministre, et, ensuite de cette audience, fit procéder par les bureaux de Barcelone à une étude fouillée dont il exposa les résultats au ministre par lettre du 7 décembre, en même temps qu'il adressait une nouvelle requête à l'I.E.M.E. (*A.C.M.*, n° 6, doc. 1 à 3, vol. VI, pp. 327 à 336). Dans sa lettre du 7 décembre, M. Spéciael indiquait que le délai fixé par les *trustees* au Plan d'arrangement expirait le 14 décembre. C'est la date que choisit le ministre pour réitérer son refus.

Cette fois encore, il se déclarait « pas suffisamment informé », mais il résultait clairement du contexte qu'il ne s'agissait plus, pour lui, d'obtenir des renseignements nouveaux à fournir par le groupe de la Barcelona Traction, mais d'une « étude à fond et détaillée », effectuée par des « éléments compétents et désignés par l'Etat », portant sur le « développement, processus de capitalisation, installation et autres du même caractère, qui intéresse les entreprises » (*A.C.M.*, n° 6, doc. 4, vol. VI, p. 337).

En d'autres mots, les renseignements concrets fournis par M. Spéciael dans sa lettre et dans les notes annexes reproduites dans le vol. I des annexes au *Mémoire* (pp. 209 à 216), annexes qui sont omises dans le *Contre-Mémoire* (*A.C.M.*, n° 6, doc. 2, vol. VI, pp. 328 et ss.), étaient écartés, sans doute comme insuffisamment détaillés et n'émanant pas de personnes désignées par l'Etat.

Ce que le ministre exigeait donc pour envisager de mettre un terme au blocage des revenus de la Barcelona Traction, et dans l'immédiat pour autoriser l'Ebro à rembourser une modeste dette de 64 millions de pesetas qu'elle avait à l'égard de la Barcelona Traction, ce n'était rien de moins qu'un rapport officiel portant sur toutes les opérations qui, depuis 1911, avaient comporté l'entrée ou la sortie de devises d'Espagne.

C'est de cette étude qu'en définitive la Commission internationale fut chargée, et, est-il besoin de rappeler que les experts britannique et canadien conclurent à un surplus d'investissements étrangers de près de £ 20.000.000.

(420) Deux jours auparavant, le ministre Suanzes avait du reste prononcé aux Cortès, en réponse à une interpellation, le discours véhément déjà cité dans le *Mémoire* et abondamment commenté dans le premier chapitre de la *Réplique*. Non seulement le ministre y témoignait à l'égard du groupe de la Barcelona Traction d'une hostilité qui contrastait avec l'apparente amabilité du ton adopté dans sa correspondance, mais il confessait, avec un cynisme déconcertant, le mobile des demandes d'information qu'il avait présentées lors des discussions relatives à la première modalité d'exécution du Plan. Ce discours contenait en effet la déclaration suivante (*A.M.*, n° 40, vol. I, p. 220) :

« Si au point de vue purement matériel, cette offre (2) pouvait paraître justifiée, elle fut cependant toujours considérée comme absolument inacceptable à tous points de vue. Elle ne devait être utilisée que *dans un but spéculatif ou de polémique*, pour obtenir des renseignements que l'on jugeait intéressants ».

et le même thème était repris dans la note annexée au discours du Ministre (*eodem loco*, p. 226, quatrième alinéa).

(421) De toute façon, on peut conclure des explications qui précèdent, qu'en ce qui concerne la dernière modalité de financement, qui n'exigeait plus des apports de devises par l'économie espagnole, c'est à tort que son rejet est présenté dans le *Contre-Mémoire* comme ayant été justifié par l'absence de renseignements (*C.M.*, IV, n° 284, 4, p. 213).

c) *Réfutation de la justification de l'opposition au Plan d'arrangement par le sacrifice imposé à l'Ebro au bénéfice de la Barcelona Traction et des personnes participant au financement* (*C.M.*, n° 257, 2, p. 127).

(422) Ce prétexte ne peut être présenté sérieusement pour justifier l'opposition des autorités espagnoles.

Pourquoi, en effet, celles-ci se seraient-elles préoccupées du sort de l'Ebro, société canadienne, et dont tous les titres appartenaient à une autre société canadienne, la Barcelona Traction? Pourquoi, plus spécialement, auraient-elles cru devoir protéger Ebro contre la Barcelona qui, elles l'ont suffisamment fait valoir, formait avec cette société une unité économique?

Dans la lettre du 18 décembre 1945, par laquelle le ministre fit connaître à M. Ventosa sa décision de refuser le sacrifice de devises que représentait pour l'économie espagnole la première modalité de financement, il ne fit pas la moindre mention du motif qui lui est attribué dans le *Contre-Mémoire*. De même, rien de semblable n'est allégué dans les écrits du 30 octobre et du 14 décembre 1945, qui notifièrent le refus d'autoriser le remboursement par l'Ebro de l'emprunt en pesetas de la Barcelona Traction.

Quant aux bénéfices de la Barcelona Traction, il est démontré par ailleurs qu'elle ne devait en retirer aucun, et, en ce qui concerne les personnes participant au financement, il sera expliqué que ce bénéfice, qualifié d'ailleurs plus exactement d'excédent par le Ministre, était inévitable dans l'opération envisagée et que la seule question qui pouvait se

(1) Le ministre avait en vue la première offre comportant participation de l'Institut au bénéfice de l'opération.

poser était celle de sa répartition. A partir du moment où le Ministre, comme il le déclarait dans son discours du 12 décembre 1946, savait que la répartition se ferait en tenant compte des efforts et des apports de chacun, on ne voit pas en quoi cet aspect de l'opération pouvait constituer un motif valable à son opposition.

(423) Il eût été excessif, dès lors, de réfuter plus longuement, dans la *Réplique*, les allégations du *Contre-Mémoire*.

On se bornera aux quelques observations suivantes :

1°) Une distinction s'impose entre le Plan d'arrangement et les trois modalités qui furent successivement mises sur pied en vue de son financement ;

2°) L'objet du Plan d'arrangement était d'éteindre les trois emprunts de la Barcelona Traction, à savoir les deux emprunts en livres sterling Prior Lien et First Mortgage et l'emprunt en pesetas garanti par des obligations First Mortgage. Il était normal que, pour résoudre ses problèmes, la Barcelona Traction utilisât l'Ebro, qui était sa débitrice, et qui disposait de ressources considérables. Cependant, l'Ebro, pas plus que les autres sociétés auxiliaires, ne disposait de devises. Or, les obligataires exigeaient un paiement en livres sterling et, en outre, l'attribution d'actions de la Barcelona Traction. Force était donc à la Barcelona Traction de faire appel à des tiers pour se procurer les devises nécessaires à l'exécution du Plan. Les accords conclus à cet effet constituaient les modalités de financement du Plan ;

3°) Les trois modalités successives de financement qui furent proposées sont exposées dans la note annexe (A.R., n° 83). Elles avaient un trait commun, qui était de mettre à la disposition de la Barcelona Traction les livres sterling nécessaires pour effectuer les paiements promis par le Plan aux obligataires.

Dans les deux premières modalités de financement, les bailleurs de fonds qui procuraient les devises devaient recevoir une compensation sous forme d'obligations en pesetas qui seraient émises par l'Ebro. Ils couraient, dès lors, un risque de change, et cette circonstance, jointe à celle d'un taux d'intérêt peu élevé, devait être compensée par le montant plus élevé des obligations en pesetas qui leur seraient remises. C'était ce que M. Ventosa expliquait au ministre à propos de la Chade dans sa lettre du 17 décembre 1945 (A.C.M., n° 5, doc. 8, vol. VI, p. 285).

Dans la troisième modalité, les financeurs — à savoir, comme exposé dans le *Mémoire* (I, n° 56, p. 31) : Sidro, principal actionnaire de la Barcelona Traction, Sofina, principal actionnaire de Sidro, et Sovalles, société panaméenne du groupe Chade, cette dernière société étant un actionnaire important de Sidro — consentaient, pour aider la société, à accepter en contrepartie des devises qu'elles devaient fournir, des obligations General Mortgage Bonds existantes de l'Ebro. Elles les auraient converties en nouvelles obligations en £ au taux d'intérêt réduit de 5 %. Mais elles se seraient engagées à ne pas faire valoir, pendant une durée d'au moins cinq ans, leurs droits de créanciers, si l'Ebro se trouvait dans l'impossibilité, par suite du manque de devises, de payer les intérêts sur ces obligations.

4°) Contrairement à ce qui est allégué dans le *Contre-Mémoire*, il n'y eut jamais de bénéfice envisagé pour la Barcelona Traction, qui consentait, au contraire, à supporter un sacrifice. Aucune des modalités de financement ne comportait de sacrifice pour l'Ebro.

d) *Réfutation de la justification de l'opposition au Plan d'arrangement par le sacrifice imposé aux obligataires.*

(424) Cette thèse du *Contre-Mémoire* (IV, n° 257, 3, p. 127) est peut-être encore plus saugrenue que la précédente.

Manifestement, le Gouvernement espagnol a ignoré ou perdu de vue l'ordre chronologique des diverses phases d'élaboration du Plan. Dès fin 1944 un comité officieux des obligataires Prior Lien s'était constitué à Londres. Il était composé des personnalités suivantes :

The Hon. Arthur Crichton, président

H. Carlisle

A.H. Wynn

représentant les Investment Trust Companies ;

T. Frazer

R. K. Lockhead

B.H. Binder

représentant les Insurance Companies.

Quant aux obligataires First Mortgage, beaucoup d'entre eux étaient Français, et la défense de leurs intérêts fut assurée par l'Association nationale des porteurs français des valeurs mobilières.

Leur grand souci, comme celui de la National Trust, était l'interruption, depuis 1936, du service des coupons. Il n'était que trop naturel. Quand on connaît les causes réelles de cette interruption et quand on sait qu'en 1944, rien ne permettait de prévoir quand il y serait mis fin, il est incompréhensible que le Gouvernement espagnol puisse reprocher aux dirigeants de la Barcelona Traction de s'être servis de cette interruption comme d'un prétexte pour faire accepter aux obligataires un arrangement comportant pour eux des sacrifices (1) (*C.M.*, n° 257, 3, p. 127).

(425) Au surplus, si les obligataires avaient été induits en erreur sur la cause réelle de cette interruption de service, ils s'en seraient aperçus lorsqu'après le rejet de la première modalité de financement, ce fut le Comité des obligataires Prior Lien qui prit la direction des négociations.

(1) On trouve, il est vrai, dans le *Contre-Mémoire*, un long rappel des négociations relatives au transfert de devises de 1940 à 1944 et une critique parallèle des termes de la circulaire envoyée aux obligataires le 14 août 1945; le reproche y est fait d'avoir passé sous silence les prétendues facilités résultant de l'accord de paiements hispano-britannique, alors que les autorités espagnoles se sont prévaluées de la circonstance que cet accord ne pouvait être utilisé pour des paiements à faire à des ressortissants canadiens (*supra*, n° 365).

C'est, en effet, son délégué, Mr. Arthur Budd, qui présidait la délégation qui se rendit en Espagne pour soumettre au ministre une nouvelle modalité de financement (*A.C.M.*, n° 5, doc. 11, vol. VI, p. 290) (1).

C'était là un signe non équivoque du prix que les obligataires britanniques attachaient à la réalisation du Plan. De leur côté, les porteurs français, interrogés peu auparavant sur leurs dispositions à l'égard d'une prorogation de la date d'expiration du Plan (le 30 avril 1946), avaient fait connaître, en termes catégoriques, leur avis que cette prorogation était conforme à l'intérêt des porteurs d'obligation First Mortgage « auxquels le Plan donnait satisfaction » (*A.R.*, n° 84).

(426) Cette dernière déclaration présente d'autant plus d'intérêt que c'est à l'égard de cette catégorie d'obligataires que le Gouvernement espagnol pouvait, à première vue, alléguer qu'un sacrifice leur était imposé, puisqu'ils ne devaient recevoir que £ 45 en remboursement de leurs obligations de £ 100, des actions leur étant remises en représentation des intérêts arriérés.

La justification des conditions ainsi faites aux obligataires, succinctement exposées dans le *Mémoire* (I, n° 52, p. 29), mérite quelque développement, parce qu'en même temps qu'elle explique qu'en fait, les obligations First Mortgage ont été traitées équitablement, elle permet de comprendre pourquoi les obligataires de cette catégorie ont déclaré que le Plan leur donnait satisfaction.

Il résulte des explications données dans le *Mémoire* (n° 32, p. 20) que, tandis que l'intérêt des obligations Prior Lien était de 6,5 %, celui des Obligations First Mortgage n'était que de 5,5 %. Déjà cette différence du taux nominal de l'intérêt devait influencer sur le prix des obligations en cas de remboursement anticipé.

Mais la différence réelle était beaucoup plus grande: le taux de 5,5% des obligations First Mortgage n'était en effet que théorique. C'est que l'intérêt était contractuellement fixé à 13,75 pesetas par semestre pour 20 £ de montant nominal, ce qui représentait un intérêt annuel de 137,5 pesetas pour 100 £ de montant nominal. L'intérêt payé aux obligations First Mortgage était donc lié au cours de la peseta, et plus celle-ci se dépréciait, plus le taux réel d'intérêt diminuait. Or, au moment où le Plan d'arrangement était adopté, le cours de la peseta était fixé à 45 pesetas par £, en sorte que le taux d'intérêt réel n'était plus que de 3 % (2).

(427) Une dernière considération fera apparaître le caractère profondément équitable des conditions faites aux obligataires, et l'inexactitude flagrante — donc l'injustice — des appréciations émises à cet égard dans le *Contre-Mémoire*; c'est la comparaison entre les prix de rachat prévus au Plan d'arrangement et ceux offerts ou payés, pour les mêmes obligations, à des époques voisines, par le groupe Juan March.

(1) C'était également un témoignage tangible du désir des dirigeants de la Barcelona Traction et de l'Ebro d'associer complètement les obligataires à la réalisation du Plan, afin qu'ils puissent en pleine connaissance de cause collaborer à la découverte de mesures susceptibles d'aboutir.

(2) L'annexe n° 85 à la présente *Réplique* démontre que, si l'on estime qu'une obligation portant intérêt à 6,5 % a une valeur actuelle égale à 100 % du nominal, la valeur actuelle d'une obligation portant 3 % d'intérêt n'est que de 54,82 % du nominal.

Le *Mémoire* a déjà fait mention de certaines de ces tractations et le *Contre-Mémoire* s'est bien gardé de les commenter :

1^o) Ainsi, fin 1940, Montañes offrit de verser pour chaque action de 100 £ Prior Lien, non pas £ 100 plus cinq actions, mais £ 40, et pour chaque First Mortgage, non pas £ 45 plus 5 actions, mais £ 25 (*M.*, I, n^o 60, p. 33);

2^o) Au début de 1947, Fenchurch Nominees fit une offre publique d'achat de Prior Lien à £ 120 par obligation de £ 100 (coupons arriérés attachés); comme les £ 20 payées en plus avaient une valeur nettement inférieure à la valeur effective des cinq actions nouvelles promises en supplément, l'offre demeurait encore fortement inférieure aux anciennes conditions du Plan (1) (*M.* p. 36, note 1);

3^o) A la même époque, Kleinwort Sons & Co. furent acheteurs, pour compte du groupe March, des obligations First Mortgage avec coupons arriérés au prix de £ 48, sans remise d'actions nouvelles (*M.*, *ibid.*, et *A.M.*, n^o 45, vol. I, p. 240).

4^o) Enfin, le 12 mai 1948, soit au lendemain de la faillite, l'Association nationale des porteurs français de valeurs mobilières publia une offre d'achat des obligations First Mortgage, au prix de £ 60, faite par un groupe étranger, c'est-à-dire par March. Cette offre, vu l'absence de remise d'actions, était, elle aussi, moins favorable que celle prévue au Plan. Encore faut-il tenir compte, pour apprécier les conditions ainsi offertes, du fait que l'offre se situait à un moment où le procès de mise en faillite était déclenché : elle faisait partie intégrante de la manœuvre menée par le groupe March.

Ainsi se trouve confirmé le caractère raisonnable des conditions offertes aux obligataires dans le Plan d'arrangement.

(428) C'est, au surplus, un fait indéniable que, dans l'une et l'autre assemblées, les obligataires acceptèrent le Plan d'arrangement à de très fortes majorités, les principaux opposants étant les représentants du groupe March (*M.*, n^o 63, p. 34) (2).

Il convient, en outre, de ne pas sous-évaluer les garanties additionnelles de sérieux que représentaient l'approbation que lui donna la National Trust (*A.R.*, n^o 31, doc. 2), sur laquelle le *Contre-Mémoire* s'efforce en vain de jeter la suspicion, et sa ratification par la Cour Suprême d'Ontario (3).

(1) La réalisation du Plan, du fait de l'élimination des dettes obligataires en Livres, devait avoir une influence favorable sur le cours des actions, car toutes les devises obtenues à l'avenir pourraient être utilisées au paiement de dividendes.

(2) La chose est confirmée par l'affidavit produit en annexe au *Contre-Mémoire* (*A.C.M.*, n^o 114, doc. 5, vol. II, p. 408).

(3) Il est simplement absurde d'interpréter comme un aveu de faillite ou d'insolvabilité le fait pour la Barcelona Traction d'avoir signalé au tribunal l'interruption forcée de son service d'obligations. (*C.M.*, IV, n^o 206 et 225, 6), pp. 112 et 118). Au surplus, comme l'explique la déclaration de la National Trust (*A.R.*, n^o 31, d. 2) le *trustee* avait insisté pour que les décisions des obligataires fussent sanctionnées par le tribunal. Cette sanction ne pouvait être donnée qu'en recourant au *Companies Creditors Arrangement Act*, ce qui impliquait tout au plus une *insolvency*, au sens technique qu'a ce terme dans la législation canadienne applicable, et qui n'a rien de commun avec la cessation générale des paiements requise par la loi espagnole pour une déclaration de faillite.

e) *Réfutation de l'attribution de l'échec du Plan au désaccord de certains obligataires qui aurait amené la National Trust à s'opposer le 14 décembre 1946 à une éventuelle prolongation du délai de validité du Plan.*

(429) Le Gouvernement espagnol fait grand cas du procès intenté à la Barcelona Tracción et à la National Trust par un obligataire britannique contestant la force obligatoire, à son égard, des décisions ratifiant le Plan et le prorogeant (voir *A.R.*, n° 134, app. 3).

Il est vrai qu'un tel procès fut intenté, et ce malgré l'acceptation du Plan d'arrangement par les assemblées régulières d'obligataires, son approbation par le trustee et son entérinement par la juridiction canadienne compétente. Il en est traité longuement en deux endroits du *Contre-Mémoire* (IV, nos 49 à 54, pp. 38 à 42 et nos 286 à 296, pp. 135 à 138).

L'allégation contenue dans le *Contre-Mémoire*, suivant laquelle il y aurait eu à cette date « revirement » dans l'attitude de la National Trust, de même que la supposition que ce revirement serait dû au jugement rendu le 8 novembre 1946 par le Tribunal de Londres (*C.M.*, n° 296, p. 138), relèvent l'une et l'autre du domaine de la fable.

Il ressort en effet, clairement, des explications fournies par la National Trust dans la note annexée à cette *Réplique*, que, lors de la dernière échéance du Plan du 14 décembre 1946, elle ne fut saisie d'aucune demande de nouvelle prorogation de la part de la Barcelona Tracción. Comme elle n'eut pas à prendre attitude à ce sujet, on ne peut parler d'un « revirement » dans son attitude (*A.R.*, n° 31, doc. 2).

(430) De même s'avère sans fondement le reproche fait à la National Trust dans le *Contre-Mémoire* d'avoir, lors de l'accord donné sur les prolongations antérieures, fermé délibérément les yeux « sur les modifications manifestes de la situation qui étaient en train de se produire et sur le changement d'attitude des porteurs des obligations Prior Lien et First Mortgage — changements et modifications dont fut informée la National Trust » (*C.M.*, n° 286, p. 135 et *A.C.M.*, n° 116, doc. 1 à 9, vol. II, pp. 462 et ss.). Celle-ci s'est clairement expliquée dans sa note précitée, sur les raisons qui l'amènèrent, le 30 octobre 1946, à consentir à une nouvelle et dernière prorogation du Plan.

Elle avait promis, le 21 septembre, de prendre en considération, en cas de nouvelle demande de prorogation, les opinions exprimées à ce sujet par tous les porteurs d'obligations (*A.C.M.*, n° 116, doc. 9, vol. II, p. 475). Rien n'indique qu'elle ne se serait pas conformée à cette promesse.

(431) Rien ne prouve, au surplus, que la National Trust aurait été informée, avant le 30 octobre, ou même le mois suivant, de ce que le groupe Juan March avait conquis la majorité des obligations, soit Prior Lien, soit First Mortgage. Elle avait été informée, le 24 juin 1946, de ce que M. Montañes (du groupe March) possédait £ 15.500 d'obligations First Mortgage (*A.C.M.*, n° 116, doc. 3, vol. II, p. 467), et, au mois d'août, de ce que des clients de Fenchurch, opposés au Plan, réunissaient une puissance de vote, comme obligataires Prior Lien, plusieurs fois supérieure au nombre de votes négatifs émis à l'assemblée d'octobre 1945 (*A.C.M.*, n° 116, doc. 7, vol. II, p. 472), sans aller jusqu'à prétendre qu'ils seraient devenus majoritaires. Et le 6 novembre 1946 encore, lorsque

Montañas télégraphia à la National Trust pour protester contre l'accord donné par elle à la remise au 14 décembre du terme final du Plan, il ne prétendit aucunement être l'interprète de la majorité des obligataires de l'une ou l'autre catégorie (*cf.* en annexe ledit télégramme et la réponse de la National Trust, *A.R.*, n° 86).

Il faut ajouter que, lorsqu'après que le Plan fut devenu caduc, la National Trust constata que les obligations Prior Lien étaient en majorité tombées aux mains d'un groupe dont les intérêts pourraient s'opposer à ceux des obligataires First Mortgage, elle proposa, à diverses reprises, de résigner ses fonctions en ce qui concerne la catégorie d'obligations Prior Lien, ce que les intéressés refusèrent (*A.C.M.*, n° 118, doc. 2, vol. II, p. 495).

(432) Ceci dit, il est exact que le Plan d'arrangement, approuvé par le tribunal d'Ontario le 19 décembre 1945, ne put pas être exécuté parce qu'il devint caduc le 14 décembre 1946, faute d'avoir été une nouvelle fois prorogé. Mais, comme nous l'avons vu, cette absence de prorogation ne fut causée ni par un déplacement de majorité dans les assemblées d'obligataires, ni par un revirement corrélatif dans l'attitude de la National Trust, ainsi que le soutient le Gouvernement espagnol; elle s'explique uniquement par la conviction acquise à l'époque par les dirigeants de la Barcelona Traction de l'impossibilité de venir à bout, dans un temps rapproché, de l'opposition des autorités espagnoles (*A.R.*, n° 31, doc. 2).

C'est précisément ce refus des autorités du change et du ministre compétent qui a été dénoncé par le Gouvernement belge comme manifestement dépourvu de toute justification, et comme ayant constitué un acte préparatoire de l'entreprise de spoliation pour laquelle Juan March allait, bientôt après, trouver le concours des autorités judiciaires.

f) L'échec du Plan ne fut pas causé par l'opposition des autorités britanniques.

(433) Deux questions se posent à cet égard :

1°) l'autorisation des autorités britanniques était-elle requise?

2°) ces autorités avaient-elles marqué leur opposition au Plan d'arrangement?

Pour étayer sa réponse à l'une et l'autre de ces questions, le *Contre-Mémoire* fait état d'une note publiée par la presse britannique le 19 décembre 1946 (*C.M.*, IV, n° 279, p. 212 et *A.C.M.*, n° 113, doc. 7, vol. II, pp. 375-376), dans laquelle se trouvent résumées les déclarations faites par le président de la Barcelona Traction à l'assemblée générale des actionnaires tenue deux jours auparavant à Toronto. Il y est dit, notamment, que « Le Trésor britannique n'était pas disposé à considérer ce Plan tant que l'autorisation mentionnée ci-dessus du Gouvernement espagnol n'avait pas été obtenue et il a récemment fait savoir à la société qu'il ne serait pas enclin à approuver une proposition comportant la renonciation au paiement des intérêts arriérés qui est assuré par les ressources en pesetas et par les recettes des sociétés auxiliaires de la société. »

(434) Pour bien interpréter cette déclaration, il ne faut pas perdre de vue les circonstances dans lesquelles elle est intervenue.

Le Plan d'arrangement avait dû être abandonné, sa prorogation n'ayant pas été demandée par la Barcelona Traction pour les raisons qui viennent d'être indiquées. Les

dirigeants de cette société craignaient sans doute l'effet de panique que cette nouvelle pourrait produire chez les obligataires et cherchaient à les rassurer en montrant la confiance du Trésor britannique dans les ressources de la société et dans la reprise des transferts. Ils laissaient également entendre que la Société ne manquerait pas de renouveler ses efforts pour obtenir cette reprise. Ils ajoutaient, toujours dans le même esprit, que le Trésor britannique n'était pas d'avis que les obligataires pussent être invités à faire le sacrifice de leurs intérêts arriérés, alors que les sociétés auxiliaires, débitrices de la société-mère, disposaient de ressources suffisantes.

(435) Ceci dit, une autorisation officielle du Trésor britannique était-elle véritablement requise? Oui, sans doute, pour que les banques anglaises pussent, conformément à ce qui était prévu dans la première modalité de financement, faire aux banques espagnoles l'avance des livres sterling nécessaires au remboursement par elles des obligations de la Barcelona Traction émises dans cette monnaie. Mais il est douteux qu'il en allât de même pour la dernière modalité de financement, et tel semble bien être l'avis du Gouvernement espagnol, lorsqu'il écrit dans le *Contre-Mémoire* (n° 277, p. 212) que « l'échec très net subi par les dirigeants de la Barcelona Traction dans leur premier contact avec les autorités britanniques les amena à concevoir des modalités de financement qui n'exigeaient pas un assentiment préalable du Trésor britannique ».

(436) En tous cas, sur le point essentiel de la prétendue opposition marquée par les autorités britanniques au Plan d'arrangement lui-même, il est aisé d'établir, par l'examen des documents publiés en annexe au *Contre-Mémoire*, que cette opposition était inexistante.

Certes, il y avait eu, de la part de l'Administration britannique, refus d'autoriser la première modalité de financement, ainsi que le *Contre-Mémoire* le relate (n° 284, 2), p. 213).

Ce refus tenait moins à des considérations économiques ou financières qu'à des raisons politiques dont il est aisé de deviner la nature, lorsqu'on se souvient de la tension existant au lendemain de la deuxième guerre mondiale entre l'Espagne et les Nations-Unies (1).

Mais rien de semblable n'était plus en question au mois de décembre 1946. L'avis du Trésor britannique, tel qu'il est relaté dans la déclaration du président de la Barcelona Traction, marquait seulement une préoccupation à l'égard des obligataires. La preuve qu'il ne pouvait être compris comme impliquant le paiement intégral en devises des intérêts arriérés afférents aux obligations, se trouve dans le fait qu'à la même époque, la Trésorerie britannique fit part aux représentants de la Barcelona Traction d'un projet d'offre publique d'achat des obligations Prior Lien par la firme Fenchurch, pour compte de March, dans des conditions « au moins aussi favorables » pour les obligataires que celles du Plan d'arrangement, ce qui impliquait, assurément, une prise de position favorable aux dites propositions, et par conséquent à celles du Plan, puisqu'elles étaient similaires (*A.C.M.*, n° 117, doc. 2, vol. II, p. 477).

(1) Le caractère politique du refus britannique se trouve relaté dans le télégramme que, le 16 novembre 1945, l'administrateur de la Chade, M. Bock, envoyait à M. Heineman de la part de M. Ventosa (*A.R.*, n° 87).

(437) En conclusion, on peut dire que c'est sans le moindre fondement que le Gouvernement espagnol s'efforce d'endosser au Gouvernement britannique la responsabilité de l'échec du Plan d'arrangement et de sa caducité.

De même, c'est en vain que le *Contre-Mémoire* a tenté d'établir que les refus auxquels les divers modes de financement du Plan d'arrangement se sont heurtés de la part des autorités espagnoles, trouvaient une justification dans les réticences et dissimulations opposées par les promoteurs du Plan aux demandes d'information qui leur étaient adressées.

L'examen objectif des documents échangés entre ces promoteurs et l'I.E.M.E. a, au contraire, clairement établi que ceux-ci ont mis le plus grand empressement et tous leurs soins à fournir tous renseignements demandés. La vérité, c'est qu'ils se sont heurtés dès le début de leurs démarches auprès des autorités, à une volonté bien arrêtée — et connue de March — de ne pas permettre qu'il fût mis fin aux difficultés de change de Barcelona Traction, que March utilisait comme moyen de pression, et qui allaient bientôt lui servir de base à sa procédure de faillite. Si cette opposition de principe n'a sans doute pas été la seule cause du rejet des deux premiers modes de financement, dont l'exécution comportait des sacrifices de devises que les autorités espagnoles pouvaient juger excessifs, il n'en alla plus de même en ce qui concerne le troisième mode, qui ne comportait plus aucun sacrifice de cette sorte. La décision négative du ministre ne peut, en ce qui concerne ce troisième mode, trouver d'autre explication que dans sa volonté d'hispanisation, maintes fois exprimée, et dont March allait être à la fois l'instrument et le bénéficiaire.

DEUXIÈME PARTIE

Le Fondement de la Demande

(438) Le Gouvernement belge a exposé déjà sous le même titre, dans le chapitre IV de la Deuxième-Partie de son *Mémoire*, en quoi les diverses étapes de la procédure qui avaient conduit à la spoliation des actionnaires belges avaient été marquées par des violations du droit des gens engageant la responsabilité de l'Espagne.

Cet exposé a été précédé d'un bref rappel de quelques sentences arbitrales internationales bien connues, qui avaient admis la responsabilité internationale à raison d'abus analogues (IV, nos 330 et 331, pp. 163 à 165), après quoi était indiqué l'ordre qui allait être suivi dans la mise en lumière des formes différentes dans lesquelles le *déni de justice* (1) s'est manifesté en l'espèce.

C'est ainsi que le chapitre relatif au « fondement de la demande » fut divisé en trois sections, ayant pour objet la première « l'usurpation de compétence », la deuxième « le déni de justice formel » consistant en « refus d'audience et paralysie des recours », la troisième « le déni de justice substantiel » résultant d'un traitement injuste et discriminatoire de la part des autorités administratives et judiciaires (n° 332, p. 165). Dans cette dernière catégorie ont été rangées « les erreurs fondamentales et les contradictions entachant certaines décisions invariablement favorables au groupe March et faisant apparaître de façon flagrante la partialité des juges » (n° 331, p. 165).

(439) Bien que cet ordre de présentation ait également été approximativement suivi dans le *Contre-Mémoire*, le Gouvernement belge croit devoir l'abandonner dans sa *Réplique* et, pour la facilité de la Cour, suivra sensiblement dans son exposé juridique l'ordre qu'il a suivi dans l'exposé des faits, en groupant essentiellement autour de chaque acte les griefs, de quelque nature qu'ils soient, auxquels il donne prise. Cette méthode permettra d'éviter les retours en arrière et les répétitions.

(440) Il a paru utile, en revanche, de réunir dans un même chapitre introductif la réponse aux objections dispersées en divers endroits du Chapitre IV du *Contre-Mémoire* (IV, nos 1 à 4, pp. 463 à 465, nos 27 à 29, pp. 474 à 476, n° 38, p. 479, n° 41, p. 480, n° 68, p. 491, n° 88, p. 498 et nos 106 à 112, pp. 506 à 509), concernant les principes de droit international qui sont à la base de la demande belge.

(1) Les mots « déni de justice » étaient mis entre guillemets, parce qu'ils étaient pris à cet endroit du *Mémoire* dans le sens général avec lequel ils avaient été employés dans la correspondance diplomatique, alors que, dans la suite de l'exposé du *Mémoire*, le Gouvernement belge avait jugé préférable de leur donner un sens plus restreint, conforme aux tendances modernes de la doctrine et de la jurisprudence internationales. (voir n° 4 à 8 du présent chapitre.)

CHAPITRE I

Les principes de droit international
applicables en la matièreI.— *Questions de terminologie.*

(441) Une partie des critiques formulées dans le *Contre-Mémoire* au sujet des thèses juridiques énoncées par le Gouvernement belge, n'ont trait qu'à la terminologie employée. Malgré l'intérêt très secondaire de cette controverse pour la solution de l'affaire Barcelona Traction, il paraît convenable de les rencontrer brièvement.

(442) Avant tout, le Gouvernement espagnol n'admet pas la portée étendue donnée dans le *Mémoire* belge au terme « déni de justice ».

Le Gouvernement espagnol y oppose ce qu'il considère comme « le sens propre du terme », à savoir « une violation spécifique de cette obligation consacrée par le droit international général en vertu de laquelle l'Etat est tenu d'ouvrir aux étrangers l'accès aux tribunaux et ne pas les soumettre à des délais absolument injustifiés ». Il admet, au surplus, que même en l'absence de déni de justice « au sens propre du terme », une autre cause encore peut engager la responsabilité de l'Etat en raison d'actes de son pouvoir judiciaire, à savoir une décision judiciaire interne « contraire à une règle de droit international » (I, Chapitre IV, n° 1, p. 463).

(443) Les auteurs du *Contre-Mémoire* ont tort de présenter leur terminologie et leur classification comme seules correctes. Il est de notoriété que le terme « déni de justice » se rencontre dans les auteurs de droit international et les décisions arbitrales et judiciaires avec des acceptions fort différentes. Le *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, publié en 1960 sous le patronage de l'Union Académique internationale et la direction de M. le président Basdevant, n'en relève pas moins de sept!

Devant une telle diversité, nul ne peut, semble-t-il, prétendre raisonnablement au monopole de l'orthodoxie. La prudence paraît recommander, au contraire, à tous ceux qui se servent du terme, de préciser le sens qu'ils lui attribuent. Ainsi seront évitées les confusions.

(444) Dans son sens le plus large, déni de justice se dit de toute injustice ou, comme le dit *Littré* (v° Déni de Justice), de « tout refus d'accorder à quelqu'un ce qui lui est dû ». C'est en ce sens que, dans la correspondance diplomatique relative à la présente affaire, et qui précéda l'introduction de la demande, le Gouvernement belge se plaignit à diverses reprises du déni de justice dont les ressortissants belges, actionnaires de la Barcelona Traction, étaient les victimes.

Ce n'est pas en ce sens que le terme fut employé dans le *Mémoire*, ni qu'il le sera dans la présente *Réplique*.

Déjà, à la Conférence de Codification du droit international de La Haye de 1930 (p.v. 103), le président Basdevant écartait de la notion de déni de justice « le cas où dans une affaire criminelle ou dans une affaire civile, le juge en rendant son jugement excède l'autorité qui lui appartient suivant le droit international. C'était le cas dans l'affaire du *Costa Rica Packett* ».

A la même réunion, Sir Eric Beckett développait peu après la même idée en l'étendant à tous les cas de violation directe d'une règle de droit international (p.v. pp. 106-107).

(445) Quant à la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale et à celle de la Cour internationale de Justice, si on n'y trouve pas de définition proprement dite, du moins peut-on déduire de l'arrêt du *Lotus*, quel était le sens que la première de ces Cours attachait au terme. On y lit en effet (série A, n° 10, p. 24) :

« Le fait que les autorités judiciaires auraient commis une erreur dans le choix de la disposition légale, applicable en l'espèce et compatible avec le droit international, ne concerne que le droit interne et ne pourrait intéresser le droit international que dans la mesure où une règle conventionnelle ou la possibilité d'un déni de justice entreraient en ligne de compte ».

Il semble qu'on puisse conclure de ce texte :

1° qu'une distinction était faite, par la Cour permanente, entre les dénis de justice et les autres fautes commises dans l'exercice du pouvoir judiciaire et génératrices d'une responsabilité internationale;

2° que le déni de justice pouvait notamment résulter du choix erroné par un tribunal de la disposition légale dont il a fait application.

(446) Telle est bien la conception qui a inspiré le Gouvernement belge dans la rédaction du *Mémoire* et à laquelle il est demeuré fidèle dans la présente *Réplique*.

Ainsi, ne seront pas comprises dans la notion « déni de justice », les violations, par le pouvoir judiciaire, de règles internationales relatives à son fonctionnement, (en l'espèce il s'agira seulement d'usurpation de compétence), tandis qu'y seront comprises, non seulement les règles qui prescrivent aux Etats « d'ouvrir aux étrangers l'accès aux tribunaux et de ne pas les soumettre à des délais absolument injustifiés » — ce que le Gouvernement belge a appelé le déni de justice formel — mais aussi celles qui sanctionnent les erreurs manifestes dans l'interprétation du droit national ou les illégalités grossières, ainsi que le concours qu'y ont apporté certaines autorités administratives; c'est ce que le Gouvernement belge a appelé le déni de justice substantiel. On notera qu'aussi bien le déni de justice substantiel que le déni de justice formel peuvent résulter tant d'une loi nationale défectueuse que d'une mauvaise application de cette loi nationale. En d'autres mots, la responsabilité internationale peut trouver sa source dans la mauvaise application d'une bonne loi comme dans la bonne application d'une loi mauvaise.

(447) Cette conception du déni de justice est sensiblement celle que proposait M. Charles De Visscher dans le cours professé par lui en 1935 à l'Académie de Droit

International de La Haye (1) : « toute défaillance dans l'organisation ou dans l'exercice de la fonction juridictionnelle qui implique manquement de l'Etat à son devoir international de protection judiciaire des étrangers ».

Une telle définition équivalait en somme à celle que l'on retrouve chez les premiers auteurs, Grotius et Vattel, qui déterminent l'un et l'autre les cas dans lesquels l'octroi de lettres de représailles aux particuliers préjudiciés était permis (car c'est de cela qu'il s'agissait à l'époque, et non de protection gouvernementale par les voies diplomatique ou judiciaire).

Il fallait, disait Grotius, « que le droit lui ait été refusé » (*ubi jus denegatur*), ce qui était considéré comme le cas « non seulement lorsqu'un jugement ne peut être obtenu par l'intéressé dans un laps de temps convenable, mais encore lorsque, s'agissant d'une cause nullement douteuse, on a jugé tout-à-fait contre le droit » (trad. Barbeyrac) (*non tantum si... judicium intra tempus idoneum obtineri nequeat, verum etiam si in re minime dubia ... plane contra jus judicatum sit*) (*De jure belli ac pacis*, Livre III, chap. II, par. IV et V, I).

Vattel, semblablement, enseignait « qu'on ne doit venir aux représailles que quand on ne peut point obtenir justice. Or, la justice se refuse de plusieurs manières : 1^o par un déni de justice proprement dit, ou par un refus d'écouter vos plaintes, ou celles de vos sujets, de les admettre à établir leur droit devant les tribunaux ordinaires; 2^o par des délais excessifs, dont on ne peut donner de bonnes raisons, délais équivalents à un refus, ou plus ruineux encore; 3^o par un jugement manifestement injuste et partial. Mais il faut que l'injustice soit bien évidente et palpable » (2).

(448) La deuxième critique de nature terminologique formulée dans le *Contre-Mémoire*, est relative à la distinction entre « déni de justice formel » et « déni de justice substantiel » (*C.M.*, IV, n^o 88, p. 498). Le Gouvernement espagnol y voit « une tentative arbitraire d'élargir la notion de déni de justice proprement dite, afin de faire admettre ainsi l'idée que les autorités judiciaires espagnoles auraient commis quelque chose d'internationalement illicite, alors que rien, dans leur comportement à l'égard de Barcelona Traction, ne saurait revêtir un tel caractère ».

C'est là une pure querelle de mots.

En effet, du moment qu'on admet l'existence d'autres obligations internationales relatives à l'action des organes judiciaires que celles contenues dans la notion, que le Gouvernement espagnol dénomme déni de justice proprement dit — et la chose est expressément admise dans le *Contre-Mémoire* (n^o 86, p. 498) — il importe peu que leur violation soit ou non qualifiée de déni de justice substantiel ou matériel. Cette terminologie est du reste empruntée à un traité de droit international relativement récent (3) et paraît assez bien exprimer les caractéristiques des deux catégories d'infractions. Ceci dit, il va de soi que le Gouvernement belge n'attache aucune importance à ce qu'elle soit ou non adoptée par la Cour.

(1) *Recueil des Cours*, volume 52, p. 390. On notera avec intérêt que dans un cours antérieur, professé en 1923, sur la responsabilité internationale, M. De Visscher avait opté pour l'emploi du mot dans son sens étroit. L'auteur signale lui-même son évolution (*op. cit.* p. 389, note 1) et en explique les motifs.

(2) Liv. II, chap. XVIII, § 350.

(3) Guggenheim, *Traité de Droit international public*, Genève, 1953, vol. II, p. 12.

(449) Plus importantes que ces objections de forme, sont évidemment celles élevées contre certains des principes de droit international invoqués dans le *Mémoire*.

Elles concernent essentiellement la limitation de la compétence juridictionnelle des Etats, et la responsabilité internationale résultant de l'erreur grossière et manifeste, spécialement celle résultant de l'erreur grossière et manifeste commise dans l'application du droit national.

Ces divers points font l'objet des trois paragraphes suivants.

II.— Principes relatifs à la limitation de la compétence juridictionnelle des Etats.

(450) Le Gouvernement belge a défendu l'idée, dans son *Mémoire* (I, n° 333, p. 165), que pour qu'un Etat puisse soumettre à ses lois et au pouvoir juridictionnel de ses tribunaux un fait juridique donné — la cessation des paiements, par exemple — il doit exister entre cet Etat et le fait en question un lien sérieux de rattachement. Cette affirmation est pleinement justifiée par la pratique des Etats et par la doctrine internationale, si même il peut exister des différences dans sa formulation. Dans la seule étude détaillée qui ait été consacrée à cette question, il fut proposé, en 1964, qu'un Etat avait compétence internationale lorsque « son contact avec une série donnée de faits était tellement étroit, tellement substantiel, tellement direct, tellement important que son action législative à leur sujet est en harmonie avec le droit international sous ses divers aspects... Un intérêt politique, économique, commercial ou social ne constitue pas par lui-même une connexion suffisante » (1). Ces propositions étaient étayées par une analyse de la pratique des Etats dans les six domaines du droit international privé, de la juridiction civile, de la juridiction pénale, de la juridiction sur les pratiques commerciales, de la juridiction fiscale et de la juridiction monétaire.

Mais le même principe est valable aussi dans d'autres domaines. Ainsi, en matière d'attribution de nationalité, il est bien établi que l'attribution de la nationalité présuppose l'existence d' « un fait substantiel de connexion » entre l'Etat et les individus, pour rendre cette attribution internationale effective (2).

La règle alléguée par le Gouvernement espagnol, dans le *Contre Mémoire* (IV, Chap. IV, n° 28, p. 475) et suivant laquelle chaque Etat serait « complètement libre de décider de la portée et des limites de la compétence de ses tribunaux » est, par conséquent, contraire au droit international public positif, tel qu'il résulte de la pratique des Etats.

Si une telle règle existait, il s'en suivrait qu'un Etat pourrait faire application de sa loi civile, pénale ou fiscale et prononcer des condamnations à charge de personnes de nationalité étrangère qui n'auraient jamais été présentes sur son territoire, qui n'auraient jamais exercé d'activités, bref, qui seraient sans aucun lien quelconque de rattachement avec lui.

Sans doute le droit international laisse-t-il aux Etats une large marge d'appréciation dans la détermination de la sphère d'application de leur législation et de la compétence de leurs tribunaux. Mais il ne s'ensuit pas qu'ils sont autorisés à agir de façon arbitraire.

(1) Mann, *The doctrine of jurisdiction in international Law — Recueil des Cours de l'Académie de Droit international* 1964, tome I, vol. III; par. 1, p. 49.

(2) Affaire Nottebohm, *Cour internationale de Justice*, 1955, p. 4.

(451) La règle défendue par le Gouvernement espagnol est contraire à la philosophie fondamentale qui est à la base du droit international public moderne; c'est le droit international, non la libre discrétion de chaque Etat, qui détermine l'étendue des droits de l'Etat, y compris son droit de juridiction :

Le juge Read, par exemple, l'a dit avec une grande clarté :

« Laissant de côté pour l'instant, le facteur historique, il nous faut tout d'abord, disait-il, considérer l'étendue de la compétence que le droit international a conférée à un Etat riverain, en ce qui concerne la délimitation de son domaine maritime.

Je n'ai à cet égard aucun doute. La compétence conférée à un Etat pour délimiter son territoire maritime est la même que celle qu'il possède pour délimiter toute autre partie de son territoire. Il peut agrandir celui-ci de toutes les manières qui ne portent pas atteinte aux droits des autres Etats ou de la communauté internationale. Par exemple, il peut occuper un territoire sans maître, *res nullius*; il peut annexer un territoire occupé, avec l'assentiment du souverain territorial. Il ne saurait dépasser les limites territoriales de sa souveraineté existante s'il devait en résulter une atteinte aux droits ou privilèges que le droit international confère à d'autres Etats ». (*Affaire des pêcheries - Cour Internationale de Justice*, p. 190).

Et le juge Sir Gerald Fitzmaurice, a défendu la même thèse avec certains développements en 1953 (*British Yearbook of International Law*, 1953, p. 1 et 11 à 12).

Sa conclusion était qu' « un Etat dont l'action est contestée au point de vue de sa licéité doit être prêt à établir ou bien que son action est justifiée par le droit international, ou bien qu'elle appartient à un domaine que le droit international ne prétend en aucune façon régler ».

(452) Cette thèse n'est en rien contredite par l'arrêt rendu par la Cour Internationale de Justice dans l'affaire du *Lotus* déjà citée (*C.P.J.I.*, Série A, n° 10) et dont le Gouvernement espagnol prétend résumer la doctrine (*C.M.*, IV, n° 28, p. 475) dans ces termes catégoriques :

« En matière de compétence juridictionnelle le droit international positif en vigueur aujourd'hui n'établit pas de règles obligatoires pour les Etats. En principe, chaque Etat est *complètement* (!) libre de décider de la portée et des limites de la compétence de ses tribunaux, aussi bien pour les litiges purement internes que pour les litiges internationaux de droit privé ».

On lit, en effet, dans ledit arrêt :

« Loin de défendre d'une manière générale aux Etats d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives; pour les autres cas, chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables » (1).

Le pouvoir discrétionnaire des Etats n'est donc pas absolu. Il est contenu dans les limites fixées par le droit international qui, quoique larges, n'en sont pas moins réelles et ne peuvent être dépassées.

(1) *C.P.J.I.*, série A, n° 10, p. 19.

(453) Enfin, c'est évidemment à tort également que le Gouvernement espagnol a soutenu dans le *Contre-Mémoire* (n° 27, p. 474) que pour qu'on puisse accuser un Etat d'usurpation de compétence, il faudrait nécessairement qu'il existe dans un autre pays un juge interne, auquel une règle internationale confère une compétence *exclusive* et dont la compétence a été usurpée.

Il est, en effet, notoire qu'un même fait juridique peut être légitimement considéré par plusieurs Etats comme entrant dans le champ d'application de leur législation et dans la compétence de leurs tribunaux. Il n'y en aura pas moins violation du droit international, si le pouvoir de législation ou de juridiction est exercé à son égard par un autre Etat que ceux pouvant entrer en ligne de compte.

(454) Il est un autre principe essentiel du droit international, relatif à la compétence des Etats, qui a été outrageusement méconnu dans la présente affaire; c'est celui qui interdit aux Etats de poursuivre en territoire étranger l'exécution de leurs décisions administratives ou de leurs jugements.

La Cour permanente de Justice internationale s'est exprimée à ce sujet, dans l'arrêt du *Lotus*, en des termes qui ne furent contredits dans aucun avis dissident et revêtent, de ce fait, une autorité toute particulière (1) :

« La limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure — sauf l'existence d'une règle permissive contraire — tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat. Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale, elle ne pourrait être exercée hors du territoire sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention ».

(455) Comme l'a indiqué un récent auteur, le principe est d'application très large et s'étend aux cas où un Etat prend des mesures qui, bien que prises initialement sur son propre territoire, sont appelées à être consommées ou requièrent soumission dans l'Etat étranger (2).

Violerait sans aucun doute un tel principe, le gouvernement qui aurait toléré la contrefaçon de titres ou valeurs émis soit par des Etats étrangers, soit par des sociétés étrangères, et cette usurpation serait assurément plus grave encore s'il avait prétendu considérer les titres contrefaits comme seuls valables, à l'exclusion des titres originaux.

Or, comme il sera montré plus loin, tel fut bien l'un des actes autorisés et admis par les tribunaux espagnols.

III. — *Responsabilité du chef d'erreur grossière et manifeste.*

(456) Les idées exprimées dans le *Contre-Mémoire* relativement au déni de justice proprement dit ne différant guère de celles exposées dans le *Mémoire*, il paraît superflu de revenir sur la question. Quant au déni de justice résultant du contenu d'une décision judiciaire, le Gouvernement espagnol veut admettre avec Anzilotti (*C.M.*, n° 2, p. 464) qu'il est des cas où « la décision des tribunaux peut constituer elle-même une

(1) C.P.J.I., série A, n° 10, pp. 18 et 19.

(2) Mann, *op cit*, p. 128.

violation du droit international ou en dériver et, dès lors, est susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat... » (1). Mais il est difficile de comprendre quels sont, dans sa pensée, les cas où une décision judiciaire constitue une violation du droit international. Au numéro précédent (IV, p. 463), il emploie la formule, non moins équivoque, qu'il s'agit de décisions « contraires à une règle de droit international ».

Il semble que, du moins dans sa thèse principale, ces règles de droit international, dont la violation serait génératrice de responsabilité, ne puissent être, selon lui, que des règles étrangères à l'administration de la justice interne.

Ce n'est qu'à titre de concession qu'il mentionne (n° 3, p. 464) : « on connaît *quelques cas* où une responsabilité internationale a été considérée comme engagée à la suite d'une décision judiciaire prise en violation du droit interne ; mais cette conclusion exceptionnelle a été justifiée sur la base du fait qu'il s'agissait, dans le cas d'espèce, d'une erreur *grossière, inexcusable, volontaire et malveillante* » (2).

Précisant davantage sa pensée, le Gouvernement espagnol expose, en un autre endroit de son *Contre-Mémoire* (n° 106, p. 507), « qu'il ne s'attardera même pas à examiner le point de savoir si de telles conceptions, qui ont sans doute visé à élargir le domaine de la responsabilité des Etats en raison de décisions de ses organes judiciaires, peuvent ou non être acceptées sans réserve comme indice d'une situation consacrée par le droit international », estimant pouvoir se borner à relever « sur le plan de la doctrine et de la jurisprudence du droit international, les exigences minimales qui, *même selon les partisans des conceptions en question*, sont requises pour que la responsabilité de l'Etat soit engagée de ce chef ».

Ainsi, ce n'est qu'à titre subsidiaire, ou surabondant, ou tout au moins sans reconnaissance du bien-fondé de cette dérogation au respect de la chose jugée nationale par les tribunaux internationaux, que le Gouvernement espagnol prétend faire la démonstration que les conditions et restrictions qui accompagnent cette dérogation ne sont pas réunies en l'espèce.

(457) Ces exigences minimales qui, suivant le *Contre-Mémoire*, seraient requises cumulativement pour que la responsabilité de l'Etat puisse être engagée en raison de décisions de ses organes judiciaires, sont au nombre de trois :

- 1° que l'Etat demandeur prouve qu'il existe un élément subjectif de mauvaise foi et d'intention discriminatoire de la part des tribunaux ;
- 2° qu'il s'agisse de décisions en dernière instance, tous les recours accordés par le droit interne ayant été employés ;
- 3° que la violation alléguée du droit interne soit flagrante et inexcusable.

(1) Le *Contre-Mémoire* poursuit la citation d'Anzilotti qui continue en disant : « mais pour un motif qui n'est pas le déni de justice », ce qui soulève la question de terminologie traitée ci-dessus et sur laquelle il est inutile de revenir.

(2) Ces derniers mots ne sont pas en italiques dans le *Contre-Mémoire*, mais bien entre guillemets et censés empruntés à la sentence rendue en cause *Martini* : on verra plus loin ce qu'il faut en penser (*infra* n° 470).

(458) Il paraît superflu de combattre la thèse principale.

Ce serait perdre le temps de la Cour que de s'attarder à démontrer que les juges ou arbitres internationaux ont estimé parfois ne pas pouvoir s'arrêter à l'autorité de chose jugée s'attachant à des décisions judiciaires nationales dans le cadre de l'Etat. Le *Contre-Mémoire* en donne de trop nombreux exemples — et il est loin de les avoir épuisés — pour qu'il soit nécessaire de s'y attarder, d'autant plus que la chose n'est pas formellement contestée par le Gouvernement espagnol, qui se borne à formuler des réserves à ce sujet.

(459) Quant à la thèse subsidiaire, il convient de préciser, tout d'abord, que la « violation du droit interne » peut résulter aussi bien d'une mauvaise application de la règle de droit interne que de sa mauvaise interprétation ou du mauvais choix de la règle dont il est fait application. L'erreur peut être de droit ou de fait. Une injustice grossière peut résulter de l'une comme de l'autre.

(460) Il convient de retenir, aussi, la reconnaissance par le Gouvernement espagnol que, tout au moins en cas de mauvaise foi ou d'intention discriminatoire, la violation du droit interne flagrante et inexcusable, entachant une décision devenue définitive après épuisement des recours, engage la responsabilité de l'Etat.

La chose doit être soulignée, parce que le Gouvernement belge a relevé dans le *Mémoire* diverses décisions judiciaires ou actes connexes du pouvoir exécutif dénotant la mauvaise foi ou l'intention malveillante, et dès lors discriminatoire. Encore convient-il d'observer qu'en pareil cas il est difficile de parler d'« erreur ». La fausse appréciation volontaire des circonstances de la cause ou la fausse interprétation volontaire du droit interne, ce n'est plus une erreur, c'est un dol. Les mots « erreur » et « volontaire » paraissent antinomiques (1).

De même, on ne comprend pas la présence de la troisième condition dans le système du *Gouvernement espagnol*. Car s'il est établi que la violation du droit interne a été volontaire ou commise de mauvaise foi dans un esprit discriminatoire, on ne voit pas pourquoi cette violation devrait, en outre, être flagrante et on voit moins encore comment elle pourrait ne pas être inexcusable.

(461) Ceci dit, le Gouvernement belge tient à déclarer de la manière la plus nette qu'il n'a jamais entendu défendre la thèse, que le Gouvernement espagnol affecte de lui prêter, suivant laquelle il existerait une « obligation internationale qui impose à l'Etat de garantir que les étrangers ne soient pas victimes de décisions *simplemēt* erronées ... » (*C.M.*, n° 3, p. 464). Il va de soi que n'importe quelle erreur de fait ou de droit, commise à l'égard d'un étranger par les tribunaux d'un Etat, n'engage pas la responsabilité de celui-ci et qu'il n'entre pas dans la compétence normale du juge international de contrôler le « bien jugé » des tribunaux nationaux.

(1) On ne peut s'empêcher de penser que si le *Contre-Mémoire* retient la notion d'erreur volontaire, c'est parce que l'erreur manifeste et grossière a si souvent été admise dans la jurisprudence comme génératrice de responsabilité internationale, qu'il a paru difficile de l'éviter et qu'on a préféré la conserver tout en la neutralisant par un qualificatif inconciliable avec elle. Il eût été plus franc ou plus logique de rejeter l'erreur, comme vice générateur de responsabilité, pour ne retenir que le dol.

Mais si la violation du droit interne est manifeste, inexcusable, et a été cause d'une injustice grossière, la situation qui en résulte équivaut à une carence de l'administration de la justice, c'est-à-dire à un déni de justice au sens large.

Cette conception n'est pas seulement conforme aux enseignements de Grotius, elle se dégage très clairement de la pratique internationale et, notamment, des décisions arbitrales citées dans le *Contre-Mémoire*, dont aucune ne vient à l'appui des thèses qui s'y trouvent défendues.

(462) Ainsi, dans l'affaire *Médina* (1) jugée en 1862, (de Lapradelle et Politis — *Recueil des Arbitrages internationaux*, vol. II, p. 170) le surarbitre, après avoir exposé qu'en principe, dans toutes les affaires qui dépendent du pouvoir judiciaire, un gouvernement doit se borner à assurer à ses sujets à l'étranger le libre accès des tribunaux locaux ainsi que l'égalité de traitement avec les nationaux, continue en admettant qu'il en va autrement non seulement en cas de « déni de justice formel, la malhonnêteté et la prévarication du juge légalement prouvées », mais encore dans le cas de « torture », de refus des moyens de défense, de grosse injustice *in re minime dubia*. Ces derniers termes, empruntés à un avis de Lord Phillimore, s'inspiraient manifestement du célèbre texte de Grotius cité plus haut. Ce sont là, dans l'esprit du surarbitre, autant d'hypothèses différentes et c'est manifestement déformer sa pensée que de soutenir que, suivant lui, il ne peut y avoir de « grosse injustice » qu'en cas de malhonnêteté et prévarication du juge.

(463) De même, dans l'affaire *Cotesworth and Powell* (2), intervenue entre la Grande-Bretagne et la Colombie et qui se termina par une sentence rendue en 1875, s'il est vrai que le Tribunal arbitral a retenu, parmi les motifs de sa condamnation, « l'attitude éminemment criminelle du juge dans certains procès où les plaignants étaient intéressés spécialement et cela au détriment de leurs droits et intérêts », il a relevé également « des retards indus, nombre d'irrégularités et refus répétés d'entendre les parties ou de se prononcer sur leurs requêtes et des violations certaines de la loi dans les décisions judiciaires » (*Recueil des Arbitrages internationaux*, vol. III, pp. 726 et 727).

Cette partie de la sentence était, au reste, précédée par des considérants dans lesquels le surarbitre exposait quelles étaient, suivant lui, les conditions de la responsabilité internationale. A ce sujet, il déclarait qu'en principe « quand une affaire où des étrangers sont intéressés a été décidée en due forme, le pays des défendeurs ne peut pas tenir compte de leur plainte ». Mais il ajoutait, en se prévalant de Vattel : « ce n'est que dans les hypothèses où justice a été refusée, où une injustice palpable et évidente a été commise, ou encore où les règles ou les formes ont été ouvertement violées, ou encore où des discriminations odieuses ont été commises au préjudice de ses ressortissants que le gouvernement d'un étranger peut intervenir » (*op. cit.*, p. 725).

Ainsi, cette fois non plus, le surarbitre ne considérait pas qu'il soit indispensable de faire la preuve de la malveillance du juge pour que sa décision puisse être considérée comme entachée d'injustice palpable et évidente ou de violation ouverte, c'est-à-dire flagrante, du droit interne.

(1) *Contre-Mémoire*, IV, n° 108, p. 508.

(2) *Contre-Mémoire*, *ibid.*

(464) Suivent ensuite, dans le *Contre-Mémoire*, des extraits de trois sentences rendues par la Commission générale des Réclamations entre le Mexique et les Etats-Unis, sous la présidence du juriste hollandais Van Vollenhoven (1). La première citée est l'affaire *Chattin*, tranchée en 1927.

Le surarbitre a passé en revue, sous le titre « administration défectueuse de la justice », un grand nombre d'affaires examinées antérieurement par sa commission ou par d'autres tribunaux arbitraux. Il établit une distinction entre les cas de responsabilité indirecte de l'Etat et les cas de responsabilité directe. Les premiers sont ceux où, un tort ayant été causé par un individu privé, l'autorité judiciaire ne prend pas les mesures adéquates contre l'auteur du dommage. Il y a, suivant lui, responsabilité directe si le tort a été commis par le pouvoir exécutif (par exemple : inexécution de contrats, arrestation arbitraire, mauvais traitements en prison, etc.). A son avis, le terme déni de justice devrait être réservé aux cas de la première catégorie.

Ceci dit, le surarbitre admet (*R.S.A.*, IV, par. 10, p. 286) que la distinction qu'il préconise s'applique difficilement aux actes du pouvoir judiciaire. « Qu'il s'agisse de la responsabilité directe ou de la responsabilité indirecte (la dernière étant le déni de justice proprement dit), ces actes ne sont pas considérés comme défectueux à moins que le tort commis ait la gravité d'un agression (outrage), d'un acte de mauvaise foi, d'un manquement volontaire au devoir, ou d'une *insuffisance d'action apparente à tout homme non prévenu* ». En l'espèce, il y avait eu, suivant lui, un étonnant « *manque de sérieux* » de la part du tribunal chargé de se prononcer sur la culpabilité de *Chattin* (par. 22, p. 292), et, dans sa conclusion, la sentence relève à charge du tribunal « la sévérité intentionnelle ... à l'égard de *Chattin*, sans qu'il soit montré que l'explication doive en être trouvée dans la déloyauté (*unfairmindedness*) du juge » (par. 30, p. 295).

On retiendra tout particulièrement les fortes paroles par lesquelles le surarbitre précise (n° 22, p. 293) la portée réelle de l'appréciation émise dans la sentence quant au jugement rendu par le tribunal mexicain :

« Il n'appartient pas à la Commission de tenter d'arriver sur base des pièces du dossier à une conviction quant à l'innocence ou la culpabilité de *Chattin* et de ses collègues; mais, même s'ils étaient coupables, la Commission rendrait un mauvais service au Gouvernement du Mexique si elle s'abstenait d'imprimer la marque de sa désapprobation et même de son indignation sur une procédure pénale aussi inférieure aux standards internationaux de civilisation comme c'est le cas en l'espèce. Si la règle de droit international quant au respect judiciaire d'un autre pays — dont question au paragraphe 11 ci-dessus — doit être intégralement maintenue, il paraîtrait de la plus haute nécessité que les juridictions d'appel, découvrant dans des cas exceptionnels des procédures de ce type, prennent les mesures les plus énergiques permises par la constitution et les lois, afin de sauvegarder la réputation du pays ».

(465) Les mots « insuffisance d'action » se retrouvent dans d'autres sentences arbitrales de la même commission dont deux sont antérieures, la troisième postérieure à la sentence *Chattin* (*Affaires Neer, Garcia & Garza, Gordon, R.S.A.*, IV, pp. 61, 123, 590). Le *Contre-Mémoire* s'y réfère (2). On se demande cependant comment il peut les concilier avec sa thèse suivant laquelle les dites sentences exigent que l'erreur

(1) *Contre-Mémoire*, n° 109, p. 508.

(2) p. 508, note 4.

soit volontaire pour pouvoir être retenue comme source de responsabilité. Ou prétendrait-il qu'insuffisance vise seulement l'abstention d'agir et non l'action qualitativement insuffisante? Cette interprétation serait incompatible avec la notion « d'injustice notoire » qui se retrouve également dans ces sentences, comme elle l'est aussi avec l'indication contenue dans l'extrait cité de la sentence *Chattin* que cette insuffisance doit être « apparente à toute homme non prévenu », ce qui suppose une appréciation qualitative, et non la seule constatation d'une abstention d'agir.

(466) Cueillons aussi dans la sentence *Neer* (*R.S.A.*, IV, p. 62) cette autre indication qui va dans la même direction : « Il importe peu que l'insuffisance provienne d'une exécution déficiente d'une loi intelligente ou du fait que les lois du pays ne permettent pas aux autorités de se mettre au niveau des standards internationaux ».

(467) De même, dans l'Affaire *Putman*, (*R.S.A.*, IV, 508) on recherche en vain dans la citation, du reste exacte, reproduite par le *Contre-Mémoire* (1), l'indication de la nécessité, pour qu'il y ait déni de justice, de l'élément subjectif présenté par le Gouvernement espagnol comme indispensable. Ce que la Commission écarte, c'est l'injustice douteuse, non évidente, mais il n'y a pas un mot qui implique la nécessité de faire la preuve de son caractère volontaire, ni des mobiles qui ont animé le juge.

(468) La sentence rendue dans l'affaire *Venable* (*R.S.A.*, IV, p. 219) (2) n'est pas plus favorable à la thèse espagnole. Rien n'indique que « l'injustice notoire », admise par l'arbitre mexicain lui-même comme suffisante pour engager la responsabilité internationale, implique la démonstration de la mauvaise foi ou de l'intention discriminatoire du juge. Tout en faisant sienne ladite opinion, le surarbitre indique du reste clairement dans sa décision que la qualification de l'erreur commise est une question de gravité et non d'intention démontrée. En l'espèce, selon lui, la procédure suivie par le tribunal de Monterey ne montre pas « une administration de la justice à ce point défectueuse qu'elle puisse servir de base à une décision de censure par un tribunal international » (*R.S.A.*, IV, n° 19, p. 227).

Cette affaire *Venable* présente d'autres points communs avec l'affaire soumise à la Cour, qui méritent d'être relevés. Il s'agissait, ici aussi, d'une faillite dans laquelle la saisie avait été étendue à des biens (quatre locomotives) appartenant à des tiers. L'irrégularité de cette saisie fut finalement reconnue par les tribunaux mexicains eux-mêmes, mais lorsque la restitution fut ordonnée, il s'avéra que les dites locomotives, ou du moins trois d'entre elles, avaient été conservées dans de mauvaises conditions, et, bien que la Commission fût d'avis que la faute en incombait principalement au syndic de la faillite, qui représentait les créanciers de la faillite, elle estima que, par la voie de l'*interventor* (correspondant au commissaire de la procédure espagnole), le tribunal mexicain pouvait et devait contrôler la conservation des biens, ce qu'il n'avait pas fait en l'espèce (*R.S.A.*, par. 23, p. 229). Et le surarbitre concluait : « Même s'il n'y avait pas inobservation volontaire du devoir, il y avait sans aucun doute une insuffisance d'action gouvernementale à ce point inférieure au standard international que tout homme raisonnable et impartial reconnaîtrait rapidement son insuffisance ».

(1) IV, n° 109, p. 508.

(2) *ibidem*.

(469) Quant à l'affaire *Denham*, entre les Etats-Unis et le Panama, tranchée par la Commission Mixte présidée par le baron Van Heeckeren, et datée du 27 juin 1933, elle motive effectivement le rejet de la demande américaine par la considération que « la Commission. . . . ne trouve pas de preuve d'une violation manifeste de la loi ou d'une mauvaise foi manifeste dans l'application de la loi ou l'appréciation des preuves produites par les parties » (1). Comment le Gouvernement espagnol peut-il découvrir dans ces termes l'indication que, pour que la responsabilité de l'Etat soit engagée, la mauvaise foi du juge doit être établie cumulativement avec le caractère manifeste de l'erreur commise, alors qu'une fois de plus, le tribunal déclare, au contraire, très clairement, que la violation manifeste de la loi interne suffit, à elle seule, à engager cette responsabilité?

(470) Enfin, en ce qui concerne l'affaire *Martini* (2), qui date de 1930, c'est à tort que le *Contre-Mémoire* a prétendu couvrir de l'autorité du tribunal arbitral qui en fut saisi, et que présidait le professeur Uden, sa définition de l'erreur exceptionnelle qui, lorsqu'elle entache la décision du juge national, engage la responsabilité de l'Etat (2). Les mots qu'il cite sont en effet utilisés, dans la sentence du tribunal, non pour exprimer l'opinion du surarbitre, mais pour résumer la thèse défendue par le Gouvernement vénézuélien suivant lequel, effectivement, « même si la Cour Fédérale et de Cassation s'est trompée dans l'interprétation de la sentence arbitrale, ce serait seulement le mal-jugé. Mais cela ne suffirait pas. Il faudrait l'erreur grossière, inexcusable, volontaire et malveillante » (3). Il est tout à fait inexact que le tribunal présidé par M. Uden ait fait sienne cette manière de voir. Il a au contraire écarté l'argument en constatant :

1° qu'il ne pouvait pas « être supposé raisonnablement » que le procédé du Gouvernement vénézuélien admis par la Cour du Vénézuéla « fût compatible avec les obligations adoptées par le Vénézuéla »;

2° que la sentence arbitrale Balston constituait un acte international non équivalent à un arrêt prononcé par un tribunal national.

Ainsi, le surarbitre Uden estimait — à bon droit — que la condition de l'erreur grossière ne s'appliquait pas aux cas où il y avait inobservation d'une obligation internationale, mais, eût-elle été d'application, il y était, suivant lui, satisfait du moment que l'erreur commise n'était pas « raisonnablement excusable ».

En un autre endroit de la sentence (4), le tribunal arbitral cite du reste un extrait du *Contre-Mémoire* de l'Etat défendeur dans lequel celui-ci invoque les propositions du Comité de Codification introductives à la Conférence de La Haye de 1931. Le tribunal exprime l'avis que le passage cité, et invoqué du reste par l'une et l'autre des Parties, « bien qu'il ne contienne pas une définition parfaite, décrit d'une manière satisfaisante pour les besoins de la présente sentence le sens général des notions de déni de justice et d'injustice patente ».

(1) *RSA*, VI, p. 337 — invoquée par le *Contre-Mémoire* (n° 110, p. 509).

(2) C'est le cheval de bataille du Gouvernement espagnol, qui ne cesse de s'y référer (*C.M.*, n° 3, p. 464, n° 106, p. 507 et n° 110, p. 509) — (*RSA*, II, p. 977 et ss.).

(3) *R.S.A.*, II, pp. 994, *in fine*, à 995, premier alinéa.

(4) *R.S.A.*, II, pp. 986 et 987.

Or, dans le dit passage, la responsabilité de l'Etat est déclarée engagée indépendamment du cas où « le contenu d'une décision judiciaire est manifestement inspiré par la *malveillance* à l'égard des étrangers ou comme ressortissants d'un Etat déterminé », — également « si le dommage subi par un étranger résulte du fait que la procédure et le *jugement* sont entachés de *défectuosités impliquant* que les tribunaux qui ont statué n'offraient pas les garanties indispensables pour assurer une bonne justice ». Ainsi, suivant une des autorités auxquelles le Gouvernement espagnol se réfère, la malveillance du juge n'est pas un élément essentiel de l'injustice patente.

Enfin, aussitôt après le passage cité, le tribunal précise de façon explicite son attitude à l'égard de cet élément de malveillance dont, singulièrement, l'Etat demandeur lui demande de constater, sur base de nombreux indices, la présence dans la décision attaquée.

« Le Tribunal — dit-il — n'est pas en mesure de se former une opinion sur les motifs qui peuvent avoir inspiré les juges vénézuéliens à l'époque de l'affaire *Martini*. Si la sentence de la Cour vénézuélienne est fondée en droit, les motifs psychologiques des juges ne jouent aucun rôle. D'autre part, la *défectuosité de la sentence* peut être telle qu'il y a lieu de supposer la mauvaise foi des juges, mais également dans ce cas *c'est le caractère objectif de la sentence qui est décisif* ».

Ainsi, la sentence *Martini*, tant invoquée dans le *Centre-Mémoire*, loin d'être favorable à la thèse espagnole, est pleinement conforme à la doctrine traditionnelle de Grotius reprise dans le *Mémoire* du Gouvernement belge, à laquelle elle ne fait qu'apporter une lumière additionnelle. On ne peut assez en souligner l'importance.

L'erreur manifeste peut être due à une ignorance ou à une incapacité du juge équivalant à un manquement à l'obligation internationale d'ouvrir aux étrangers l'accès de tribunaux susceptibles de leur assurer une protection efficace de leurs droits. Mais il arrive aussi que des erreurs graves et manifestes soient le fait de juges, non pas incapables, mais qui ont eu leur jugement faussé par des considérations ou des passions extrajuridiques, conscientes, ou non, ou parce qu'ils ont subi l'action d'une des parties sans qu'il soit possible d'en rapporter la preuve.

Freeman, dans son traité classique intitulé *Denial of Justice* (pp. 322 et 323), développe à cet égard des considérations empreintes de bon sens :

« La mauvaise foi ou la malveillance (malice) du juge sont choses qu'il est extrêmement difficile, sinon impossible, d'établir dans la pratique... ».

« Dans la plupart des cas, il sera presque impossible de retracer les opérations psychologiques aboutissant à la décision judiciaire, bien qu'ici encore le caractère excessif de l'erreur commise puisse peser d'un poids important sur la question de savoir si l'erreur était ou non voulue... ».

et il conclut sur ce point de la manière suivante :

« exiger la preuve de la malveillance en plus de la démonstration que la décision contenait de si grosses erreurs qu'elle perdait la valeur d'une décision judiciaire, serait, pensons-nous, un obstacle insurmontable au recours dans la plupart des cas. Aussi la jurisprudence internationale, à part un petit nombre d'espèces, ne peut-elle être considérée comme ayant consacré le principe que la mauvaise foi est essentielle ».

Et l'auteur cite, à l'appui de cette conclusion, précisément la sentence *Martini* qu'avec tant de témérité les auteurs du *Contre-Mémoire* ont invoquée en faveur de la thèse adverse.

(471) Ainsi, de même que la concussion ou la prévarication du juge ou ses manifestations de partialité sont bien entendu, par elles-mêmes, des circonstances suffisantes pour faire admettre l'existence de l'injustice manifeste, sans qu'il soit nécessaire d'établir le caractère grossier ou flagrant de l'erreur de droit ou de fait à laquelle elles ont conduit, de même, l'erreur grossière et manifeste suffit à engager la responsabilité de l'Etat sans qu'il faille en dégager les causes.

Mais il va de soi que, dans la pratique, le juge international n'est pas tenu d'opter entre ces deux terrains et de se confiner sur celui qu'il aura choisi. Aussi voit-on fréquemment les arbitres internationaux joindre, à l'analyse de la décision critiquée, des considérants mentionnant les indices relevés dans les faits de la cause, susceptibles d'avoir déterminé l'erreur constatée, et en tirer argument pour conclure à son caractère intolérable. Il est inévitable et raisonnable qu'il en soit ainsi puisque, comme le constatent Fleiner et Giacometti, la différence entre le déni de justice au sens matériel du mot (comme synonyme d'arbitraire), et l'application erronée du droit, « est d'ordre quantitatif et non qualitatif » (1).

(472) La sentence rendue, le 24 février 1891, par le président de la Confédération Helvétique, dans l'affaire *Fabiani* entre la France et le Vénézuéla, constitue une bonne illustration de ce qui vient d'être dit. Certains extraits en ont été cités dans le *Mémoire* (I, n° 330, p. 163) que le *Contre-Mémoire* passe sous silence. La Cour voudra bien s'y reporter.

(473) Plus instructive encore est la sentence rendue le 29 juin 1933, dans l'affaire *Solomon*, entre les Etats-Unis et le Panama, par un tribunal présidé par le baron Van Heeckeren. On y lit :

« Les preuves et particulièrement celles soumises par le Panama dans son Mémoire en Réponse établissent de façon évidente qu'il y avait au Panama un état de haute tension de l'opinion publique, qui eut une incidence sur la poursuite de Solomon... »

« Des exemples de cet état d'hostilité abondent dans les procès-verbaux du procès au Panama... »

« Le fait que quatre instructions successives furent dirigées contre Solomon, le fait que l'inculpation fut changée en séquestration illégale après qu'une inculpation antérieure de blessure avait été abandonnée pour manque de preuve, et que l'affaire fut réanimée après avoir été moribonde pendant des mois, le changement inexplicable des juges du procès au cours du stade final de la procédure, le fait que le Ministère public dans son adresse au Tribunal de Première Instance dénonça les soldats (*N.d.T.*: les soldats américains dont la présence était détestable pour les citoyens panaméens), souligna les rapports de Solomon avec eux, et de la façon la plus impropre sortit de son sujet pour exciter l'hostilité contre Solomon en racontant une histoire qui était sans rapport avec aucune pièce du dossier, le tout réuni prête à croire que la procédure fut dictée non par les raisons habituelles de répression d'une infraction, mais par un fort sentiment local. »

(1) *Schweizerisches Bundestaatsrecht* 1949, p. 414, cité par Guggenheim, *Traité de Droit international public*, vol. II, p. 14, note 5.

« La Commission ne peut échapper à la conclusion résultant dans une large mesure des preuves et déclarations du Panama lui-même, que la condamnation du plaignant fut inconsciemment influencée par un fort sentiment populaire. Une telle admission ne comporte aucune imputation personnelle contraire à l'honneur des magistrats visés.

« L'inévitable sensibilité de juges locaux au sentiment local est une chose bien connue. Un des buts essentiels de l'arbitrage international est précisément d'éviter cette sensibilité et de remédier à ses conséquences » (*R.S.A.*, VI, pp. 372 et 373).

Tout commentaire serait superflu ou, en tous cas, prématuré. La parenté entre l'affaire *Solomon* et celle dont la Cour est saisie saute aux yeux.

(474) Une dernière objection contenue dans le *Contre-Mémoire* doit être rencontrée, à savoir celle suivant laquelle la critique de l'interprétation et de l'application données à la loi espagnole par le juge de Reus et autres juridictions ne serait pas admissible « car le rôle de la Cour internationale de Justice en l'occurrence n'est pas d'infirmier ou de casser une décision judiciaire interne, mais d'établir si les actes accomplis par l'Etat espagnol sont ou non conformes au droit international » (*C.M.*, IV, n° 38, p. 479).

L'argument porte à faux, car il est bien évident que la décision du juge international ne peut en rien affecter la validité dans l'ordre interne de la décision rendue par le juge national et porte seulement sur la responsabilité de l'Etat résultant de la violation du droit international. Parmi les règles internationales dont la violation est génératrice de responsabilité, il y a celles relatives au fonctionnement du pouvoir judiciaire. Parmi les violations de ces règles, il y a les dénis de justice et, parmi les dénis de justice, il y a les cas d'erreur grossière et manifeste dans l'application du droit national. Le juge international ne sort donc aucunement de son rôle en les sanctionnant.

(475) Loin d'être contredite, cette thèse se trouve pleinement confirmée par l'arrêt rendu dans l'affaire du *Lotus*, auquel le Gouvernement espagnol se réfère — pourvu, du moins, qu'on le lise dans son texte exact et non dans la version arrangée qu'en donne le *Contre-Mémoire* et dans laquelle on trouve, collés ensemble, deux tronçons de phrases figurant à dix pages d'intervalle, après suppression dans l'un et l'autre de toute mention du déni de justice.

Pour la facilité de la Cour, nous reproduisons ci-dessous, en vis-à-vis, le texte de la citation figurant à la page 479 du *Contre-Mémoire* et les deux extraits de l'arrêt de la Cour à l'aide desquels ce texte fut composé; les mots en italiques de la deuxième colonne sont ceux qui ont été supprimés dans la citation espagnole.

Texte du *Contre-Mémoire*, p. 479,
paragraphe 38, 2^e alinéa.

Texte de l'arrêt, *C.P.J.I.*,
Série A, n° 10.

La Cour n'est pas appelée à examiner la conformité des poursuites avec la loi turque : elle n'a donc pas à examiner si, indépendamment de la question de la compétence même, les dispositions de la législation turque invoquées par les autorités turques étaient réellement applicables en l'espèce. Le fait que les autorités judiciaires auraient

Les Parties sont d'accord pour reconnaître que la Cour n'est pas appelée à examiner la conformité des poursuites avec la loi turque; elle n'a donc pas à examiner si, indépendamment de la question de la compétence même, les dispositions de la législation turque invoquées par les autorités turques étaient réellement applicables en

l'espèce, ou si la manière dont les poursuites contre le lieutenant Demons ont été conduites pourrait constituer un déni de justice et à ce titre une violation du droit international. Les débats ont roulé exclusivement sur l'existence de la compétence pénale en l'espèce.

commis une erreur dans le choix de la disposition légale, applicable en l'espèce et compatible avec le droit international, ne concerne que le droit interne et ne pourrait intéresser le droit international.

Page 24 :

Cependant, même si la Cour avait à examiner la compatibilité de l'article 6 du Code pénal turc avec le droit international, et si elle estimait que la nationalité de la victime n'était pas en tout état de cause une base suffisante pour la compétence pénale de l'Etat dont la victime est un ressortissant, elle arriverait au même résultat pour les raisons qui viennent d'être exposées. Car, quand bien même l'article 6 eût été jugé incompatible avec les principes du droit international, comme il eût pu se faire que les poursuites intentées eussent été fondées sur une autre disposition législative turque, qui, elle, ne serait pas incompatible avec lesdits principes, il en résulte que, du seul fait de la non-conformité éventuelle auxdits principes de l'article 6, l'on ne saurait conclure à la non-conformité des poursuites elles-mêmes. Le fait que les autorités judiciaires aient commis une erreur dans le choix de la disposition légale, applicable en l'espèce et compatible avec le droit interne national, ne concerne que le droit interne et ne pourrait intéresser le droit international que dans la mesure où une règle conventionnelle ou la possibilité d'un déni de justice entraveraient en ligne de compte.

On ne voit pas pourquoi la Cour internationale de Justice s'écarterait, ici, de ces précédents.

(476) Il n'est donc pas douteux que, suivant la Cour permanente de Justice internationale et l'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence arbitrales, la responsabilité d'un Etat peut être engagée à raison des dommages causés à la personne ou aux biens de ressortissants étrangers par la faute du pouvoir judiciaire, en ce compris les dénis de justice, et que le juge saisi d'une telle imputation peut être amené à vérifier tant l'application que le juge national a faite de son droit national que la compatibilité de ce droit lui-même avec la règle internationale.

CHAPITRE II

Délits internationaux imputables à l'Etat espagnol du chef
des décisions ou omissions de certains organes judiciaires
et des actes connexes du pouvoir exécutif et de
l'administration.

INTRODUCTION

(477) Le Gouvernement belge a dénoncé, aux chapitres IV à VII de la première partie du *Mémoire*, les nombreuses irrégularités qui entachaient le jugement déclaratif de faillite ainsi que les actes qui le suivirent et qui aboutirent à la spoliation des actionnaires belges de la Barcelona Traction au profit d'un groupe privé espagnol. Il a montré également comment le blocage systématique des recours exercés tant par la société faillie que par ses filiales, les membres du personnel de celles-ci, ses actionnaires, et le *trustee* des deux premières émissions d'obligations, aboutit à paralyser sa défense et à permettre de mener à bien la manœuvre de Juan March, alors que les délais pour former opposition contre le jugement déclaratif n'avaient pas encore commencé à courir (*Mémoire*, I, Chapitre V de la Première Partie).

La tentative de justification entreprise par le Gouvernement espagnol au Chapitre III du *Contre-Mémoire*, IV, a été amplement réfutée, sur le plan des faits, dans la première partie de cette *Réplique*. Dans le présent chapitre, on démontrera que les irrégularités dont l'existence a ainsi été établie constituent, sur le plan international, des manquements aux obligations qui incombent à l'Etat dans l'exercice de la fonction judiciaire, qu'elles constituent donc des délits internationaux dont il incombe à l'Etat espagnol d'assurer la réparation au profit de l'Etat belge, dont les ressortissants ont été lésés de ce fait.

On rencontrera, à cette occasion, les arguments développés à l'appui de la thèse contraire au Chapitre IV du *Contre-Mémoire* et on en fera apparaître l'absence de fondement.

Seront successivement examinés :

- la déclaration de faillite,
- la saisie des biens des sociétés filiales,
- l'extension des effets de la faillite aux biens de la Barcelona Traction se trouvant au Canada,

- la prétendue « normalisation » des sociétés filiales,
- les dénis de justice proprement dits dans la procédure,
- les mesures préparatoires à la vente et la vente,
- les dénis de justice volontaires et les indices de partialité.

Enfin, quoique chacun de ces éléments, considéré isolément, soit entaché d'irrégularités graves constitutives de déni de justice, le Gouvernement belge désire montrer l'enchaînement existant entre eux, en les examinant dans leur ensemble, car chacun n'était qu'une étape du plan conçu et mis en œuvre par Juan March pour s'approprier le patrimoine de la Barcelona Traction, et c'est à la lumière du résultat ainsi obtenu qu'il y a lieu de les apprécier. C'est pourquoi une section sera spécialement consacrée au grief global reproché aux autorités administratives et judiciaires espagnoles, à savoir d'avoir permis et même favorisé l'accomplissement de ce plan.

SECTION I

LA DECLARATION DE FAILLITE

(478) Les exposés faits tant aux n° 76 et ss. du *Mémoire* qu'aux n° 4 et ss. du premier chapitre de la présente *Réplique*, ont démontré que la requête dont fut saisi le juge de Reus le 10 février 1948, se présentait dans des conditions anormales et suspectes. Ceci tenait non seulement au choix du juge, à la personnalité des requérants, à la date d'acquisition de leurs titres et à la nature de ceux-ci, mais aussi au ton de la requête elle-même et au caractère tout à fait exorbitant des mesures demandées, qui visaient à rien de moins qu'à saisir tous les biens de diverses sociétés de service public qui représentaient, à l'époque, quelque 20 % de la production et de la distribution d'électricité en Espagne.

Il devait sauter aux yeux de tout juge impartial qu'il ne s'agissait pas là d'une banale demande en faillite d'un commerçant en difficulté, mais d'une manœuvre de grande dimension, d'un complot dans lequel les requérants n'agissaient pas de bonne foi en créanciers soucieux d'obtenir le paiement de leur dû, mais comme simples hommes de paille représentant de puissants intérêts.

Le Gouvernement espagnol ne cherche pas à nier ces faits et circonstances, mais il estime qu'ils sont sans relevance lorsqu'il s'agit de rechercher si les tribunaux espagnols ont commis un déni de justice. Pour tenter de justifier cette surprenante position, le Gouvernement espagnol met, dès le départ, l'accent sur le principe dispositif de la « *justicia rogada* » auquel, significativement, il consacre la première des annexes à son chapitre III.

Dans l'interprétation du *Contre-Mémoire*, cette règle, d'ailleurs connue de la plupart des systèmes judiciaires du monde, et selon laquelle l'initiative du déroulement de la procédure revient en principe aux plaideurs et non au juge, aboutirait à transformer le juge en une simple machine chargée de sanctionner avec un automatisme aveugle les demandes des parties qui répondraient à certaines règles de forme. Eût-il eu la conviction absolue qu'il se trouvait devant des plaideurs de mauvaise foi, qui cherchaient à se servir de la justice à des fins illicites, le juge de Reus, s'il faut en croire le Gouvernement espagnol, n'aurait pu agir autrement qu'il ne l'a fait.

Or il est certain que dans les systèmes de procédure de tous les pays du monde, le juge conserve le pouvoir d'apprécier, même d'office, la régularité de la procédure engagée devant lui, ce qui le met en mesure d'éviter que des particuliers ne se servent de lui en vue de réaliser une fraude.

Il convenait de dénoncer d'entrée de cause, l'interprétation abusive que le *Contre-Mémoire* tente de donner d'une règle dont le principe n'est contesté par personne. En effet, comme on le verra par la suite, dans de très nombreux cas, le Gouvernement espagnol, comme seule tentative pour justifier les décisions de ses juges, se borne à affirmer qu'ils ne pouvaient pas agir autrement.

Le Gouvernement belge aura d'autre part l'occasion de souligner comment certains juges espagnols n'eurent aucune difficulté à s'écarter de cette règle prétendument si rigide lorsque, ce faisant, ils servaient les intérêts ou défendaient les thèses du groupe March.

Outre l'étrange passivité avec laquelle le juge de Reus a fait droit aux prétentions des demandeurs malgré les nombreuses preuves de l'existence d'une manœuvre illicite qui ont été rapportées dans la première partie de la *Réplique*, les décisions qu'il a rendues sont elles-mêmes entachées d'illégalités grossières constituant autant de violations non seulement du droit espagnol mais également du droit international. Ces illégalités, sans lesquelles le plan de Juan March n'aurait jamais pu aboutir et qui sont en relation causale directe avec le préjudice subi par les actionnaires de la Barcelona Traction, seront exposées dans la présente section.

Sous-section 1

La preuve par témoins ordonnée par le juge de Reus était irrégulière.

(479) Selon le premier alinéa de l'article 1325 de la Loi de procédure civile, « le créancier qui sollicite la déclaration de faillite de son débiteur sera tenu d'établir (*acreditar*) avant tout sa qualité (*personalidad*) au moyen d'une copie certifiée de la procédure d'exécution intentée à sa demande contre ce débiteur, ou à l'aide d'un document faisant foi de l'existence de sa créance : *une fois satisfait à cette condition préalable, il sera admis à rapporter la preuve qu'il offrira des points énumérés à l'article 1025 du Code de commerce* ».

L'article 1025 du Code de commerce de 1829 a été abrogé et remplacé par l'article 876 du Code de commerce, dont le 2^e alinéa dispose :

« Il sera procédé également à la déclaration de faillite à la demande de créanciers qui, bien qu'ils n'aient pas obtenu un ordre de saisie, justifieraient de leurs titres de créance et que le commerçant a cessé d'une manière générale le paiement courant de ses obligations, ou qu'il n'a pas présenté sa proposition de concordat, dans le cas de suspension de paiements, dans le délai fixé à l'article 872 ».

Il résulte de la combinaison de ces deux textes, que la preuve qu'autorise l'article 1325 de la Loi de procédure ne peut porter que sur les faits mentionnés à l'article 876 du Code de commerce, à savoir : l'existence de la qualité de créancier et la cessation générale de paiements. Toute offre de preuves portant sur d'autres faits doit être rejetée comme non pertinente.

Par un excès de pouvoir manifeste, le juge de Reus a, dans l'ordonnance admettant la requête *a tramite*, admis la pertinence de faits non prévus à l'art. 876, et a ainsi autorisé les créanciers requérants à établir par témoignages les relations existant entre la Barcelona Traction et ses filiales (points 3 à 5 des offres de preuve contenues dans le deuxième *otroso* de la requête; ordonnance du 10 février 1948, Annexes 49, *in fine*, et 52 au *Mémoire belge*) (1). Cette preuve, administrée sans que les sociétés concernées aient eu l'occasion d'être entendues, allait lui permettre d'ordonner l'extension de la faillite aux actifs des filiales entièrement contrôlées par la Barcelona Traction.

Aux critiques développées par le *Mémoire* du Gouvernement belge aux nos 87 et 88, le *Contre-Mémoire* se borne à répondre, de manière évasive, que « le juge s'en tint à ce que prescrit le Code de procédure civile (premier alinéa de l'article 1325) ». Aucune citation n'est donnée du texte de l'article 1325 ni de celui de l'article 876 du Code de commerce, dont résulte pourtant clairement le caractère limitatif des faits dont la preuve peut être admise. L'Annexe 22 (*A.C.M.*, vol. VII, pp. 131-132), à laquelle il est renvoyé, ne cite pas non plus ces textes, mais se borne à affirmer que la preuve se réduit le plus souvent « à justifier la défaillance du débiteur dans le paiement de ses obli-

(1) Vol. II, pp. 256 et 272.

gations échues (ou qu'il n'a pas présenté de proposition de concordat, dans le cas d'une cessation des paiements dans le délai légal) *et, en outre, les circonstances que les particularités de l'affaire exigeraient* ». Ce n'est qu'en ajoutant les mots soulignés, qui ne figurent pas dans le Code et ne peuvent s'en déduire implicitement, que le Gouvernement espagnol parvient à donner une apparence de fondement à son affirmation de la légalité de la décision du juge.

Le caractère limitatif de la preuve autorisée par les articles en question s'imposait d'une manière d'autant plus impérative qu'il s'agissait d'une procédure sur requête. Ni le débiteur, ni les sociétés filiales que les questions posées aux témoins concernaient ne furent cités, ni même avisés de la tenue de l'enquête, de sorte qu'ils furent dans l'impossibilité de présenter leurs observations et de poser des contre-questions aux témoins. Le droit espagnol prévoit cependant que, lorsqu'une mesure d'instruction est ordonnée sur requête, et qu'elle est de nature à porter préjudice à des tiers (comme l'étaient, en l'espèce, tant la Barcelona Traction que les sociétés filiales), ceux-ci doivent en être informés de façon à pouvoir se défendre (1). De même, en raison de ce caractère unilatéral, la Loi de procédure civile prévoit que le greffier doit certifier connaître les témoins et, à défaut, qu'il exigera la présentation de deux « témoins de connaissance » (*testigos de conocimiento*) (2).

Le Gouvernement espagnol conteste que ces dispositions, qui visent les informations *ad perpetuam rei memoriam* (articles 2002 et suiv. de la Loi de procédure) et les actes de juridiction volontaire dans les affaires commerciales (articles 2109 et suiv.), s'appliquent à l'enquête par témoins ordonnée par le juge de Reus. Selon lui, ce seraient les articles 637 et suivants de la même loi, relatifs à la *prueba* ou *información de testigos*, qui seuls s'appliqueraient.

Cette opinion est erronée. L'*información para perpetua memoria* est une procédure non contentieuse qui a pour objet d'établir de manière permanente certains faits. De même, les articles 2109 et suivants s'occupent des « mesures tendant à établir les faits qui intéressent ceux qui pratiquent des informations concernant ces faits en matière commerciale », ce qui était précisément le cas de l'enquête par témoins ordonnée par le juge de Reus. Il s'agit aussi d'une procédure non contentieuse. Les articles 637 et suivants, au contraire, n'étaient pas applicables, car ils ont trait aux preuves par témoins dans les procédures contradictoires. Ceci ressort de plusieurs dispositions, qui prévoient notamment l'établissement d'une liste des témoins à entendre qui est communiquée à la partie adverse (art. 640), la possibilité pour les parties d'établir des listes de contre-questions à poser aux témoins (art. 641), l'audition des témoins en audience publique en présence des parties et de leurs conseils (art. 642), la faculté pour les parties d'interroger les témoins et d'attirer l'attention du juge sur leur partialité éventuelle, de même que sur les contradictions ou ambiguïtés éventuelles de leurs déclarations (art. 652) etc... Si l'on devait suivre la thèse du Gouvernement espagnol, il faudrait admettre que toutes ces dispositions ont été violées.

(1) Voy. l'art. 2008 de la Loi de procédure : « De même, on ordonnera dans le même jugement de remettre copie certifiée de l'enquête, s'il le requiert, à celui qui l'a mise en mouvement et à toute autre personne qui en fait la demande en vue de l'attaquer par la procédure adéquate, si elle est de nature à lui causer préjudice ».

Art. 2111, 1^o de la même loi : « Lorsqu'il y a des tiers à qui les mesures peuvent porter préjudice, ils devront être cités afin de pouvoir, s'ils le désirent, prendre part à leur administration... ».

(2) Articles 2004 et 2111, 3^o de la Loi de procédure. Voy. à ce sujet le *Mémoire* du Gouvernement belge, n^o 87, p. 46.

Sous-section 2

Les tribunaux espagnols n'étaient pas compétents pour connaître de la faillite de la Barcelona Traction.

(480) Le deuxième grief que le Gouvernement belge adresse au jugement déclaratif de faillite est d'avoir été rendu en violation tant des limites que le droit international impose à la compétence des Etats que des principes fondamentaux du droit espagnol relatifs à la juridiction de ses tribunaux en matière de faillite. Dans cette mesure, le jugement de Reus est constitutif à la fois d'usurpation de compétence et de déni de justice au sens matériel.

a) *L'usurpation de compétence*

(481) Le Gouvernement belge maintient le point de vue exposé au n° 333 du *Mémoire* (I, p. 165), selon lequel, en l'absence de tout lien de rattachement sérieux entre la société faillie et l'ordre juridique espagnol, le droit international n'autorisait pas les tribunaux espagnols à déclarer la faillite d'une société étrangère, portant ainsi gravement atteinte à son crédit et à ses intérêts légitimes.

L'argumentation que le *Contre-Mémoire* oppose à ce grief peut être regroupée sous trois chefs distincts :

1) le Gouvernement espagnol soutient que le droit international positif n'établit pas de règles obligatoires pour les Etats en matière de compétence juridictionnelle. En principe, chaque Etat serait « complètement libre de décider de la portée et des limites de la compétence de ses tribunaux, aussi bien pour les litiges purement internes que pour les litiges internationaux de droit privé » (*C.M.*, IV, n° 28, p. 475);

2) l'examen du « droit international privé comparé » démontrerait qu'il arrive couramment que les tribunaux d'un Etat déclarent la faillite d'un commerçant domicilié dans un autre Etat ne possédant, sur le territoire du premier, ni succursale ni biens quelconques (*C.M.*, n° 30 à 41, pp. 476 à 480);

3) la Barcelona Traction possédait ses biens et affaires en territoire espagnol, de sorte que l'Espagne était, en l'espèce, le *forum conveniens* pour la déclaration de la faillite (*C.M.*, n° 43 à 61, pp. 480 à 489).

1° *Le droit international.*

(482) Le Gouvernement belge a établi ci-avant (voy. Chapitre I de la deuxième partie) ce qu'avait d'inadmissible la thèse du Gouvernement espagnol selon laquelle

chaque Etat serait « complètement libre de décider de la portée et des limites de la compétence de ses tribunaux ». Il pourra dès lors se dispenser de reprendre ici cette démonstration.

La question à examiner dans la présente sous-section peut être formulée comme suit : la Barcelona Traction, société canadienne dont la grande majorité des actions appartiennent à des ressortissants belges et n'ayant ni siège social ni siège d'exploitation en Espagne, est-elle assujettie à la juridiction des tribunaux espagnols en matière de faillite en raison du seul fait (1) que des obligations, émises par elle en dehors d'Espagne et non régies par le droit espagnol, prévoient que l'intérêt sera payable, entre autres pays, en Espagne ?

De l'avis du Gouvernement belge, le droit international ne permet pas aux Etats de considérer que le simple fait que l'intérêt d'un emprunt sera éventuellement payable à l'intérieur de leurs frontières constitue un lien de rattachement suffisamment étroit pour fonder la juridiction de leurs tribunaux en matière de faillite. Certes, le lieu de paiement d'une obligation contractuelle est parfois invoqué par les Etats pour fonder la juridiction de leurs tribunaux à l'égard de l'action en payement de la dette. Mais ceci ne permet pas de considérer qu'il puisse justifier la compétence en matière de faillite. En effet, la déclaration de faillite affecte le statut même du débiteur et sa faculté d'administrer et d'aliéner les biens qu'il possède à l'intérieur de l'Etat, ce qui n'est pas le cas d'une simple action en payement. Il en résulte que le lien existant entre le débiteur étranger et l'Etat dans lequel il doit s'acquitter de sa dette ne peut aucunement être considéré comme suffisant en droit international pour justifier une déclaration de faillite au lieu de payement, en l'absence de tout autre point de rattachement. Comme on le verra au paragraphe suivant, le Gouvernement espagnol n'est pas parvenu à trouver le moindre précédent à l'appui de ce critère de rattachement en droit comparé. Il n'est pas reconnu non plus par la doctrine ni par la jurisprudence espagnoles (*infra*, n° 483).

2° Le « droit international privé comparé ».

(483) Le Gouvernement belge émet les plus expresses réserves quant à la méthode suivie par le *Contre-Mémoire* et qui consiste à analyser certaines législations étrangères pour en déduire le contenu d'une prétendue règle de droit international sur la compétence en matière de faillites internationales. Il ne suffit pas, en effet, de relever, comme le fait le Gouvernement espagnol, qu'un critère de compétence a été affirmé par certaines décisions judiciaires ou par la loi de certains Etats, pour pouvoir affirmer qu'une déclaration de faillite fondée exclusivement sur ce critère serait internationalement justifiée. En effet, la méthode adoptée par le *Contre-Mémoire* ne tient pas compte de ce que, dans la plupart des cas tranchés par la jurisprudence qu'il cite, il existait plusieurs points de rattachement à la juridiction du *for*; le fait que les décisions aient retenu, dans leur motivation, l'un de ces points de rattachement et non les autres ne signifie pas qu'elles l'eussent considéré suffisant s'il avait été le seul.

Au demeurant, quatre des sept critères de juridiction que le Gouvernement espagnol croit pouvoir dégager au moyen de cette étude du droit comparé (*C.M.*, n° 30 à 37, pp. 476 à 479), même s'ils eussent pu justifier la compétence des tribunaux espagnols au cas où les conditions de leur application auraient été réunies, étaient inapplicables à la Barcelona Traction : la réalisation d'opérations commerciales par l'intermédiaire

(1) En effet, aucun des autres critères possibles de rattachement à la juridiction espagnole n'était réuni en l'espèce, ainsi qu'il est démontré ci-après (n° 483).

de représentants et d'agents, la possession de biens (1), l'exercice d'une activité commerciale quelconque en territoire national, et l'exploitation d'un bien à titre de propriétaire, locataire ou concessionnaire; aucune de ces conditions n'a jamais été remplie, en ce qui concerne l'Espagne, par la Barcelona Traction, si ce n'est à une époque tellement reculée qu'il est exclu qu'elle ait pu entrer en ligne de compte en 1948, lorsque la faillite fut déclarée.

Quant au critère de la nationalité des créanciers, qui a été décrit en Espagne même comme « une exception absurde » au principe de la compétence exclusive des tribunaux du domicile du défendeur (2), il présuppose, dans les pays où il est admis comme base de juridiction, l'existence de biens sur le territoire de ce pays (3), de sorte qu'on peut dire qu'il n'ajoute rien à ce dernier critère. Si, en matière de faillite, il a été retenu par certains auteurs (4) comme suffisant, c'est dans la seule mesure où lesdits auteurs considéraient que la seule présence de biens ne permet pas de fonder la juridiction (5). Il ne constitue donc pas un critère indépendant, mais son effet est de restreindre l'application dans certains pays du principe plus général selon lequel la faillite peut être déclarée dès que le débiteur y possède des actifs.

Les mêmes remarques valent en ce qui concerne la règle de l'appel au crédit. S'il est exact que selon Ponsard, certaines décisions françaises admettent que la compétence des tribunaux français peut être fondée sur cette base, ou considèrent qu'il suffit que des engagements (par exemple une émission d'obligations) ou des marchés aient été passés en France (6), c'est uniquement dans la mesure où la présence d'avoirs n'est pas, par elle-même, suffisante à cet effet (7). Il s'agit donc tout au plus d'un critère accessoire, dont l'application présuppose la possession de biens.

Enfin, le Gouvernement espagnol fait état d'un prétendu principe selon lequel le lieu de paiement des obligations permettrait de justifier la compétence juridictionnelle en matière de faillite (*C.M.*, IV, n° 35, p. 478). Absolument aucune référence de doctrine ou de jurisprudence n'est citée à l'appui de cette règle. La seule base que le Gouvernement espagnol essaie de lui donner consiste dans le fait qu'une action aurait été intentée, en 1914, par un obligataire de la Barcelona Traction, devant les tribunaux de Londres,

(1) Il est étonnant que le Gouvernement espagnol fasse tant d'efforts pour démontrer que la possession de biens suffit pour fonder la compétence en matière de faillite, alors que ce fait n'avait jamais été nié par le gouvernement belge. Sans doute espère-t-il ainsi accrédi-ter l'idée que la Barcelona Traction possédait effectivement des biens en Espagne.

(2) José Ramón de Orúa y Arregui, *Manual de derecho internacional privado*, 1952, p. 582.

(3) Voy. J.-P. Niboyet, *Traité de droit international privé*, vol. VI, p. 159, H. Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, 3^e éd., 1959, n° 684, notes 6 et 7; Ph. Francescakis, Note à la *Rev. crit. de dr. int. privé*, 1958, pp. 136 et suiv.; H. Bauer, *Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands*, Paris, 1965, n° 69, p. 81.

(4) Voy. notamment M. Travers, *Traité de droit commercial international*, t. VII, fasc. I, n° 11.132 et suiv.

(5) Ainsi selon Travers (*op. cit.*, n° 11.132, *in fine*) « le principe d'une compétence en raison de l'existence d'un actif n'est pas, en matière de faillite, consacré par le droit positif français ». De même, A. Ponsard, *Faillites, règlements judiciaires et procédures analogues, Juris-classeur de droit international*, Fasc. 568, n° 15, observe qu'une analyse minutieuse des espèces dans lesquelles l'article 14 du Code civil français a été invoqué avec succès, montre que la compétence des tribunaux français pouvait s'expliquer autrement : existence d'une succursale ou d'un siège administratif en France, obligations assumées en France...

(6) A. Ponsard, *loc. cit.*, n° 16 et 17.

(7) *loc. cit.*, n° 18.

en vue de la désignation d'un *receiver*, et que la Barcelona Traction n'aurait à cette époque émis aucune objection à l'encontre de la compétence des juges britanniques. Les conclusions que le Gouvernement espagnol s'efforce de tirer de cette attitude sont tout à fait injustifiées. En effet, en l'espèce, la compétence des tribunaux anglais s'expliquait par le fait que la Barcelona Traction avait à l'époque un siège administratif à Londres, et non par la circonstance que les obligations y étaient payables.

Il n'est pas étonnant, dès lors, que la Barcelona Traction n'ait pas décliné la juridiction des tribunaux britanniques et que ces tribunaux ne l'aient pas fait d'office. Le seul point d'appui que le Gouvernement espagnol a pu trouver pour la thèse de la compétence du *forum solutionis* se trouve ainsi mis à néant.

On voit donc que les efforts du Gouvernement espagnol en vue de chercher dans le « droit international privé comparé » un appui pour la décision du juge de Reus sont demeurés infructueux. Il n'est guère surprenant, d'ailleurs, qu'aucun précédent n'ait pu être trouvé pour une décision aussi singulière. Jamais, en effet, aucun juge n'avait imaginé de déclarer la faillite d'un commerçant étranger n'ayant sur le territoire national ni domicile, ni siège administratif, ni succursale, ni agence, ni biens quelconques. Il s'agit là, selon les termes du célèbre magistrat spécialiste de droit espagnol de la procédure De La Plaza, cité par le *Mémoire* belge (I, n° 333, p. 165) et demeurés sans contradiction de la part du *Contre-Mémoire*, d'une « hypothèse absurde » et l'on comprend que le Gouvernement espagnol soit en mal de trouver des arguments pour la justifier aujourd'hui.

3° *Le forum conveniens.*

(484) Le Gouvernement belge est d'avis que toute discussion du point de savoir si l'Espagne constituait un *for* plus approprié que le Canada (1) est déplacée dans le cadre de l'examen du grief d'usurpation de compétence. La question, en effet, n'est pas de savoir si les juridictions espagnoles étaient plus facilement accessibles aux demandeurs à la faillite que les tribunaux canadiens ni si, du fait que les filiales de la société faillie opéraient en Espagne, il était plus opportun de saisir la juridiction de ce dernier pays. Ce problème n'aurait d'intérêt que si les tribunaux espagnols étaient compétents, selon le droit international, concurrentement avec ceux du Canada et s'il y avait lieu de déterminer, sous l'angle de l'opportunité, lequel des deux ordres de juridiction il y avait lieu de saisir. Or, en l'espèce, la question est de savoir si selon le droit international une société qui n'a pas d'autre lien avec l'ordre juridique d'un pays que d'avoir émis des obligations dont les intérêts y sont payables, peut être déclarée faillie par les tribunaux de ce dernier. Qu'il y ait lieu d'y répondre négativement ressort clairement de ce qui a été exposé aux paragraphes précédents.

D'ailleurs, le Gouvernement espagnol n'a nullement réussi à démontrer que l'Espagne constituait le *forum conveniens* pour la déclaration de faillite de la Barcelona Traction. De la longue étude de droit comparé qu'il entreprend dans le but d'étayer son affirmation, il ressort uniquement :

(1) Voy. *C.M.*, n° 42 et ss., pp. 480 et ss.

— qu'en cas de conflit entre un siège fictif ou purement nominal et un siège effectif, les tribunaux donnent la préférence à ce dernier. Or il n'est pas contesté que la Barcelona Traction possédait son siège réel et effectif à Toronto;

— que lorsqu'une personne fait le commerce sous le couvert d'une société de façade, elle peut être déclarée faillite si la société a été pourvue d'un capital insuffisant et si, par ailleurs, d'autres conditions sont réunies (1). Si ce principe existe incontestablement dans certains droits, on ne voit pas quelles conséquences on peut en tirer en ce qui concerne la juridiction compétente pour déclarer la faillite, lorsque la société filiale n'est pas en déconfiture.

Vainement chercherait-on, parmi les cas cités au *Contre-Mémoire*, une décision qui affirme la compétence des tribunaux du siège de la société filiale pour prononcer la faillite de la société-mère pour le motif que la première est entièrement dominée par la seconde.

Bien au contraire, c'est la solution inverse qui résulte de la jurisprudence invoquée (2), de même que des autorités doctrinales citées par le *Contre-Mémoire* (3).

(1) Voy. à ce sujet l'Annexe n° 93.

(2) Le *Contre-Mémoire* affirme qu'en droit français, lorsque la société-mère dirige la filiale à sa guise et confond son activité et son patrimoine avec l'activité et le patrimoine de la filiale, le tribunal qui a prononcé la faillite de « l'une » de ces sociétés est aussi compétent pour prononcer la faillite de « l'autre », et croit pouvoir en déduire qu'« on admettrait donc certainement en France que le tribunal qui aurait prononcé la faillite d'une société filiale établie en France serait aussi compétent pour prononcer la faillite de la société-mère étrangère qui, en réalité, aurait exercé son activité en France sous le couvert de la première » (C.M., IV, n° 55, p. 486). Outre qu'en l'espèce, la faillite des sociétés filiales et auxiliaires n'a jamais été prononcée en Espagne, de sorte que l'hypothétique « principe » affirmé par le *Contre-Mémoire* ne trouverait pas à s'appliquer, il convient de faire remarquer que, lorsque la jurisprudence estime qu'il y a lieu d'englober les actifs de sociétés filiales avec ceux de la société-mère dans une faillite unique, et que ces sociétés n'ont pas leur siège au même endroit, ce sont les tribunaux du siège de la société-mère et non ceux où sont établies les filiales qui sont compétents. C'est ce qui ressort des arrêts de la Cour de Cassation cités en notes 3 et 4 de la page 486 du *Contre-Mémoire*. Ainsi, d'après les décisions invoquées par le Gouvernement espagnol lui-même, il faut admettre qu'en l'espèce c'étaient les tribunaux canadiens qui étaient compétents.

Quant aux décisions de certains tribunaux américains citées en notes 1 à 3 à la page 488, aucune ne se rapporte à l'hypothèse d'une faillite. En outre, dans chaque cas, des circonstances spéciales — dont aucune n'était réunie dans le cas de la Barcelona Traction — justifiaient l'exercice de leur compétence par les tribunaux du siège de la société filiale. Au contraire, lorsqu'il n'existe pas de circonstances de cette nature, la jurisprudence décide que le simple fait de détenir les actions d'une société filiale ne suffit pas pour que les tribunaux de l'Etat dans lequel celle-ci a son siège puissent exercer leur compétence à l'égard de la société-mère : Voy. en ce sens le « leading case » (que le *Contre-Mémoire* omet de mentionner) décidé en 1925 par la Cour Suprême dans l'affaire *Cannon Manufacturing Co. v. Cudahy Packing Co.*, 267 U.S. 333 (1925).

(3) C'est avec une satisfaction mêlée de surprise que le Gouvernement belge a trouvé cités, au n° 59 du Chap. IV (p. 488), les passages des traités de Pillet et de Travers où il est affirmé textuellement : « seul l'Etat sur le territoire duquel les biens appréhendés sont situés est compétent, seules ses lois sont applicables, seuls ses officiers sont autorisés à agir »; et : « Faillite et institutions analogues sont liées au principal établissement du débiteur, non à sa nationalité. C'est dans le pays où existe ce principal établissement que la mesure doit logiquement être prise; c'est là que se trouvent normalement la plus grande partie de l'actif et la majorité des créanciers et que la défaillance dans les paiements est appelée à produire les conséquences les plus nombreuses et les plus graves : c'est cet Etat qui est, en réalité, le plus intéressé à l'honnêteté et à l'équité des répartitions et des solutions à intervenir ».

On ne comprend nullement, du reste, pourquoi le Canada aurait été moins « approprié » que l'Espagne. C'est à peine si le Gouvernement espagnol ébauche une tentative d'explication sur ce point au n° 53 du Chapitre IV (p. 485). On y lit que « si les créanciers avaient prétendu faire valoir leurs droits au Canada, Barcelona Traction aurait pu avec vraisemblance opposer à toute tentative d'exécution portant sur ses biens, l'argument d'après lequel ceux-ci se trouvaient physiquement en Espagne et ne pouvaient être vendus aux enchères par ordre des tribunaux canadiens. Il y a là, sans aucun doute, "fraude à la loi" » (1). Aucune justification n'est proposée à l'appui de cette assertion aussi gratuitement injurieuse que contraire aux faits. Comment la Barcelona Traction aurait-elle pu songer à prétendre que ses biens « se trouvaient physiquement en Espagne », alors qu'il était patent que ces biens — à savoir les actions et obligations des sociétés filiales — se trouvaient au Canada entre les mains du *trustee*? A supposer même qu'elle ait tenté d'opposer à ses créanciers une argumentation aussi peu sérieuse, peut-on supposer un seul instant que les tribunaux canadiens l'eussent acceptée? En quoi le fait que les filiales exerçaient leurs activités en Espagne empêchait-il les tribunaux canadiens d'ordonner la vente de leurs actions, puisque celles-ci se trouvaient au Canada? On ne voit vraiment pas ce qui eût empêché les demandeurs à la faillite, s'ils avaient réellement désiré obtenir le paiement de leurs créances, de s'adresser à National Trust et, si besoin était, aux juridictions canadiennes.

b) *La violation flagrante du droit espagnol*

(485) En prononçant la faillite de la Barcelona Traction, société de droit canadien ayant son siège à Toronto, ne possédant aucun bien en Espagne et n'y réalisant, du moins depuis de nombreuses années, aucune opération commerciale, le juge de Reus n'a pas seulement dépassé les limites tracées à l'exercice par les tribunaux étatiques de leur compétence judiciaire internationale. L'excès de pouvoir s'est doublé, en l'espèce, d'une violation du droit interne lui-même que le juge avait à appliquer. En effet, comme on le montrera ci-après, la législation et la doctrine espagnoles considèrent que, pour être soumis à la juridiction des tribunaux espagnols en matière de faillite, un commerçant étranger doit posséder, sinon un domicile, au moins une succursale ou un siège administratif en Espagne. L'exigence de cette condition — qui n'était pas remplie dans le cas de la Barcelona Traction — n'est contredite par aucune jurisprudence.

(suite de la note 3 de la page 332)

seulement la thèse de la « liberté complète » de la compétence étatique en matière de faillite, mais encore l'idée selon laquelle l'Espagne aurait été la juridiction la plus convenable sont radicalement contredites par les extraits reproduits *in extenso* dans le *Contre-Mémoire* lui-même!

S'il est vrai que Sereni, envisageant la situation existant en Italie sous l'empire du Code de commerce de 1882 (*Rivista di diritto commerciale*, p. 627), admet que la présence d'actifs n'est pas strictement indispensable, la faillite pouvant être déclarée lorsque le débiteur a en Italie un « patrimoine au sens juridique », lequel peut consister seulement en un passif, il convient d'observer que cette opinion n'est pas généralement partagée par la doctrine italienne. Ainsi, Morelli adopte un point de vue tout à fait opposé : pour lui, l'on ne peut pas prononcer la faillite d'une personne qui n'a pas de biens en Italie (G. Morelli, *Diritto processuale civile internazionale*, p. 146, note 3). La thèse de Sereni n'est d'ailleurs plus admissible depuis l'entrée en vigueur de la loi italienne actuelle sur la faillite (*R.D.* du 16 mars 1942, n° 267). Selon cette loi, une entreprise, qu'elle soit individuelle ou en forme de société, ne peut être mise en faillite en Italie que dans le cas où elle possède dans ce pays un siège (*sede secondaria*), (et pas une filiale) pour y faire le commerce sous le nom de l'entreprise. V. dans ce sens : Giuliano : *Il fallimento nel diritto internazionale civile processuale*, Milano 1943, p. 169; Giuliano : *La giurisdizione civile e lo straniero*, Milano 1963, p. 123 et ss.; Lanza : *Fallimento del preposto a filiale italiana di società estera e cenni sui rapporti del fallimento della filiale italiana col fallimento della società estera*, *Riv. di diritto internazionale privato e processuale* 1966, p. 788 à 793.

(486) Le fait que le juge de Reus avait décidé d'affirmer sa compétence sans se soucier des objections juridiques qui pouvaient s'y opposer, résulte clairement du caractère dérisoire des motifs sur lesquels il s'est fondé. Le dernier considérant du jugement déclaratif affirme en effet :

« Considérant que ce Tribunal est compétent pour connaître de l'action intentée par le demandeur aux termes des articles 15 du Code de commerce, et 63, règle 9, 65 et 66 du Code de procédure civile, appréciés dans leur ensemble, car si Barcelona Traction n'a pas de domicile en Espagne et que d'autre part elle a ses obligations garanties par des hypothèques grevant des biens situés en Catalogne qui, en outre, lui appartiennent de façon médiate et dont une partie est sise dans la circonscription judiciaire du tribunal, ceci fait naître la faculté juridictionnelle de connaître de cette affaire; a fortiori si l'on tient compte de la (thèse) soutenue par l'arrêt de la Cour suprême du 3 avril 1922, qui en arrive à considérer comme compétent, lorsqu'il n'y a pas d'exécution pendante, le tribunal qui a été le premier à déclarer la faillite » (A.M., n° 56, vol. II, p. 288).

L'imprécision du raisonnement est frappante. Les dispositions invoquées sont « appréciées dans leur ensemble »; on les applique, en quelque sorte, par approximation, sans aucun examen de la portée de chacune d'entre elles ni de leur applicabilité au cas concret. Pour le juge de Reus, ces considérations n'avaient pas d'importance; ce qui comptait, c'était de trouver une formule, quelle qu'elle soit, permettant de donner à sa décision une apparence de motivation. Or la gravité, le caractère anormal et l'importance du cas commandaient au contraire un soin tout particulier.

En outre, aucun des articles cités, qu'on le prenne isolément ou en rapport avec les autres, ne permettrait de fonder la compétence internationale des tribunaux espagnols. L'article 15 du Code de commerce n'énonce aucune règle juridictionnelle; il prévoit seulement que les étrangers pourront exercer le commerce en Espagne en s'assujettissant aux dispositions du Code en ce qui concerne leurs opérations en Espagne et la juridiction des tribunaux espagnols (1) : il se borne donc à renvoyer à d'autres dispositions relatives à la juridiction de ces tribunaux. Son application suppose, selon ses termes mêmes, que l'étranger ait exercé des activités commerciales en Espagne, alors qu'aucun des considérants du jugement ne contient la moindre mention à cet égard.

L'article 63, règle 9, du Code de procédure, est une simple règle de compétence territoriale interne, prévoyant le cas où une faillite est demandée comme conséquence de diverses procédures d'exécution particulière poursuivies dans des lieux différents; elle attribue en principe compétence au tribunal du domicile du débiteur si celui-ci ou la majorité des créanciers le réclament, et sinon, au tribunal du lieu où la faillite aurait été décrétée d'abord (2). On ne voit pas en quoi il pouvait servir à fonder la compétence du tribunal de Reus.

(1) Article 15 du Code de commerce : « Les étrangers et les compagnies constituées à l'étranger pourront exercer le commerce en Espagne, en s'assujettissant aux lois de leur pays pour ce qui concerne leur capacité de contracter, et aux dispositions du présent code pour ce qui concerne la création de leurs établissements sur le territoire espagnol, leurs opérations commerciales et la juridiction des tribunaux de la nation ».

(2) Article 63, 9, de la Loi de procédure : « Dans les *concurso* ou faillites sur demande des créanciers, (sera compétent) celui de n'importe lequel des lieux où l'on connaît d'une procédure d'exécution.

Sera préféré celui du domicile du débiteur si celui-ci ou la majorité des créanciers le réclament. Sinon, ce sera celui dans lequel le *concurso* ou la faillite a été décrété d'abord ».

La citation des articles 65 et 66 est tout à fait inexplicable, car leur seule portée est de définir le domicile des commerçants (1). Or ce n'est pas sur la présence d'un domicile en Espagne que le juge a fondé sa juridiction puisqu'il déclare que le domicile était inconnu! (2)

Le jugement prétend également se fonder sur le *forum rei sitae*, sous prétexte que les biens sur lesquels était constituée l'hypothèque qui garantissait les obligations étaient situés dans le ressort du tribunal. Or, ces biens appartenaient à l'Ebro et non à la Barcelona Traction. L'hypothèque elle-même était constituée en faveur de la National Trust, et non des obligataires. Le juge fondait donc sa compétence sur l'existence de biens appartenant à un tiers et hypothéqués en faveur d'un autre tiers. Comment le Gouvernement espagnol peut-il encore soutenir que la personnalité juridique des filiales a été respectée, alors que le juge n'a pas hésité à imputer à la Barcelona Traction la propriété « médiate » des biens de l'Ebro en vue de justifier sa compétence? En l'espèce, l'attitude du juge était d'autant plus critiquable que, comme l'a montré le *Mémoire* belge (I, n° 334, p. 166), si le fait que des biens sis en Espagne avaient été affectés en garantie des emprunts contractés par la Barcelona Traction aurait pu sans doute attribuer compétence aux tribunaux espagnols pour la procédure d'exécution hypothécaire qui aurait été menée par le *trustee*, il ne les autorisait certainement pas à déclarer la faillite de la Barcelona Traction en méconnaissant ouvertement les droits dudit *trustee* (3) (4). Il est frappant que le juge

(1) Article 65 de la Loi de procédure : « Le domicile légal des commerçants, pour tout ce qui concerne les actes ou contrats commerciaux et leurs effets, sera le lieu où se trouve le centre de leur activité commerciale.

Ceux qui disposeraient d'établissements commerciaux dans différents ressorts judiciaires pourront être poursuivis par des actions personnelles dans celui où ils auraient contracté des engagements, au choix du demandeur ».

Article 66 de la Loi de procédure : « Le domicile des sociétés civiles et commerciales sera l'endroit indiqué dans l'acte de société ou dans les statuts qui les régissent.

A défaut de ces éléments, on s'en tiendra à ce qui est établi pour les commerçants.

Sont exceptées des dispositions des articles précédents les sociétés en participation, pour tous les litiges pouvant surgir entre les associés, pour lesquels on s'en tiendra aux prescriptions des dispositions générales de la présente loi ».

(2) Dans leur requête, les demandeurs faisaient valoir que le « domicile du débiteur », au sens de l'art. 63, 9, devait s'entendre, aux termes des art. 65 et 66, du lieu où il a ses affaires (*A.M.*, n° 49, vol. II, p. 262). Le caractère inadmissible de ce soutènement était patent : l'article 66 prévoit que pour les sociétés commerciales, le domicile légal se trouve au lieu indiqué dans l'acte constitutif ou dans les statuts; ce n'est qu'à défaut de pareille mention que l'on a recours à la règle de l'art. 65, selon lequel le domicile des commerçants se trouve au lieu où ils ont le centre de leurs activités commerciales. Comme les statuts de la Barcelona Traction indiquaient Toronto comme siège social, il devenait inutile de rechercher où se trouvait le centre de ses opérations commerciales. Sans doute le juge s'en est-il rendu compte, et c'est pourquoi il ne mentionne pas le critère des activités commerciales, qui lui était suggéré par les requérants. Toutefois, il aurait dû, dans ce cas, également omettre la référence aux articles 65 et 66, sous peine de tomber dans la contradiction.

(3) Le Gouvernement espagnol prétend (*C.M.*, IV, p. 247, note 1) que la position du Gouvernement belge sur ce point est « illogique », sans parvenir à fournir le moindre argument pour le démontrer.

(4) Article 129 de la Loi hypothécaire : « L'action hypothécaire pourra être exercée directement contre les biens hypothéqués en soumettant son exercice à la procédure judiciaire sommaire qui est établie à l'article 131 de la présente loi. . .

Article 131 de la Loi hypothécaire : « La procédure judiciaire sommaire sera soumise aux règles suivantes :

1° Le juge compétent pour connaître de la procédure, quel que soit le montant de l'obligation, sera celui de première instance auquel les parties se seraient soumises dans l'acte de constitutions d'hypothèque; à son défaut, celui de première instance du ressort où est située la propriété, et si celle-ci est sise dans plus d'un, ainsi que s'il y en avait plusieurs situées dans différents ressorts, le juge de première instance de l'un quelconque d'entre eux, au choix du demandeur. . . ».

n'invoque ni texte légal ni précédent en faveur de l'application en l'espèce de la règle *rei sitae*. La raison en est que, comme il sera exposé ci-après, l'existence de biens en Espagne ne permet pas, selon le droit espagnol, de fonder la juridiction des tribunaux en matière de faillite.

(487) Il importe de relever que le juge n'a pas fait état de l'article 51 de la Loi de procédure, selon lequel « la juridiction ordinaire sera la seule compétente pour connaître des affaires civiles soulevées en territoire espagnol, entre Espagnols, entre étrangers, et entre Espagnols et étrangers ». Cette disposition, dont le Gouvernement espagnol fait grand cas (1), a été invoquée pour la première fois le 12 février 1949 par le juge spécial dans le jugement par lequel il rejetait le déclinatoire de Boter (2). Elle ne saurait, pas plus que celles sur lesquelles le jugement déclaratif s'est fondé, justifier la compétence des tribunaux espagnols.

Il suffirait, pour éclairer la portée extrêmement limitée de l'art. 51, de lire l'article qui suit : « Seront seules exceptées du prescrit de l'article précédent, les affaires en matière testamentaire et ab intestat concernant les militaires et marins morts en campagne ou en mer, dont la connaissance appartient aux Chefs et Autorités de Guerre et de Marine ».

Il est clair, à la lecture de cette deuxième disposition que le mot important de l'article 51 est le qualificatif « ordinaire », et cette constatation prend tout son sens quand l'on examine l'origine historique de cette disposition. Il existait en Espagne, jusqu'en 1868, une série de fors spéciaux, parmi lesquels le *fuero de extranjeria* qui avait été créé par le Décret royal sur les étrangers (*de extranjeria*) du 17 novembre 1852 et dont l'article 30 stipulait : « Jusqu'à ce qu'une nouvelle organisation des cours et tribunaux du Royaume et des diverses juridictions ne l'empêche, les Gouverneurs des places maritimes et les Capitaines généraux dans les autres places connaîtront en première instance des procès et causes contre les étrangers domiciliés et de passage; en seconde instance et dans les instances successives, ce sera le Tribunal suprême de Guerre et Marine et des Etrangers (*y de extranjeria*) ». Cette multiplicité de juridictions a été supprimée par l'article 1^{er}, 6^o, du Décret du 6 décembre 1868 sur l'« Unification des fors ». Il dispose : « A partir de la publication du présent décret, la juridiction ordinaire sera la seule à connaître des affaires civiles et des causes criminelles concernant les étrangers domiciliés ou de passage ». L'article 267 de la Loi organique du Pouvoir judiciaire, du 15 septembre 1870, a consacré cette situation dans les termes suivants : « La juridiction ordinaire sera la juridiction compétente pour connaître des affaires civiles qui surgissent en territoire espagnol entre Espagnols, entre étrangers et entre Espagnols et étrangers ».

On voit donc que l'article 51 de la Loi de procédure civile n'est, à un mot près, que la reproduction textuelle de l'article 267 précité de la Loi organique du Pouvoir judiciaire. Il n'a donc aucunement pour but de préciser la compétence internationale des tribunaux espagnols, mais bien de régler la compétence *ratione personae* des tribunaux ordinaires en leur attribuant la connaissance — sous réserve de l'exception résultant de l'article 52 — de toutes les causes qui relevaient précédemment des tribunaux militaires. Pour s'en convaincre, il suffit de se reporter à ce qu'écrivait l'un des membres de la Com-

(1) Voy. *A.C.M.*, n^o 15, vol. VII, p. 107.

(2) Voy. *A.M.*, n^o 109, vol. II, p. 411.

mission générale de codification qui prépara la Loi de procédure civile, José Maria Manresa y Navarro au sujet des articles 51 et 52 (*Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. I, pp. 196 et ss., 5^e éd., Madrid, 1928) :

« A part de légères modifications qui concernent davantage la rédaction que le fond, ces deux articles correspondent aux articles 267 et 268 de la Loi organique du pouvoir judiciaire de 1870 et aux 1^o et 7^o du Décret-loi du 6 décembre 1868 sur l'unification des fors. Etant donné la suppression de tous les fors spéciaux, qui résulte de l'article 75 de la Constitution de 1876 énonçant qu'on n'établira qu'un seul for pour tous les Espagnols dans les procès communs, civils et criminels, la conséquence naturelle était la déclaration faite à l'article 51 pour éviter tout motif de doute, et confirmer implicitement ladite suppression en exécution du prescrit constitutionnel, selon lequel la juridiction ordinaire est la seule compétente pour connaître des affaires civiles de toute espèce qui seront suscitées *en territoire espagnol*, que ce soit entre Espagnols, sans distinction de classes, tant au civil qu'au militaire ou à l'ecclésiastique, entre étrangers entre eux, ou entre Espagnols et étrangers. (Quant à ceux-ci, voy. l'article 70). Toute personne ou corporation qui doit comparaître devant les juges ou tribunaux espagnols doit le faire devant la juridiction ordinaire, à savoir les tribunaux municipaux, les juges de première instance, les cours d'appel et le Tribunal suprême. Les tribunaux et les tribunaux militaires de guerre et de marine, ainsi que les tribunaux ecclésiastiques qui subsistent à ce jour pour d'autres affaires n'ont plus juridiction pour connaître des affaires civiles, même en ce qui concerne les personnes appartenant auxdites classes; nous ne parlons pas des tribunaux de finance et de commerce, étant donné qu'ils n'existent plus ».

Si l'article 51 de la Loi de procédure civile était une règle définissant l'étendue du pouvoir juridictionnel des tribunaux espagnols à l'égard des étrangers, il faudrait conclure que les tribunaux espagnols seraient compétents pour connaître de n'importe quelle affaire qui leur serait présentée, que ce soit par un Espagnol ou par un étranger, même si une telle affaire ne présentait aucun lien de rattachement quelconque avec le territoire ou le système juridique espagnol, ce qui serait évidemment inadmissible.

D'ailleurs, il suffit de lire l'article 70 de la Loi de procédure civile (auquel Manresa renvoie d'ailleurs dans le passage qui vient d'être cité) pour se rendre compte que si telle avait été la portée de l'article 51, l'article 70 n'aurait eu aucune raison d'être :

« Les dispositions précédentes au sujet de la compétence s'appliqueront aux étrangers qui auraient recours aux tribunaux espagnols en promouvant des actes de juridiction volontaire, en intervenant dans ceux-ci ou en comparaisant dans des procès comme demandeurs ou comme défendeurs, contre des Espagnols ou contre d'autres étrangers, lorsque la connaissance (de ces affaires) *appartiendra à la juridiction espagnole* conformément aux lois du Royaume ou aux traités avec d'autres Puissances ».

Cet article est l'avant-dernier de la 2^e Section, intitulée « Règles pour déterminer la compétence », du Titre II précité de la Loi de procédure civile. Il s'en dégage clairement que « les dispositions précédentes » (qui sont celles des articles 56 à 69 contenus dans la dite 2^e Section) ont uniquement pour portée de régler la compétence interne des tribunaux : elles ne sont applicables aux étrangers que si une condition préalable est réalisée, à savoir que les tribunaux espagnols aient *juridiction conformément* soit aux lois du Royaume, soit aux traités avec d'autres Puissances. L'article 70 par lui-même ne contient aucune indication permettant de déterminer quand cette condition préalable doit être considérée comme étant réalisée. C'est une simple disposition de renvoi.

(488) Faut-il en conclure que le droit espagnol ne contient aucune règle qui fixe l'étendue du pouvoir juridictionnel de ses tribunaux quant aux litiges où interviennent des étrangers ?

Pareille affirmation serait erronée. Le décret royal du 17 novembre 1852 sur les étrangers (*Decreto de extranjería*) contient en effet des dispositions précises sur ce sujet. Selon l'art. 29 :

« Les étrangers domiciliés ou de passage sont assujettis aux lois espagnoles et aux tribunaux espagnols pour les délits qu'ils commettent en territoire espagnol, et pour l'exécution des obligations qu'ils contractent en Espagne ou hors d'Espagne, chaque fois que ces obligations auront été contractées en faveur de sujets espagnols ».

L'art. 32 ajoute :

« Les étrangers domiciliés ou de passage ont droit à ce que les tribunaux espagnols leur rendent la justice conformément aux lois, dans les demandes qu'ils introduisent pour l'accomplissement d'obligations contractées en Espagne ou qui doivent s'exécuter en Espagne, ou quand elles concernent des biens situés en territoire espagnol ».

Ces deux dispositions, on le voit, ne visent que le cas d'étrangers « domiciliés ou de passage en Espagne ». Elles présupposent que l'étranger, demandeur ou défendeur, soit *présent* en Espagne, et elles ne prévoient aucune compétence juridictionnelle à l'égard de commerçants domiciliés en dehors d'Espagne, n'ayant ni siège ni établissement stable à l'intérieur du territoire. Ce n'est que dans l'hypothèse où il s'agit d'éviter une fraude ou d'adopter des mesures urgentes et provisoires que l'art. 33 prévoit que les tribunaux espagnols pourront, exceptionnellement, prendre des mesures à l'égard de commerçants se trouvant en dehors d'Espagne :

« Dans les affaires entre étrangers ou contre des étrangers, bien qu'elles ne procèdent pas d'action réelle ou d'action personnelle pour des obligations contractées en Espagne, les juges espagnols, néanmoins, seront compétents lorsqu'il s'agit d'éviter une fraude ou d'adopter des mesures provisoires et urgentes pour détenir un débiteur qui tente de s'absenter afin d'éviter le paiement, ou pour la vente d'objets susceptibles de se perdre dans les magasins, ou pour pourvoir provisoirement d'un gardien une personne en état de démence, ou dans d'autres cas analogues ».

Il est évident que la déclaration de faillite ne peut être considérée comme « une mesure destinée à éviter une fraude » ni comme « une mesure provisoire et urgente » pour détenir un débiteur, pour vendre des objets susceptibles de se perdre ou pour pourvoir de gardien un dément. D'ailleurs, jamais les tribunaux ni le Gouvernement espagnols n'ont songé à invoquer l'art. 33 du décret sur les étrangers pour justifier la déclaration de faillite de la Barcelona Traction. Dès lors, la seule base sur laquelle les tribunaux auraient pu justifier leur compétence aurait été la présence de la Barcelona Traction en Espagne, soit personnellement, soit par l'entremise d'un siège ou d'un établissement permanent. Aucune de ces conditions, faut-il le rappeler, n'était réunie en l'espèce.

(489) La doctrine et la jurisprudence confirment la thèse du Gouvernement belge, selon laquelle, en l'absence d'un siège en Espagne, la faillite d'un commerçant étranger

ne peut y être déclarée. Il est faux d'affirmer, comme le fait le *Contre-Mémoire* (n° 7, p. 246), que tout « lien de rattachement quelconque » suffit pour fonder la juridiction des tribunaux espagnols.

La jurisprudence du Tribunal suprême ne compte qu'une seule décision — l'arrêt *Moncayo* du 17 janvier 1912, déjà cité au n° 335, I, p. 167 du *Mémoire* belge — dans laquelle la faillite d'une société étrangère a été déclarée en Espagne. En lui-même, le fait que le Tribunal suprême n'a été amené à se prononcer qu'une seule fois au cours de son existence sur ce problème montre que ce n'est que tout à fait exceptionnellement que les tribunaux espagnols exercent leur juridiction en matière de faillite à l'égard des commerçants étrangers. En outre, dans cette affaire, il existait un nombre impressionnant de points de rattachement à l'ordre juridique espagnol : la société avait un siège administratif en Espagne (1); elle y possédait des biens ainsi que le centre de ses affaires; enfin et surtout, elle s'était soumise volontairement aux tribunaux espagnols, présentant elle-même la demande en déclaration de faillite. Dans ces conditions, il n'est guère surprenant que le Tribunal suprême ait rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt confirmant le jugement déclaratif par un créancier qui contestait la juridiction des tribunaux espagnols. Il est clair qu'aucun parallèle ne peut être fait entre cette décision et le jugement déclarant la faillite de la Barcelona Traction.

La doctrine espagnole — que le *Contre-Mémoire* se garde bien de citer — enseigne que la présence d'un établissement en territoire espagnol est une condition nécessaire pour qu'un tribunal espagnol puisse déclarer la faillite d'un commerçant ou d'une société commerciale. C'est en ce sens que se prononce J. Ramón de Orúe y Arregui (*Manual de derecho internacional privado*, 3^e éd., Madrid, 1952, pp. 810-811), selon qui la compétence internationale en matière de faillite appartient au tribunal du domicile du failli, entendant par là le lieu où il a son principal établissement. C'est en ce sens que l'auteur interprète l'arrêt du 17 janvier 1912 (voy. p. 811, note en bas de page).

Cette opinion est partagée par M. Arjona Colomo : « l'intérêt du commerce exige que l'unique autorité judiciaire compétente pour déclarer la faillite et en connaître soit celle du lieu du domicile du failli. La nationalité, la situation des biens, la pluralité d'établissements, ne doivent en rien modifier cette thèse, car il s'agit d'un principe universel et de raison pour l'application duquel la coopération de tous les Etats est nécessaire ». (*Derecho internacional privado, Parte especial*, Barcelone, 1954, pp. 548 et 549.) Toutefois, ajoute-t-il, pour les débiteurs commerçants, le domicile doit s'entendre non dans le sens du domicile légal, mais du lieu où le commerce est exercé.

(1) La présence d'un siège en Espagne ressort du jugement du tribunal de Soria déclarant la faillite, et qui a été confirmé par l'arrêt du Tribunal suprême. Le jugement parle même d'un « domicile » de la société en Espagne, plus précisément à Soria, Calle de Numancia. Voy. *Annexe 88* à la présente *Réplique*.

W. Goldschmidt manifeste une certaine hésitation quant aux enseignements qui peuvent être déduits de l'arrêt du 17 janvier 1912. Si le failli étranger n'a pas de domicile en Espagne, la compétence des tribunaux espagnols est selon lui, « très douteuse » ; et il ajoute : « il existe, il est vrai, l'arrêt du Tribunal suprême du 17 janvier 1912, qui dans le cas d'une société belge, Moncayo, domiciliée à Bruxelles, déclara que les tribunaux espagnols étaient compétents, étant donné que les affaires et les biens de la société se trouvaient en grande partie en Espagne et que la majorité des créanciers étaient espagnols. L'accumulation des arguments rend très difficile de prévoir ce que le Tribunal suprême déciderait si dans un autre procès seule la première des deux circonstances était réunie ». L'auteur admet par conséquent que même la réalisation d'affaires et la présence de biens en territoire espagnol ne suffiraient pas nécessairement, à elles seules, pour rendre les tribunaux espagnols compétents pour déclarer la faillite d'un commerçant ayant son siège social en dehors d'Espagne. Il cite d'ailleurs, tout en s'abstenant de prendre position, l'affaire de la Barcelona Traction « qui fut déclarée en faillite par *auto* du juge de Reus pour n'avoir pu payer des livres sterling à cause de la législation espagnole sur les devises ». (*Sistema y filosofía del derecho internacional privado*, Buenos Aires, 1954, t. III, pp. 32 et 33.)

On peut conclure de cet examen que les auteurs considèrent que la présence en Espagne, sinon d'un siège statutaire, du moins d'un établissement permanent ou d'une succursale par laquelle des activités commerciales sont réalisées de façon durable, est nécessaire sinon suffisante pour que les tribunaux puissent exercer leur compétence et déclarer la faillite de commerçants étrangers. Or, ces conditions ne se trouvaient pas réalisées dans le chef de la Barcelona Traction. De plus, les créances invoquées pour faire déclarer la faillite ne se rapportaient aucunement à des activités exercées par la Barcelona Traction en Espagne ; il s'agissait d'obligations émises sur le marché international, libellées en livres sterling et payables en ordre principal en cette monnaie en Grande-Bretagne, et à l'égard desquelles les porteurs ne se sont jamais prévalus, du moins depuis qu'il devint impossible de les payer en livres sterling, du droit qui leur était accordé de présenter les coupons pour encaissement en Espagne. Jamais, en conséquence, la Barcelona Traction ne s'est abstenue d'exécuter une obligation payable en Espagne (1).

(490) Le Gouvernement espagnol insiste sur l'allégation selon laquelle la Barcelona Traction possédait des biens en Espagne. Non seulement cette prétention est dénuée de pertinence puisque, comme on vient de le voir, aucune disposition légale, aucun auteur, aucune décision ne considèrent qu'en droit espagnol la présence de biens soit suffisante pour fonder la compétence des tribunaux espagnols en matière de faillite, mais elle est en

(1) Quant aux obligations libellées en pesetas, jamais il n'y eut la moindre cessation de paiement de la part de la Barcelona Traction. Voy. à ce sujet *infra*, n° 499.

autre inexacte : la Barcelona Traction n'avait pas de biens en Espagne. Son patrimoine consistait exclusivement dans les actions et obligations des sociétés filiales et auxiliaires qui exerçaient leurs activités en Espagne. Ces actions et obligations, incorporées dans des titres négociables, étaient situées, en ce qui concerne leur possibilité d'appréhension par les organes de la faillite, au lieu de situation du titre, c'est-à-dire au Canada (voy. section III ci-après, n^{os} 565 et suiv.).

Ce n'est qu'au prix d'une méconnaissance de la personnalité distincte desdites filiales — méconnaissance dont le Gouvernement espagnol se défend énergiquement en d'autres passages du *Contre-Mémoire* (cf. notamment IV, n^o 152 et ss., pp. 524 et ss.) — qu'il lui est possible d'affirmer, comme il le fait au Chap. III, n^o 90, p. 299, n^o 91, p. 300, n^o 105 et ss., pp. 310 et ss., que les actifs des filiales étaient des *pertenencias* de la société faillie. Pour la même raison, ainsi qu'il vient d'être rappelé (*supra*, n^o 486, *in fine*), les biens appartenant à l'Ebro ne pouvaient être considérés comme étant la propriété « médiate » de la Barcelona Traction et justifiant, dès lors, sa mise en faillite en Espagne.

(491) Plus encore qu'à la possession de biens, le Gouvernement espagnol, contrairement à ce qu'a fait le juge de Reus, attache une grande importance au fait que la Barcelona Traction aurait, selon lui, « exercé des activités commerciales » en Espagne. Ainsi, il déclare au n^o 48 du Chap. I (*C.M.*, p. 38) que la réponse à la question de savoir si la Barcelona Traction elle-même opérait en Espagne sera « déterminante en ce qui concerne le bien-fondé de la juridiction exercée en matière de faillite ». Cette thèse n'est pas mieux fondée que la précédente, et pour les mêmes motifs. Tout d'abord, il est tout à fait faux que la Barcelona Traction exploitât des activités commerciales en Espagne, ainsi que le Gouvernement belge le démontre ailleurs dans la présente *Réplique* (*supra*, n^{os} 341 ss.). En outre, même si l'affirmation du Gouvernement espagnol était exacte, il a été démontré ci-avant que l'exercice d'activités commerciales n'est pas suffisant, en droit espagnol, pour fonder la juridiction des tribunaux en matière de faillite; ce n'est que lorsque ces activités sont menées par un établissement permanent, *un siège* en Espagne, que la doctrine et la jurisprudence se montrent disposées à reconnaître juridiction aux tribunaux espagnols.

(492) Pas plus que la possession de biens ou l'exercice d'activités commerciales, les autres critères de juridiction avancés par le Gouvernement espagnol (*C.M.*, Chap. III, n^o 7, p. 246) ne peuvent servir à justifier la déclaration de faillite de la Barcelona Traction.

1) Le lieu de paiement de l'intérêt des obligations ne détermine pas la compétence en droit espagnol. Ceci a été reconnu par le juge spécial dans son jugement du 12 février 1949 (*A.M.*, n^o 109, vol. II, p. 413) : « Considérant que le fait que l'on désigne dans l'acte d'émission d'obligations de la Barcelona Traction un endroit déterminé pour le paiement d'intérêts et d'amortissements, selon le cas, ne peut déterminer la compétence des tribunaux pour connaître de la faillite de l'entité débitrice si celle-ci vient à se mettre en situation de cessation générale du paiement de ses obligations, parce que la règle première de l'article 62 de la Loi de Procédure civile n'est pas applicable à cette catégorie de procès, étant donné que l'on sait que l'intentement de la procédure universelle de faillite est régie, dans notre système juridique concernant la compétence, par des normes spécifiques contenues dans la 9^e règle de l'article 63 de la loi précitée,

dont aucune ne considère ni ne tient compte du lieu de paiement, surtout lorsque, comme dans le cas des présentes obligations, la société a la faculté de le modifier à son gré, et qu'en outre les obligataires peuvent, s'il leur convient, ainsi qu'il est mentionné sur les titres mêmes, exiger paiement à Paris ou à Bruxelles ». En déniaut ainsi toute portée attributive de juridiction à une stipulation concernant le lieu de paiement d'une obligation, le juge spécial ne faisait que se conformer à une jurisprudence constante. En effet, ainsi que l'affirme le Tribunal suprême dans un arrêt du 21 novembre 1944 (*Recueil Aranzadi*, n° 683) : « C'est la doctrine réitérée de la présente chambre que la simple désignation d'un lieu déterminé pour l'accomplissement d'une obligation n'équivaut pas à une renonciation expresse de for ». (Voy. également, dans le même sens, un arrêt du 14 avril 1899).

Il est frappant, d'ailleurs, que ni les demandeurs à la faillite, ni le juge de Reus ne songèrent à invoquer le fait que les intérêts des obligations First Mortgage étaient payables en Espagne. Le Gouvernement espagnol lui-même ne cite pas la moindre autorité en faveur de sa thèse.

2) Les mêmes remarques valent en ce qui concerne l'allégation que les tribunaux espagnols seraient compétents en raison de la nationalité des requérants (*C.M.*, IV, Chap. III, n° 7, litt. c, p. 246). Aucune disposition légale, aucun précédent, aucune opinion doctrinale n'est citée. Du reste, comme il a été démontré ci-avant, au n° 483, même si le droit espagnol consacrait pareille règle, le droit international ne permettrait pas de l'invoquer en l'absence d'autres liens de rattachement (présence de biens ou d'une succursale du débiteur en Espagne).

Il est exact — quoique le Gouvernement espagnol ne le relève pas — que l'arrêt du 17 janvier 1912 (*Moncayo*) retient, parmi les nombreux liens de connexion existant en l'espèce avec le territoire espagnol, la « nationalité de la majorité des créanciers ». Il est bien évident qu'il s'agit là d'un critère fort différent de celui de la « nationalité des requérants », et qu'il n'aurait jamais permis de justifier la juridiction des tribunaux espagnols, puisque seule une minorité de créanciers était, en 1948, de nationalité espagnole.

A supposer même — *quod non* — que l'on pût considérer que l'état du droit espagnol n'était pas clairement fixé et que la situation pouvait encore évoluer dans le sens d'un élargissement de la compétence pour déclarer la faillite, force est de reconnaître que l'occasion était singulièrement mal choisie pour faire faire un « pas en avant » à la jurisprudence. Non seulement la Barcelona Traction ne possédait aucun bien en Espagne et n'y avait plus exercé d'activité commerciale depuis de longues années, mais aucune des filiales auxquelles on demandait que les effets de la faillite fussent étendus n'avait de siège dans le ressort du tribunal. La ténuité du prétexte choisi pour saisir le juge de Reus de l'affaire — à savoir la présence d'une ligne de transmission de l'Ebro — aurait dû, à elle seule, éveiller l'attention de ce juge (1), tout comme auraient dû le faire les autres circonstances relatives à la personne des demandeurs et à l'acquisition toute récente, par eux, des obligations dont ils se déclaraient porteurs (voy. sur ce point, *supra*, première partie de la présente

(1) Le caractère particulièrement révélateur du choix par les requérants du tribunal de Reus a été souligné dans la première partie de la présente *Réplique* (*supra*, n° 11).

Réplique, pp. 5 à 8). Tout au contraire, le juge accepta sans discrimination toutes les allégations des requérants et s'empessa de faire droit à leurs demandes les plus extravagantes, sans examiner sérieusement si le droit espagnol lui conférait un pouvoir juridictionnel à l'égard de la société étrangère dont on lui demandait la mise en faillite. Une décision aussi injustifiable en fait et en droit témoigne d'une façon décisive du parti pris du juge et constitue, du fait de l'impossibilité dans laquelle la Barcelona Traction a été maintenue d'en obtenir l'annulation par les juridictions supérieures, un déni de justice évident.

Sous-section 3

Les demandeurs à la faillite n'ont pas fait la preuve qu'ils avaient qualité pour agir.

(493) Le *Mémoire* du Gouvernement belge avait signalé l'illégalité aussi bien de l'ordonnance admettant la requête *a tramite* que du jugement déclaratif de faillite, du fait que le juge de Reus a tenu la qualité des demandeurs pour démontrée sur la seule production par eux d'un certain nombre d'obligations, sans vérifier la régularité de l'acquisition de celles-ci (*Mémoire*, I, n° 83, p. 44). Sans nier que le juge avait l'obligation de vérifier la qualité des requérants pour agir, le Gouvernement espagnol répond (n° 14, p. 250) que les dispositions légales auxquelles le Gouvernement belge fait allusion sont de nature administrative ou fiscale et que leur observation ne conditionne nullement la force probante que le Code de procédure reconnaît aux titres ou documents justificatifs des valeurs (1).

C'est là méconnaître la portée de l'argumentation du Gouvernement belge. L'article 1 du décret du 19 septembre 1936, imposant l'intervention d'un agent de change pour la transmission de valeurs publiques, industrielles ou commerciales, dispose expressément que les transmissions effectuées, après le 19 juillet 1936, sans l'intervention d'un agent de change, *seront nulles*. Certes, ceci ne signifie pas que le titre acquis dans des conditions irrégulières cesse de faire la preuve du droit de créance qu'il constate; toutefois, il n'en résulte pas moins que le porteur du titre irrégulièrement cédé ne justifie pas, par la seule présentation de ce titre, qu'il est bien le titulaire légitime de la créance. Ces dispositions ne sont pas de nature purement administrative, contrairement à ce qu'affirme le Gouvernement espagnol, mais elles représentent une profonde altération du système de transmission des titres au porteur, en ce qu'elles créent une condition essentielle à la validité des opérations qu'elles réglementent. Il est donc nécessaire d'établir qu'elles ont été respectées pour pouvoir se prévaloir de l'acquisition de valeurs mobilières.

Le même raisonnement est applicable *a fortiori* en ce qui concerne le décret du 14 mars 1937 et la loi du 24 novembre 1938 sur les délits monétaires (2). Comme le fait d'introduire clandestinement des valeurs étrangères en Espagne est érigé en délit pouvant être poursuivi d'office, on conçoit difficilement que le juge n'ait pas vérifié si les obligations, libellées en livres sterling, qui lui étaient soumises avaient été régulièrement déclarées aux autorités compétentes, et si les requérants pouvaient, dès lors, légitimement se prévaloir des prérogatives inhérentes à la possession de ces documents. Il est significatif que le Gouvernement espagnol n'ait rien répondu aux objections soulevées sur ce point au n° 83 du *Mémoire* (p. 44) et qu'il ait préféré faire porter la totalité de sa tentative de réfutation sur l'incidence du décret du 19 septembre 1936.

(1) Il est assez curieux que le Gouvernement espagnol, qui en d'autres lieux dénie aux titres-valeurs le caractère de documents incorporant des droits, se fonde ici précisément sur cette caractéristique pour prétendre dispenser les requérants de l'obligation de faire la preuve de la façon dont ils ont acquis leurs titres.

(2) Voy. les dispositions pertinentes de ces textes en Annexe n° 89.

(494) Mais il existait une autre raison de rejeter la requête en déclaration de faillite pour défaut de qualité dans le chef des demandeurs. Comme le Gouvernement belge l'a indiqué (*M.*, n° 84, p. 45), les dispositions du *Trust Deed* régissant l'émission des obligations First Mortgage que produisaient les demandeurs prévoyaient que le droit « d'intenter un procès ou une procédure quelconque en vue d'une exécution ou d'une vente fondée sur le présent gage ou pour l'exécution des engagements fiduciaires (*trusts*) qui y sont prévus, ou pour le recouvrement de toute somme en principal ou intérêts représentée par les obligations » était réservé au *trustee* et ne pouvait être exercé par les obligataires individuellement que si le *trustee* refusait ou négligeait d'agir après en avoir été requis par des porteurs du cinquième en valeur des obligations en circulation (1).

a) Le Gouvernement espagnol conteste la portée de cette *no-action clause*, qui figure pourtant parmi les conditions de la plupart des émissions d'obligations dans les pays de *Common Law* (2). Il prétend notamment que la clause n'empêche que la renonciation au droit d'action individuelle en recouvrement et non à l'action en déclaration de faillite (*C.M.*, IV, n° 33, p. 262). Ce n'est pas exact : la clause vise le droit d'intenter un procès ou une procédure *quelconque* en vue d'une exécution ou d'une vente ou pour le recouvrement de la dette représentée par les obligations, ce qui comprend évidemment l'action en déclaration de faillite. C'est bien ainsi d'ailleurs qu'elle fut interprétée par le juge anglais Danckwerts dans l'affaire *Sidro c/ Comité des obligataires Prior Lien* (*A.C.M.*, n° 188, Doc. 1, vol. IX, p. 189; traduction partielle dans *A.M.*, n° 143, vol. III, p. 554). Devant se prononcer sur le point de savoir si, en intervenant dans la procédure de faillite pendante en Espagne, le Comité des obligataires avait agi contrairement aux termes de la clause 44 du *Trust Deed* régissant l'émission des obligations Prior Lien (3), le juge exprima l'avis suivant : « Il me semble qu'un créancier *qui introduit une requête dans une faillite* qui est déjà en cours par suite d'une demande présentée contre le débiteur par quelque autre créancier, *intente en fait une procédure pour le recouvrement de sa dette*, et l'objet évident de cette disposition du contrat de fidéicommis serait faussé si cette clause devait être interprétée autrement » (*A.M.*, n° 143, vol. III, p. 554). Il est bien évident que ce raisonnement, qui assimile l'intervention dans une procédure de faillite en cours à une *procédure en recouvrement d'une dette*, s'applique *a fortiori* lorsqu'il s'agit d'une demande en déclaration de faillite formée à titre principal.

b) Le Gouvernement espagnol objecte également (*C.M.*, n° 33, p. 262) que si la clause avait vraiment pour portée de priver les obligataires du droit de demander la faillite, elle serait contraire à l'ordre public espagnol. Cet argument ne serait pertinent que si l'effet de la clause était de priver d'une façon absolue les obligataires de leur droit de demander la faillite. En réalité, il n'en est rien : il ne s'agit pas d'une convention par laquelle un créancier renonce envers son débiteur à son droit de demander que celui-ci soit mis en faillite, mais d'un arrangement par lequel plusieurs créanciers conviennent de soumettre leur droit d'action individuel à certaines conditions, à savoir le défaut ou le

(1) Voy. le texte intégral de cette clause en Annexe n° 90.

(2) Voy. notamment à ce sujet : R.S. Stevens, *Handbook on the Law of Private Corporations*, seconde édition, St. Paul, Minn., 1949, p. 926 et suiv.; Fr. Marion, *Groupement et représentation des obligataires en droit anglais*, Paris, 1939; Chr. De Wulf, *The Trust and Corresponding Institutions in the Civil Law*, Bruxelles, 1965, p. 176; M. Domke, *La No-Action Clause dans les emprunts de sociétés*, *Revue internationale des sociétés*, 1937, p. 3 et suiv.; Quindry, *Bonds and Bondholders' Rights and Remedies*, 1934; W. Van Gerven, *De Trustee bij internationale in de Europese rekeninghouding uitgedrukte obligatieleningen*, *Tijdschrift voor privaatrecht*, 1964, p. 165 et suiv.

(3) Cette disposition contient une *no action clause* identique à celle de la clause 35 du *Trust Deed* relatif aux obligations First Mortgage. Sur l'affaire *Sidro c/Comité des obligataires Prior Lien*, voir *A.R.* n° 134, appendice 5.

refus d'action du *trustee*, sans qu'il en résulte aucune suppression des droits d'action dans le chef des obligataires. Dans l'intérêt de l'ensemble de la masse des porteurs d'obligations, une seule personne est désignée comme représentant commun et a pour mission d'assurer la défense des intérêts de la collectivité; elle est soumise à une responsabilité particulièrement étendue à l'égard des obligataires, bénéficiaires du *trust*, et dont la sanction peut être demandée aux tribunaux (action pour *breach of trust*). La protection ainsi conférée aux obligataires est de loin plus efficace que celle qu'ils pourraient avoir s'ils agissaient en ordre dispersé; c'est, précisément, la raison d'être du *trust*. On ne peut donc parler d'une renonciation pure et simple au droit d'agir, mais plutôt d'un aménagement des modalités d'exercice de ce droit moyennant lesquels une seule personne — le *trustee* — se voit confier la mission de défendre les intérêts de l'ensemble des obligataires et ceux-ci, corrélativement, s'engagent à ne pas entamer de procédures séparées. Cet aménagement entre dans le cadre des « pactes, clauses et conditions » que l'art. 1255 du Code civil espagnol permet aux contractants de stipuler (1), et n'a rien qui puisse froisser l'ordre public en général, ni l'ordre public espagnol en particulier (2).

Bien plus, le droit espagnol connaît une institution analogue, précisément en matière d'émissions d'obligations. Les articles 113 et suivants de la loi du 17 juillet 1951 sur les sociétés anonymes prévoient, lors de l'émission d'obligations, l'institution d'un *comisario* chargé de veiller à la protection des intérêts des obligataires (3). Aux termes de l'article 118, le *comisario* représente les obligataires et peut poursuivre toutes actions utiles à la protection de leurs intérêts. L'article 123, de son côté, prévoit la possibilité que les porteurs d'obligations soient privés de leur droit d'intenter des actions par une décision de l'association de défense des obligataires (4). La même solution était déjà admise par

(1) Art. 1255. « Les contractants peuvent établir les pactes, clauses et conditions qu'ils jugent convenables, pour autant qu'ils ne soient pas contraires aux lois, à la morale, ni à l'ordre public ».

(2) Une *no-action clause* contenue dans des obligations émises par une société anglaise a été déclarée pleinement valable et efficace par la Cour de Cassation de France dans un arrêt du 18 février 1906 (*Chunet*, 1912, p. 243).

(3) La doctrine espagnole reconnaît au *comisario* la position d'un *fiduciario*, ce qui est précisément l'équivalent castillan de l'anglais *trustee*.

(4) Loi du 17 juillet 1951 sur les sociétés anonymes :

Art. 113. « Les conditions de chaque émission, de même que la capacité de la Société de les réaliser, lorsqu'elles n'auront pas été réglées par la loi, seront soumises aux clauses contenues dans les statuts sociaux et aux décisions prises par l'assemblée générale, conformément à l'art. 58 de la présente loi.

Seront des conditions nécessaires la constitution d'une Association de défense ou Syndicat des obligataires, et la désignation, par la Société, d'une personne qui, avec titre de Commissaire, participera à la rédaction du contrat d'émission, au nom des futurs obligataires ».

Art. 118. « Le commissaire présidera le syndicat des obligataires, et outre les pouvoirs qui lui auront été conférés par l'acte d'émission et ceux que lui confère l'assemblée générale des obligataires, il aura la représentation légale du syndicat et pourra exercer les actions qui relèvent de la compétence de celui-ci.

En tout cas, le commissaire sera l'organe de liaison entre la Société et le Syndicat, et pourra en cette qualité assister avec voix consultative et non délibérative, aux délibérations de l'Assemblée générale de la Société émettrice, informer celle-ci des décisions du Syndicat et lui demander les informations qui, à son avis ou à celui de l'assemblée des obligataires, sont de nature à les intéresser.

Le Commissaire assistera aux tirages au sort éventuels, tant pour l'adjudication que pour l'amortissement des titres, et veillera au paiement des intérêts et du capital, s'il y a lieu, et, en général, défendra les intérêts communs des obligataires ».

le droit antérieurement en vigueur : dans une importante résolution du 21 juillet 1943, la Direction générale des registres avait reconnu la validité des syndicats d'obligataires et la licéité de la clause statutaire par laquelle les obligataires étaient privés de leur droit d'action individuelle. De même, la Cour de Cassation a admis la possibilité que le droit d'action judiciaire soit exercé par un substitut au nom du substitué. Voy. l'arrêt du 6 novembre 1941 (*Aranzadi* n° 1222) qui déclare : « De même que par représentation une personne peut exercer les droits d'autrui, et dans ce cas le représenté est partie au litige, en droit de procédure, on peut agir en justice par substitution pour le droit d'autrui, et dans ce cas le substitut est partie, et est toujours rélié au substitué par un intérêt ». Dans ces conditions, on comprend difficilement que la concentration du droit d'action entre les mains du *trustee* soit, de l'avis du Gouvernement espagnol, contraire à l'ordre public (1).

c) La troisième objection du *Contre-Mémoire* (IV, n° 33, p. 262) est déduite du fait que la *no-action clause* n'était pas reproduite *in extenso* sur les titres annexés à la requête en déclaration de faillite, de sorte qu'elle n'aurait pas obligé les porteurs qui se présentèrent à la faillite et qu'il ne peut être reproché au juge de ne pas en avoir tenu compte. Le Gouvernement espagnol perd de vue que le principe de « littéralité » n'est pas une règle absolue pour tous les titres-valeurs et que, notamment dans le cas des actions et obligations de sociétés, les droits de porteurs ne résultent pas exclusivement des mentions figurant dans le document qui les constate, mais se déterminent avant tout par référence aux stipulations de l'acte qui est à la base de leur émission : statuts (dans le cas des actions) ou emprunt obligataire (dans le cas des obligations). En l'espèce, la nécessité de se référer aux clauses des *Trust Deeds* résultait d'une mention expresse figurant sur les titres d'obligations, aux termes de laquelle, comme l'avait rappelé le Gouvernement belge (*Mémoire*,

(suite de la note 4 de la page 346)

Art. 119. * Lorsque l'émission aura été faite sans aucune des garanties prévues à l'article 114, le commissaire aura la faculté d'examiner personnellement ou par une autre personne, les livres de la Société, et d'assister, avec voix consultative et sans droit de vote, aux réunions du Conseil d'administration.

Lorsque la société sera en retard de plus de six mois pour le paiement des intérêts échus ou l'amortissement du capital, le Commissaire pourra proposer au Conseil la suspension de n'importe lequel des Administrateurs et convoquer l'assemblée générale des actionnaires s'ils ne le faisaient pas lorsqu'il estime qu'il doit être pourvu à leur remplacement *.

Art. 120. * Si l'émission a été garantie de la manière prévue aux 1^o, 2^o et 3^o de l'art 114, et que la Société aurait retardé de plus de six mois le paiement des intérêts, le Commissaire, avec l'accord préalable de l'Assemblée générale des obligataires, pourra exécuter les biens constituant la garantie pour payer le capital et les intérêts échus *.

Art. 121. * Le Syndicat des obligataires sera constitué, une fois passé l'acte d'émission, entre les acquéreurs des titres à mesure qu'ils leur sont délivrés sous forme provisoire. Les frais normaux entraînés par le fonctionnement du Syndicat seront à charge de la société émettrice sans qu'en aucun cas ils puissent être supérieurs à 2 pour cent des intérêts annuels revenant aux obligations émises ».

Art. 122. * L'assemblée des obligataires, dûment convoquée, est censée apte à décider ce qui est nécessaire à la meilleure défense des intérêts légitimes des obligataires face à la Société émettrice, modifier, d'accord avec celle-ci, les garanties fournies, destituer ou nommer le Commissaire, exercer, le cas échéant, les actions judiciaires qu'il y a lieu d'engager et approuver les frais entraînés par la défense des intérêts communs *.

Art. 123. * Les actions judiciaires ou extrajudiciaires qui appartiennent aux obligataires pourront être exercées individuellement ou séparément lorsqu'elles ne sont pas en opposition avec les décisions du Syndicat, dans les limites de sa compétence et qu'elles sont compatibles avec les pouvoirs qui lui auraient été conférés *.

(1) En France aussi, en vertu de l'art. 30 du Décret du 30 octobre 1935 relatif à la protection des obligataires, ces derniers sont privés du droit d'agir en déclaration de faillite, ce droit étant exclusivement réservé au représentant commun de la masse. Voy. *Encycl. Dalloz, Droit Commercial*, t. III, Sociétés, v^o Obligations, n^o 447.

I, n° 84, p. 45), « toutes les obligations de cette émission auront droit, *pari passu*, au bénéfice, et seront soumises aux stipulations contenues dans » le *Trust Deed* du 1^{er} décembre 1911 passé entre la National Trust et la Barcelona Traction. Devant un texte aussi formel, on ne peut que s'étonner du manque de curiosité manifesté par le juge, qui ne fit pas le moindre effort en vue de s'informer du contenu réel du *Trust Deed* qui régissait le droit des requérants, méconnaissant ainsi le prescrit de l'art. 1091 du Code civil espagnol selon lequel les contrats forment la loi des parties.

Cette violation était d'autant plus choquante que les titres d'obligations invoqués par les requérants étaient garantis par un droit de gage en faveur de la National Trust, comme *trustee* des obligataires. Or, dans la requête en déclaration de faillite, les requérants prétendirent renoncer au droit que l'article 918 du Code de commerce confère au créancier gagiste de s'opposer à ce que les biens remis en gage soient inclus dans la masse. En agissant ainsi, ils disposaient en fait d'un droit qui ne leur appartenait pas. Et en accueillant sur ce point leur demande, le juge de Reus privait arbitrairement *l'ensemble* des obligataires de ce droit qu'ils tenaient de la loi, voire même de la garantie que représentait, pour eux, le droit de gage institué en faveur de la National Trust. *Même en l'absence d'une no-action clause, il est évident que le juge n'aurait pas pu accéder à une demande aussi exorbitante.*

Sous-section 4

Les conditions de fond exigées par le droit espagnol pour la déclaration de faillite n'étaient pas réunies.

(495) Peut-être le plus grave déni de justice commis par les tribunaux espagnols consiste-t-il dans le fait d'avoir déclaré la faillite de la Barcelona Traction alors que cette société était *in bonis* et qu'il était notoire que la seule raison des difficultés qu'elle éprouvait à payer certaines de ses dettes résultait de l'application de la législation espagnole sur le contrôle des changes, c'est-à-dire d'un fait du prince.

On lit dans le *Contre-Mémoire* qu'« en droit espagnol, la faillite doit être déclarée lorsqu'il y a cessation des paiements, quelle que soit la situation financière du débiteur » (IV, n° 37, p. 265), et, de même, qu'il suffit « qu'il y ait eu cessation du paiement des dettes, quelles qu'en soient les causes, sans aucune limitation » (n° 35, p. 263). L'erreur ainsi commise est totale.

Si l'article 874 du Code de commerce considère comme se trouvant en état de faillite le commerçant qui « surseoit au paiement courant de ses obligations » (1), l'article 876 précise que lorsque la faillite est, comme en l'espèce, demandée par un créancier qui ne se fonde pas sur un ordre de saisie (*mandamiento de embargo*), le créancier doit, après avoir établi la réalité de sa créance, démontrer que le débiteur « a sursis d'une manière générale au paiement courant de ses obligations » (2). Ainsi, et contrairement à ce que soutient le Gouvernement espagnol, pour que la Barcelona Traction eût pu être régulièrement déclarée en faillite, il n'eût pas suffi de prouver « le fait pur et simple » de la cessation de paiement; il eût fallu démontrer, en outre, que cette cessation affectait la généralité des dettes de la Barcelona Traction et non certaines d'entre elles, quelle que soit par ailleurs leur importance ou leur ancienneté.

En effet, dans tous les systèmes juridiques, le seul fait qu'un débiteur cesse de payer certaines dettes exigibles ne suffit pas pour entraîner la déclaration de faillite. Il faut que se trouve réalisée une situation révélant l'impossibilité de faire face aux paiements. Les formules employées à cette fin varient selon les différents droits examinés : tantôt il est précisé que la cessation des paiements doit être « générale », tantôt qu'elle doit être accompagnée de l'ébranlement du crédit, tantôt encore qu'elle doit révéler un état d'insolvabilité.

Cette exigence est d'ailleurs logique, car si on admet, comme le fait le *Contre-Mémoire*, que la faillite peut être déclarée même lorsque l'actif du débiteur dépasse son

(1) Art. 874 du Code de commerce : « Est considéré comme se trouvant en état de faillite le commerçant qui surseoit au paiement courant de ses obligations ».

(2) Art. 876, al. 2, du Code de commerce :

« La faillite pourra aussi être déclarée à la demande de créanciers qui, bien que sans avoir obtenu d'ordre de saisie, justifient leurs titres de créance et que le commerçant a sursis d'une manière générale au paiement courant de ses obligations ou qu'il n'a pas présenté sa proposition de concordat, en cas de suspension de paiement, dans le délai indiqué à l'article 872 ».
(3 ans)

passif, il serait anormal que certains créanciers puissent forcer les autres, dont les créanciers ont toujours été ponctuellement payés, à subir les frais et les retards qu'entraînerait l'accomplissement des formalités de la faillite. En raison de sa nature de procédure d'exécution collective, la faillite intéresse *tous* les créanciers, et il est donc normal qu'elle ne puisse être prononcée que lorsque l'ensemble de ceux-ci est affecté par la situation du débiteur.

Il est donc certain que le juge de Reus avait l'obligation de vérifier si la société Barcelona Traction avait cessé *de manière générale* le paiement courant de ses obligations.

(496) En droit espagnol, une simple cessation provisoire dans le paiement des obligations ne constitue pas un motif suffisant pour déclarer la faillite; il faut, au contraire, que le commerçant se trouve en état d'insolvabilité définitive. C'est ce qui résulte clairement de l'Exposé des motifs du Code de commerce, lequel distingue la faillite, c'est-à-dire « l'état dans lequel se trouve celui qui surseoit ou cesse définitivement le paiement de ses obligations », de la suspension de paiements, dans laquelle se trouve le commerçant qui, « sans jouir de la plénitude de son crédit, ne se trouve pas non plus dans la situation de cesser entièrement le paiement de ses obligations courantes » (1). C'est en ce sens qu'il y a lieu d'interpréter la définition de la faillite que donne l'article 874 : « Est considéré comme se trouvant en état de faillite le commerçant qui surseoit au paiement courant de ses obligations », et non dans le sens littéral qui paraît l'identifier à la *suspension* des paiements. La cessation des paiements est une manifestation de l'insolvabilité; on peut même dire que c'est sa manifestation la plus caractéristique. Mais elle ne s'identifie pas avec elle. Pour qu'il y ait cessation de paiement génératrice de faillite, il faut qu'il y ait cessation définitive; de simples difficultés de caractère passager ne sont pas suffisantes (2).

Tant la doctrine que la jurisprudence espagnoles se prononcent en ce sens. Ainsi, Gomez Orbaneja, professeur de droit de la procédure à l'Université de Valladolid, s'exprime comme suit : « La procédure de faillite est caractérisée par l'insuffisance du patrimoine du débiteur, et par la " pluralité de créanciers " de celui-ci » (3). Rodriguez y Rodriguez, dans son Cours de droit commercial, déclare que « Le concept de " cessation de paiements " repose sur celui d' " insolvabilité ", lequel est " un concept économique " totalement distinct de celui de l'inexécution et du déséquilibre arithmétique » (4). Quant à Manuel de la Plaza, ancien procureur général du Tribunal suprême et ancien président de la 1^{re} Chambre du Tribunal suprême, il écrit : « Feraient erreur ceux qui croiraient que la cessation de paiements suffit par elle-même pour justifier la déclaration de faillite, abstraction faite de la suffisance ou de l'insuffisance patrimoniale. Pour démontrer le contraire, il suffit de songer au fait que, dans l'Exposé des motifs du Code de commerce en vigueur, on se sert de l'expression, beaucoup plus précise, de " cessation définitive " » (5). Vicente y Gella, professeur de droit commercial à l'Uni-

(1) Vid. Polo, A., *Leyes mercantiles y económicas*, vol. I, Madrid 1936, *Exposición de Motivos del Código de Comercio*, pp. 122 et ss.

(2) Contrairement à ce que laisse entendre le *Contre-Mémoire* (IV, p. 264, note 3), la « faillite fortuite » dont parle l'article 886 n'est pas celle qui survient nonobstant l'existence d'un actif supérieur au passif. Au contraire, selon l'article 887 « la faillite fortuite s'entend de celle du commerçant victime de mauvaises fortunes qui, devant être considérée fortuite dans l'ordre régulier et prudent d'une bonne administration commerciale, réduisent son capital au point où il n'est plus suffisant pour satisfaire en tout ou en partie ses dettes ».

(3) *Derecho procesal*, 4^e éd., Madrid, 1955, I, p. 688.

(4) *Curso de derecho mercantil*, 2^e éd., Mexico, 1952, pp. 302 et 303.

(5) *Derecho procesal civil español*, p. 659.

versité de Saragosse, indique que « La faillite est la situation procédurale qui se produit lorsqu'une autre condition de fond est présente : l'insolvabilité » (1), et Raimundo Fernandez que « la faillite, envisagée économiquement, consiste dans l'impuissance patrimoniale du débiteur pour faire face à ses obligations. C'est la faillite économique, appelée, improprement certes, faillite de fait » (2).

Apodaca y Osuna, quant à lui, distingue l'insolvabilité et l'inexécution, d'une part, la cessation de paiements et l'inexécution, d'autre part. Exécution et inexécution sont des faits juridiques; l'insolvabilité, une situation économique qui donne naissance à une situation juridique : l'état de faillite (3).

Enfin, José Ramirez affirme que « la faillite est égale à l'insolvabilité; la faillite est l'insolvabilité définitive ». Plus loin, il conclut, en résumant l'état de la question : « l'insolvabilité déterminant la faillite n'est ni plus ni moins que l'insuffisance définitive d'un actif pour faire face à un passif »; d'où il résulte que cette circonstance n'existe que lorsque l'actif d'un commerçant débiteur est définitivement inférieur à son passif exigible » (4).

Cette interprétation, d'une doctrine unanime, est également celle de la jurisprudence, ainsi que le confirme un important arrêt rendu par le Tribunal suprême le 27 février 1965 (*Aranzadi*, n° 1151), qui affirme : « il est certain et indubitable que, pour notre législateur commercial, la faillite suppose et exige une cessation dans les paiements, selon la lettre de ce précepte (l'art. 886 du Code de commerce) confirmée par l'art. 876, suivant en cela l'idée de l'Exposé des motifs du Code en vigueur, où il est dit que " c'est l'état dans lequel se trouve celui qui cesse le paiement de ses obligations " et qui ne devra pas être *sporadique, simple ou isolé, mais définitif, général et complet*, ainsi que la jurisprudence de cette Chambre a fait bien attention de le préciser d'une manière réitérée et constante, spécialement dans ses arrêts des 21 décembre 1898, 21 novembre 1900, 28 décembre 1901, 29 novembre 1905, 30 juin 1906, 5 et 26 octobre 1907, 8 mai 1913, 5 juin 1917, 4 juin 1929, 26 janvier et 16 février 1933, (*Rep.* 1452 et 1495), et 1^{er} juin 1936 (*Rep.* 1256), où l'on se borne à constater le principe, l'illustrant d'autres fois par des cas concrets, comme dans l'arrêt du 29 décembre 1927 qui déclare que la cessation est une chose très différente du retard de paiement, révélateur de simples difficultés transitoires, ou dans l'arrêt du 3 juillet 1933 (*Rep.* 1767) qui énonce que pour combattre l'affirmation qu'une personne se trouve en état préliminaire à la faillite, il ne suffit pas de présenter trois protêts de lettres de change pour défaut de paiement, deux certificats de l'agence exécutive pour défauts de paiement du Ministère des finances, l'évaluation par expert des biens saisis et un certificat du Secrétaire judiciaire attestant que la société a demandé à être déclarée en état de suspension de paiements, ou enfin dans l'arrêt du 12 juillet 1940, selon lequel il ne suffit pas de cesser occasionnellement ses paiements, mais il est nécessaire qu'il soit impossible de les effectuer ».

(497) Il était notoire que les difficultés avec lesquelles la Barcelona Traction était aux prises étaient temporaires et résultaient exclusivement de l'application de la législation espagnole sur le contrôle des changes. Pouvait-on, dans ces conditions, raisonnablement prétendre qu'elle se trouvait en état de cessation définitive et générale de paiement ?

(1) *Curso de derecho mercantil comparado*, 3^e éd., 1951, II, p. 333.

(2) *La cesación de pagos en el derecho argentino y universal*, p. 25.

(3) *Presupuestos de la quiebra*, Mexico, 1945, p. 280.

(4) *La quiebra*, t. I, p. 593.

C'est pourtant ce qu'a fait le juge de Reus. A cet effet, il s'est fondé sur trois éléments :

- le bilan publié par la société débitrice pour 1946 qui, selon lui, constituait un « aveu public » de ce qu'elle se trouvait en état de cessation de paiements;
- le plan d'arrangement proposé aux obligataires et qui, selon lui, ne pouvait s'expliquer, si l'on admettait la bonne foi de la Barcelona Traction, que par l'impossibilité où elle se trouvait de payer ses dettes;
- le fait que la débitrice avait laissé passer le délai de quarante-huit heures prévu à l'article 871 du Code de commerce pour pouvoir se déclarer en état de *suspensión de pagos* et éviter ainsi la faillite, en obtenant un concordat.

Le Gouvernement belge a démontré ci-dessus (*supra*, n° 22) que les deux premières raisons invoquées n'établissaient aucunement que la Barcelona Traction se trouvait en état de cessation générale de paiement.

Quant à la troisième, qualifiée d' « importante » par le jugement, elle est incompréhensible. Tout d'abord, rien ne permettait à la Barcelona Traction de prévoir que les tribunaux espagnols émettraient la prétention, exorbitante et extraordinaire, de se reconnaître compétents pour prononcer sa faillite, de sorte qu'il est facilement explicable qu'elle ne les ait pas devancés en leur demandant spontanément le bénéfice de la *suspensión de pagos*. Mais, surtout, on n'aperçoit pas en quoi l'omission de demander la *suspensión de pagos* permettrait de déclarer la faillite si les conditions de celles-ci ne sont pas réunies. Le seul effet de la *suspensión de pagos* est d'interrompre les poursuites individuelles et de faire obstacle à la déclaration de faillite; elle ne signifie pas qu'à défaut de la demander dans les délais, le débiteur doit obligatoirement être déclaré en faillite, même si la cessation ne porte que sur une partie limitée de ses paiements. L'article 871 n'impose aucune obligation au débiteur de se présenter en état de *suspensión de pagos*; il s'agit d'une simple faculté pour lui. Le texte de la loi (« le commerçant ... pourra ») est clair à cet égard (1).

(498) Non seulement la cessation de paiements sur laquelle le juge de Reus s'est fondé pour déclarer la faillite n'avait aucun caractère de généralité, mais elle n'affectait en rien l'ordre juridique espagnol. En effet, jamais la Barcelona Traction n'a refusé d'exécuter aucune obligation payable en Espagne, ainsi que le *Mémoire* l'avait déjà indiqué (I, n° 90, p. 47). Il n'y avait donc pas cessation de paiements en Espagne.

Le *Contre-Mémoire* prétend que le Gouvernement belge a tort de considérer que seule une cessation de paiements en Espagne pouvait éventuellement entrer en ligne de compte.

Il est certain que si les tribunaux espagnols avaient eu juridiction, comme le prétend le Gouvernement espagnol, pour connaître de la faillite de la Barcelona Traction, société étrangère possédant son siège à l'étranger, ce fait impliquerait nécessairement qu'ils admettent la conception territoriale de la faillite. C'est d'ailleurs bien ainsi que l'entend

(1) Art. 871 du Code de commerce : « Le commerçant qui possède des biens suffisants pour couvrir tout son passif pourra aussi se présenter en état de suspension de paiements, dans les 48 heures suivant l'échéance d'une obligation à laquelle il n'a pas satisfait ».

le *Contre-Mémoire*, lequel insiste à plusieurs reprises sur le caractère territorial et d'ordre public de la faillite. (Voy. notamment n° 231, p. 558). C'est dans la mesure où il est porté atteinte au crédit sur le territoire national que l'on peut avoir recours à cette procédure, si le débiteur est étranger. Il faudrait, au contraire, que le droit espagnol se rallie à une conception de l'universalité de la faillite pour que l'on puisse admettre, lorsqu'il s'agit de déclarer la faillite d'un débiteur de nationalité espagnole, qu'il y a lieu de tenir compte de la façon dont il s'acquitte de ses obligations à l'étranger. Comme le dit Travers (*op. cit.*, vol. VII, fasc. 1, p. 127) : « La faillite ne peut être déclarée en France que si la cessation des paiements s'est manifestée en territoire français : les cessations de paiements qui ne remplissent pas cette condition sont sans intérêt pour l'économie française ».

Ceci permet de réfuter l'argument du Gouvernement espagnol (IV, n° 35, p. 263), selon lequel, si le critère avancé par le Gouvernement belge était exact, un débiteur pourrait impunément s'abstenir de payer les obligations dont le lieu de paiement serait à l'étranger, car tant qu'il payerait ses dettes en territoire national, il ne pourrait être considéré en état de cessation de paiements. Le Gouvernement espagnol oublie que la faillite n'est pas l'unique moyen à la disposition des créanciers qui désirent obtenir paiement de leur débiteur : ils peuvent agir en recouvrement de la créance qui leur est due, soit dans le pays où le paiement doit s'effectuer, soit, en tout cas, au lieu où la société débitrice a son siège social, et, ayant obtenu un jugement, saisir les biens du débiteur si celui-ci ne l'exécute pas (1).

La loi espagnole de procédure civile établit précisément une procédure rapide et particulièrement efficace de recouvrement des dettes dues en vertu d'un titre au porteur ou nominatif (2). En outre, il est toujours loisible à l'Etat où le débiteur a son principal établissement de prononcer sa faillite si cet Etat admet le principe de l'universalité (3).

(499) Dès lors, il est certain que la seule cessation de paiement dont les tribunaux espagnols eussent pu tenir compte en vue d'une déclaration de faillite en Espagne était celle qui se rapportait à des dettes payables dans ce pays. Or, quelle était la situation à ce point de vue ?

(1) L'oubli du Gouvernement espagnol coïncide avec l'attitude prise par les requérants à la faillite. Il est frappant en effet que ceux-ci n'entreprirent aucun effort pour obtenir que leur créance leur fût remboursée, en intentant les procédures appropriées à cet effet. Au lieu de cela, ils s'empressèrent de demander que la faillite fût déclarée. Il est certain que s'ils avaient de bonne foi désiré être payés, ils auraient commencé par intenter les actions utiles à cette fin.

(2) Il s'agit du *juicio ejecutivo* réglé par les articles 1429 et ss. de la Loi de procédure civile. Voy. notamment l'art. 1429, 5°, qui prévoit spécialement le cas des titres au porteur comme l'étaient les obligations invoquées par les demandeurs à la faillite : « L'action d'exécution devra se fonder sur un titre ayant force exécutoire. Auront seuls force exécutoire les titres suivants : . . . 5° — Tous titres au porteur ou nominatifs, légitimement émis, qui représentent des obligations échues, et les coupons également échus de ces titres, pour autant que les coupons correspondent aux titres et ces derniers, en tous cas, aux livres à souches. S'il y a conformité, l'allégation de fausseté du titre que présenteraient sur le champ le directeur (*el director*) ou la personne qui représente le débiteur ne pourra faire obstacle à la poursuite de l'exécution ; le débiteur pourra invoquer formellement la fausseté en tant qu'une des exceptions de la procédure ».

(3) Quant à l'argument figurant à la note (1) de la p. 263, il mérite à peine que l'on s'y attarde : en effet, si l'on se reporte à la lettre de M. Spéciael qui y est citée, on verra que celui-ci n'envisageait nullement que la cessation de paiement pût engendrer la faillite en Espagne, mais uniquement que le refus des autorités espagnoles d'approuver le plan d'arrangement pourrait justifier le *trustee* à demander la désignation d'un *receiver* au Canada.

Les arriérés sur les obligations Prior Lien n'intéressaient nullement le crédit espagnol, puisqu'il n'est pas contesté qu'elles n'étaient payables que dans des pays autres que l'Espagne.

Les intérêts des obligations First Mortgage étaient, il est vrai, payables en pesetas. Cependant, les porteurs avaient l'option de recevoir le paiement en livres sterling, en francs belges ou en francs français, et l'immense majorité d'entre eux s'étaient régulièrement prévalus de cette faculté par le passé. À partir du moment où la Barcelona Traction ne reçut plus les autorisations de change nécessaires pour effectuer les transferts, elle se trouva dans l'impossibilité de respecter la clause d'option de change. Ceci n'entraîna toutefois pas la cessation des paiements en Espagne. En effet, aucun des obligataires First Mortgage — qui, dans leur grande majorité, résidaient hors d'Espagne — ne s'avisait de présenter ses coupons pour encaissement dans ce pays. Or, tant selon le droit canadien qui régissait l'émission des obligations de l'emprunt que selon le droit espagnol, la dette constatée par un titre négociable — tel qu'un coupon d'obligation — n'est exigible que sur présentation de ce titre par le porteur (1). Le libellé même des titres prévoyait que les coupons n'étaient payables que « sur présentation ». La Barcelona Traction n'était donc nullement tenue de payer les intérêts en pesetas tant qu'aucun obligataire ne lui en faisait la demande en présentant les coupons pour encaissement. Il en résulte qu'on ne peut parler d'une cessation de paiement en Espagne en ce qui concerne les emprunts First Mortgage.

Quant aux obligations en pesetas, le Gouvernement espagnol ne conteste pas que leurs intérêts aient régulièrement été payés jusqu'après la déclaration de faillite. S'il est vrai que l'amortissement du capital avait été différé depuis 1936, il n'en résultait, de la part de la Barcelona Traction, aucune cessation de paiement. En effet, aux termes de la clause 47 du *Trust Deed* du 1^{er} mai 1927 entre la Barcelona Traction et la Westminster Bank, relatif à l'émission des obligations en pesetas, la société émettrice ne contractait d'engagement en matière d'amortissement qu'envers le *trustee* (la Westminster Bank); les obligataires ne possédaient pas un droit individuel à demander que l'amortissement eût lieu; aucune clause des titres en circulation ne spécifiait que ceux-ci devaient faire l'objet d'un rachat à une date précise (2). Étant donné que le *trustee* avait marqué son accord pour que l'amortissement fût différé, la Barcelona Traction n'était soumise à aucune obligation à cet égard et les obligataires n'avaient aucun droit d'exiger le remboursement du principal de leurs titres avant l'expiration du terme pour lequel

(1) Voy. sur ce point l'arrêt de la *Court of Appeals* dans l'affaire *U.G.S. Finance Ltd. v. National Mortgage Bank of Greece and National Bank of Greece* (1964), *Lloyds Law Reports* 446 (A.R., n° 91).

(2) Parmi les mentions figurant sur le titre se trouvait la suivante : « En contrepartie du montant reçu, le porteur de la présente aura droit à recevoir le 1^{er} juin 1972, ou à toute autre date antérieure à laquelle le principal garanti par la présente deviendra payable conformément aux conditions mentionnées au verso du présent titre, sur présentation et remise de cette obligation, la somme de Ptas. 500... » (*For value received the bearer hereof will be entitled to receive on the 1st of June, 1972, or on such earlier date as the principal moneys hereby secured become payable in accordance with the conditions endorsed hereon, on presentation and delivery up of this Bond, the sum of Ptas. 500...*). Ainsi, la seule obligation inconditionnelle contractée envers les porteurs en ce qui concerne le principal de la dette était le remboursement à l'échéance du 1^{er} juin 1972. L'annexe n° 25 au Chapitre III du *Contre-Mémoires* (vol. VII, p. 138) déforme donc le sens des textes lorsqu'elle porte que « l'obligataire avait le droit de percevoir le capital garanti de l'obligation le 1^{er} juin 1972, ou à n'importe quelle autre date antérieure »!

l'emprunt avait été contracté (1). En outre, ils n'y avaient aucun intérêt, ces obligations étant cotées bien *au-dessus* du pair.

Dès lors, la conclusion est claire et nette : non seulement, il n'y avait pas cessation générale de paiements, mais encore, il n'y avait pas du tout cessation de paiements en Espagne. Aucun obligataire ne s'était heurté à un refus de la part de la Barcelona Traction de payer, en Espagne, les intérêts échus ou de rembourser le principal exigible des titres émis. Au contraire, il y a tout lieu de croire que si les titres bénéficiant d'une option de change avaient été présentés pour encaissement en Espagne, la Barcelona Traction aurait tout mis en œuvre pour les payer. Cela aurait permis de résoudre de façon fort simple le difficile problème que posait l'absence de convertibilité de la monnaie espagnole et que le plan d'arrangement avait précisément pour objectif de résoudre.

Ceci fait apparaître de manière encore plus nette que la prétendue cessation de paiements ne fut qu'un prétexte destiné à servir les dessins du groupe March auprès des cours et tribunaux espagnols.

(500) Le Gouvernement espagnol reconnaît que, pour pouvoir servir de base à un jugement déclaratif de faillite, la cessation de paiements doit être de nature à porter atteinte au crédit du débiteur (2).

Or, peut-on sérieusement prétendre que le crédit de la Barcelona Traction était ébranlé, alors que les *trustees* des trois séries d'obligations, la Westminster Bank et la National Trust, chargés de la défense des intérêts des obligataires, estimaient

(1) Article 47 du *Trust Deed* du 1^{er} mai 1927 :

* Les dispositions suivantes concernant le fonds d'amortissement sortiront leurs effets, c'est-à-dire :

- (i) au plus tard le 1^{er} juin 1928, et au plus tard le 1^{er} juin de chaque année suivante, la Société, agissant de la manière prévue dans la subdivision (ii) ci-dessous, devra utiliser pour le rachat d'obligations une somme égale à 0.4701 ($\frac{4701}{10.000}$) de 1 % du montant principal

total de toutes les obligations émises précédemment, qu'elles soient ou non en circulation, ainsi qu'un montant additionnel égal à l'intérêt qui aurait été payable au cours de l'année précédente se terminant le 30 mai en ce qui concerne toutes les obligations rachetées précédemment si de telles obligations étaient encore en circulation. Il est cependant entendu que si à un moment quelconque, de l'opinion d'un actuaire dûment qualifié et approuvé par le *Trustee*, la somme initiale qui doit comme dit ci-dessus être appliquée au rachat des obligations était insuffisante ou plus que suffisante pour assurer le rachat, au plus tard le 1^{er} juin 1972, de toutes les obligations alors en circulation, dans ce cas ledit montant initial sera augmenté ou réduit de tel montant que ledit actuaire certifiera comme étant nécessaire et suffisant pour assurer que le montant total des obligations alors en circulation puisse être racheté le 1^{er} juin 1972.

- (ii) Au 1^{er} juin 1928 et au 1^{er} juin de chaque année subséquente, la Société doit appliquer le montant total du fonds d'amortissement pour l'année se terminant ce même 1^{er} juin, de la manière déterminée dans la subdivision qui précède, au rachat par lots, au pair, d'autant d'obligations en circulation au 1^{er} mai précédant ce 1^{er} juin qui épuisera, autant que possible, le montant dudit fonds d'amortissement. Un petit solde de celui-ci peut être reporté à nouveau et ajouté au fonds d'amortissement pour l'année suivante.
- (iii) Toutes les obligations rachetées suivant cette clause ou suivant la clause 48 devront être livrées au *Trustee* pour annulation, et la société n'a pas le pouvoir d'émettre des obligations de remplacement, et le montant total des obligations autorisées par le présent contrat sera réduit en conséquence ».

(2) Voy. les affirmations très nettes dans ce sens, à l'annexe n° 32 au *Contre-Mémoire*, vol. VII, pp. 173 et ss., notamment p. 175 : « Il est indifférent que les défauts de paiements soient nombreux ou non, car un seul peut suffire à prouver l'insolvabilité, alors qu'une pluralité peut être dénuée d'importance s'il existe des moyens et un crédit pour les payer ».

pouvoir faire confiance à la société et ne pas devoir réaliser leur gage nonobstant le fait que, techniquement, les conditions du *default* au sens des *trust deeds* étaient réunies; alors que, par ailleurs, les porteurs des obligations libellées en pesetas, nonobstant la suspension de l'amortissement, à laquelle le Gouvernement espagnol affecte d'accorder *tellement d'importance*, *prisaient* celles-ci au point qu'elles se trouvaient cotées au-dessus du pair; alors qu'enfin aucun créancier de la société ni d'aucune de ses filiales, autres que les obligataires qui avaient droit à un paiement en devises fortes, ne s'était jamais heurté à la moindre difficulté pour obtenir le règlement de ses créances? Tout cela est tellement évident qu'on se demande comment le Gouvernement espagnol ose le contester.

(501) Vainement le Gouvernement espagnol prétendrait-il qu'en ne s'opposant pas à la désignation du *receiver* canadien, la Barcelona Traction reconnut qu'elle se trouvait en état de cessation générale de paiements. Il est faux de dire que « la nomination du *receiver* canadien se fondait . . . sur la même cessation des paiements qu'avait constatée le juge de Reus. » (*C.M.*, IV, n° 307, p. 444).

Ainsi qu'il apparaît clairement de la lecture de la requête par laquelle la National Trust sollicita la désignation du *receiver* (reproduite *A.C.M.*, n° 189, vol. IX, p. 236), c'est sur les clauses des *Trust Deeds* relatives au *default* du débiteur, et non sur une prétendue cessation générale de paiements, que cette nomination se fondait. Or, aux termes de ces clauses (1), pour que le débiteur se trouvât en *default*, il suffisait qu'il ait cessé pendant trois mois de payer les intérêts dus sur les obligations. Une fois cette condition réunie, le *trustee* avait le droit — mais non l'obligation — d'exécuter le gage. Il va de soi que cette condition, prévue dans la convention de *trust*, est tout à fait distincte de l'exigence de la loi espagnole selon laquelle, pour que la faillite puisse être déclarée, le débiteur doit avoir cessé de manière générale le paiement courant de ses obligations. Dès lors, le fait que la Barcelona Traction se soit trouvée en *default* ne permet nullement de justifier sa mise en faillite en Espagne (sur l'action en *receivership*, voir annexe n° 134, appendice 1).

(502) Enfin, le Gouvernement belge tient à faire remarquer qu'à s'en tenir à la thèse du Gouvernement espagnol, selon laquelle le groupe de la Barcelona Traction constituait une entreprise unique, de sorte que les activités et les avoirs des filiales en Espagne pourraient être imputés à la société-mère et justifier la procédure de faillite à l'égard de cette dernière, il y avait lieu de prendre en considération, lorsqu'il s'agit d'apprécier le caractère général, ou non, de la cessation de paiements, les opérations de l'ensemble des sociétés du groupe, et non celles de la Barcelona Traction seule. A peine de verser dans la contradiction, il n'est pas possible d'affirmer l'unité de l'entreprise lorsqu'il s'agit d'essayer de justifier la compétence des tribunaux espagnols à l'égard de la Barcelona Traction et la saisie des biens des filiales, et de dissocier soigneusement les entités qui composent le groupe afin d'établir que l'une d'entre elles se trouve en état de cessation de paiements, lorsqu'il s'agit de provoquer sa faillite.

Or, il est notoire que les difficultés de paiements ne concernaient que la société Barcelona Traction. Les filiales, quant à elles, faisaient face à toutes leurs obligations : il n'a jamais été allégué qu'elles n'auraient pas payé les salaires des ouvriers, les traitements des employés, les factures des fournisseurs, les taxes et autres redevances imposées par l'autorité, etc. Il est clair, dès lors, qu'à prendre, dans son ensemble, la situation globale du groupe, l'absence de cessation générale de paiements n'en devenait que plus évidente.

(1) Clause 23 du *Deed* relatif aux obligations Prior Lien; clause 14 du *Deed* relatif aux obligations First Mortgage.

Sous-section 5

L'attribution au commissaire du pouvoir de révoquer le personnel des sociétés auxiliaires n'avait pas de fondement légal.

(503) Il a été indiqué, dans l'exposé des faits (*supra*, n^{os} 66 et ss.) que l'exercice par le commissaire de la faillite du droit qui lui avait été expressément accordé par le jugement déclaratif de faillite de révoquer le personnel supérieur des sociétés filiales et auxiliaires, ne pouvait se justifier par la prétendue saisie « médiate et civilissime » des actions appartenant à la société faillie. En effet, si cette construction juridique était, dans la thèse espagnole, susceptible d'être invoquée lorsqu'il s'agissait de justifier la destitution des *administrateurs* des filiales par le *séquestre provisoire* — car, en ce cas, celui-ci agissait au nom de la société faillie et exerçait les droits afférents aux actions détenues par elle — elle ne peut en aucune manière expliquer les pouvoirs conférés au *commissaire* à l'égard du *personnel supérieur* des filiales. Le *Contre-Mémoire* admet d'ailleurs que les modalités de destitution ne furent pas les mêmes dans les deux cas et que, lorsqu'il révoqua le personnel, le commissaire agit, non en tant qu'administrateur des droits de la société en faillite, mais en vertu de l'autorisation expresse conférée par le jugement déclaratif (IV, n^o 127, p. 324).

La vérité est que le jugement déclaratif accordait au commissaire un pouvoir propre, indépendant de ceux que la « possession médiate et civilissime » était censée conférer au séquestre provisoire, de procéder, par voie d'autorité, à la révocation du personnel des sociétés filiales (qui n'étaient pourtant pas déclarées en faillite) sans être tenu de respecter les dispositions légales ni les clauses des contrats d'emploi prévoyant l'octroi d'un préavis ou d'une indemnité. Ce pouvoir exorbitant n'était et n'est prévu par aucun texte.

En effet, l'article 1045 du Code de commerce de 1829, qui définit les pouvoirs du commissaire, dispose que celui-ci a pour mission :

- 1^o d'autoriser tous les actes de saisie des biens et papiers relatifs au commerce et au trafic du failli;
- 2^o de rendre les ordonnances provisoires urgentes pour assurer la sécurité et la bonne conservation des biens de la masse, en attendant que compte en soit rendu au tribunal pour qu'il décide ce qu'il appartiendra;
- 3^o de présider les assemblées des créanciers du failli qui seront décidées par le tribunal;
- 4^o de faire l'examen de tous les livres, documents et papiers concernant le trafic du failli, pour soumettre les rapports que le tribunal exigera de lui;
- 5^o de surveiller toutes les opérations du séquestre provisoire et des syndics de la faillite; veiller à la bonne gestion et administration de ses biens (*pertenencias*); activer les mesures relatives à la liquidation et à la qualification des créances, et rendre compte au tribunal des abus qu'il relèverait sur ces points;

6° de remplir les autres fonctions qui lui sont spécialement conférées par le présent Code.

Aucune de ces attributions ne comprend le droit de révoquer le personnel de sociétés dépendant du failli. Le commissaire, selon l'article 1045, exerce des fonctions de surveillance et de contrôle; il n'intervient pas directement dans la gestion et l'administration des biens du failli, mais doit veiller à ce que les opérations des autres organes — séquestre provisoire, puis syndics — soient régulières. (Voy. en ce sens le *Contre-Mémoire* lui-même, IV, n° 112, p. 314). L'attribution du pouvoir de destitution, était non seulement dépourvue du moindre fondement légal, mais était, en outre, en contradiction absolue avec la nature même de l'institution de commissaire de la faillite.

De plus, le Gouvernement belge tient à souligner que le commissaire, en raison même des conditions dans lesquelles il est nommé, des fonctions de surveillance et de contrôle qui sont les siennes et de l'obligation qui lui est imposée de rendre compte au tribunal, est un mandataire de justice dont les actes et les omissions engagent immédiatement la responsabilité de l'Etat. Contrairement aux syndics, qui sont les représentants d'intérêts privés, le commissaire a pour principale responsabilité de veiller au déroulement correct des opérations de faillite. C'est pourquoi dans l'affaire *Venable*, citée au n° 109, p. 508, du *Contre-Mémoire*, la Commission reconnut que si, en principe, l'activité du syndic d'une faillite n'était pas susceptible d'engager directement la responsabilité de l'Etat, il en allait autrement des actes accomplis par l'*interventor*, institution qui, en droit mexicain, correspond au *comisario* de la faillite espagnole.

« Par l'*interventor* — déclare la Commission — la cour pouvait exercer son contrôle sur les actes du *síndico*.... Elle avait à veiller à ce que la procédure de faillite se poursuivît régulièrement et arrivât à son terme dans un laps de temps raisonnable » (*Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 229).

Sous-section 6

Le jugement déclaratif de faillite n'a pas fait l'objet de la publicité légale.

(504) Il est constant que le jugement de Reus, du 12 février 1948, n'a pas ordonné la *publication* du jugement de faillite au lieu du *siège social de la société faillie*, et que cette mesure n'a été ni ordonnée ni exécutée dans la suite.

Cette violation des règles légales régissant la publicité du jugement de faillite était particulièrement choquante, puisqu'il s'agissait d'une faillite déclarée sur requête, c'est-à-dire hors de la présence du débiteur, et qu'en l'espèce celui-ci était une société étrangère n'ayant en Espagne ni bien, ni siège, ni agence, ni représentation quelconque.

Elle revêt en outre d'autant plus d'importance en la présente cause, que le Gouvernement défendeur persiste, contre toute évidence, à soutenir que, la Barcelona Traction n'ayant pas présenté son recours d'opposition dans le délai de huit jours à dater de la « publication » qui a été faite de la faillite en Espagne, le jugement de faillite serait devenu de ce fait irrévocable, et prétend, de ces prémisses fausses, tirer, en de nombreux endroits du *Contre-Mémoire*, une série de conséquences indispensables au système de défense qu'il a élaboré.

Comme les Parties sont d'accord sur le fait que c'est, en principe, à partir de la *publication* du jugement de faillite que le délai dont dispose le failli pour faire opposition commence à courir, le grief essentiel du Gouvernement belge consiste dans l'absence de publication légale de la faillite. C'est donc à cette question que sera consacré la plus grande partie du présent paragraphe.

Ce n'est que très sommairement que l'on reviendra ensuite sur l'absence de notification à la Barcelona Traction du jugement la déclarant en faillite, thème auquel le *Contre-Mémoire* consacre encore d'assez longs développements.

(505) L'article 1044 du Code de commerce de 1829 prévoit que dans le jugement par lequel il déclare la faillite, le juge ordonnera

« la publication par annonces *dans la localité 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 ou de la province s'il y en a ».

Cette disposition, aussi claire que formelle, a été violée par le juge de Reus, qui n'a pas ordonné la publication de la faillite à Toronto, où se trouve le siège social (*domicilio*) de la Barcelona Traction.

On comprend l'embaras dans lequel s'est trouvé le Gouvernement défendeur lorsqu'il s'est agi pour lui de justifier son affirmation suivant laquelle, en omettant d'ordonner la publication au domicile de la Barcelona Traction, le juge avait agi conformément à la loi.

Cette gageure, car c'en était une, a obligé le Gouvernement espagnol à présenter, depuis 1960, des thèses successives qui s'avèrent toutes également dépourvues de fondement.

Celle du *Contre-Mémoire* n'est qu'une variante de la précédente, et n'apporte donc rien de bien neuf.

Par contre, le Gouvernement belge verse au débat, sous forme de deux décisions judiciaires espagnoles récemment découvertes, un argument décisif qui oppose à la thèse espagnole dernière en date le plus flagrant des démentis.

(506) Avant d'examiner le système présenté par le *Contre-Mémoire*, il n'est pas sans intérêt de retracer sommairement les principales étapes de l'argumentation espagnole.

Et pour commencer, celle du juge de Reus.

On se rappellera que ce magistrat s'était dispensé d'ordonner la publication du jugement au lieu où la faillie avait son domicile, savoir Toronto, au motif que le domicile de la société était inconnu, alors qu'il figurait en toutes lettres dans le rapport du conseil d'administration de la Barcelona Traction produit par les demandeurs à l'appui de leur requête.

La tentative embarrassée que fait le *Contre-Mémoire* pour « expliquer » cette ahurissante *motivation* a été rencontrée dans la première partie de la présente *Réplique* (*supra*, nos 28 à 33).

Quant aux thèses successivement présentées par le Gouvernement défendeur à l'encontre du grief que le Gouvernement belge fondait sur cette violation flagrante de la loi, elles peuvent se résumer comme suit :

a) Dans les premières *Exceptions Préliminaires*, présentées en réponse à la première *Requête* belge (*E.P.*, 1960, p. 398), le Gouvernement espagnol avait prétendu justifier la publicité ordonnée par le juge de Reus en se référant à des dispositions purement imaginaires de la législation espagnole applicable. Il avait soutenu que « toute déclaration de faillite doit faire l'objet d'une publicité au lieu où la faillite a été déclarée *ou bien* au lieu où le failli a des établissements de commerce », thèse doublement inexacte, car, d'une part, aucune disposition légale ne prévoit la publication au lieu où la faillite est déclarée (quoique ce soit devenu une coutume) et, d'autre part, si l'article 1044, 5^o, du Code de Commerce de 1829, auquel le Gouvernement espagnol se référerait sans le citer, prévoit bien la publication au lieu où le failli a des établissements de commerce, il ne s'agit là que de publications *supplémentaires*, la règle prévoyant, au premier chef, la publication au domicile du failli. L'utilisation de la disjonctive : « ou bien » par le Gouvernement espagnol dans le passage cité des *Exceptions Préliminaires* était donc particulièrement captieuse.

Cette dénaturation du texte de la loi ne put être présentée qu'à la faveur d'un subterfuge. Le Gouvernement espagnol n'eut garde ni de publier l'article 1044 du Code de Commerce de 1829 ni d'en souffler mot dans ses écritures.

b) Le Gouvernement espagnol, se rendant sans doute compte de la fragilité d'une telle construction juridique, ne la représenta pas dans les *Exceptions Préliminaires* de 1963 et préféra s'en tenir à des affirmations générales quant à la régularité de la publication, (1) sans faire allusion à l'article 1044 du Code de Commerce de 1829, qu'il ne publia pas non plus dans ses annexes, alors qu'il s'agissait pourtant d'une disposition clé, puisqu'elle énumère les mesures que le juge saisi doit ordonner lorsqu'il rend le jugement déclaratif de faillite, et que le Gouvernement espagnol prétendait reproduire, aux pages 677 à 679 des Annexes aux *Exceptions Préliminaires* de 1963, les articles de la Loi de procédure civile et du Code de commerce relatifs à l'opposition par la voie incidente.

c) Le Gouvernement belge ne manqua pas de souligner cette dérobade ; il rappela, notamment, qu'en l'absence de publication légale au domicile du failli, la déclaration de faillite ne peut y sortir ses effets, ainsi que l'a déclaré le Tribunal Suprême dans son arrêt du 20 juin 1908 (*O.C.*, I, n° 243 et 244, pp. 232 et 233). Le Gouvernement espagnol, dès lors, ne pouvait plus faire mine d'ignorer la prescription formelle de l'article 1044, 5°, du Code de Commerce de 1829.

Il fit donc plaider une thèse nouvelle selon laquelle la faillite aurait en Espagne un caractère strictement territorial, même si elle était déclarée à l'égard d'un commerçant domicilié hors d'Espagne.

Cette thèse prétendait prendre appui sur la constatation que certains des actes prescrits par l'article 1044 du Code de Commerce de 1829, savoir l'arrestation du failli et la saisie des biens, ne pouvaient être exécutés qu'en Espagne. La logique du texte imposait, dès lors, d'après le Gouvernement espagnol, qu'il en allât de même de tous les actes à accomplir en exécution de l'article 1044 du Code de Commerce de 1829 (2).

(1) On peut lire dans les *Exceptions Préliminaires* de 1963 (I, p. 248, n° 17, second al.) : « Conformément aux dispositions en vigueur, le jugement déclaratif de la faillite d'une société commerciale doit faire l'objet d'une publicité appropriée. En l'espèce, cette publicité fut réalisée 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 ». Ce texte est suivi d'un renvoi à l'annexe n° 79 des *Exceptions Préliminaires*, où l'on ne trouve, contrairement à toute attente, ni l'indication des conditions auxquelles devaient répondre en droit les publications pour être réputées « appropriées », ni la preuve qu'en fait les activités de la société faillie étaient localisées à Reus et à Barcelone de manière à justifier la publication dans ces lieux. On y trouve purement et simplement la reproduction de l'ordre de publication.

Le Gouvernement espagnol, parlant du recours de *reposición* (opposition), signalait aussi dans les *Exceptions Préliminaires* de 1963 (p. 249, n° 19, 2° alinéa) que : 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, tout en maintenant un silence pudique sur ces dispositions elles-mêmes, c'est-à-dire sur l'article 1.044, 5° du Code de Commerce de 1829.

(2) Voir *Procédure Orale*, II, pp. 287 à 290. Le Gouvernement espagnol n'argumentait pas seulement à partir du texte même de l'article 1044 du Code de Commerce de 1829, mais invoquait aussi l'article 1337 de la Loi de procédure civile, qui indique avec précision les formalités à suivre pour la publication. Et de conclure que ces formalités ne pourraient se réaliser, selon les modalités prévues, qu'en Espagne. C'était faire bon marché du principe *locus regit actum*.

(507) C'est finalement ce soutènement, d'ores et déjà réfuté par le Gouvernement belge (*Procédure Orale*, III, pp. 994 et ss.), que le Gouvernement espagnol reprend pour l'essentiel dans le *Contre-Mémoire* (notamment IV, pp. 326 et ss.) en l'assortissant d'une variante, à savoir que l'ordre de publication constituerait une manifestation d'*imperium* de la part du juge dont l'exécution en territoire étranger empiéterait sur l'*imperium* de l'Etat auquel elle serait demandée. Et en y ajoutant deux arguments complémentaires, dont le premier avait déjà été présenté précédemment (*E.P.*; I, 1963, p. 249), tandis que le second est nouveau et figure pour la première fois, en tout cas en rapport avec le thème de la publication, au *Contre-Mémoire* :

— la faillie a eu connaissance du jugement de faillite;

— lorsque la faillie a un domicile en Espagne, et que c'est par sa faute (!) qu'il est ignoré il suffit de procéder à la publication dans les localités dans lesquelles la faillie exerce ses activités.

(508) On examinera ci-dessous ces trois arguments.

A l'appui de sa thèse principale selon laquelle la publication devrait « être caractérisée comme une manifestation de l'*imperium* du juge » et pour ce motif ne pourrait être ordonnée que dans le territoire national (*C.M.*, IV, n° 136 et ss., pp. 329 et ss.), le Gouvernement espagnol procède à l'analyse du rôle que joue la publication dans la procédure de faillite.

Le Gouvernement espagnol expose (*C.M.*, n° 136, p. 328) — et sur ce point il ne fait qu'enfoncer des portes ouvertes — que la publication est destinée à produire des effets à la fois à l'égard des tiers et à l'égard du failli, et c'est pourquoi elle constitue le point de départ du délai pour faire opposition, conformément à l'article 1028 du Code de Commerce de 1829.

Ce principe étant posé, il poursuit le raisonnement en distinguant entre la signification d'un acte qui serait une simple communication entre un tribunal et une partie, et dont la nature « permet l'aide judiciaire internationale et l'existence d'intermédiaires » (*C.M.*, n° 135, p. 328) et l'annonce judiciaire (c'est-à-dire la publication) qui aurait un tout autre caractère et qui ne pourrait s'effectuer à l'étranger sans mise en œuvre de l'*imperium* de l'autorité étrangère.

Ce *distinguo* subtil, dont on ne trouve trace, ni dans le jugement de faillite ni dans les décisions ultérieures, et qui ne trouve aucun appui, ni dans le droit espagnol, ni dans le droit canadien, ne se justifie, au surplus, en aucune manière par l'analyse intrinsèque de l'acte; en effet, l'autorité judiciaire étrangère saisie par commission rogatoire, ne prend pas à son compte le contenu de l'acte et se borne, si elle s'estime compétente, à faire ou à assurer une communication à des tiers, qu'il s'agisse de notification ou de publication (1).

(1) Rien ne permet d'ailleurs de croire que, si le Gouvernement espagnol avait adressé des commissions rogatoires aux autorités canadiennes, conformément à l'art. 300 du Code de procédure civile, en vue d'assurer la publication du jugement à Toronto, il eût essuyé un refus. Le *Contre-Mémoire* semble cependant insinuer qu'une commission rogatoire n'eût pas

(509) Mais c'est dans la pratique espagnole elle-même que le Gouvernement belge a trouvé la démonstration la plus claire du caractère purement imaginaire de l'argument avancé par le Gouvernement espagnol : *dans les deux seuls cas de faillite internationale que le Gouvernement belge a pu relever dans la jurisprudence espagnole, le juge saisi a ordonné la publication au siège social de la société mise en faillite.*

La première de ces affaires est celle de la *Société Anonyme Minera de Moncayo*, qui s'est terminée par un arrêt du Tribunal Suprême du 17 janvier 1912 (*Recueil n° 26 de la Jurisprudence Civile*, 12 avril 1913, pages 176 et ss.), et que le Gouvernement espagnol avait bien imprudemment cité à l'appui de sa thèse concernant la plénitude de juridiction des tribunaux espagnols en matière de faillite des sociétés, même domiciliées à l'étranger (*A.C.M.*, n° 15, vol VII, pp. 114 et 115). Cet arrêt de la Cour Suprême a été rendu ensuite d'une procédure de faillite sur aveu, qui donna lieu à un jugement (*auto*) du Tribunal de Soria du 31 août 1907 (*A.R.*, n° 88), dont le dispositif contient la formule suivante :

« ... que l'on annonce la déclaration de faillite dans les bulletins officiels de cette province et de celles de Navarre et Logroño ainsi que dans les endroits publics habituels de Castejon de Navarre, Corella, Cintruenigo, Fitero, Cervera del Rio Alhama, Agreda y Olvega, ainsi que, dans la Gaceta de Madrid et le journal officiel de Bruxelles ».

On notera que cette publication eut lieu dans le *Moniteur Belge* — journal officiel — du 22 septembre 1907, page 5032 (*A.R.*, n° 92).

D'autre part, dans l'affaire Niel-on-Rupell qui concernait la faillite sur requête d'une société ayant son siège social à Anvers, le Tribunal de Barcelone, par son jugement du 12 avril 1934, ordonna, notamment, que :

« l'on publie la déclaration de faillite au moyen d'édits qui seront affichés dans les lieux publics habituels et seront insérés dans la Gazette de Madrid et dans le Bulletin Officiel de la Généralité de Catalogne et dans le Journal des Avis de Barcelone, avec défense que quiconque fasse paiement à la société faillie mais bien au nommé; que le commissaire présente les listes que prévoient les articles 1342 et suivants de la loi de procédure civile, en formant en son temps les sections respectives; que l'on notifie ce jugement et que l'on cite pour ce procès la société faillie, par l'intermédiaire de son représentant légal, en la requérant de présenter dans le délai de quinze jours, le bilan correspondant de l'actif et du passif de ses affaires, l'avertissant que dans le cas contraire, il sera établi par un expert commercial en vue de tous les effets de la faillite; qu'à cette

(suite de la note 1 de la page 362)

été exécutée au Canada si elle avait eu pour but la publication de la faillite. La note 3, au bas de la page 329, présente en effet les choses comme si la distinction que le Gouvernement espagnol propose avait été faite par les autorités canadiennes à propos des deux commissions rogatoires expédiées à ces autorités les 23 septembre 1949 et 13 janvier 1950 par la 2^e Chambre civile de la Cour d'appel de Barcelone. Or, il suffit de lire la correspondance relative à ces commissions rogatoires pour constater que, contrairement à ce que prétend le Gouvernement espagnol, les autorités canadiennes, en l'espèce le Département du Procureur général, n'ont nullement refusé pour des raisons d'*imperium* de déférer aux commissions qui leur étaient transmises. En réponse à la première (*A.C.M.*, n° 78, doc. 2, vol. VII, pp. 408 et 409) ce Département indiqua qu'il ne comprenait pas exactement ce qui lui était demandé, mais que si ce que l'on visait était la production de livres et documents pour être transmis au juge juridictionnellement compétent à Barcelone, l'information pouvait être demandée directement au tribunal canadien compétent par le plaideur intéressé. Quant à la seconde (*A.C.M.*, n° 78, doc. 3, vol. VII, pp. 410 à 413), qui visait notamment à obtenir l'interrogatoire du président et du secrétaire de la Barcelona Traction à Toronto, la position des autorités canadiennes fut de suspendre l'exécution des mesures d'instruction demandées jusqu'à ce que l'on ait obtenu la permission du tribunal qui connaissait de l'action en *receivership*.

fin et pour la publication des édits correspondants dans les journaux officiels de Bruxelles et Anvers, l'on expédie la commission rogatoire (exhorto) requise à l'autorité judiciaire compétente pour Anvers, par la voie diplomatique (1);

L'argumentation principale venant ainsi à tomber, les arguments supplémentaires invoqués par le Gouvernement espagnol ne résistent pas davantage à l'examen.

(510) Déjà dans ses écritures précédentes, le Gouvernement espagnol s'était rabattu sur ce que l'on peut appeler la théorie de la connaissance (C.M., IV, pp. 331-332). Le Gouvernement espagnol enfonce des portes ouvertes lorsqu'il consacre toute l'annexe n° 81 du chapitre III (vol. VIII, p. 5) à démontrer que les dirigeants de la Barcelona Traction eurent connaissance très rapidement de l'existence du jugement de faillite (mais non de son contenu). La conclusion que le Gouvernement espagnol tire de cette constatation n'est pas des plus simples.

Les développements consacrés à cette question dans le *Contre-Mémoire* ne soutiennent pas que la date de connaissance constitue le point de départ du délai de l'opposition, mais bien, qu'eu égard à cette connaissance, les droits de la défense n'ont pas été violés, la Barcelona Traction ayant pu former opposition avant le 18 juin 1948.

La société faillie pouvait faire opposition au jugement de faillite sans qu'il y eût eu publication régulière, ce qu'elle fit d'ailleurs le 18 juin 1948. Il n'empêche qu'en droit espagnol la publication au domicile du failli était obligatoire, cette formalité étant requise, comme dans la plupart des systèmes procéduraux, pour faire courir le délai d'opposition.

La Barcelona Traction n'a sans doute pas subi de préjudice particulier du fait de l'absence de publication régulière, puisqu'en fait, son opposition, même introduite avant le 18 juin 1948, se fût heurtée aux suspensions successives résultant des déclinatoires Garcia del Cid et Boter et à leurs complications qui ont retardé pendant près de quinze ans la décision sur l'opposition de la Barcelona Traction.

Ceci dit, il demeure que la publication irrégulière du jugement de faillite fut conçue et utilisée aux fins de faire obstacle à l'opposition et comme moyen subsidiaire

(1) L'affaire *Niel-on-Rupell* est intéressante parce qu'elle présente un parallélisme frappant quant aux questions procédurales posées au juge de Barcelone qui, lui, les résolut correctement puisque :

- a) une publication fut ordonnée à Anvers et à Bruxelles;
- b) le tribunal ordonna la notification à la société faillie;
- c) le tribunal ne prit pas comme point de départ du délai de huit jours, prévu par l'article 1028 du Code de Commerce de 1829, les publications faites en Espagne, mais admit l'opposition formée quelque dix mois après la dernière publication effectuée à la *Gaceta de Madrid* le 8 juillet 1934;
- d) La société commença par annoncer sommairement son opposition par un écrit du 5 mai 1935, et la développa dans un écrit du 22 mai 1935;
- e) La société faillie souleva le défaut de juridiction comme premier moyen à l'appui de son opposition et ne présenta pas de *declinatoria*. L'introduction sous cette forme dudit moyen ne souleva aucune objection de la part du tribunal ou de la Cour d'appel qui eurent à l'examiner, et ne causa aucune suspension de la procédure (A.R., n° 102).

au cas où celui résultant de la suspension serait venu à manquer ou aurait cessé de porter ses fruits (1).

(511) Enfin, le Gouvernement espagnol soutient, dans une observation quelque peu sibylline (*C.M.*, n° 137, page 329), que la Barcelona Traction aurait eu en quelque sorte en Espagne un domicile réel, mais auquel elle n'avait pas donné la publicité officielle requise en vue de se soustraire à l'action des autorités sur le territoire desquelles elle opérait, et que, dès lors, la publication pouvait être ordonnée dans les lieux où la société exerçait, en fait, son activité.

Cette argumentation, combien enveloppée, est erronée en fait et en droit : en fait d'abord, parce que la Barcelona Traction, société holding avait son siège social au Canada et n'exerçait aucune activité en Espagne (2), tandis que ses sociétés filiales opéraient en Espagne en pleine lumière, sans aucune dissimulation de leur siège ou de l'existence d'investissements commerciaux.

En droit ensuite, car il a été jugé par les juridictions espagnoles saisies, conformément du reste aux déclarations des demandeurs à la faillite eux-mêmes, que la Barcelona Traction n'avait pas son domicile en Espagne. Il suffit, sur ce point, de s'en référer au dernier considérant du jugement du 12 février 1948, où l'on peut relever les mots suivants : « ... car si la Barcelona Traction n'a pas de domicile en Espagne... ».

Pour leur part, dans la requête, les demandeurs avaient indiqué (*A.M.*, n° 49, vol. II, p. 263) : « ... que la communication par notice (*edicto*) de la faillite ne peut être faite au domicile de la société faillie, attendu que celle-ci ne l'a pas en Espagne, pas plus qu'elle n'y a un quelconque établissement commercial direct... ».

Le *Contre-Mémoire* lui-même (n° 20, p. 254) contient la reconnaissance que :

« le juge de Reus était informé des faits suivants : ... la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited était une société anonyme, ayant son siège social à Toronto, constituée sous le régime des lois du Canada et qui, de son propre aveu, semblait n'avoir pas de siège en Espagne ».

On se demande d'ailleurs pourquoi, si la Barcelona Traction avait eu en Espagne le centre de ses activités et partant son « domicile » réel, les juridictions espagnoles, et le Gouvernement espagnol à leur suite, auraient dû se livrer à d'in vraisemblables acrobaties pour découvrir un lien de rattachement aussi fantaisiste que celui résultant, par exemple, d'une hypothèque au profit de la National Trust sur les installations de l'Ebro, dont un câble à haute tension passait, paraît-il, sur le territoire de Reus.

(1) On notera que ce fut le motif de la tardiveté que le juge spécial retint pour écarter l'opposition dans le jugement qu'il rendit le 7 juin 1963. Il est significatif que le juge se borna à relever que :

« Considérant que la disposition contenue dans l'article 1028 du Code de commerce étant formelle en ce qui concerne ce fait que l'admission du failli pour demander la rétractation (*reposición*) doit être effectuée dans les huit jours après la publication, du moment que ce délai s'était écoulé amplement lorsque la demande a été introduite — 19 juin 1948 —, cette prétention est hors délai (*extemporanea*) et, par conséquent, qu'il faut rejeter ce qui est demandé dans la conclusion complémentaire de la demande accessoire... » (*A.C.M.*, n° 196, vol. IX, p. 282). Ainsi le juge ne précisait ni quelle était « la publication » légale, ni le point de départ exact du délai d'opposition. Manifestement la thèse de la « territorialité » de la publication n'avait pas encore été inventée.

(2) Voir, à ce sujet, *supra*, n° 341 et suiv.

Le Gouvernement espagnol explique aussi (*C.M.*, IV, p. 329) que le jugement fut publié au *Boletín Oficial* de Barcelone, ville où la société faillie avait en réalité « son siège d'exploitation ». Cette circonstance est inopérante au point de vue de l'application de l'article 1044, 5^e, du Code de Commerce de 1829, car ce texte vise bien, d'une part, le domicile (c'est-à-dire le siège social), et d'autre part, la localité où la faillie a des établissements *commerciaux*, mais ne prévoit la publication dans la localité où la faillie a des établissements commerciaux que comme mode de publicité supplémentaire, en sorte qu'à supposer qu'on pût assimiler un siège d'exploitation à un établissement commercial et considérer que la société faillie avait des établissements commerciaux en Espagne, cette circonstance n'eût pas dispensé le juge d'ordonner la publication au Canada.

On notera, enfin, que le Gouvernement espagnol n'hésite pas à soutenir que le centre des opérations de la Barcelona Traction (*C.M.*, p. 330, note 1) se serait trouvé dans les provinces de Barcelone, de Tarragone et de Lerida, ce qui, à moins de supposer que le *vrai* domicile de la Barcelona Traction en Espagne se soit trouvé au point d'intersection des chefs-lieux de ces trois provinces, laisse le lecteur indécis quant à l'endroit exact où, suivant le Gouvernement espagnol, se serait localisé le domicile.

Les références successives à un domicile *réel*, mais en quelque sorte clandestin en Espagne, au *siège* d'exploitation, au *domicile d'exploitation*, à des *centres* d'exploitation en Espagne, apparaissent comme autant d'échappatoires pour se soustraire à la conclusion à laquelle conduit l'absence de publication à Toronto.

(512) On examinera ci-dessous, dans le seul but d'être complet, la question de la notification du jugement déjà traitée par le Gouvernement belge dans ses *Observations et Conclusions* (I, n^o 247, p. 234) et dans les plaidoiries de ses conseils (*P.O.*, III, pp. 633 et 998), question sur laquelle le Gouvernement espagnol estime devoir revenir en long et en large (*C.M.*, n^o 133, p. 327; *A.C.M.*, n^o 76 et 77, vol. VII, pp. 399 à 405).

Si le Gouvernement espagnol agit de la sorte, c'est pour tenter de prendre le Gouvernement belge en flagrant délit de contradiction, en lui imputant des thèses qu'il n'a pas soutenues, ou qu'il n'a en tout cas pas soutenues de la manière sommaire qu'il lui attribue.

Le Gouvernement belge a toujours argué — comme la Barcelona Traction l'avait fait elle-même, particulièrement dans ses écrits des 5 et 31 juillet 1948, introduisant une demande incidente de nullité — qu'un jugement déclarant une faillite, prononcé en l'absence du failli, devait être notifié à celui-ci.

(513) Cette thèse prend appui sur le texte de l'article 260 de la Loi de procédure civile, texte à caractère général qui figure dans le livre de la Loi de procédure civile contenant les dispositions communes à toute la procédure contentieuse, et sur l'article 1319 de la Loi de procédure civile, qui renvoie, à titre supplétif, aux articles de la même Loi relatifs

à la faillite civile, parmi lesquels figure l'article 1161; sur la jurisprudence du Tribunal Suprême (O.C., I, n° 247) (1); sur la doctrine (2); sur la pratique constante, et notamment sur des décisions rendues par les juridictions inférieures, parmi lesquelles le jugement rendu par le Tribunal de Barcelone le 12 avril 1934 en cause Niel-on-Ruppell, dans la seule affaire où, à la connaissance du Gouvernement belge, une faillite fut prononcée en Espagne contre une société étrangère n'y ayant pas son siège social, sur requête des créanciers (3).

Pour combattre cette thèse, le Gouvernement espagnol cite un arrêt du Tribunal Suprême du 5 avril 1957 (4).

Il est exact que cet arrêt indique, dans une incidente, que le délai pour faire opposition commence à courir à partir de la publication; mais le même arrêt admet que le juge du fond ne prenne, comme point de départ du délai, ni la publication, ni même la notification, mais la communication faite par le juge compétent, qu'il avait reçu le dossier du juge incompétent, en suite de l'*inhibitoria* auquel le juge incompétent avait finalement donné suite. En fait, le juge du fond avait admis comme recevable une opposition formée le 2 septembre 1952 contre un jugement de faillite du 14 novembre 1950, lequel avait été publié les 14 et 18 décembre 1950!

On ne peut conclure de cet arrêt, rendu quelque neuf années après le jugement de faillite, que la thèse du Gouvernement belge serait erronée, car l'obligation de notifier pose une question distincte de celle de savoir quel est le *dies a quo* du délai de l'opposition. Publication et notification remplissent, en effet, des fonctions différentes. La première porte à la connaissance du failli et des tiers le *fait* de la faillite et est destinée, à faire courir le délai pour l'introduction du recours d'opposition (5) et, en ce qui concerne les tiers débiteurs, à les avertir qu'ils ne peuvent plus se libérer en traitant avec le failli et qu'ils devront donner suite aux communications des organes de la faillite.

La seconde tend à porter à la connaissance du failli le *texte* du jugement et doit lui permettre de développer les fondements de son opposition en connaissance de cause.

L'obligation de notifier était, en l'occurrence, d'autant plus impérieuse que le jugement lui-même contenait des dispositions exorbitantes du droit commun, telles

(1) Il s'agit d'une série de décisions du Tribunal Suprême dans lesquelles cette haute juridiction ne se prononce pas formellement sur le problème, mais relate, sans formuler d'objection, la procédure suivie par les juridictions de fond et constate qu'il y a eu notification, parfois pour en tirer la conclusion que la procédure a été régulière (Arrêts du 3 octobre 1931, *Jur. civ.*, 200, pp. 726-727; du 17 octobre 1949, *Jur. civ.*, *Nouvelle Série*, t. XI, p. 299; du 3 juillet 1951, *Jur. civ.*, *Nouvelle Série*, t. XXI, pp. 123 et ss.; 16 octobre 1953, *Jur. civ.*, *Nouvelle Série*, t. XXXI, 1955, p. 655).

(2) Voir l'article du professeur Prieto Castro, *Plazo y dies a quo para la impugnación del auto de quiebra* (Commentaire sur l'arrêt du Tribunal Suprême du 5 avril 1957), *Revista de derecho procesal*, 1957, pp. 969 et ss.; Ramirez, *La Quiebra*, t. I, p. 713, et t. II, pp. 586, 759 et 795 et ss.

(3) Voir *supra*, n° 509.

(4) Dont on trouvera le commentaire dans l'article du Professeur Leonardo Prieto Castro cité à la note (2).

(5) Le Gouvernement belge a admis, sur base de la jurisprudence citée par lui (O.C., n° 247, p. 234), que si la notification du jugement au failli intervient avant la publication, le délai pour l'introduction de l'opposition commence à courir en ce qui le concerne, à cette date.

les saisies ordonnées à charge des sociétés auxiliaires et la possession médiata et civilissime, dispositions dont il n'y avait aucune trace dans les publications. (1)

(514) C'est parce que la notification s'imposait que la Barcelona Traction, lorsque, par son acte du 18 juin 1948, elle demanda à être tenue pour partie à la faillite — ce qui fut admis par ordonnance du 26 juin 1948, — sollicita, en ordre principal, que le jugement lui fût notifié (2).

Le Gouvernement belge persiste à considérer que l'absence de notification d'un jugement de faillite rendu sur requête, à l'encontre d'une société étrangère n'ayant aucun représentant en Espagne, témoignait dès le départ de l'intention arrêtée de porter atteinte aux droits de la défense.

(1) On considérera comme une bien piètre réponse à l'argumentation relative à la nécessité de la notification, le développement figurant à la note 3, p. 353 du *Contre-Mémoire*, à propos de l'acte par lequel M. Sagnier demandait, le 13 février 1948, que le jugement fût signifié à la Barcelona Traction par voie de commission rogatoire. Cette demande fut évidemment rejetée par le juge de Reus, qui maintint sa décision sur recours en reconsidération, décision que la Cour d'Appel confirma par « auto » du 4 juillet 1949 (*A.C.M.*, n° 83, vol. VIII, p. 21). Le Gouvernement belge n'a nullement l'intention de discuter longuement cet épisode mineur de la procédure, mais il tient à souligner que la Cour d'Appel, ignorant le fameux principe dispositif si complaisamment invoqué par le Gouvernement espagnol, n'hésita pas à tirer des conclusions quant à la Barcelona Traction, de la circonstance que celle-ci, partie à la procédure au moment de l'appel Sagnier, n'adhéra point à celui-ci. Cette adhésion, à supposer qu'elle fût possible, était en tout cas facultative, et rien ne permettait à la Cour de conclure que, parce qu'elle n'adhérait pas à cet appel, Barcelona Traction renonçait à la demande de notification formulée par elle, comme demande principale dans son écrit du 18 juin 1948, ni que l'attitude de la Barcelona Traction devait être considérée comme entraînant dans son chef « ratification des actes de procédure défectueux s'il en est ».

(2) Etant donné que la Barcelona Traction fut admise comme partie à la faillite le 26 juin 1948, doit être considéré comme sans portée l'argument que le Gouvernement espagnol développe notamment à l'annexe n° 76 du chapitre 3 du *Contre-Mémoire* (vol. VII, p. 400), et selon lequel l'article 260 de la Loi de procédure civile, par. 1, ne serait pas d'application au failli aussi longtemps qu'il n'est pas partie à la faillite. Comme ce fut, en ce qui concerne la Barcelona Traction, chose faite par l'ordonnance du 26 juin 1948, le juge eût dû à tout le moins à cette date ordonner la notification.

SECTION II

LA SAISIE DES BIENS DES SOCIÉTÉS FILIALES

(515) Le Gouvernement belge a rappelé dans le chapitre I de la première partie (n° 35 et suiv.) que le juge de Reus avait, par diverses décisions successives, ordonné aux organes de la faillite de prendre possession des actifs des sociétés filiales de la Barcelona Traction, et que cette extension de la saisie consécutive à la faillite avait porté en réalité sur la totalité des actifs de ces sociétés — et non point seulement, comme l'a soutenu le Gouvernement espagnol, sur certains biens « qui auraient pu être frauduleusement soustraits, c'est-à-dire les papiers, l'argent ou les valeurs ».

Le Gouvernement belge a également établi que la saisie avait eu un caractère définitif et qu'elle n'avait pas été une simple mesure provisoire; les « mesures de normalisation » invoquées par le Gouvernement espagnol à l'appui de l'affirmation contraire n'ont porté que sur quelques actifs déterminés, tandis que d'autres demeuraient saisis, à la disposition des organes de la faillite. Au surplus, les organes de la faillite ont exercé, même après les prétendues « mesures de normalisation », les droits attachés aux titres des sociétés « sous-filiales » — ce qui impliquait nécessairement qu'ils demeuraient en possession des titres de ces sous-filiales compris dans le patrimoine des filiales.

Le Gouvernement belge a, en outre, réfuté la thèse selon laquelle le juge de Reus, en ses ordonnances successives, aurait constamment reconnu la personnalité morale des sociétés filiales, loin de la méconnaître. Comment peut-on reconnaître la personnalité morale d'une société, tout en méconnaissant les effets les plus certains qui s'attachent à cette institution ?

(516) L'objectif poursuivi par le juge de Reus et par les organes de la faillite est très clairement exposé par le Gouvernement espagnol lui-même (*C.M.*, IV, n° 76, p. 290). Ceux-ci ont agi en vue d'arriver à une efficacité pratique maximum — fût-ce au mépris des règles du droit. Sans doute, expose le Gouvernement espagnol, en l'absence de toute saisie des avoirs des sociétés filiales, les organes de la faillite auraient-ils pu tenter d'utiliser les droits attachés aux titres qu'ils trouvaient dans le patrimoine de la société faillie pour exercer une influence au sein des sociétés filiales et, à travers elles, au sein des sous-filiales. Mais il aurait fallu, en pareil cas, qu'ils fissent reconnaître leurs droits sur ces titres et ces droits n'auraient pas manqué d'être contestés, ce qui les aurait contraints à recourir normalement à justice par des actions distinctes de celles résultant de la faillite. Ainsi se serait posée, dans des conditions qui eussent été inquiétantes pour les demandeurs, la question de la régularité des mesures prises.

Pour éluder ce débat et pour éviter l'application normale du droit des sociétés, ils ont jugé préférable de faire purement et simplement abstraction de la personnalité juridique des filiales et même, à certains égards, de celle des sous-filiales, pour permettre aux organes de la faillite d'appréhender immédiatement les éléments des patrimoines de celles-ci, au moyen d'une véritable voie de fait.

Cette manière de procéder a entraîné le juge de Reus — à la suite des demandeurs en faillite, — à commettre deux séries d'illégalités fondamentales.

D'une part, le juge de Reus a méconnu la personnalité juridique des sociétés filiales et des sociétés sous-filiales, alors que la reconnaissance de cette personnalité morale s'imposait à lui tant en vertu du droit canadien qu'en vertu du droit espagnol.

D'autre part, le juge de Reus a appliqué, aux sociétés filiales et sous-filiales dont il faisait saisir le patrimoine, un régime juridique incompatible avec les règles particulières du droit espagnol au sujet de la faillite et de la saisie des biens des sociétés de services publics.

Ces deux séries d'illégalités seront examinées successivement ci-après.

Sous-section 1

La méconnaissance de la personnalité juridique des sociétés filiales.

(517) La reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés filiales s'imposait, en vertu de la loi espagnole, même pour les sociétés qui, comme l'Ebro, avaient été constituées au Canada. Un bref rappel des dispositions de la loi espagnole relatives à cette question suffira pour le démontrer.

La loi espagnole affirme la personnalité juridique des sociétés et règle les conséquences de celle-ci.

Suivant l'article 35 du Code civil, « sont des personnes juridiques, 1^o ..., 2^o les associations d'intérêt privé civiles, commerciales ou industrielles auxquelles la loi confère une personnalité propre indépendante de celle de chacun des associés ».

L'article 36 du même Code dispose que : « les associations auxquelles se réfère le 2^o de l'article 35 seront régies par les dispositions relatives au contrat de société, selon la nature de celui-ci ».

Or, l'article 116 du Code de commerce (1) dote de la personnalité morale, à dater de leur constitution, les sociétés commerciales constituées conformément aux dispositions dudit Code, et parmi lesquelles figurent les sociétés anonymes (Art. 151 et suiv.).

En conséquence, suivant l'article 38, 1^o du Code civil, les sociétés anonymes peuvent « acquérir et posséder des biens de toute sorte, ainsi que contracter des obligations et exercer des actions civiles et pénales conformément aux lois et règles de leur constitution ».

L'article 174 du Code de commerce déduit la conséquence normale de cette situation pour les créanciers des associés :

« Les créanciers d'un associé n'auront vis-à-vis de la société, même en cas de faillite de cet associé, d'autre droit que celui de saisir et de percevoir ce qui revient à l'associé débiteur sous forme de bénéfices ou de boni de liquidation ».

Ils ne peuvent donc prétendre exercer leurs droits sur le patrimoine social.

Quant aux sociétés constituées sous l'empire d'une loi étrangère, l'article 38, 1^o, cité ci-dessus, du Code civil renvoie à leur loi de constitution pour la détermination de leur capacité juridique et de leur personnalité juridique.

L'article 15 du Code de commerce ajoute :

« Les étrangers et les sociétés constituées à l'étranger pourront exercer le commerce en Espagne en se soumettant aux lois de leur pays pour ce qui concerne leur capacité de contracter et aux dispositions du présent Code pour ce qui concerne la création de leurs établissements en territoire espagnol, leurs opérations commerciales et la juridiction des tribunaux de la nation... ».

(1) L'article 116, al. 2, dispose : « Une fois constituée, la société commerciale aura la personnalité morale pour tous ses actes et contrats ».

On déduit de ces textes que, suivant le droit espagnol, les sociétés sont gouvernées par la loi du lieu où elles se sont constituées : sont étrangères les sociétés constituées à l'étranger.

La loi d'origine détermine notamment les conditions dans lesquelles la société peut contracter, acquiert la personnalité morale et organise son fonctionnement.

Plusieurs autres dispositions légales confirment cette interprétation : l'article 70 du Code de commerce qui en fait une application particulière aux émissions de valeurs mobilières, l'article 21 dernier paragraphe du Code de commerce relatif à l'enregistrement des sociétés étrangères, le règlement du Registre du commerce, tant dans sa version du 20 septembre 1919 (article 7, 107 et 124 notamment) que dans sa version actuelle, remontant au 14 décembre 1956 (articles 84, 88 et 89). (1).

En droit canadien, il ne fait aucun doute qu'une société incorporée jouit de la personnalité morale. Le droit canadien applique à cet égard la règle dégagée par la jurisprudence anglaise dans l'affaire célèbre *Salomon v. Salomon & Co Ltd.* (1897) A.C. 22, 42, 51. (2).

(1) Les dispositions des traités de commerce et de navigation conclus par l'Espagne ne modifient pas les conclusions qui résultent de l'interprétation du Code de commerce.

En l'espèce le traité de commerce et de navigation du 31 octobre 1922 conclu avec la Grande-Bretagne, a été étendu au Canada. Il implique la reconnaissance mutuelle des sociétés constituées sous l'empire de la loi de chacune des parties contractantes (article 11). Cette reconnaissance suppose que les sociétés demeurent soumises à la loi en vertu de laquelle elles ont été constituées, pour tout ce qui concerne leur capacité, leur personnalité juridique et leur fonctionnement.

Ce traité confirme donc la règle de droit international privé consacrée par l'article 15 du Code de commerce espagnol.

(2) Fraser et Stewart (*Company law of Canada*, 5^e éd.) écrivent à ce sujet :

« Une société est, aux yeux de la loi, une personne ou entité distincte des actionnaires qui la composent. Ce n'est pas, comme une association, une simple collection ou un agrégat d'unités individuelles. Cette distinction entre la société en tant que personne morale (*body corporate*) et ses actionnaires est fondamentale et se trouve à la base de certaines des questions les plus délicates du droit des sociétés... (p. 18).

.....

« Dans les questions de propriété et de capacité d'accomplir des actes, d'acquérir des droits ou d'assumer des obligations, la société est toujours une entité distincte de ses membres. Ce n'est pas un *alias* ou une apparence (*sham*), et le principe établi dans l'affaire *Salomon*, *infra*, demeure intact. » (*Ibid.*)

(« A company is in contemplation of a law a *person* or entity distinct from the shareholders who compose it. It is not like a partnership, a mere collection or aggregation of individual units. This distinction between the company as a body corporate and its shareholders is fundamental and lies at the root of some of the most perplexing questions of company law... (p. 18).

.....

« In questions of property and capacity, of acts done and rights acquired or liabilities assumed, the company is always an entity distinct from its corporators. It is not an *alias* or a *sham*, and the principle of the *Salomon* case, *infra*, stands unimpaired » (*Ibid.*)

(518) La personnalité juridique qui devait incontestablement être reconnue aux sociétés filiales formait un obstacle à première vue insurmontable à la main-mise sur leur patrimoine, à la faveur de la faillite de la Barcelona Traction, qui constituait elle-même une société distincte. Or, cette main-mise était l'objectif final de la manœuvre. Mais il n'était pas possible de faire déclarer la faillite des filiales pour l'excellent motif, notamment, qu'elles faisaient face à toutes leurs obligations. Il ne restait donc, pour atteindre le but recherché, que le recours à la simple voie de fait sous la forme de décisions purement arbitraires.

Il fallait cependant tenter de trouver à ces décisions des justifications juridiques, au moins apparentes. La tâche était difficile. Aussi l'embarras du juge de Reus fut-il grand, lorsqu'il dut motiver les ordonnances qu'il rendait. Cet embarras et les hésitations qu'il a provoquées se traduisent dans les motivations des ordonnances successives — ainsi que le Gouvernement belge l'a déjà montré dans la première partie de la *Réplique* (*supra*, n° 35 et suiv.).

L'œuvre du juge de Reus était tellement imparfaite que le Gouvernement espagnol n'a pu accepter d'endosser la responsabilité des constructions juridiques élaborées par ce magistrat, et qu'il s'est trouvé obligé de lui en substituer d'autres, plus subtiles, mais non plus satisfaisantes, malgré les dix-sept années de réflexion qui en précédèrent l'élaboration.

Le Gouvernement belge démontrera ci-après le manque total de fondement des motifs invoqués par le Juge de Reus; ensuite il réfutera ceux que le Gouvernement espagnol crut devoir leur substituer.

a) *La violation de la loi espagnole résultant des motifs des décisions du juge de Reus.*

(519) Pour justifier les décisions ordonnant la saisie des actifs des sociétés filiales, le juge de Reus n'a pris en réalité en considération qu'un seul motif (v. ci-dessus, n° 35) : la circonstance que les sociétés en cause n'auraient eu qu'un seul actionnaire soit au moment de leur fondation, soit dans le cours de leur vie sociale. Même lorsque lesdites sociétés avaient plusieurs actionnaires, le juge de Reus a considéré qu'elles n'en avaient qu'un seul en réalité. C'est de là qu'il a déduit qu'il pouvait méconnaître leur personnalité morale propre. Il n'a d'ailleurs pas précisé si, à ses yeux, les sociétés avaient été constituées par un seul fondateur ou si tous les titres avaient été réunis entre les mains d'une seule personne dans le cours de la vie sociale.

Il suffit de lire ces décisions pour constater qu'aucune d'elles ne fait allusion à la moindre fraude, à la moindre violation de règles fondamentales de l'ordre juridique ou des lois de police et de sûreté espagnoles. Aucune ne déclare que les sociétés filiales seraient simulées, ou qu'elles étaient des prête-noms de la société-mère, ou son « agent ».

Au contraire, les jugements sont exclusivement fondés sur ce que la totalité des actions des sociétés filiales appartenaient en fait à la Barcelona Traction, soit directement, soit par l'intermédiaire d'autres filiales, — ce qui n'était d'ailleurs pas exact en fait pour certaines d'entre elles.

Tel est le *seul motif* invoqué.

Il revient donc à étendre aux sociétés filiales, sinon la faillite, au moins les mesures de saisie et par conséquent la responsabilité pour le paiement du passif de la société-mère, et ce par la seule considération que ces filiales étaient des sociétés d'une personne et que la « réalité économique » devait alors l'emporter sur la technique juridique.

Or, cette conception se heurte aux principes admis tant en droit espagnol qu'en droit canadien.

(520) Il est unanimement admis, en droit *espagnol*, que la société anonyme n'est pas dissoute par la seule circonstance que l'ensemble de ses actions se trouveraient réunies entre les mains d'une seule personne. Le Gouvernement espagnol ne le conteste pas.

Ni le Code de commerce, ni la loi sur les sociétés anonymes, ni la loi sur les sociétés à responsabilité limitée ne comptent la réunion de tous les titres entre les mains d'une seule personne parmi les causes de dissolution des sociétés anonymes ou des sociétés à responsabilité limitée.

La doctrine espagnole en a conclu que cette circonstance n'entraîne pas la dissolution de la société, à l'inverse de ce qui se produit dans d'autres législations — d'ailleurs relativement peu nombreuses en droit comparé — telles la loi française ou la loi belge par exemple (1).

De Castro a, dès 1927, démontré que telle était bien la situation en droit espagnol positif (*l'Autocontrat en droit privé espagnol, Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, 1927 volume LXXVI p. 334 et suiv.) lorsqu'il a écrit notamment :

« Devant le silence de la loi dans l'établissement des causes d'extinction, c'est l'interprétation restrictive qui semble être la plus juste. Si le Code ne dit pas que lorsque le nombre d'associés se réduit à un la société n'existe plus, on ne peut croire qu'une nouvelle cause d'extinction doive être créée par la doctrine ».

« On pourrait dire avec Cosack que la réunion de toutes les actions en une seule main est un abus grossier du droit des sociétés par actions, mais la loi ne l'a pas interdit — vraisemblablement en se fondant sur les exigences de la pratique — et l'interdiction ne peut être considérée comme allant de soi... ».

Et encore :

« ... La société conserve son patrimoine indépendant soumis aux règles de ses statuts. La diversité de patrimoines en une même personne n'est pas une chose inconnue dans notre droit, qui la reconnaît expressément en matière de bénéfice d'inventaire (art. 1023 C. Civ.)... En résumé, il semble que dans notre droit il n'y ait aucune disposition à l'encontre de la subsistance d'une société par actions réduite à un seul associé, qu'il n'y en ait pas non plus sur le terrain doctrinal, qu'en pratique il serait impossible d'éviter la fiction d'une pluralité inexistante et que, en revanche, on pourrait retirer quelques résultats avantageux en admettant la continuation de la société ».

(1) Sur le caractère exceptionnel de la position du droit français sur ce point, voir le rapport général du Professeur Haardt sur la société d'une personne, au 7^e Congrès de l'Académie internationale de droit comparé, à Upsala.

Cette doctrine a été suivie ultérieurement et elle a exprimé le droit commun espagnol; elle le constituait certainement au moment où le juge de Reus a rendu les décisions critiquées.

Garrigues, dans son *Traité de droit commercial*, publié en 1949, vol. III, p. 1218, défendait également cette position, au nom notamment des exigences évidentes de la vie économique, qui commandent de reconnaître l'existence de telles sociétés, eu égard à leur grande fréquence, notamment au sein des groupes de sociétés.

La jurisprudence s'est ralliée à ce point de vue.

Dès le 7 avril 1922, à propos de la contestation de la qualité d'un avoué qui déclarait représenter une société unipersonnelle, le Tribunal Suprême a reconnu que la personnalité juridique distincte de la société était maintenue nonobstant la réunion de tous les titres entre les mains d'un seul propriétaire; cette circonstance était constante en fait. (1)

La Direction générale des registres et du notariat fut amenée à trancher la question par une décision de principe importante du 11 avril 1945 (2), à propos de la demande faite par une société unipersonnelle d'inscrire au registre du commerce une modification de ses statuts. L'inscription avait été refusée parce que la société en cause — dont le caractère unipersonnel résultait des documents produits — devait, suivant le *registrador*, être tenue pour dissoute et subsidiairement, pour le motif que la modification des statuts ne pourrait être valable car elle s'analyserait en un « autocontrat ».

La décision de la Direction générale conclut, en se fondant notamment sur la pratique commerciale suivie tant en Espagne qu'à l'étranger et sur l'analyse de la situation en droit comparé, qu'il n'y a pas lieu de considérer la société d'une personne comme dissoute de plein droit. Quant au second argument, il est également écarté : la modification des statuts d'une société anonyme par une assemblée générale extraordinaire ne peut en aucun cas s'analyser comme un contrat et la circonstance qu'un seul actionnaire l'aurait décidée n'est pas de nature à invalider la décision prise régulièrement.

L'exposé des motifs de la loi sur les sociétés anonymes, du 17 juillet 1951, confirme d'une manière éclatante l'exactitude de cette doctrine, de cette jurisprudence du Tribunal Suprême et de la pratique de la Direction générale des registres. On y lit notamment le paragraphe suivant :

« Dans la stipulation des causes de dissolution de la société anonyme, la Loi suit « pari passu » les directives du droit espagnol en vigueur et, dans son essence, la tendance générale de l'étranger. Mais, rendant tribut à des réalités qui ne peuvent être méconnues, elle ne considère pas comme une cause de dissolution la réunion de toutes les actions en une seule main, ni ne fait de la déclaration de faillite une cause spécifique de dissolution, bien qu'elle n'exclue pas la possibilité de ce que, par le fait de cette déclaration, la dissolution de la société puisse se produire. Quant au premier point, l'omission, qui pourrait paraître inexplicable à beaucoup, de cette cause de dissolution, qui semble à première vue imposée par la nature de la société résultant de l'accord de plusieurs volontés, et aussi par la structure même d'un organisme qui présuppose une pluralité d'activités, n'est rien d'autre qu'un hommage à la sincérité dont tout législateur doit faire montre lorsqu'il se trouve devant un divorce entre la

(1) *Colección Legislativa, Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tome 156, avril-juin 1922, n° 11, pp. 70 et ss.

(2) *Aranzadi*, 1945, n° 560.

réalité et le Droit positif; et la réalité c'est que, même dans les cas de réunion d'actions en une seule main, chose qui peut très facilement être éludée au moyen de l'interposition de véritables hommes de paille, la dissolution immédiate de la société ne doit pas se produire, tout au moins tant que subsiste la possibilité de rétablir la normale en rétablissant la pluralité d'associés ».

Postérieurement à la loi du 17 juillet 1951, la jurisprudence du Tribunal Suprême a confirmé le courant jurisprudentiel et doctrinal antérieur. Un important arrêt du Tribunal Suprême du 19 novembre 1955 comprend notamment l'attendu suivant (1) :

« CONSIDERANT : Que s'il est bien exact que l'art. 116 du code de commerce requiert plus d'une personne pour créer une société commerciale, ledit code ne stipule pas comme motif de dissolution, de ces sociétés la réunion en une seule main de tout leur capital; et l'art. 221 du même code, applicable à toutes les classes de sociétés, ne comprend pas une telle cause parmi celles qui donnent lieu à leur dissolution, de même que ne la comprennent pas les art. 150 de la loi du 17 juillet 1951 réglementant les sociétés anonymes, ni 30 de la loi du 17 juillet 1953 qui établit le régime juridique des sociétés à responsabilité limitée; l'Exposé des motifs de la première de ces lois explique cette omission par la nécessité de mettre en harmonie le droit positif et la réalité que représente le fait que, même dans les cas de réunion d'actions en une seule main, la dissolution immédiate de la société ne se produit pas, du moins tant que subsiste la possibilité de revenir à la normale en rétablissant la pluralité des associés, considérations qui sont d'application aux sociétés à responsabilité limitée ».

La même solution résulte encore de l'arrêt du 3 octobre 1955 (2) rendue dans une espèce où il fallait déterminer si une personne physique, propriétaire de toutes les actions d'une société, s'était substituée automatiquement à cette dernière pour l'exercice des droits résultant d'un contrat de location.

L'arrêt a notamment décidé :

« ... il est indubitable que l'examen minutieux et pondéré des preuves apportées, presque toutes de type documentaire, ne permet pas de se prononcer sur la substitution de personnalité de la locataire, Pneumatiques C., S.A., soutenue et fondée uniquement par le fait certain et reconnu par la partie adverse, selon lequel toutes les actions de ladite société ont été acquises par M. José Luis A. y Z., car ce fait en lui-même n'implique pas l'extinction de ladite société, comme le démontre la circonstance que, comme conséquence de cette acquisition, aucun changement ne s'est produit dans la personnalité juridique de cette société dans le Registre du commerce, lequel a conservé l'inscription primitive qui lui est relative, ainsi qu'il appert du certificat figurant au folio 7, sans qu'y apparaisse aucune modification; d'où il résulte que, même si M. A.Z. a acquis par adjudication, du Gouvernement espagnol qui les détenait sous séquestre en raison de ce qu'elles appartenaient à des sujets allemands et conformément à des accords internationaux, les 301 actions dont se composait le capital social de Pneumatiques C., S.A., pour lui-même et pour ses associés The General Tire and Rubber Company, Akron, Ohio, Etats-Unis d'Amérique, cette société n'a pas été dissoute pour autant mais a pu subsister, comme cela a été le cas, sans aucun changement dans sa personnalité juridique en tant que sujet de droits et obligations, en dépit du changement dans la personne détentrice des actions, étant donné que les sociétés anonymes peuvent passer de certaines personnes à d'autres sans que de cela résulte un changement essentiel dans la vie de la société, ni dans son patrimoine qui continue à être administré par ses organes de gestion, sans préjudice des changements qui interviennent dans ces derniers par la volonté des actionnaires; et la preuve de cela c'est qu'après ce changement du possesseur

(1) *Aranzadi*, 1955, n° 3579.

(2) *Aranzadi*, 1955, n° 2732.

des actions, la société, au nom sous lequel elle est inscrite, et par ses nouveaux administrateurs, a conféré des pouvoirs — alinéas 4 et 5 du certificat du Registre du folio 7 — qui ont été inscrits dans ce même Registre, et qu'on a conféré des pouvoirs aux avoués pour comparaître au présent litige — attestation du folio 58 — et dans ces pouvoirs on voit que ceux qui les ont conférés c'est Pneumatiques C., S.A., ce qui démontre que celle-ci conserve sa personnalité juridique, écartant ainsi toute idée, fût-ce par présomption logique, d'un changement ou mutation quelconque relativement à la transformation, fusion ou extinction de sa personnalité primitive ».

La Direction générale des registres a par ailleurs confirmé le 22 novembre 1957 la validité de principe et le maintien en vie de la société qui ne comprend plus qu'un seul actionnaire (1).

A l'occasion de commentaires relatifs à la traduction en espagnol de l'ouvrage de Serick (*Rechtsform und Realität juristischer Personen*), Puig Brutau n'a pu que constater :

« Le critère qui affirme la subsistance de la société dont les actions ou participations sociales se trouvent au pouvoir d'un seul associé a acquis en droit espagnol la forme d'une norme » (2).

(521) Sans doute le droit espagnol est-il plus nuancé que, par exemple, les droits germaniques et anglo-américains où cette situation est considérée comme tout à fait normale et usuelle (Garrigues, *Droit commercial*, 4^e éd., Madrid, 1964, p. 328 — Garrigues-Uria, *Commentaires de la loi sur les sociétés anonymes*, II, Madrid, 1953, pp. 700 et ss.).

Mais il considère en tout cas que la seule réunion de tous les titres entre les mains d'une seule personne n'entraîne pas en soi la dissolution de la société.

Il peut, certes, se produire qu'il soit impossible en fait de réintroduire au sein de la société plusieurs associés, comme le prévoient l'exposé des motifs de la loi du 17 juillet 1951 et la décision de la Direction générale des registres du 22 novembre 1957; il peut aussi arriver que l'associé unique abuse de la situation et qu'il ne respecte pas les règles fondamentales du fonctionnement de la société anonyme, en confondant, par exemple, son patrimoine propre avec celui de la société, ou en ne réunissant pas les organes sociaux suivant le mécanisme normal de la société par actions. Dans ces hypothèses, un tribunal pourra, à la requête d'un intéressé, prendre les sanctions adéquates (voir les décisions ci-dessus citées de la Direction des registres).

Il est donc nécessaire, pour que — exceptionnellement — la dissolution interviene, qu'une procédure particulière soit introduite à cette fin, que le requérant démontre de façon complète l'existence des circonstances particulières qui justifient le prononcé de la dissolution de la société, indépendamment de la réunion des titres en une seule main, et il faudra qu'un tribunal se prononce par une décision formelle.

Si le requérant prétend se fonder sur l'abus de droit, il doit rapporter la preuve complète des éléments sur lesquels il se fonde. Cette preuve est requise par application du droit commun, toutes les fois que l'abus de droit sert de base à une action (Castan, *Derecho civil español, comun y foral*, 9^e éd., Madrid 1956, I-2, p. 55). Telle est d'ailleurs

(1) *Aranzadi*, 1957, n° 3386.

(2) Traduction de la thèse de Serick, publiée à Barcelone, en 1958, pp. 287 et ss.

la conséquence de la base juridique de la sanction de l'abus de droit en Espagne: il s'agit de l'une des applications particulières de la théorie générale de la responsabilité extra-contractuelle (arrêts du Tribunal Suprême des 14 février 1944 et 22 septembre 1959) (1). Quiconque prétend mettre en cause la responsabilité aquilienne d'autrui doit évidemment rapporter la preuve des fautes qu'il allègue.

Tant que la dissolution n'a pas été prononcée par le tribunal, le patrimoine de la société et celui de son associé unique demeurent complètement distincts. Il ne saurait être question de les confondre en permettant aux organes de la faillite de l'actionnaire unique de mettre purement et simplement la main sur les actifs sociaux.

La plupart des commentateurs estiment que la distinction entre les patrimoines est absolue et notamment qu'il n'existe aucune responsabilité personnelle de l'associé unique pour les dettes de la société.

C'est l'idée défendue par MM. Garrigues et Uriá (*Commentaires de la loi sur les sociétés anonymes*, t. II, Madrid, 1953, pp. 700 et ss.):

« Bien entendu, le problème se posera toujours de savoir si l'actionnaire unique est ou non tenu de répondre sans limites des obligations sociales contractées durant le temps que dure cette situation anormale de la société. C'est une question que doivent résoudre, en définitive, les tribunaux; mais à notre avis, comme la loi n'établit pas la responsabilité illimitée de l'actionnaire unique — comme le fait, par exemple, le Code italien — et admet implicitement la licéité des sociétés unipersonnelles puisqu'elle ne considère pas la concentration de toutes les actions en une seule main comme cause de dissolution, il ne semble pas qu'il existe des points d'appui suffisamment fermes pour obliger l'actionnaire unique à une responsabilité sans limites ».

Elle a également été exposée avec clarté par Jordano, *La société d'un seul associé*, *Rev. dr. Merc.* 1964, n° 91, pp. 7 et ss. (2) :

« Les conséquences de l'admissibilité de la société devenue unipersonnelle, c'est qu'on ne lui appliquera pas l'art. 1911 du Code civil, mais les arts. 1 de la loi des sociétés anonymes et 1 de la loi des sociétés à responsabilité limitée : l'associé unique ne répondra pas personnellement des dettes sociales. Mais pour que ces articles soient applicables, il faut que ledit associé se maintienne dans la ligne de conduite de l'intérêt social et respecte les principes d'inaliénabilité et d'intangibilité du patrimoine de la société. — La vie de la société unipersonnelle peut en effet être normale (normalité possible à la lumière de la théorie de la fictio societatis) ou anormale. — Elle sera normale lorsque l'associé unique, demeurant dans la ligne de la représentation de l'« intérêt corporatif », respecte les deux principes fondamentaux de l'inaliénabilité et de l'intangibilité du patrimoine social résultant des normes relatives au bilan, à l'augmentation et à la réduction du capital.

L'existence juridique normale de la société d'un seul associé est possible grâce à l'existence d'organes de contrôle : administrateurs (art. 71, par. 2 de la loi soc. an. et 11, par. 1 de la loi soc. resp. limit.) et créanciers (art. 79, 80 par. 4 et 81 de la loi soc. an. et 13 de la loi soc. resp. limit.). L'annulation des « décisions » sociales est ainsi viable, même s'il n'y a pas de minorités à protéger (*cf.* art. 67, 68, par. 2, et 69, 2^e alinéa de la loi soc. an.). L'impossibilité de se conformer aux dispositions relatives aux relations internes des associés manque de pertinence dans la société unipersonnelle : « ad impossibilia

(1) *Aranzadi*, 1944, n° 293; et 1959, n° 3359.

(2) Voy. aussi, par le même auteur, le rapport national espagnol sur la société d'une personne au 7^e Congrès de l'Académie internationale du droit comparé, 1966, Upsala. — *Rapports espagnols*, pp. 430 et ss. Ce rapport reproduit le même article.

nemo tenetur ». — La vie anormale éventuelle de la société unipersonnelle a des correctifs adéquats. Outre l'annulation des « décisions » sociales par les administrateurs et les créanciers, il y a les remèdes de droit commun dérivés des principes généraux de la bonne foi et de l'abus de droit (arg. ex art. 1258 du C.c., arrêts du Tribunal suprême du 14 février 1944 et du 22 septembre 1959, et décisions de la Direction Générale des Registres du 11 avril 1945 et du 22 novembre 1957) ».

Sans doute, suivant d'autres commentateurs, devrait-on admettre une responsabilité personnelle de l'associé unique pour les dettes sociales, en raison du caractère anormal de la situation résultant de la réunion de tous les titres de la société en une seule main. (Voy. Gonzalez Enriquez, *Quelques réflexions à propos de la loi sur le régime juridique des sociétés à responsabilité limitée*, *Annuaire de droit civil*, VI, 1953, pp. 857 et ss., et spécialement p. 885. — Gay de Montella, *Traité pratique des sociétés anonymes*, 1952, p. 531).

Mais même dans cette conception, défendue par une minorité que ne suit pas la jurisprudence, il n'existe aucune confusion automatique et complète des patrimoines; les actifs de la société demeurent le gage de ses créanciers et les créanciers personnels de l'associé ne peuvent exercer leurs recours sur le patrimoine social. L'associé unique apparaît comme un codébiteur solidaire de la société suivant une conception très voisine de celle qu'a consacré par exemple l'article 2362 du Code civil italien. Cette théorie — que le juge de Reus n'a d'ailleurs même pas invoquée — ne pourrait donc en aucune manière justifier l'autorisation, donnée aux organes de la faillite de l'actionnaire unique, de saisir sans autre forme de procès les biens de la société.

(522) La doctrine et la jurisprudence espagnoles étudient d'autre part l'hypothèse dite de l'« unipersonnalité préordonnée » — c'est-à-dire le cas où la société, créée par plusieurs personnes conformément aux dispositions du Code de commerce, devient unipersonnelle peu après sa constitution en exécution d'une intention que les fondateurs avaient dès l'origine. Les principes exposés ci-dessus à propos de la société devenue unipersonnelle dans le cours de sa vie sociale conduisent la majorité de la doctrine à considérer que la société de convenance, créée par plusieurs personnes dont toutes agissent pour le compte d'une seule d'entre elles, est parfaitement valable.

Comme l'écrit Jordano (*La société d'un seul associé*, *Rev. dr. mer.*, 1964, n° 91, pp. 7 et ss.), l'acte constitutif d'une société constituée dans ces conditions est parfaitement valable.

« De l'affirmation de principe de la persistance de la société comme personnalité juridique, même dans l'hypothèse de la réunion ultérieure des actions ou parts en une seule main — phénomène qui est pleinement licite selon la jurisprudence — on peut déduire que le résultat vers lequel tend l'acte constitutif d'une société au profit exclusif d'une seule personne est licite et légalement possible... La licéité du phénomène de l'unipersonnalité préordonnée est indubitable » (*eod. loc.*, p. 33).

Certains commentateurs proposent néanmoins d'appliquer en pareil cas la théorie de la simulation — encore que la simulation s'applique en principe aux conventions et non point aux actes constitutifs de sociétés par actions, lesquels ne peuvent raisonnablement s'analyser en conventions. Mais même dans cette thèse, il est indispensable qu'une action en déclaration de simulation soit introduite devant un tribunal, que la simulation soit démontrée et que le tribunal prononce un jugement constatant que la société est simulée.

En outre, la déclaration de simulation n'aboutira certainement pas à confondre purement et simplement le patrimoine de la société créée apparemment, avec celui de son actionnaire unique.

Verdera (*La simulation dans la société anonyme, Rev. dr. merc.*, n° 24, pp. 349 et ss.) décrit clairement les effets de la déclaration de simulation :

« Même si l'écriture publique et l'inscription consécutive au registre n'ont pas une vertu purificatrice, elles créent une apparence légale de véracité du fait inscrit, qui survit tant que n'est pas rendue une décision déclarant la nullité du titre.

C'est là la cause pour laquelle la société ne peut être déclarée inexistante avec effets *ex tunc* et la décision déclarant la simulation respecte les droits des créanciers sociaux qui auraient été acquis de la société apparente à une époque antérieure et de bonne foi...

Dans cette voie, nous considérons comme la solution la plus juste, afin d'éviter les inégalités entre les créanciers satisfaits au moment de la déclaration d'inexistence et ceux qui n'ont pas été payés, celle consistant à conserver les biens sociaux formant un patrimoine séparé et l'existence et la capacité juridique de l'être apparent comme s'il n'était pas simulé, en vue de la liquidation de son passif. La déclaration de nullité n'affectera pas les opérations réalisées dans le passé avec des tiers de bonne foi au nom de la société apparente ».

Il faut donc organiser une liquidation distincte de la société apparente, dont le patrimoine demeure séparé à cette fin.

(523) Quant au droit *canadien*, il ne fait pas le moindre doute que, comme les autres droits d'inspiration anglo-américaine, il admet sans hésitation ni réserve la validité d'une société dont tous les titres sont réunis entre les mains d'une seule personne, même si cette situation a été envisagée par les fondateurs dès l'origine. Une telle situation est considérée comme parfaitement normale, et elle ne peut *en elle-même*, justifier l'application à la société ou à son actionnaire unique d'une sanction quelconque ou aboutir à la confusion de leurs patrimoines.

Ainsi que le relèvent les auteurs Fraser & Stewart (*Company Law*, éd. 1962, p. 20), la distinction entre une société et ses actionnaires est également applicable lorsqu'une société est la filiale d'une autre société, et il en est de même lorsque la filiale est possédée à 100 % (*wholly owned*) par la société mère. Ils citent à cet égard plusieurs décisions (*Aluminium Co of Canada Ltd. v. City of Toronto* (1944), S.C.R. 267, p. 271. *Barnes v. Saskatchewan Cooperative Wheat Producers Ltd* (1946), 1.W.W.R. 97, p. 113, et en appel: s (1947) S.C.R., 241).

Dans l'affaire *Ebbw Vale Urban District Council v. South Wales Traffic Licensing Authority* (1951), 2.K.B. 366, cité par ces mêmes auteurs, le juge Cohen s'est exprimé comme suit :

« En vertu des règles ordinaires du droit, une société-mère et sa filiale, même lorsque celle-ci est possédée à cent pour cent, sont des entités légales distinctes, et en l'absence d'un contrat de mandat (*agency*) entre les deux sociétés, on ne peut pas dire que l'une est le mandataire (*agent*) de l'autre ».

(524) Il ne fait donc aucun doute que le juge de Reus a commis des violations flagrantes du droit qu'il devait appliquer lorsqu'il a purement et simplement étendu aux actifs des sociétés filiales de la Barcelona Traction la saisie qui était la conséquence de la

faillite, dans les conditions décrites plus amplement dans la première partie, alors qu'il motivait exclusivement ses décisions à cet égard par la considération que ces sociétés n'auraient eu « économiquement » qu'un seul actionnaire et alors qu'aucune dissolution de ces sociétés n'était prononcée et que leur simulation n'était pas constatée.

Ces violations peuvent être caractérisées ainsi qu'il suit :

1^o le juge de Reus aurait, de toute évidence, dû appliquer la loi canadienne à l'Ebro et à la Catalanian Land, qui avaient été incorporées selon la loi canadienne et avaient leur siège au Canada;

2^o selon le droit canadien la *wholly owned subsidiary* constitue une entité juridique complètement distincte de celle de la société-mère, suivant une règle qui ne souffre aucune contestation;

3^o même pour les sociétés espagnoles, la seule circonstance que tous les titres de ces sociétés se seraient trouvés réunis « économiquement » entre les mains d'un seul actionnaire ne pouvait justifier leur dissolution automatique, même si cette réunion avait été prévue et voulue par les fondateurs dès l'origine;

4^o à supposer que l'on se soit trouvé devant l'une des circonstances particulières justifiant une telle dissolution — circonstance que le juge ne relevait pas —, encore eût-il fallu qu'une action en dissolution fût dirigée contre ces sociétés devant les tribunaux compétents, que les demandeurs démontrassent l'existence des circonstances particulières invoquées à l'appui de leur action et qu'un jugement intervînt, soit pour déclarer les sociétés dissoutes, soit, suivant certaines théories, pour en constater la simulation;

5^o même en cas de succès d'une telle action, qu'elle aboutît à une déclaration de simulation ou à une dissolution des sociétés, les patrimoines des sociétés défenderesses ne pouvaient en aucun cas être confondus *de plano* avec celui de leur actionnaire unique; au contraire, ces patrimoines devaient être liquidés et demeurer distincts pendant la période nécessaire à cette liquidation, particulièrement à l'égard des créanciers de bonne foi desdites sociétés.

En aucun cas, en conséquence, le juge de Reus ne pouvait, à la faveur des considérants énoncés par lui dans les jugements critiqués, ordonner purement et simplement, sans procédure préalable et hors la présence des sociétés visées, une extension du droit d'*ocupación* des organes de la faillite de la société-mère sur leurs actifs.

On comprend sans peine, au vu du caractère flagrant des violations des règles les plus élémentaires de droit privé dont le juge de Reus s'est ainsi rendu coupable, que le Gouvernement espagnol n'ait pas cru pouvoir défendre les jugements tels qu'ils avaient été effectivement rendus, et qu'il ait préféré substituer aux motifs du juge de Reus d'autres motifs entièrement distincts et imaginés par lui ultérieurement.

D'ailleurs, le Gouvernement espagnol lui-même admet parfaitement qu'en l'espèce, les sociétés en cause n'avaient point perdu leur personnalité morale distincte et n'étaient pas dissoutes par le seul fait de la réunion de toutes leurs actions entre les mains d'un actionnaire unique.

b) *Analyse des motifs développés par le Gouvernement espagnol*

(525) Dans le souci d'être complet, le Gouvernement belge examinera maintenant plus en détail les tentatives de justification formulées par le Gouvernement espagnol. Cet examen permettra de démontrer que, même en substituant aux motifs effectivement invoqués par le juge d'autres motifs, tels qu'ils ont été maintenant élaborés par le *Contre-Mémoire* plus de quinze ans après les faits, encore les décisions relatives aux biens des filiales ne peuvent-elles être justifiées.

On ne saurait assez souligner que le droit espagnol, davantage certainement que les droits fondés sur le *Common law* et l'*equity*, est un *droit écrit* et que les règles appliquées par le juge doivent trouver leur origine et leur justification dans des textes précis, sans qu'il soit permis au magistrat de substituer des constructions personnelles à celles que la loi prévoit.

(526) Les explications que l'on rencontre dans le *Contre-Mémoire* donnent toutefois une singulière vision du droit espagnol; elles réclament d'assez sérieuses mises au point. Le *Contre-Mémoire* établit, tout au long des développements relatifs à la question examinée ici, une confusion entre la *fraude à la loi* — telle que cette notion a été développée dans la doctrine espagnole — et la *fraude aux droits des créanciers*. Cette confusion est entretenue notamment par la considération que le groupe de la Barcelona Traction aurait, suivant le *Contre-Mémoire*, été créé et géré dans le but de frauder les créanciers de la société-mère (parfois, d'ailleurs, la fraude alléguée est celle des créanciers des sociétés filiales, lorsque l'on reproche à ces dernières des augmentations de capital ou des émissions d'actions sans contrepartie réelle, mais l'on n'est pas à une contradiction près).

Or, les deux institutions sont totalement différentes dans le droit espagnol.

Plus particulièrement, les auteurs espagnols les plus favorables à la théorie de la fraude à la loi si généreusement invoquée par le Gouvernement espagnol — dont notamment le Professeur de Castro (1) — démontrent que les deux institutions juridiques sont distinctes et que l'on ne peut, pour tenter d'éluider les règles strictes qui président à l'une, tenter de recourir aux modes de raisonnement plus souples de l'autre. Les conséquences juridiques de l'une et l'autre institutions sont également totalement différentes, et l'on ne peut donc les invoquer indifféremment ni surtout tendre à les confondre.

L'importance et la gravité de la confusion dans laquelle se complait le Gouvernement espagnol justifient un examen attentif de ce point.

(527) L'article 1911 du Code civil espagnol confirme le principe du droit de gage général que l'on rencontre dans tous les droits inspirés du droit romain, selon lequel le débiteur répond sur l'ensemble de son patrimoine, actuel et futur, de ses obligations. Cette règle s'applique aussi bien aux personnes morales qu'aux personnes physiques.

Elle est assortie de sanctions bien précises et on ne peut, ainsi qu'on le verra, recourir aux termes vagues d'une prétendue fraude à la loi pour ajouter d'autres sanctions à celles que le droit positif connaît parfaitement et organise.

(1) De Castro, F., *Derecho civil de España*, vol. I, 3^e éd., Madrid, 1955, pp. 605 et ss.

Ces sanctions se rencontrent d'abord dans le code civil : c'est l'article 1111 qui institue l'action paulienne ou révocatoire. Ce même texte organise d'ailleurs à la fois l'action subrogatoire et l'action révocatoire, toutes deux destinées à garantir l'exercice par le créancier de ses recours sur le patrimoine de son débiteur. Cet article peut être traduit ainsi qu'il suit :

« Les créanciers, après avoir exercé leurs poursuites sur les biens qui seraient en possession du débiteur afin de réaliser ce qui leur est dû, peuvent exercer aux mêmes fins tous les droits et actions du débiteur à l'exception de ceux qui seraient inhérents à sa personne; ils peuvent également attaquer les actes que le débiteur aurait réalisés en fraude de leur droit ».

L'intentement de l'action révocatoire est subordonné à des *conditions très précises* que le Tribunal Suprême a définies notamment dans son arrêt du 12 juillet 1940 (Ar. 1940, n° 701). Il faut que celui qui agit soit titulaire d'un droit de créance; il faut que le débiteur ait accompli, postérieurement à la naissance de ce droit, un acte ou conclu un contrat avec un tiers accordant à ce dernier un avantage patrimonial; que le créancier soit préjudicié par cet acte et qu'il ne se trouve aucun autre recours légal pour obtenir la réparation de son préjudice; que l'acte soit frauduleux; que, en cas d'aliénation à titre onéreux, les tiers soient complices de la fraude.

(528) En cas de faillite, la protection des créanciers est renforcée par des textes spéciaux qui permettent aux syndics de faire rentrer dans le patrimoine du failli des avoirs patrimoniaux qui en auraient été distraits.

La première mesure prévue est la « rétroaction absolue » organisée par l'art. 878 du Code de commerce. Le juge peut, en vertu de cette disposition, déclarer que la faillite sortira ses effets rétroactivement; la loi n'assigne aucune limite à cette rétroactivité. Tous les actes de disposition et même d'administration postérieurs à la date ainsi fixée par le juge sont alors nuls.

Cette disposition ne pouvait évidemment s'appliquer en l'espèce puisque le juge de Reus n'a pas fait remonter les effets de la faillite à une date antérieure à son prononcé; il n'aurait pu être question en toute hypothèse de décider que la Barcelona Traction se trouvait déjà en faillite au moment où elle a constitué les différentes filiales en cause.

Le Code de commerce prévoit ensuite d'autres dispositions: il s'agit des *acciones de impugnación*, organisées par les art. 879 à 882 du Code de commerce. Ces dispositions permettent aux organes de la faillite de poursuivre l'annulation de certains actes accomplis par le failli antérieurement à la faillite (1).

(1) Ces textes sont les suivants :

« 879 : Les sommes que le failli aurait payées en argent, effets ou valeurs en les quinze jours précédant la déclaration de faillite pour des dettes et obligations directes dont l'échéance serait postérieure à celle-ci, seront restituées à la masse par ceux qui les auraient perçues... ».

« 880 : On déclarera frauduleux et inopérants à l'égard des créanciers du failli, les contrats passés par celui-ci dans les trente jours précédant sa faillite, s'ils appartiennent à l'une des catégories suivantes : 1° Transmissions de biens immeubles faites à titre gratuit. 2° Constitutions dotales faites à l'aide de biens propres à ses filles. 3° Concessions et transferts de biens immeubles en paiement de dettes non échues au moment de déclarer la faillite. 4° Hypothèques

(suite de la note 1 page 384)

Mais l'exercice de ces différentes actions par les organes de la faillite implique nécessairement qu'ils introduisent, devant le tribunal, une procédure spéciale tendant à cette fin, conformément d'ailleurs aux dispositions des art. 1368 à 1377 du Code de procédure civile. Cette procédure se termine par un jugement, rendu contradictoirement à l'égard de ceux qui ont acquis les biens distraits de la masse. Une simple requête, sans contradiction, est tout-à-fait insuffisante, et se trouve sans exemple dans la jurisprudence espagnole.

(529) Telles sont les dispositions du droit espagnol destinées à assurer la protection des créanciers tant en droit commun qu'en cas de faillite, et qui sanctionnent par conséquent le droit de gage général prévu par l'art. 1911 du Code civil.

Ce sont d'ailleurs les seuls moyens techniques qui permettent au syndic de mettre la main sur les biens qui ne font pas partie du patrimoine de la société faillie au moment de la faillite. C'est également à ces moyens techniques — et à nuls autres — que le Professeur Garrigues faisait allusion dans l'article cité par le Gouvernement espagnol (*Revista de Derecho Mercantil*, janvier-février 1947, pp. 67 et ss.).

Critiquant la théorie de l'identité du patrimoine de la société-mère et de celui de la société filiale, autrefois soutenue et maintenant abandonnée, ce savant auteur déclarait :

« Cette théorie contredit la réalité que nous pouvons constater tous les jours de l'existence de relations juridiques entre les sociétés dominantes et les sociétés dominées qui nous montre qu'il serait absurde de soutenir qu'une société anonyme filiale d'une autre est une pure fiction avec la conséquence forcée qu'elle n'aurait pas de véritable conseil d'administration, ni une véritable assemblée générale. Le fait qu'une société possède la majorité ou la totalité des actions d'une autre ne porte préjudice en rien à l'autonomie juridique des deux sociétés. Même soumises à une direction unitaire, les patrimoines de l'une et de l'autre fonctionnent comme des patrimoines juridiques séparés qui conservent ou acquièrent leurs droits et leurs obligations propres.

.....

(suite de la note 1 de la page 383)

conventionnelles pour des obligations de date antérieure qui n'auraient pas cette qualité et pour des prêts d'argent ou de marchandises dont la remise ne se serait pas opérée effectivement au moment de passer acte de l'obligation devant le notaire et les témoins qui interviennent. 5° Les donations entre vifs qui n'auraient pas notoirement le caractère de rémunérations, effectuées après le bilan qui précède la faillite, si de celui-ci il résultait que le passif est supérieur à l'actif du failli ».

« 881 : On pourra annuler, à la demande des créanciers et moyennant la preuve de ce que le failli a procédé avec l'intention de les frauder dans leurs droits : 1° Les aliénations à titre onéreux de biens immeubles faites dans le mois précédant la déclaration de faillite. 2° Les constitutions dotales faites au même moment de biens de la société conjugale en faveur des filles, ou toute autre transmission des mêmes biens à titre gratuit. 3° Les constitutions dotales ou reconnaissances de dettes en capital faites par un conjoint commerçant en faveur de l'autre conjoint dans les 6 mois précédant la faillite, pour autant qu'il ne s'agisse pas de biens immeubles... 4° Toute reconnaissance de reçus d'argent ou d'effets à titre de prêt qui, faite 6 mois avant la faillite par acte authentique... 5° Tous les contrats, obligations et opérations commerciales du failli qui ne seraient pas antérieurs d'au moins 10 jours à la déclaration de faillite ».

« 882 : Pourront être révoqués à la demande des créanciers, toutes donations ou contrats passés dans les deux ans antérieurs à la faillite, si l'on arrivait à prouver quelque supposition ou simulation faite en fraude de ceux-ci ».

« Cette autonomie implique la responsabilité directe et séparée de la société filiale pour les dettes contractées; théoriquement, ni la société-mère ne répond des dettes de la société filiale, ni celle-ci des dettes de celle-là. Pour la même raison, la faillite de la société dominante n'entraîne pas la faillite de la société dominée ».

Garrigués prévoit aussi le cas où *exceptionnellement* une faillite de la société dominée peut entraîner une faillite de la société dominante — hypothèse totalement différente de celle qui nous occupe puisque précisément la faillite d'aucune des sociétés dominées n'a été prononcée.

Le Gouvernement espagnol se garde bien de citer, cela va de soi, les passages ci-dessus, où néanmoins les principes de base sont clairement établis. L'auteur examine encore l'hypothèse où les syndics pourraient, pour assurer la garantie des droits des créanciers, faire rentrer dans le patrimoine de la société dominante en faillite des éléments patrimoniaux apportés à la société dominée. Mais précisément, pour ce faire, les syndics devraient exercer l'une des actions prévues par la loi civile ou par la loi commerciale : action révocatoire ou *impugnación*, et cela par une procédure appropriée. Les organes de la faillite auraient à démontrer dans ces procédures que des sociétés filiales ont été constituées dans le but de frauder les créanciers, et que par conséquent les conditions requises pour l'intentement de ces diverses actions (conditions fondamentalement requises par l'ordre juridique espagnol à l'effet de garantir notamment la sécurité des transactions juridiques) étaient remplies dans l'espèce. Jamais le Professeur Garrigués, ni aucun juriste espagnol antérieurement à 1948, ni encore aucune décision espagnole quelconque n'ont permis à des créanciers — ou aux organes de la faillite en leur qualité de représentants de la masse des créanciers — d'obtenir en réalité le même avantage que s'ils avaient exercé les actions révocatoires sans cependant qu'ils aient eu à exercer ces actions et alors d'ailleurs que les conditions de leur intentement n'étaient pas réunies.

Jamais non plus il n'a été question un instant de leur accorder, sur leur simple requête, et même sur la simple affirmation des demandeurs, sans aucune contradiction de la part de ceux contre lesquels la demande était dirigée, le bénéfice d'une action révocatoire ou de l'une des actions prévues par les articles 878 et suivants du Code de commerce.

Aucun précédent n'est d'ailleurs cité par le Gouvernement espagnol.

(530) C'est pour tenter de sortir de ce cadre strict et rigoureux que le Gouvernement espagnol s'efforce d'invoquer la théorie de la « fraude à la loi ». D'abord, cette construction n'est pas justifiée en droit; ensuite, elle ne permet pas de justifier les mesures prises en l'espèce, car, à la supposer admissible, elle n'aurait pas pu aboutir aux décisions prises par le juge de Reus et appliquées en l'espèce.

La « version très moderne de la fraude », à laquelle fait allusion l'annexe n° 49 du Chap. III p. 275 du vol. VII des annexes du *Contre-Mémoire*, se révèle en l'espèce si « moderne » qu'elle ne trouve aucun appui quelconque dans la jurisprudence ou la doctrine espagnoles antérieures et que, comme nombre d'autres institutions invoquées par le Gouvernement espagnol, elle a été en réalité inventée pour les besoins de cette cause.

Le Gouvernement espagnol ne peut invoquer aucun précédent en faveur de sa thèse. Les décisions de justice qu'il cite n'appuient en rien son point de vue.

Par exemple, c'est à tort et au prix d'une notable déformation de l'espèce, que le Gouvernement espagnol invoque l'arrêt du Tribunal Suprême du 8 juillet 1946 (publié dans la collection de la *Jurisprudencia civil de la Redacción de la Revista general de Legislación y jurisprudencia*, 2^e série, t. XV, juin-septembre 1946, pp. 792 et suiv., n^o 50). Cet arrêt n'a jamais imputé à une société dominante la responsabilité des actes accomplis par une société dominée, et il ne peut davantage appuyer l'affirmation que l'on trouve à la page 309 du *Contre-Mémoire* selon laquelle la méconnaissance de la personnalité morale de la première n'équivaut pas à une nullité ou à une extinction, mais bien à une simple « inefficacité » de la forme juridique utilisée. Cette espèce se rapporte à l'abus commis par une société dans la faculté qui lui avait été reconnue d'assurer la gestion et le contrôle d'une autre société — abus qui ouvrit en faveur des anciens associés de la société contrôlée le droit à des dommages et intérêts; ceux-ci furent à leur tour compensés avec une créance qu'avait, contre lesdits associés, la société débitrice des dommages-intérêts. Il n'est donc aucunement question dans cette espèce ni de fraude à la loi, ni de percer le voile de la personnalité morale des sociétés, ni d'aucune mesure de ce genre. La société en cause — jugée responsable de ses propres actes culpeux — n'y est pas considérée comme responsable des actes accomplis par la société qu'elle contrôlait.

L'arrêt du Tribunal Suprême du 22 février 1928 ne permet pas davantage de justifier le point de vue défendu par le Gouvernement espagnol. Cette décision se rapporte à la perception d'impôts indirects dénommés *derechos reales* à l'occasion d'un apport en société. L'un des débiteurs des impôts introduisit un recours suivant lequel ceux-ci n'étaient pas dus pour le motif que la société n'avait pas été valablement constituée parce qu'aucun acte notarié n'avait été établi. Le juge du fond, approuvé par le Tribunal Suprême, décida que ce vice ne pouvait être opposé à l'administration pour justifier la non-perception de ces impôts : ceux qui constituent irrégulièrement une société ne peuvent pas être traités plus favorablement que ceux qui la constituent en observant les dispositions légales. On se demande vainement en quoi une telle décision est de nature à justifier la thèse actuellement défendue par le Gouvernement espagnol.

Quant à l'arrêt du 8 avril 1942 — également invoqué par le Gouvernement espagnol dans le *Contre-Mémoire*, IV, p. 308, note 1 — il concerne la qualification qu'il convient de donner à certains contrats relatifs à des biens immeubles pour l'application de dispositions particulières de la législation de la Navarre; sa seule vertu est de reconnaître en principe, et dans des termes très généraux, l'existence d'une notion de fraude à la loi en droit espagnol, mais l'existence de cette notion n'est évidemment pas contestée.

Il resterait à démontrer que cette théorie de la fraude pouvait — en fait et en droit — s'appliquer en l'espèce. Le Gouvernement espagnol ne fournit assurément pas cette preuve.

(531) Même si on admettait un instant le recours à la théorie de la fraude à la loi, nonobstant l'existence des mesures spéciales pour protéger les droits des créanciers — seuls en cause en l'espèce — encore les décisions critiquées ne pourraient-elles être justifiées.

D'abord, il eût fallu, comme le Gouvernement belge l'a exposé dans son *Mémoire* (I, n^o 344, pp. 171 et 172), qu'une décision judiciaire expresse intervint, à la suite d'une procédure contradictoire, pour constater le caractère frauduleux de la constitution des sociétés filiales et pour déterminer les conséquences juridiques précises de cette constatation.

Singulière est l'affirmation du *Contre-Mémoire*, IV, n° 101, p. 108, selon laquelle « lorsque la communication des responsabilités est, si l'on peut dire, « descendante » et va de la société-mère aux filiales, on peut pénétrer dans le patrimoine des sociétés dominées sans qu'il soit besoin d'éteindre la personnalité de celles-ci ou de formuler à leur rencontre une déclaration de faillite ».

Singulière, et singulièrement dépourvue de toute justification et de toute référence à la doctrine et à la jurisprudence.

La raison de cette carence se trouve dans la circonstance que tous les auteurs espagnols qui ont traité le problème de la fraude ont précisé la nécessité d'une *déclaration de fraude* qui doit résulter du jugement à prononcer dans le cours d'une procédure normale et régulière.

Le professeur de Castro (*Derecho civil, Parte general, t. I, p. 612*) écrit à ce propos :

« La déclaration selon laquelle un acte a été réalisé en fraude à la loi supprime l'apparence de protection juridique qui le protégeait ».

Cette citation implique clairement une déclaration dont il résulte que les actes critiqués auraient été accomplis en fraude à la loi. On chercherait vainement une telle déclaration dans les décisions critiquées; d'ailleurs, une telle déclaration, préliminaire aux décisions sur les conséquences de la fraude, n'aurait pu être faite qu'à l'issue d'une procédure contradictoire.

Plus net encore est l'enseignement de M. Puig Peña (*Tratado de Derecho civil español, t. I, Partie générale, vol. I, p. 401*) :

« Avant tout, nous estimons qu'il faut une déclaration de fraude envers la loi pour que se produisent les effets de sanction. Cela ne se passe pas ici comme pour la nullité de plein droit, qui peut, en général, s'actualiser sans déclaration judiciaire : les actes in fraudem legis, en effet, ont une réalité qui, prima facie, est parfaitement licite, et il sera donc nécessaire d'obtenir la déclaration judiciaire pour que soit établie, par les preuves correspondantes, la fraude à la loi ».

Par conséquent, l'affirmation du Gouvernement espagnol ne résiste pas à l'examen, et aussi bien pour le cas de la fraude à la loi que pour le cas de l'introduction des recours de droit commun destinés à protéger les créanciers, une procédure judiciaire préalable, dirigée contre les sociétés intéressées et appuyée sur les preuves complètes que les parties requérantes eussent dû apporter, aurait été nécessaire pour permettre au juge de Reus d'ordonner l'appréhension du patrimoine des filiales par les organes de la faillite de la Barcelona Traction.

(532) Injustifiable dans son fondement et sur le plan de la procédure, la théorie du Gouvernement espagnol l'est encore au regard des conséquences mêmes de la thèse qu'il défend.

La théorie de la fraude à la loi, même dans son acception la plus extensive — tellement extensive qu'aucun auteur espagnol ni aucun tribunal de ce pays ne l'avait même esquissée — ne pouvait pas aboutir aux mesures ordonnées, même telles que le Gouvernement espagnol les interprète.

Suivant la théorie de la fraude à la loi admise en Espagne, la déclaration de fraude conduit, comme les citations ci-dessus le démontrent, soit à la déclaration de nullité de l'acte frauduleux, soit à une sanction plus atténuée, consistant en tous cas à *ce que l'acte frauduleux soit écarté* et ne puisse prétendre à la protection de la loi « de couverture » invoquée pour frauder d'autres dispositions légales. La loi de couverture serait ici celle qui reconnaît aux sociétés anonymes espagnoles ou canadiennes une personnalité distincte de celle des autres sociétés.

Il faudrait donc, en cette hypothèse, écarter la personnalité morale distincte, invoquée dans la thèse du Gouvernement espagnol, au détriment des droits des créanciers. On pourrait certes discuter la question de savoir si l'annulation des actes constitutifs serait, dans cette thèse, indispensable; mais en tous cas, la suppression de la personnalité morale distincte des sociétés filiales en serait la conséquence, de manière à réintégrer dans le patrimoine de la société-mère les actifs qui, selon cette hypothèse toujours, ne pouvaient valablement en sortir.

Mais il va de soi que dans ce cas, le juge devait nécessairement *déduire toutes les conséquences de cette situation* — comme il l'avait d'ailleurs esquissé dans les premiers jugements lorsqu'il ordonnait la constitution d'une masse unique dans laquelle il intégrait les biens des sociétés filiales. Il n'aurait pu tout à la fois et à l'égard des mêmes personnes, refuser tout effet à la loi de couverture, et en même temps reconnaître ces effets, sans verser dans une contradiction incompatible avec la théorie même de la fraude à la loi. En reconnaissant la personnalité morale des sociétés filiales, en accordant compétence à leurs organes, en couvrant la création de faux titres représentatifs de leur capital — ce qui impliquait nécessairement l'existence de leur personnalité morale — le juge reconnaissait que ces sociétés ne se confondaient pas avec la société-mère, et dès lors, lorsqu'au début de la procédure, il ordonnait purement et simplement la saisie de leurs actifs, il ordonnait la saisie de biens appartenant à d'autres sociétés, étrangères à la procédure, et commettait ainsi un excès ou un détournement de pouvoirs évident.

(533) Ainsi, de quelque manière que l'on prenne la chose, on aperçoit que les efforts considérables déployés par le Gouvernement espagnol ne reposent sur aucune base sérieuse.

Sur aucune base sérieuse en fait, parce que les efforts du Gouvernement espagnol impliquent que l'on prête au juge de Reus des idées, des motifs et des thèses qu'il n'a même pas effleurés, et dont on chercherait vainement trace dans ses jugements.

Sur aucune base sérieuse en droit, car la thèse laborieusement échafaudée ne trouve aucun appui dans le droit espagnol, et qu'à la supposer même admissible, elle ne pourrait même pas justifier les décisions rendues.

D'ailleurs, si le juge de Reus avait réellement voulu appliquer la théorie de la fraude à la loi, et s'il avait déclaré que les sociétés du groupe n'en formaient en réalité qu'une seule, il aurait immédiatement dû constater qu'il se trouvait en présence d'une société de services publics soumise à des dispositions spéciales en matière de faillite — dispositions qui eussent exclu les fins poursuivies sous le couvert de cette procédure (*infra*, n^{os} 538 et ss.).

Ici encore, il se serait heurté aux conséquences normales de la thèse qui lui est maintenant bien gratuitement prêtée.

(534) Il faut encore rencontrer une singulière assertion du *Contre-Mémoire*, selon laquelle, en raison des prétendues fraudes commises, la Barcelona Traction et ses filiales devraient être privées du droit d'invoquer la personnalité morale distincte des diverses sociétés composant le groupe.

Se fondant sur différents précédents anglais et américains et sur l'avis d'auteurs espagnols, le Gouvernement espagnol établit un parallèle entre la théorie anglo-américaine des *clean hands* et de l'*estoppel* et l'adage *Nemo auditur turpitudinem suam allegans* dont ont hérité les droits de formation romaniste.

Ce parallèle est très approximatif et même inexact.

La règle *Nemo auditur...* est, suivant l'interprétation la plus généralement admise, limitée aux conventions contraires aux bonnes mœurs — ce qui est totalement étranger à l'espèce soumise à la Cour (De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, n° 94. — Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, 2^e éd., n° 749 et 750).

Elle signifie qu'une partie qui a conclu une convention contraire aux bonnes mœurs ne peut se prévaloir de cette convention pour en demander l'exécution à l'encontre de l'autre partie dès lors que la convention était contraire aux bonnes mœurs dans l'intention des deux parties. Parfois, elle est aussi invoquée, en même temps que l'adage *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* pour refuser la répétition de ce qui a été payé en exécution d'une convention contraire aux bonnes mœurs, annulée de ce chef (Planiol et Ripert, *loc. cit.*). On cherche vainement en quoi cet adage aurait une pertinence quelconque en la présente espèce; il n'y est pas question de l'exécution forcée de conventions ni de la répétition de ce qui aurait été payé en exécution d'une convention annulée comme contraire aux bonnes mœurs.

La théorie du droit anglais des *clean hands* signifie que celui qui recourt aux tribunaux d'*equity* (1) — c'est-à-dire aux tribunaux qui, historiquement, appliquaient non point les règles strictes de la *common law*, mais celles, différentes et complémentaires, de l'*equity* — devait s'y présenter avec les « mains propres », c'est-à-dire qu'il ne pouvait avoir lui-même accompli un acte critiquable ou frauduleux dans le domaine où il sollicitait l'application du droit particulier appliqué par ces tribunaux, de préférence à la *common law*. Cette règle est très particulière, puisqu'elle suppose au départ une distinction dans le corps du droit entre la *common law* d'une part et l'*equity* d'autre part — distinction qui ne se rencontre que dans le droit anglais et dans les droits qui en sont dérivés (Voy. David, *Introduction à l'étude du droit privé en Angleterre*, pp. 182 et ss. — Kirkpatrick, *Initiation au droit anglais*, n° 44 et ss.).

Ici encore, on aperçoit mal quelle application le Gouvernement espagnol voudrait faire de cette règle; en premier lieu il n'existe pas en droit espagnol de tribunaux de *common law* qui, s'opposant aux tribunaux d'*equity*, appliqueraient un droit différent;

(1) Ces tribunaux ont été fusionnés maintenant avec ceux qui appliquent la *common law*, mais les deux corps de droit subsistent comme tels.

il n'existe pas davantage deux corps de droit de formations distinctes appliqués par un même ensemble de tribunaux, ainsi que cela se rencontre actuellement dans les pays anglo-américains depuis la fusion des tribunaux d'*equity* et des tribunaux de *common law*. On ne voit pas davantage quelle règle, relevant de l'*equity* plutôt que de la *common law*, le groupe de la Barcelona Traction invoquerait et dont il devrait se voir refuser l'application. Bien au contraire, pour autant que l'on puisse se risquer à ces analogies, dans toute la mesure où la Barcelona Traction et ses sociétés filiales invoquent leur personnalité morale propre, elles invoquent le droit strict (on dirait dans les pays anglo-américains, la *common law*) et non point un droit complémentaire ou correcteur du droit strict. On n'aperçoit donc aucune pertinence à ces développements.

Quant à l'*estoppel*, il s'agit en principe d'une règle du droit de la preuve, dont il existe plusieurs applications assez différentes : *estoppel of record*, *estoppel by deed*, *estoppel in pais* et *equitable estoppel*. Le Gouvernement espagnol fait allusion sans doute à l'*equitable estoppel*, en vertu de laquelle une personne qui induit une autre personne en erreur en lui présentant sa situation juridique comme plus favorable qu'elle n'est et amène ainsi cette autre personne à traiter en fonction de cette situation juridique plus favorable, n'est plus fondée ensuite à se prévaloir de sa situation juridique réelle à l'égard de celui qui a été induit à agir. (Voy. *The English Dictionary of English law*, par Earl Jowitt, éd. 1959, v^o Estoppel) (1). Ici encore on cherche vainement quelle application légitime le Gouvernement espagnol voudrait faire de cette règle : la Barcelona Traction et ses filiales n'ont jamais prétendu qu'il existait entre elles des liens autres que ceux de société-mère à société filiale ; elles ne se sont jamais prévaluës à l'égard de tiers de l'absence entre elles de personnalité morale distincte ; elles n'ont jamais déclaré qu'elles formaient les parties d'un ensemble qui aurait été doué d'une personnalité juridique unique. Telle est au contraire la thèse du Gouvernement espagnol contre laquelle la Barcelona Traction et ses filiales se sont toujours élevées. Au surplus le droit espagnol, pas plus qu'aucun droit continental, ne connaît aucune institution comparable à l'*estoppel* qui est, elle aussi, étroitement liée à la technique des droits anglo-américains.

Il apparaît ainsi qu'aucune de ces trois institutions ne peut trouver la moindre application en l'espèce ni justifier la position du Gouvernement espagnol ou les décisions rendues par le juge de Reus qu'il s'efforce de défendre.

Les exemples cités par le Gouvernement espagnol lui-même montrent d'ailleurs qu'en certaines circonstances — à l'encontre donc des principes qui découleraient des théories invoquées par le Gouvernement espagnol telles qu'il les interprète à tort — les tribunaux admettent parfaitement, même en Angleterre, qu'on « lève le voile de l'incorporation » en faveur des actionnaires, même lorsqu'en suivant le droit strict, la société en cause jouit d'une personnalité morale distincte (Voy. *Smith Stone et Knight v. Birmingham Corporation*, jugée en 1938, 4. All E.R., 116). Mais il s'agit précisément là de la situation inverse de celle qui existe en la présente espèce, où la Barcelona Traction et ses filiales, loin de contester leur personnalité morale distincte, n'ont cessé, dans leurs recours contre les décisions prises à leur égard en Espagne, d'insister pour que celle-ci fût respectée, sans solliciter aucun remède d'*equity* ni de dérogation au droit commun.

(1) Par exemple, si une personne construit sur le terrain d'autrui et si le légitime propriétaire, par son comportement, laisse croire à cette personne que le terrain appartient à celle-ci, ce propriétaire pourra se voir opposer l'*estoppel* au moment où, ultérieurement, il voudrait opposer son titre légal au constructeur.

(535) Pour appuyer en fait sa théorie de la fraude à la loi, le Gouvernement espagnol invoque toutes les allégations diffamatoires de fraude longuement développées dans les chapitres I et II du *Contre-Mémoire*.

Il a été déjà démontré que ces fraudes n'existent pas en réalité, et qu'elles sont le fruit de l'imagination du Gouvernement espagnol et des interprétations tendancieuses qu'il prétend donner à certains documents. Elles résultent aussi de ce que le Gouvernement espagnol qualifie de « fraudes » et de « fictions », des opérations tout à fait normales et usuelles dans la vie des groupes de sociétés et qui sont unanimement admises (*cf. supra*, nos 231 et ss.) : sociétés d'une personne, communauté d'administrateurs et de directeurs, maintien de la personnalité morale des sociétés filiales, création de sociétés de droit espagnol conformément aux exigences de la législation espagnole, actes constitutifs des sociétés filiales, conclusion de conventions entre les sociétés du groupe, publication de comptes consolidés, sont autant de mesures courantes, comme il a été montré ci-dessus, que le Gouvernement espagnol ne peut critiquer sans méconnaître en même temps la légitimité des groupes de sociétés, ce qu'aucune règle de droit espagnol ne lui permet de faire.

Mais à supposer même que l'une ou l'autre des critiques se rapportant à des opérations dont la plupart sont très anciennes et remontent à une période antérieure à l'intervention du groupe belge soit fondée, bien que ces critiques ne soient nullement évoquées par le juge de Reus, comme il a été dit, encore apparaît-il immédiatement qu'elles ne peuvent en rien justifier les mesures prises et qu'elles sont sans rapport avec les prétendues « fraudes à la loi » imaginées pour justifier les décisions du juge de Reus. Le Gouvernement espagnol résume dans son *Contre-Mémoire* (IV, nos 97 et 98, pp. 305-306) les fraudes qui, selon lui, auraient justifié l'application de règles sur la « fraude à la loi ». Aucune d'elles ne peut justifier la saisie des actifs de la filiale.

En outre, les assertions sur lesquelles elles reposent sont souvent contradictoires.

Ainsi, le Gouvernement espagnol soutient que les actions émises en représentation des apports faits aux filiales ainsi que les obligations attribuées aux fondateurs, et particulièrement à la Barcelona Traction elle-même, auraient eu une valeur très supérieure aux apports eux-mêmes. Ce grief a déjà été rencontré à propos de l'examen de la constitution du groupe (*supra*, n° 259). En lui-même, il pourrait peut-être justifier l'idée que les filiales auraient été « sous-capitalisées », et par conséquent permettre l'extension des passifs des sociétés filiales ou de leur faillite à la société-mère, coupable de ne pas leur avoir donné des moyens d'action suffisants. Mais cela ne peut évidemment justifier la mesure contraire...

Le Gouvernement espagnol prétend que l'on a constitué les sociétés filiales dans le but de soustraire aux créanciers de la société-mère les actifs de cette dernière. Mais on voit immédiatement que ce grief est en contradiction avec le précédent, puisque si telle avait été leur intention, les fondateurs auraient évidemment transféré aux sociétés filiales le maximum d'actifs pour le minimum de rémunération en capital-actions et en obligations. Cette affirmation ne repose en outre sur aucun élément de fait. Enfin, elle pourrait justifier une action révocatoire, mais non point une « saisie temporaire ».

Il allègue encore que les sociétés auraient conclu entre elles des « auto-contrats » par lesquels — à la faveur de combinaisons critiquables — l'essentiel des bénéfices des sociétés d'exploitation, et notamment ceux de l'Ebro, étaient transférés à la Barcelona

Traction (par le canal d'International Utilities à partir d'un certain moment). Nouvelle contradiction : cela signifierait en effet que les sociétés filiales auraient été vidées de leur substance au détriment de leurs propres créanciers et au profit de la société-mère, ce qui ne justifierait en rien l'extension des dettes de cette dernière aux premières, mais l'inverse. Cela est en outre incompatible avec l'affirmation précédente.

Il fait valoir que les administrateurs et les membres des organes de direction des diverses sociétés sont, dans certains cas, les mêmes. Nous avons déjà rencontré cet argument qui, en aucune circonstance et suivant aucune jurisprudence, n'a jamais justifié en soi les mesures que l'on tente maintenant de présenter comme normales. Une telle situation n'a rien de frauduleux (*supra*, n° 238).

Il prétend que le groupe de la Barcelona Traction aurait violé les lois fiscales et la législation sur les changes. L'absence de fondement de cette allégation a été démontrée par ailleurs. Il suffit ici de constater qu'elle est, au point de vue des mesures envisagées, dénuée de la moindre pertinence. Des lois spéciales, des sanctions particulières sont prévues par ces diverses législations, en Espagne comme dans n'importe quel autre pays. Aucune de ces lois, ni aucune de ces sanctions n'implique la déclaration de la faillite de la société qui se rendrait coupable de ces infractions, ni l'extension de cette faillite à d'autres sociétés que celle à charge de qui elle est demandée, ni la confusion des patrimoines et la méconnaissance absolue et irréversible de leurs personnalités morales distinctes. Le *Contre-Mémoire* l'indique d'ailleurs expressément (IV, n° 99, p. 307) sans cependant s'y arrêter. Même si, mesure extrême, l'on devait admettre qu'à l'égard du fisc l'ensemble des sociétés eussent dû être considérées comme un seul contribuable, encore une telle conséquence n'aurait-elle pas pu justifier la méconnaissance de l'autonomie patrimoniale des sociétés en cause à l'égard de tous les créanciers et des actionnaires. L'argument espagnol porte d'autant plus à faux que le fisc, on l'a vu, n'a jamais fait valoir le moindre droit à l'égard de la masse faillie.

Les autres « manœuvres » péniblement énumérées dans le *Contre-Mémoire* (n° 98, p. 306) — dont le manque de fondement en fait est démontré amplement ailleurs — ne sont pas davantage de nature à justifier de quelque façon que ce soit les mesures prises :

- La fixation du siège des sociétés à l'étranger n'est évidemment pas une « manœuvre », et l'on ne voit pas la relation entre cette situation et les mesures de saisie des patrimoines des sociétés filiales dont la plupart étaient d'ailleurs espagnoles.
- Le recours à l'institution d'un *trust* pour la représentation des obligataires de la Barcelona Traction est sans aucun rapport avec la saisie du patrimoine des filiales et correspond au surplus à une pratique unanimement suivie dans les pays anglo-américains, non seulement à l'époque des faits, mais encore à l'heure actuelle, en raison de la meilleure protection qui en résulte pour les obligataires (jamais le *trustee* n'a d'ailleurs été « allié du groupe », ni présenté comme tel, cette affirmation prouvant une nouvelle méconnaissance de la pratique des *trustees* en cas d'émission d'obligations dans les pays anglo-américains) (*supra*, n° 265 et A.R., n° 31, doc. 2).
- Les prétendues manœuvres destinées à s'assurer la majorité au sein des assemblées générales d'obligataires auraient pu, certes, donner lieu à des recours de la part des obligataires qui se seraient cru lésés, mais elles demeurent une fois encore sans rapport aucun avec les mesures de spoliation des filiales et la méconnaissance de leurs règles de fonctionnement.

(536) Conscient certainement de la faiblesse de sa position en droit espagnol — et sans d'ailleurs se préoccuper particulièrement du droit canadien — le Gouvernement espagnol s'efforce de trouver en droit comparé des arguments susceptibles de soutenir son point de vue.

A ce propos, il fait une large place dans le *Contre-Mémoire* lui-même et dans ses annexes, au droit des Etats-Unis d'Amérique ainsi qu'au droit français. Il fait aussi certaines allusions, plutôt maladroitement, au droit belge.

Ces développements sont dénués de pertinence : seuls le droit espagnol et, pour certaines sociétés, le droit canadien devaient être appliqués par le juge de Reus.

Il suffit donc de démontrer que ces droits ont été violés de façon évidente et certaine pour établir le déni de justice. La circonstance que le jugement de Reus aurait pu être justifié dans tel ou tel Etat des Etats-Unis d'Amérique ne suffit évidemment pas à le rendre valable en droit espagnol.

D'ailleurs, les développements du *Contre-Mémoire* quant à l'application des droits étrangers ne sont pas plus démonstratifs que les explications qu'il contient sur le droit espagnol. Le Gouvernement belge le démontre dans l'annexe n° 93. Il lui a paru préférable de ne pas alourdir le texte même de la *Réplique* par ces développements, nécessairement assez substantiels, et qui n'ont, au surplus, d'autre pertinence que celle que la Cour reconnaîtrait à l'argumentation espagnole ainsi réfutée. Le Cour voudra bien, pour la réfutation des études de droit comparé du *Contre-Mémoire* relatifs à la « levée du voile de l'incorporation », se référer à ladite annexe n° 93.

c) *Conclusions.*

(537) Ainsi donc, le Gouvernement belge croit avoir démontré que tout l'effort du Gouvernement espagnol pour tenter de justifier les singulières mesures prises à l'égard des sociétés filiales au mépris des règles fondamentales qui gouvernent le droit des sociétés et de la personnalité morale est vain.

En résumé :

- Le Gouvernement espagnol n'a pas tenté de justifier les jugements critiqués eux-mêmes tels qu'ils furent rendus, parce qu'ils étaient injustifiables.
- Il a substitué ses propres raisonnements quant à la portée des mesures prises (impossibilité temporaire de la personnalité morale et prétendue saisie provisoire des biens des filiales qui respectait leur personnalité morale propre) aux décisions réellement prises par le juge — mais le texte des jugements ne donne aucun appui à cette explication, et celle-ci leur est directement contraire, violant la foi qui leur est due.
- Il a aussi substitué ses propres raisonnements à ceux du juge de Reus en ce qui concerne la justification des décisions. Celles-ci sont exclusivement fondées sur ce qu'un actionnaire unique détenait « économiquement » les actions des sociétés en cause; le Gouvernement espagnol y substitue une théorie de la fraude dont il n'existe pas l'ombre d'une trace dans les jugements en cause.

- Cette théorie est elle-même inexacte, car elle confond la fraude aux droits des créanciers et la fraude à la loi. La disposition de l'article 1911 du Code civil espagnol ne peut servir de base à une fraude à la loi, car elle est assortie de mesures de protection propres. Aucune de ces mesures de protection n'a été mise en œuvre; toutes supposaient une action judiciaire, une décision contradictoire, et la mise en cause des parties contre lesquelles les mesures devaient être dirigées. Aucune ne pouvait être décidée de façon implicite et sur requête.
- Même la théorie de la fraude à la loi ne peut être utilement invoquée par le Gouvernement espagnol; elle suppose aussi une « déclaration de fraude » qui doit résulter d'un jugement contradictoire; elle ne pouvait d'autre part justifier à la fois des mesures de saisie suivies d'autres mesures impliquant la reconnaissance de la personnalité morale des mêmes sociétés, à l'égard des mêmes personnes.
- Aucune des prétendues situations frauduleuses — à les supposer établies contrairement aux explications données en fait par le Gouvernement belge — ne pourrait d'ailleurs justifier les mesures prises; les allégations du Gouvernement espagnol sont d'ailleurs tout à fait contradictoires à cet égard.
- Les développements de droit comparé sont sans pertinence; ils sont au surplus inexacts, car aucun tribunal, même non espagnol, n'aurait pu valablement rendre les décisions reprochées au juge de Reus, même par les motifs invoqués par le Gouvernement espagnol.

Sous-section 2

*Violation des règles sur la faillite des sociétés de services publics
et la saisie des biens de telles sociétés.*

(538) L'objectif du groupe March, bénéficiaire de l'ensemble de la manœuvre de spoliation dont se plaint le Gouvernement belge, était évidemment de mettre la main sur les avoirs considérables des sociétés filiales de la Barcelona Traction.

Toutefois, le groupe March s'est attaqué non point directement à ces sociétés filiales, mais bien à la Barcelona Traction elle-même afin de tenter, par le biais de la société-mère, d'atteindre les biens qu'il convoitait.

Cette voie détournée se trouve à l'origine des multiples violations de la loi espagnole exposées au long des paragraphes précédents.

Les méthodes tortueuses et contradictoires suivies pour tenter de s'emparer des avoirs des sociétés filiales s'éclairent d'un jour singulier à la lumière des règles particulières prévues par la loi espagnole pour la protection de l'intérêt général au cas où une société de services publics ne remplit plus ses obligations. Le juge de Reus s'est manifestement trouvé gêné par ces dispositions légales particulières; il s'est efforcé d'en éviter l'application — ce qui l'a enfoncé davantage encore dans la voie des illégalités et des contradictions.

(539) Dès 1869, le législateur espagnol a été amené à reconnaître les graves inconvénients résultant, pour l'intérêt public, de la poursuite d'une procédure d'exécution forcée à charge de sociétés exploitant des services publics lorsque celles-ci se trouvent dans l'impossibilité de faire face à leurs obligations, pour quelque cause que ce soit. Le bon fonctionnement des services publics intéresse évidemment la collectivité et il n'est pas admissible que l'intérêt particulier des créanciers puisse aboutir à des mesures d'exécution qui en compromettent le fonctionnement.

Le problème a été particulièrement aperçu à propos des sociétés qui exploitaient des concessions de chemins de fer; mais il intéresse évidemment l'ensemble des services publics, ainsi que l'ont établi les lois espagnoles successives qui ont traité de la question.

La première loi date du 12 novembre 1869. Elle traite des sociétés de chemins de fer. Mais un article additionnel en étend déjà l'application aux sociétés concessionnaires « de canaux et autres ouvrages publics analogues qui, subventionnées par l'État, ont émis des obligations hypothécaires ».

Suivant la loi de 1869, les biens de ces sociétés sont en principe *insaisissables* par les créanciers — quels qu'ils soient.

Ne sont dès lors saisissables que les biens non affectés au service public et inutiles à l'exploitation de celui-ci (art. 5). Ne peuvent être saisis et réalisés sur saisie les voies ferrées, les stations, les magasins, les ateliers, les ouvrages et édifices nécessaires à l'exploitation ainsi que le matériel roulant (art. 3 de la loi).

(540) Lors de la promulgation de la Loi de procédure civile de 1881, ces mêmes idées ont été reprises et précisées. Cette loi prévoit les conditions dans lesquelles une exécution particulière peut être poursuivie sur les biens d'un débiteur. L'article 1429 énumère les six catégories de titres qui peuvent servir de base à une exécution forcée, sous la forme d'une saisie suivie d'une réalisation (1). Toutefois, l'article 1448 de la même Loi dispose expressément que les biens des sociétés de chemins de fer ne sont pas saisissables même si le créancier dispose d'un titre exécutoire appartenant à l'une des six catégories énumérées par l'article 1429. Les termes de l'article 1448 sont très proches de ceux de la loi de 1869, puisque, suivant ce texte, sont insaisissables « les voies ferrées ouvertes au service public, les stations, les magasins, les ateliers, terrains, ouvrages et édifices qui sont nécessaires à leur usage, les locomotives, les wagons et autres effets du matériel fixe et mobile ». L'article 1448 renvoie à la loi de 1869 en disposant que lorsqu'une exécution est ordonnée contre une société ou une entreprise de chemins de fer, on procédera suivant les règles prévues par la loi du 12 novembre 1869.

L'article 1320 de la Loi de procédure civile, compris parmi les dispositions relatives à la *faillite*, confirme que pour les « sociétés de chemins de fer, canaux, et autres ouvrages publics analogues, subventionnées par l'État », on s'en tiendra aux procédures spéciales ordonnées par la loi du 12 novembre 1869. On observe immédiatement que ce texte, tout comme l'article additionnel de la loi de 1869, n'est pas limité aux sociétés exploitant des lignes de chemins de fer, mais s'appliquent à toutes les sociétés concessionnaires de services publics.

(541) Le Code de commerce de 1885 amplifie ces dispositions.

D'une part, l'article 190 de ce Code — quelque peu inutile car il reproduit en réalité les dispositions de l'article 1448 mais en les appliquant à l'une seule des six catégories de titres pouvant donner lieu à exécution prévues par l'article 1429 (2) — précise, à propos, de *la saisie individuelle* :

« L'exécution prévue par la loi de procédure civile en ce qui concerne les coupons échus des obligations émises par les sociétés de chemins de fer et les autres sociétés de services publics (3) et en ce qui concerne les obligations amorties au tirage au sort le cas échéant, pourra seulement affecter les revenus en espèces obtenus par la société et les autres biens de celle-ci qui ne font pas partie du chemin de fer ou de l'ouvrage et ne sont pas nécessaires à l'exploitation ».

D'autre part, les articles 930 à 941 organisent un corps de règles spéciales concernant la *faillite* des sociétés de chemins de fer ou concessionnaires de services publics. Des règles spéciales sont également prévues pour les *concordats* obtenus par ces sociétés. Ces dernières dispositions furent d'ailleurs complétées par un décret royal du 16 juin 1895, une loi du 19 septembre 1896, une loi du 10 juin 1897, une loi du 9 avril 1904, une loi du 2 avril 1915 et un décret du 5 novembre 1934. La nouvelle section du Code

(1) Notamment l'article 1429, 5^o, range parmi les titres susceptibles de servir de base à une exécution forcée les « titres au porteur ou nominatifs, légitimement émis, qui représentent des obligations échues et les coupons également échus de ces titres, pour autant que ces coupons correspondent aux titres et que ces derniers correspondent en tout cas aux livres à souches ».

(2) L'article 190 vise les obligations échues et les coupons échus de ces obligations, c'est-à-dire, pour partie, les titres exécutoires définis par l'article 1429, 5^o.

(3) La traduction de *obras publicas* par « services publics » se justifie par l'interprétation donnée au texte : *infra*, n^o 544.

de commerce, formée par lesdits articles 930 à 941 reprend en substance les dispositions de la loi de 1869, en étendant le régime spécial non seulement aux entreprises de chemins de fer et de services publics d'intérêt national mais aussi aux sociétés de l'espèce d'intérêt local.

(542) *L'objectif* de ces dispositions spéciales est de rendre plus difficiles les déclarations de faillite des sociétés concessionnaires de services publics, en raison du trouble qu'elles apportent à l'intérêt général. Ensuite, lorsque la faillite est néanmoins déclarée, la loi en règle les effets de façon particulière, de manière à prévenir l'interruption du service public (article 931) et à éviter la réalisation isolée des différents éléments de l'actif de ces entreprises indispensables pour assurer la continuité du service.

Ramirez, dans son ouvrage récent sur la faillite, s'exprime à cet égard dans les termes suivants (*Derecho concursal Español; La Quiebra*, t. III, n° 579, pp. 637 et ss.):

« Le législateur a tout simplement voulu éviter, dans toute la mesure du possible, la faillite de sociétés qui exploitent des travaux ou services publics. En premier lieu, pour éviter la paralysie du service, qui serait fatale si l'on appliquait littéralement l'article 1046 de l'ancien Code de commerce. Entre l'intérêt — d'ordre moral — qu'il y a à liquider l'entreprise insolvable et l'intérêt — politique — qu'il y a à ce que le service public soit presté sans interruption, l'Etat n'hésite pas: il opte pour le second. En deuxième lieu, pour éviter la ruine — en plus du discrédit — inhérente à la liquidation de l'entreprise. Le scandale public qui suit la faillite ne pourrait en aucun cas être allègrement recherché ou permis à la légère.

Nous devons par conséquent avoir toujours présente à l'esprit cette idée: le législateur ne désire pas faciliter, mais au contraire rendre plus difficile la faillite des sociétés concessionnaires ou exploitant des services publics... ».

(543) C'est ainsi qu'avant de pouvoir provoquer la faillite de ces sociétés, le requérant — qui doit être un créancier légitime de la société — doit justifier de la réalisation de l'une des conditions suivantes:

1) quatre mois se sont écoulés depuis la déclaration de suspension de paiements sans qu'il y ait de proposition de concordat;

2) le concordat présenté en temps utile n'a pas été homologué par le tribunal ou n'a pas recueilli l'adhésion d'un nombre suffisant de créanciers;

3) le concordat quoique homologué n'a pas été exécuté; mais il faut alors que la faillite soit demandée par des créanciers représentant 5 % au moins du passif social.

La déclaration de faillite entraîne ensuite l'ouverture d'une procédure qui, par de nombreux aspects, s'écarte de la procédure ordinaire, à l'effet d'assurer la continuité du fonctionnement du service public et notamment:

1°) Un conseil de séquestre (*consejo de incautación*) est constitué. Il est chargé d'organiser le service public provisoirement. Son président est nommé par l'autorité qui a accordé la concession, ses membres sont nommés pour partie par la société faillie elle-même et pour partie par les créanciers. Suivant l'interprétation qui prévaut, l'institution du conseil de séquestre laisse néanmoins subsister celle des syndics. Ceux-ci

exercer des fonctions résiduelles, distinctes de l'administration du service public. Le conseil de séquestre a l'obligation de consigner immédiatement auprès de la Caisse des dépôts et consignations les espèces et valeurs appartenant à l'entreprise.

2°) Une procédure de notification particulière à l'autorité concédante et au Gouvernement est prévue afin de permettre à ces autorités non seulement de désigner le président du conseil de séquestre mais encore de prendre toutes autres mesures que l'administration du service public pourrait réclamer.

3°) Le service public ne peut jamais être interrompu (art. 931 du Code de commerce).

4°) La loi organise des publications spéciales et des notifications aux créanciers et au conseil d'administration de la société faillie, portant sur la déclaration de faillite.

Mais la particularité la plus importante de la procédure spéciale tient aux modalités de la liquidation du patrimoine débiteur. Le Code écarte ici les règles de droit commun selon lesquelles les modalités de réalisation varient suivant la nature particulière des biens réalisés.

La vente doit porter sur l'ensemble des biens affectés au service public de manière que le service ne soit pas interrompu. En l'espèce la réalisation doit avoir lieu par enchères publiques. Elles doivent être annoncées six mois à l'avance par une publicité appropriée. Seul le conseil de séquestre, à l'exclusion des syndicats, est chargé de la réalisation.

L'enchère doit être précédée d'une évaluation par le conseil de séquestre de l'ensemble des biens affectés au service public; cette évaluation doit permettre de vérifier si, lors de la première mise en adjudication, les enchérisseurs éventuels offrent un prix au moins égal à la valeur des biens vendus. A défaut, une seconde et même une troisième mises en adjudication (1) sont nécessaires. Lors de la deuxième mise en adjudication les offres doivent couvrir au moins les deux tiers de la valeur des biens. Si aucun enchérisseur réunissant les conditions requises ne se présente, l'Etat se voit reconnaître le droit de confisquer les biens à son profit. S'il continue l'exploitation, les droits des créanciers se reportent sur le produit liquide de celle-ci. S'il afferme les installations, les droits des créanciers sont alors reportés sur les redevances payées par le bénéficiaire de l'affermage.

Lorsque l'adjudicataire est autorisé à payer le prix par compensation avec des créances qu'il aurait contre le débiteur, il doit en outre exécuter diverses obligations :

1) il doit payer en espèces les créances privilégiées;

2) il doit offrir aux autres créanciers une participation au prorata de leurs créances et les associer à l'exploitation et payer aux créanciers qui refusent cette association, dans le délai de six mois, la contrevaletur de leur dividende dans le passif, compte tenu du prix de l'adjudication et après déduction des paiements faits aux créanciers privilégiés;

(1) Ramirez, *op. cit.*, n° 484.-4.

3) il doit effectuer des consignations en garantie de l'exécution de ces obligations dans les conditions prévues par la loi.

(544) Il n'est guère douteux que l'ensemble de ces dispositions dérogoires au droit commun s'appliquent non seulement aux sociétés concessionnaires de chemins de fer, visées expressément par certains textes, mais plus généralement à toutes les sociétés concessionnaires de services publics y compris aux sociétés qui produisent ou distribuent de l'énergie électrique (1).

Cette interprétation trouve appui dans l'historique de ces dispositions légales et dans l'examen des buts poursuivis par le législateur espagnol.

C'est ainsi que la loi de 1869 d'abord, en son article additionnel, étendait le régime des sociétés de chemins de fer, comme il a été dit, aux sociétés exploitant des canaux et autres « travaux publics » subventionnés par l'Etat et ayant émis des obligations hypothécaires.

Une loi du 29 décembre 1876 — antérieure de neuf ans au Code de commerce — donnait une définition de la notion d'« entreprise de travaux publics ». Il fallait entendre par là des « ouvrages et des travaux affectés à l'utilité et à l'usage généralisés ». Une loi du 13 avril 1877 et son règlement d'application de la même année, reprennent cette notion et précisent que sont des « travaux publics » ceux qui sont d'utilité et d'usage généraux et ceux destinés à des services à prester par l'Etat, les provinces et les autorités locales. L'objet des concessions portant sur des « travaux publics » ainsi définis était alors la gestion de l'ouvrage construit; l'exploitation de l'ouvrage s'analyse donc en une véritable gestion de service public au sens de la doctrine administrative moderne.

Le Code de commerce de 1885 a repris cette terminologie; l'exposé des motifs relatif aux articles 930 et suivants — intéressant aussi en ce qu'il comporte une interprétation implicite de la loi de 1869 à laquelle il se réfère — assimile complètement sous le vocable de « sociétés de travaux publics », d'une part, les sociétés qui réalisent des travaux publics, et d'autre part celles qui les exploitent ensuite en vertu d'une concession et gèrent par conséquent un service public. C'est ainsi que l'exposé des motifs précise que sont soumises aux régime spécial de faillite « les entreprises qui ont obtenu la concession d'un ouvrage ou d'un service de l'intérêt de l'Etat ».

L'article 930 parle de son côté des « sociétés et entreprises de chemins de fer et autres ouvrages de service public général, provincial ou local... ».

La circonstance que les sociétés concessionnaires de services publics, même si elles n'exploitent pas des lignes de chemins de fer, sont comprises parmi les bénéficiaires de ces dispositions spéciales est encore confirmée par :

— la loi du 9 avril 1904 qui se réfère aux concordats et aux faillites des « sociétés ou entreprises de canaux, chemins de fer et autres concessionnaires d'ouvrages publics »

(1) Il ne fait aucun doute que les sociétés s'occupant de production et de distribution d'énergie électrique soient à ranger parmi les entreprises de services publics. Cela résulte expressément d'un décret du 5 décembre 1933 dont l'article 1^{er} dispose : « La fourniture d'énergie électrique est déclarée service public et il appartient au Ministère de l'Industrie et du Commerce de réglementer ce service ». Cela a été confirmé encore, si besoin était, postérieurement à la déclaration de faillite, par un décret du 12 mars 1954 qui reprend textuellement la même disposition.

— la loi du 2 janvier 1915 qui règle les conditions du concordat des « sociétés et entreprises de chemins de fer et autres ouvrages de service public général, provincial ou local ».

De son côté, l'article 190 du Code de commerce, déjà cité, relatif plus spécialement à la saisie, concerne les « sociétés de chemins de fer » et les autres sociétés de « travaux publics », c'est-à-dire de « services publics ».

Quant à la *ratio legis* de ces dispositions, elle a été définie ci-dessus. Les motifs qui les justifient tant en ce qui concerne les saisies qu'en ce qui concerne les faillites et les concordats sont aussi valables pour les sociétés de services publics en général que pour les sociétés de chemins de fer en particulier. L'objectif premier, à savoir assurer la continuité du service, est au moins aussi important pour les sociétés productrices d'électricité, par exemple, que pour les sociétés exploitant des lignes de chemins de fer. Historiquement le Gouvernement espagnol a entendu encourager la construction d'ouvrages publics par des sociétés privées en leur accordant d'abord l'autorisation de construire les ouvrages et en les faisant bénéficier ensuite de la concession d'exploitation, en sorte que le constructeur d'ouvrages publics devenait normalement ensuite l'exploitant de ces ouvrages et le gérant du service public qu'ils concernaient. Ceci explique l'utilisation de l'expression « société de travaux publics » que l'on rencontre dans certains des textes successifs et l'assimilation entre cette expression et celle de « gérant d'un service public ».

Cette interprétation est enseignée par tous les auteurs qui se sont occupés de la question, tant par les processalistes que par les commercialistes.

Manresa (*Commentaire de la loi de procédure civile*, V, 543,) déclare à propos de la loi de 1869 :

« Il faut se rappeler, finalement, que tout ce qui a été exposé dans ce commentaire est applicable aux sociétés de canaux et autres ouvrages publics analogues, comme il est prévu dans l'article additionnel de la dite loi de 1869 et dans le Code de commerce, lequel inclut dans une même section les sociétés de chemins de fer et autres ouvrages publics ».

Blanco Constans (*Estudios Elementales de Derecho mercantil*, t. II, Madrid, 1945, p. 413) écrit notamment, à propos de la section spéciale du Code de commerce relative aux sociétés de services publics :

« Les préceptes du Code de commerce au sujet des suspensions de paiements et des faillites de ces sociétés sont, pour la plupart, la reproduction de ceux que contiennent la loi du 5 février et la loi du 12 novembre 1869, même si ces préceptes ne traitaient que d'une seule classe de ces sociétés : celles de chemins de fer, et le Code étend la sphère d'application des normes dans deux sens, à savoir :

1°) quant à la nature de la personne, en y soumettant non seulement les sociétés, mais toute entreprise, quelle que soit son organisation;

2°) en les étendant en raison de la matière à toutes les sociétés et entreprises de n'importe quel ouvrage de service public général, provincial ou municipal ».

Cet enseignement est encore celui du professeur Vicente y Gella (*Derecho mercantil*, t. II, p. 409), qui expose que le Code a entendu se référer de façon générale aux sociétés qui réalisent des ouvrages publics ou qui gèrent des services publics.

Ramirez (*loc. cit.*) a récemment réexaminé l'ensemble de la question, pour conclure :

« Nous pouvons donc affirmer que la législation spéciale à laquelle nous nous référons dans ce chapitre est applicable tant aux sociétés qu'aux entreprises concessionnaires ou exploitantes d'ouvrages ou de services publics, que ces ouvrages ou services soient d'intérêt national, provincial ou simplement municipal. Pas question, donc, de limiter aujourd'hui son application aux sociétés concessionnaires de chemins de fer. Sociétés ou entreprises, le législateur ne distingue pas ou ne précise pas. Commerçant collectif — société — ou individuel, c'est donc la même chose. Chemins de fer ou autres ouvrages ou services publics : le législateur considère comme identiques tous les ouvrages ou services publics. Il ne distingue même pas selon que l'intérêt correspond à l'Etat, à la Province ou à la Municipalité ».

(545) On aperçoit immédiatement les conséquences de cet ensemble de règles dérogatoires au droit commun, en ce qui concerne les sociétés filiales dont les actifs avaient excité la convoitise du groupe March.

Il était d'abord impossible de saisir leurs actifs dans le cours d'une procédure d'exécution individuelle dans toute la mesure où ces actifs étaient affectés au service public — c'est-à-dire dans toute la mesure où ils intéressaient le groupe March. La saisie aurait dû être limitée aux sommes en espèces que ces sociétés détenaient et qui n'étaient pas affectées au service public.

Si ensuite on voulait faire déclarer leur faillite, il fallait d'abord réunir les conditions requises et notamment leur laisser la possibilité de présenter des propositions concordataires, dans un délai de quatre mois au moins. Si l'on se rappelle que c'étaient précisément les sociétés-mères qui fournissaient la plus grande partie des fonds nécessaires au fonctionnement des sociétés filiales et qu'elles étaient par conséquent elles-mêmes leurs principaux créanciers, appelés à se prononcer en cas de demande de concordat, on aperçoit tout de suite l'importance de l'obstacle.

Il fallait ensuite soumettre la faillite aux règles de procédure particulière, qui excluaient la désignation de syndics complaisants et présentaient les singulières caractéristiques qui ont été décrites ci-dessus (n° 543). Le conseil de séquestre aurait dû être composé pour partie de représentants du pouvoir concédant, pour partie de représentants des créanciers au rang desquels figuraient les sociétés-mères, et pour partie par les sociétés elles-mêmes.

Il fallait encore se soumettre aux procédures de publicité et de notifications spéciales prévues par la loi; il n'était pas possible de se contenter des formalités caricaturales appliquées en l'espèce.

Il fallait enfin accepter les garanties spéciales attachées à la vente aux enchères publiques des éléments d'actif compris dans les concessions faisant l'objet du service public: garantie de publicité, adjudications successives, etc. En particulier, il aurait fallu que le conseil de séquestre procède à une évaluation de l'ensemble du patrimoine des sociétés en cause. Cette évaluation aurait fait apparaître des montants évidemment très élevés (1). Ainsi se seraient avérés impossibles les artifices auxquels a eu recours l'expert Soronellas et qui ont été dénoncés dans la première partie de la présente Réplique (*supra*, n° 184 ss.). Cet expert n'a pu arriver à la conclusion absurde selon laquelle la valeur des actions et des obligations détenues par la Barcelona Traction était insuffisante pour couvrir le montant

(1) Sur la valeur de l'ensemble des patrimoines des sociétés au moment de la faillite, voir *A.M.*, n° 282, vol. IV, pp. 1077 et ss.

des obligations en circulation émises par cette société, qu'en évitant de procéder à une évaluation circonstanciée et réelle de la valeur des biens constituant l'entreprise pour se cantonner dans des élucubrations relatives au « prix de revient » et à la « comptabilité » dans le but d'évaluer *les titres* émis par les sociétés filiales et non *leurs patrimoines* (voir *A.C.M.*, n° 161, vol. VIII, pp. 385 et ss.).

Ces écueils expliquent que le groupe March n'ait pu s'attaquer directement aux sociétés filiales, mais qu'il ait préféré s'attaquer à la société holding et, à travers elle, aux filiales.

Toutefois, le juge de Reus ne pouvait le suivre dans cette voie qu'au prix de nouvelles illégalités flagrantes.

Constatant que les sociétés filiales n'avaient pas de personnalité morale distincte de celle de la société-mère — pour le motif, erroné, que le droit espagnol ne reconnaîtrait pas la validité de la société d'une personne, ou pour tout autre motif, tel celui actuellement imaginé par le Gouvernement espagnol et déduit de la fraude prétendue — le juge de Reus ne pouvait manquer de constater l'existence *d'une seule société*, comprenant à titre de patrimoine unique l'ensemble des biens de la société-mère et de ses filiales. Mais il aurait dû alors constater en même temps qu'il s'agissait d'une société de service publics. Il aurait dû immédiatement relever que les conditions requises pour la déclaration de faillite d'une telle société n'étaient pas réunies; il aurait dû ensuite, même si les conditions s'étaient trouvées réunies à un moment quelconque, suivre la procédure spéciale prévue en la matière, quelle qu'en fussent les inconvénients pour le groupe bénéficiaire de l'opération... Pour ne l'avoir pas fait, il a commis une grave illégalité supplémentaire.

Si, suivant l'intention que lui prête maintenant à tort le Gouvernement espagnol, il avait entendu justifier la saisie des actifs des filiales tout en maintenant leur personnalité morale distincte, par la considération que, pour quelque motif — contraire d'ailleurs au droit espagnol — elles auraient dû répondre du passif de la société-mère, en ce cas le juge de Reus aurait dû tenir compte cette fois des règles particulières protégeant les sociétés de services publics contre les saisies et notamment de l'article 190 du Code de commerce et de l'article 1448 de la Loi de procédure civile.

Il serait tombé de Charybde en Scylla.

Ainsi, de quelque manière que l'on présente les choses, il apparaît que le juge de Reus a commis de graves illégalités en ignorant l'application des règles particulières aux faillites de sociétés de services publics et à la saisie de leurs biens.

Le Gouvernement espagnol ne le nie point. Il est d'ailleurs frappant de constater que le *Contre-Mémoire* ne tente même pas de justifier les décisions du juge de Reus sous l'angle ici examiné. Pour éluder l'argument, il se borne à soutenir que le juge de Reus n'aurait pas déclaré inexistante la personnalité morale des sociétés filiales et qu'il n'aurait pas ordonné la saisie de leurs actifs, mais aurait ordonné une simple « saisie provisoire ». Il croit pouvoir échapper, par cet artifice ingénieux à la fois aux règles sur les faillites et aux règles sur les saisies. Mais l'artifice repose sur une interprétation inexacte des décisions, dont il a été fait bonne justice. A la lumière des développements ci-dessus, on comprend mieux que le Gouvernement espagnol en ait été réduit à la proposer pour tenter de défendre la décision incriminée.

SECTION III

L'EXTENSION DES EFFETS DE LA FAILLITE AUX BIENS
DE LA BARCELONA TRACTION SE TROUVANT AU CANADA

(546) Il n'est pas sérieusement contesté par le Gouvernement espagnol que le patrimoine de Barcelona Traction consistait essentiellement dans les actions et obligations émises par les diverses sociétés filiales et auxiliaires productrices et distributrices d'électricité exerçant leur activité en Espagne. En ce qui concerne les actions des sociétés filiales de statut espagnol, de même que l'ensemble des obligations, les droits de la Barcelona Traction étaient matérialisés par des titres au porteur déposés soit dans les coffres de la National Trust, soit en banque. Quant aux actions des sociétés canadiennes, elles faisaient l'objet d'inscriptions nominatives portées sur les registres d'actionnaires de ces sociétés, soit au nom de la National Trust, soit au nom de la Barcelona Traction (1). Dans ce dernier cas, des certificats munis d'un pouvoir de transfert en blanc, signés par la Barcelona Traction et se trouvant entre les mains de la National Trust, autorisaient cette dernière à requérir, quand elle le voudrait, l'inscription en son nom des actions qu'ils représentaient (Voy. *A.M.*, n° 29, vol. I, pp. 180-182.) (2).

Tous ces biens, qu'il s'agisse des titres au porteur ou des inscriptions nominatives aux registres des filiales, — se trouvaient matériellement au Canada. Dès lors, comme le Gouvernement belge l'a affirmé dans le *Mémoire* (I, nos 336 et ss., pp. 167 et ss.), ils ne pouvaient faire l'objet de mesures d'exécution sans le concours des autorités canadiennes, en vertu du principe incontesté du droit des gens selon lequel seul l'Etat sur le territoire duquel des biens sont situés est compétent pour prendre des mesures d'exécution sur eux. Si l'on peut concevoir que, la faillite d'un commerçant étant déclarée dans un pays, les tribunaux de ce pays ordonnent la saisie des biens du débiteur, même situés en dehors des frontières nationales, cet ordre ne pourra recevoir exécution à l'étranger sans l'assentiment des autorités du pays où les biens se trouvent. La plupart des pays connaissent à cette fin des procédures spéciales permettant de rendre exécutoires sur le territoire national les jugements rendus à l'étranger (procédures d'exequatur, de *delibazione*, *Anerkennungsklage*, etc...). Il n'est pas contesté qu'une telle procédure existait au Canada et que les organes de la faillite espagnole n'ont pas effectué la moindre tentative pour y recourir.

(1) Un petit nombre d'actions étaient inscrites au nom d'administrateurs ou d'anciens administrateurs de la société.

(2) Cette faculté était destinée à être exercée dans l'hypothèse où la National Trust aurait décidé de procéder à la réalisation de son gage.

(547) Comment les tribunaux espagnols ont-ils pu autoriser les organes de la faillite à englober dans la masse des biens situés à l'étranger, et à les vendre dans les conditions qui ont été rappelées dans l'exposé des faits ? La simple lecture du jugement déclaratif et des décisions judiciaires qui l'ont suivi (1) montre que la réponse doit être recherchée dans les effets miraculeux que les tribunaux, et après eux les organes de la faillite, ont rattaché à la « possession médiante et civilissime » dont le jugement déclaratif les avait investis à l'égard des biens de la société débitrice. Alors qu'en droit espagnol, comme d'ailleurs dans la plupart des systèmes juridiques des nations civilisées, la déclaration de faillite oblige les organes de la faillite à procéder à une appréhension matérielle des biens du débiteur, ceux-ci devant nécessairement se trouver soustraits, non seulement juridiquement, mais aussi en fait, à la faculté du failli d'en disposer, en l'espèce, la saisie effective a porté exclusivement sur des biens appartenant à des tiers — les actifs des sociétés filiales (2). En ce qui concerne les biens du débiteur lui-même on s'est contenté, outre l'ordre général de saisie — demeuré lettre morte, aucun exequatur n'ayant été demandé au Canada — de l'affirmation selon laquelle « la saisie (des actifs des filiales) implique la possession médiante et civilissime » pour ce qui concerne celles de leurs actions se trouvant au pouvoir de la Barcelona Traction, disposition étendue ultérieurement aux titres qui se trouveraient au pouvoir de la National Trust (3). Sur la base de cette possession purement fictive, les organes de la faillite prétendirent agir comme s'ils avaient acquis la possession effective des titres composant le patrimoine de la Barcelona Traction, et exercer en conséquence les droits d'actionnaire incorporés dans ces titres.

La possession médiante et civilissime, qui selon son inventeur lui-même, conseiller du groupe March et auteur de la requête de faillite, « est dans le droit une quatrième dimension qui a acquis notoriété dans la faillite de Barcelona Traction (4) », fut le stratagème qui permit aux hommes de Juan March d'atteindre, grâce à la complaisance des tribunaux espagnols, des biens situés à l'étranger sans respecter les formalités d'exequatur nécessaires. En accueillant cette « quatrième dimension » et en considérant qu'elle dispensait les organes de la faillite de l'obligation d'obtenir la possession effective des biens se trouvant au Canada, les tribunaux espagnols ont simultanément usurpé une compétence qui appartenait exclusivement aux tribunaux canadiens et grossièrement violé les dispositions de leur propre droit, en vertu desquelles la possession effective est exigée.

(548) Le Gouvernement espagnol essaie aujourd'hui de minimiser la portée de cette notion. A l'en croire, la déclaration de faillite a automatiquement conféré aux organes de la faillite l'exercice des droits inhérents aux titres ; le seul objet de la déclaration du juge relative à la possession médiante et civilissime aurait été d'étendre aux titres, envisagés comme choses corporelles, le *jus possessionis* des organes de la faillite et, du même coup, de « préciser » que ceux-ci pouvaient se prévaloir des droits même dans les situations où, normalement, la possession des titres est exigée (*Contre-Mémoire*, IV, n° 60, p. 281, et n° 67, pp. 285-286). En tout état de cause, ajoute le Gouvernement

(1) Voir notamment l'arrêt de la Cour d'Appel de Barcelone du 5 février 1952, *A.M.*, n° 192, vol. III, pp. 740 et ss.

(2) Voir la section précédente.

(3) Au sujet de l'ordre de saisie des titres remis en gage à la National Trust, voir *supra*, n° 25, pp. 16 et 17, et *infra*, n° 565 et suiv.

(4) Joaquín Dualde, *La posesión civilísima*, Barcelone, 1959, p. 13.

espagnol, il n'y a pas eu d'excès de compétence, puisque le droit international ne s'oppose pas à l'extension des effets d'une faillite aux biens du débiteur, en quelque lieu qu'ils se trouvent (C.M., n° 67 et ss., pp. 490 et ss.) Le Gouvernement belge a démontré (*supra*, n° 70 ss.) que c'est la saisie des actifs des filiales qui sert de prétendue base juridique à la possession médiata et civilissime des actions émises par celles-ci, et qu'il est dès lors faux de voir dans cette dernière une simple « illustration » de l'effet normalement produit par toute déclaration de faillite. Il se doit maintenant de démontrer en premier lieu l'absence totale de fondement, en droit espagnol, de l'extraordinaire construction par laquelle les tribunaux prétendirent dispenser les organes de la faillite de l'obligation de saisir matériellement les biens de la société faillie tout en leur permettant d'exercer tous les droits qui y étaient rattachés. Il réfutera ensuite les tentatives de justification que le Gouvernement espagnol, conscient de la faiblesse de la position adoptée par ses tribunaux, essaie aujourd'hui de faire admettre par la Cour. A cette fin, il démontrera successivement :

- que contrairement à ce que prétend le Gouvernement espagnol, la saisie des « droits » représentés par les titres appartenant à la Barcelona Traction n'était pas possible, dans le cadre de la procédure de faillite, indépendamment d'une appréhension matérielle des titres;
- que, de même, une saisie du « pouvoir de domination » exercé par la Barcelona Traction sur ses filiales n'était pas possible sans appréhension matérielle des titres;
- que la déclaration de faillite prononcée par le juge de Reus n'a pas étendu ses effets au Canada, en l'absence de tout exequatur accordé par les autorités canadiennes;
- enfin et surabondamment, qu'on ne peut reprocher à la Barcelona Traction, comme essaie de le faire le Gouvernement espagnol (*Contre-Mémoire*, nos 78 et 79, pp. 494 et 495, et nos 84 et 85, p. 497), d'avoir manqué à son devoir en tant que société faillie, pour justifier les mesures illégales prises à son égard.

Sous-section 1

Le droit espagnol exige la saisie effective des biens du débiteur failli.

(549) Le Gouvernement belge tient à rectifier la présentation inexacte qui est donnée de l'état du droit espagnol aux nos 55 à 67, IV, pp. 278 à 285, et à l'Annexe 37, vol. VII, pp. 194 et ss. du *Contre-Mémoire*. Certes, il ne conteste pas que le droit espagnol connaisse des cas dans lesquels la possession s'exerce de manière médiate, c'est-à-dire par l'intermédiaire d'une personne exerçant la possession immédiate pour le compte d'une autre personne, le possesseur médiat. De même, le Gouvernement belge veut bien admettre que des auteurs et des tribunaux espagnols aient parfois qualifié de « possession civilissime » certains modes d'acquisition de la possession, tels que celui que prévoit l'art. 440 du Code civil consacrant l'adage « le mort saisit le vif ». Cependant, il maintient l'affirmation faite au n° 93, p. 48, I, du *Mémoire*, selon laquelle il n'existe pas d'exemple en droit espagnol de l'application, soit de la notion de possession médiate, soit de la notion de possession civilissime — et encore moins d'une possession réunissant simultanément ces deux caractères — à une procédure de faillite. Il constate que le Gouvernement espagnol n'est pas parvenu à démontrer le contraire (1).

Il n'est pas exact que le dessaisissement du failli à l'égard de son patrimoine ait pour corollaire « la mise en possession simultanée des organes de la faillite à l'égard dudit patrimoine » (C.M., n° 56, p. 279). Tout ce qu'on peut affirmer, c'est que la déclaration de faillite prive le failli du pouvoir d'administration et de disposition de ses biens. C'est ce que dit l'article 878 du Code de commerce :

« Une fois déclarée la faillite, le failli sera privé de (*quedará inhabilitado para*) l'administration de ses biens.

Tous ses actes de disposition (*dominio*) et d'administration postérieurs à l'époque à laquelle rétroagissent les effets de la faillite seront nuls ».

Corrélativement, les organes de la faillite acquièrent le pouvoir d'administrer les biens et, à cet effet, ils ont le droit d'en acquérir la possession effective. Il s'agit donc d'un *jus possessionis*, d'un droit à la possession, et non d'une possession actuelle. C'est ce que reconnaît d'ailleurs le Gouvernement espagnol en divers passages du *Contre-Mémoire* (voir le n° 65, p. 285, où il est expressément reconnu que « la possession civilissime est un mode d'acquisition », et non « d'exercice » de la possession).

(550) Cette vocation à acquérir la possession effective n'a, bien entendu, aucune conséquence comme telle sur le plan des droits réels aussi longtemps qu'elle n'est pas actualisée par des actes de prise de possession effective, accomplis suivant les formalités établies par la loi.

La Loi de procédure civile prévoit à cet effet que dès sa désignation, le commissaire doit procéder à la saisie (*ocupación*) des biens et papiers de la faillite, à leur inventaire et à leur dépôt (article 1334). Le Code de commerce de 1829 précise, en son

(1) Ainsi qu'il apparaît de l'Annexe 37 au Chap. III du *Contre-Mémoire* (vol. VII, pp. 194 et ss.), les seuls cas dans lesquels les tribunaux espagnols ont invoqué la notion de possession médiate et civilissime se rencontrent dans le droit des successions et dans le droit hypothécaire.

article 1046, comment la saisie doit matériellement s'effectuer. L'article 1355 de la Loi de procédure civile prévoit la formation de l'inventaire et la remise (*enrega*) aux syndics des biens et papiers du failli. Des dispositions particulières règlent le cas des biens qui se trouvent dans un autre lieu que celui du domicile du failli, et prévoient l'envoi de commissions rogatoires afin qu'ils soient remis au séquestre provisoire ou que leurs détenteurs en soient eux-mêmes constitués dépositaires pour le compte de la masse (voy. art. 1046, 6^o, du Code de commerce de 1829); dans la deuxième hypothèse, ces biens seront compris dans l'inventaire pour la valeur résultant du bilan, des livres et papiers du failli, avec les remarques correspondantes selon les réponses reçues de leurs dépositaires (art. 1079, alinéa 2, du Code de 1829), pour être finalement, eux aussi, mis à la disposition des syndics (article 1081 du Code de 1829.)

Il est clair que ces textes n'auraient aucune utilité si l'on pouvait considérer que les organes de la faillite acquièrent, par le seul effet du jugement déclaratif, une possession équivalant à la possession matérielle des biens et papiers du failli. Il faut en conclure qu'en prétendant reconnaître aux organes de la faillite la « possession civilissime » des biens de la Barcelona Traction, le juge n'a pu leur accorder qu'une simple vocation à prendre possession et non une possession actuelle et effective; pour l'acquisition de cette dernière, l'accomplissement d'actes matériels de saisie était nécessaire.

C'est vainement que le Gouvernement espagnol invoque en sens contraire l'art. 1375 de la Loi de procédure. Cette disposition accorde aux syndics l'action en réintégration à la masse des biens aliénés par le débiteur avant la déclaration de faillite en fraude des droits des créanciers. S'il est vrai que cette action doit s'exercer selon la procédure prévue pour l'*interdicto de recobrar* (qui est une action possessoire analogue à la « réintégrande » du droit français), il n'en résulte nullement, contrairement à ce que semble croire le Gouvernement espagnol, qu'il s'agisse d'une véritable action possessoire (C.M., IV, n^o 64, p. 284). On conçoit mal, en effet, comment les syndics pourraient se prévaloir d'une possession quelconque à l'égard de biens qui ne se trouvent pas dans le patrimoine du débiteur, et dont celui-ci, lui-même, n'avait donc pas la possession. En réalité, c'est uniquement quant à la procédure à suivre que l'article 1375 se réfère à l'*interdicto de recobrar*, ainsi qu'il ressort clairement du texte : « Pour réintégrer à la masse les biens qui en ont été exclus par des contrats frappés d'inefficacité en vertu des dispositions de l'art. 1039 du Code de commerce, l'on procédera par la procédure (*se procederá por los trámites*) de l'*interdicto de recobrar*, les syndics justifiant, par le texte du contrat lui-même, que celui-ci se trouve visé par la loi ».

(551) La nécessité d'une possession effective est également affirmée par la jurisprudence. Partant de l'idée que les biens de l'actif doivent être réalisés au moyen d'une vente publique, et que pour celle-ci, le transfert de la possession physique est nécessaire, elle rejette la possibilité d'une vente par laquelle les biens vendus ne pourraient être délivrés matériellement à l'adjudicataire. Ainsi, dans un arrêt de la première chambre du Tribunal suprême du 12 avril 1890, il est déclaré que « s'il est constant que le vendeur n'était pas en possession de la chose... », il n'a pas rempli l'obligation de délivrer ce qui a été vendu (1).

(1) *Jur. civ.*, 1890, p. 449, 115.

Un arrêt du 29 mai 1906 confirme ce point de vue : « Pour que la passation de l'écriture publique équivaille à la tradition de la chose vendue — est-il affirmé — ... il est nécessaire que le vendeur possède la chose ou se trouve en condition de réaliser la délivrance » (1).

De même l'arrêt du 5 juin 1945 : « Etant donné qu'il n'appert pas que dans le cas du présent litige ait eu lieu entre les intéressés un acte de transfert de possession, simultané ou postérieur à la passation du document privé..., il est indubitable que si ledit acheteur possède bien la faculté d'exiger la délivrance, il ne peut être considéré comme propriétaire tant que celle-ci n'a pas été réalisée » (2), et l'arrêt du 18 juin 1952 (3) : « La tradition réelle et la tradition symbolique exigent comme condition indispensable que celui qui prétend transmettre la propriété agisse avec capacité pour le faire, ce qui n'est pas le cas lorsqu'il n'est pas en possession de la chose dont il s'agit ». Enfin, l'arrêt du 26 juin 1946 (4) est particulièrement instructif :

« Les adjudications et ventes de biens meubles réalisées par enchères en exécution de jugement (*sentencia*)... sont régies en tant que règle générale par ce qui est stipulé avec le même caractère dans le premier paragraphe dudit article (1462 du Code civil), selon lequel on considérera que la chose vendue est délivrée lorsqu'elle est mise au pouvoir et en possession de l'acheteur; et il en est ainsi non seulement en raison du caractère primordial que le Code civil reconnaît à ce précepte, mais également en vertu des dispositions mêmes de la Loi de procédure qui, dans le 2^{me} paragraphe de l'art. 1509, ordonne expressément la délivrance des objets meubles vendus aux enchères à l'adjudicataire ou à l'acheteur par le séquestre, et l'inclusion de leur reçu au dossier, disposition qui est une conséquence logique de l'obligation que les biens meubles soient toujours à la disposition du tribunal qui les met aux enchères, conformément à ce qui est stipulé dans les arts. 1409 et 1410 de la même loi, et de la nécessité procédurale de ce qu'au dossier figurent à tout moment, comme étant au pouvoir de ceux qui les détiennent matériellement, les biens saisis (*embargados*) ou vendus aux enchères ».

(552) L'opinion des auteurs espagnols va, elle aussi, à l'encontre de la thèse défendue dans le *Contre-Mémoire*, et confirme la nécessité d'une prise de possession effective, et non seulement virtuelle. Ainsi, le professeur Carreras Llansana, dans son ouvrage *El embargo de bienes* (Barcelone, Ed. José Ma. Bosch, 1957, p. 129), écrit :

« Si les biens meubles objets d'un ordre de saisie (*embargo*) ne sont pas dûment séquestrés ou déposés, et si l'*embargo* est réalisé au moyen d'une simple déclaration de volonté, il se pourrait que ces biens disparaissent irrémédiablement du patrimoine du débiteur; le résultat de l'*embargo* ne serait pas atteint (*se frustre*)... ».

« En ce qui concerne le séquestre des biens meubles — poursuit le professeur Carreras — son caractère facultatif a été soutenu de longue date par la doctrine, à l'exception des cas où, par impératif légal, le juge de l'exécution doit procéder au dépôt des biens, ce qui est le cas dans les procédures universelles d'exécution, les concours de créanciers et les faillites » (p. 131).

Et en ce qui concerne spécifiquement la saisie d'actions de sociétés, l'auteur écrit catégoriquement : « Lorsqu'il s'agit d'actions (de sociétés anonymes) il suffira de procéder au dépôt du titre ou de l'action pour que la transmission (par le débiteur) ne soit plus possible ». Et par après il répète :

(1) *Jur. civ.* 1907, p. 430, 63.
 (2) Aranzadi, 1945, 695.
 (3) Aranzadi, 1952, 1515.
 (4) Aranzadi, 1946, 840.

« Il faut appliquer ici, en ce qui concerne la mesure de garantie, le principe général qui prescrit le *dépôt* des biens meubles » (p. 489).

Dans le tome II de son important ouvrage sur la faillite, Ramirez, après avoir relevé que ni l'article 1079 du Code de commerce de 1829 (pourtant invoqué par la Cour d'Appel de Barcelone dans son arrêt du 5 février 1952, *A.M.*, n° 192, vol. III, p. 744), ni l'art. 1375 de la Loi de procédure ne soutiennent la thèse selon laquelle les organes de la faillite seraient dispensés de prendre possession réellement des biens composant le patrimoine du débiteur, conclut :

« Nous pouvons conclure en disant que s'il est vrai que le dessaisissement (*desapoderamiento*) se produit par l'effet du jugement déclaratif de faillite et opère dès la date de ce jugement, et même en admettant, non sans certaines réserves, que par le dessaisissement, les organes d'administration et de représentation de la faillite sont investis de la possession civilissime du patrimoine du débiteur, ladite possession civilissime *ne suffit en aucune façon* pour que ce patrimoine soit réellement englobé dans la masse faillie (*vinculado a la quiebra*), étant donné que, dans tous les cas, son appréhension matérielle ou saisie (*ocupación*) est nécessaire.

« En effet, sans appréhension matérielle, on ne peut parler de dépôt ou séquestre. Et sans dépôt ou séquestre, on ne peut parler d'administration ni, par conséquent, d'aliénation.

« C'est précisément parce que la possession civilissime, inhérente, le cas échéant, au dessaisissement, subroge les organes d'administration et de représentation de la faillite dans les facultés d'administration et de disposition du failli, que la loi les met en mesure (*les faculta*) d'appréhender matériellement les biens sur lesquels ils doivent exercer ces facultés. C'est là l'effet du dessaisissement : le droit de posséder matériellement.

« Il est inutile de dire que l'appréhension matérielle ou saisie (*ocupación*) des biens du failli est le complément indispensable du dessaisissement, étant donné que, sans cette saisie ou possession matérielle, les biens du failli ne pourraient être affectés réellement aux buts poursuivis dans la faillite ».

De l'avis du Gouvernement belge, on ne peut démontrer de façon plus réitérée la fausseté de la thèse selon laquelle la possession civilissime permet de se dispenser de l'appréhension matérielle ou de la saisie.

Sous-section 2

La saisie des droits de la Barcelona Traction sur ses filiales n'a pu se réaliser indépendamment des titres représentatifs des actions.

(553) Le Gouvernement espagnol se rend compte que la prétention du juge de Reus de conférer aux organes de la faillite la possession « médiate et civilissime » de biens se trouvant au Canada, les dispensant ainsi de procéder à leur appréhension matérielle, est totalement insoutenable. C'est pourquoi, comme souvent, il essaie de suppléer, aux motifs manifestement indéfendables invoqués par les décisions des tribunaux espagnols, un raisonnement qu'il croit plus acceptable. Il ne craint pas pour cela de nier l'évidence même en affirmant (*C.M.*, IV, n° 62 et ss., pp. 489 et ss.) que « dans la procédure de faillite, il n'a pas été saisi... des biens situés en dehors d'Espagne ». Pour tenter de le démontrer, il est obligé de soutenir que la saisie a porté sur les « droits » que conférerait à la Barcelona Traction la qualité de titulaire de la quasi-totalité des actions de ses filiales, et non sur les titres représentatifs de ces droits. Cette affirmation est en contradiction absolue avec les termes mêmes du jugement de Reus, qui vise expressément les « actions qui seraient en la possession de Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. », entendant par là les titres dans lesquels les droits sont incorporés, et non les droits considérés comme « détachés » des titres, ainsi qu'il a été démontré ci-dessus (*supra*, n° 25). Ce sont ces titres, et non d'hypothétiques « pouvoirs de domination » considérés comme *pertenencias* susceptibles d'appropriation indépendante, qui ont été saisis, de même que ce sont les faux titres émis par les pseudo-assemblées générales et remis aux syndicats qui ont été ultérieurement mis en adjudication et vendus. (Voy. à cet égard, *supra*, n° 178).

Sur le plan juridique, l'explication que le Gouvernement espagnol tente de substituer aux motifs réels du jugement ne résiste pas davantage à l'examen.

Elle se fonde sur deux prémisses : 1) au cours d'une procédure de faillite, les droits incorporés dans un titre d'action ou d'obligation nominative ou au porteur sont susceptibles d'être saisis et vendus indépendamment de la possession du titre matériel qui les constate ; 2) ces droits, envisagés indépendamment des titres, sont situés au lieu d'exploitation, au centre d'activité de la société, c'est-à-dire, *in casu* : en Espagne.

Le Gouvernement belge démontrera ci-après que, contrairement à ce que prétend le *Contre-Mémoire*, le droit espagnol consacre le principe universellement reconnu de l'incorporation aux titres nominatifs et au porteur des droits qu'ils constatent, et que ce principe n'est nullement tenu en échec par les procédures d'exécution singulières ou collectives, notamment par la faillite. D'autre part, en vertu de ce principe, les droits sont localisés au lieu où se trouvent les titres ; en conséquence, aucune mesure d'exécution ne peut frapper les droits sans le concours des autorités du pays où se trouvent les titres.

Toutefois, le Gouvernement belge tient à faire observer d'emblée que, même si l'on admettait la thèse du *Contre-Mémoire*, on ne justifierait pas la saisie des actions de l'Ebro et de Catalanian Land ; on justifierait tout aussi peu l'exercice par les organes de la

faillite des droits afférents aux titres prétendument saisis pour destituer les conseils d'administration et en nommer d'autres, pour transférer le siège de ces sociétés à Barcelone, leur imposer la nationalité espagnole, émettre de nouveaux titres d'actions et réaliser ceux-ci. En effet, ces deux sociétés canadiennes avaient leur siège social effectif à Toronto, de sorte que, même dans la thèse du Gouvernement espagnol, leurs actions devaient être considérées comme situées au Canada. Le changement de statut qui leur fut imposé au cours de la procédure de faillite constitue une atteinte inadmissible à la compétence législative canadienne et, par conséquent, une usurpation de compétence flagrante, ainsi que l'a constaté le juge canadien Schroeder dans son jugement dans l'affaire *National Trust v. Ebro Irrigation & Power Co.* (cité en annexe n° 190, vol. IX, p. 240 du *Contre-Mémoire*) (1).

- a) *Les droits incorporés dans des titres-valeurs ne sont pas susceptibles d'être saisis indépendamment des titres qui les constatent.*

1° *Caractères principaux des titres-valeurs*

(554) Le *Contre-Mémoire* paraît considérer à plusieurs reprises qu'un actionnaire ou un obligataire a deux droits distincts, l'un sur l'instrument négociable émis par la société, et l'autre qui lui confère des prérogatives abstraites à l'égard de la société; ces deux droits, dans la conception du Gouvernement espagnol, auraient chacun sa propre destinée.

Ainsi, le jugement déclaratif de faillite aurait affecté les droits « indépendamment de la possession ou détention effective des titres »; néanmoins, « avec une rigueur scientifique », le juge aurait également ordonné la saisie des titres, car « ceux-ci sont toujours une *pertenencia* du débiteur failli et . . . il s'agit de choses corporelles susceptibles de possession tant médiate qu'immédiate » (*C.M.*, n° 60, p. 281. Voy. aussi *C.M.*, n° 134 à 136, pp. 518 et 519).

Cette manière d'envisager les choses est inexacte. Il n'y a qu'un seul droit, et il porte sur l'action ou l'obligation. C'est le titulaire de l'action qui exerce les droits attachés au titre. L'argumentation du *Contre-Mémoire* ignore que, comme le soulignent les spécialistes du droit commercial tant en Espagne que dans les autres pays (2), les « actions » et « obligations » des sociétés de capitaux, qu'elles soient nominatives ou au porteur, sont des *titres négociables*. L'on désigne par là des documents écrits qui, par eux-mêmes, confèrent, à ceux qui en sont régulièrement nantis, certains droits et qui, pour cette raison, sont soumis à un statut juridique particulier, destiné à la fois à simplifier le mode de transmission du titre et à augmenter la sécurité des titulaires successifs.

(1) Il n'est pas inutile de reproduire ici les termes dans lesquels ce magistrat décrit l'usurpation commise par le biais de l'attribution aux organes de la faillite de la possession médiate et civilissime des actions d'Ebro et de Catalanian Land : « on en est réduit à des supputations quant au sens de cette expression (*posesión mediata y civilísima*), étant donné que tant Monsieur Sanchez que le Dr. Giralt conviennent de ce qu'il s'agit d'un terme inconnu en droit espagnol, mais apparemment, ces mots étaient censés avoir l'effet magique de permettre aux organes auxquels ces pouvoirs extraordinaires étaient conférés d'atteindre par-delà les mers et de soumettre à leur possession et à leur contrôle des certificats d'action et des titres d'obligations qui, physiquement, reposaient dans un coffre, quelque part dans la ville de Toronto. Il s'en dégage clairement, cependant, qu'il s'agit là d'une forme de procédure nouvelle, qui n'avait pas de fondement en droit espagnol tel qu'il existait à l'époque où cette nouvelle théorie fut introduite pour la première fois dans l'affaire de la Barcelona. » (Voy. *A.C.M.*, vol. IX, p. 244). Sur cette procédure voir *A.R.* 134, app. 4.

(2) Voy. *infra*, n° 556, pour les citations de la doctrine et de la jurisprudence espagnoles.

Les droits conférés par le titre sont indissolublement liés à ce dernier, au point que seul celui qui a le titre peut exercer les droits. Le titre ne constitue pas une valeur indépendante du droit; il n'est pas un simple instrument de preuve du droit: il *est* le droit. Celui-ci est donc, en quelque sorte, « objectivé » par son incorporation au titre. Il devient une valeur en circulation (*Wertpapier*).

(555) Suivant le mode de circulation des titres-valeurs, on distingue les titres au porteur et les titres nominatifs (1).

a) Les droits incorporés en des titres au porteur, comme l'étaient les actions des filiales espagnoles de la Barcelona Traction, sont cessibles aux tiers par la seule tradition du titre. L'exercice de ces droits est soumis à une seule condition: la possession légitime du titre. Tant que le titre subsiste, le droit qu'il représente est lié à sa possession. C'est pourquoi ce droit est considéré comme un meuble corporel: il se confond avec l'écrit qui le matérialise. Cette conséquence est admise non seulement en droit espagnol, mais dans tous les systèmes juridiques qui connaissent l'institution du titre au porteur (Voy. *A.R.*, n° 94). Il se trouve donc nécessairement localisé au même lieu que le titre lui-même (Voy. *infra*, n° 565 et *A.R.*, n° 95).

Par le seul fait de l'émission de titres au porteur, la société s'engage d'avance à reconnaître la qualité d'associé à quiconque se présentera à elle par la suite comme porteur régulier du titre. Celui-ci dispose à l'égard de la société d'un droit originaire, dont la mesure est définie exclusivement par les statuts et par la loi qui régit le fonctionnement de la société, sans que les exceptions personnelles que la société aurait pu faire valoir à l'encontre du porteur précédent lui soient opposables. En effet, c'est la possession du titre qui confère le droit: ce qui est cédé, à titre principal, c'est l'instrument, et non le droit, lequel n'est transmis que par voie de conséquence; dès lors, chaque porteur successif acquiert un droit propre, indépendant de celui de son auteur, et dont l'existence découle exclusivement de la possession du titre, sans dépendre en aucune manière des droits dont disposait le titulaire précédent.

Cette solution est expressément consacrée, en Espagne, par une disposition légale: l'article 545, 2°, du Code de commerce énonce en effet que les effets au porteur « seront transmissibles par la simple tradition du document » (*serán transmisibles por la simple tradición del documento*).

b) Le titre *nominatif* consiste dans une inscription portée au nom du titulaire dans un registre tenu par l'établissement émetteur, et qui représente un droit dont la transmission s'opère, à l'égard des tiers, par un procédé appelé « transfert », c'est-à-dire par la substitution, à l'inscription existant au nom du cédant, d'une nouvelle inscription au nom du cessionnaire. Il s'agit également, comme pour le titre au porteur, d'un titre négociable, au sens exact du terme: il confère un droit propre, incorporé dans l'inscription au registre, car seul le titulaire de l'inscription peut exercer le droit. Telle est la conception généralement admise en droit commercial, notamment dans la province de l'Ontario —

(1) Une troisième catégorie de titres-valeurs est constituée par les titres à ordre. Toutefois, ceux-ci ne seront pas discutés ici, car aucun des titres saisis n'était un titre à ordre.

d'un intérêt tout particulier dans le présent litige puisque les actions des filiales canadiennes de la Barcelona Traction étaient toutes nominatives (1).

2° *Le droit espagnol reconnaît aux actions de sociétés anonymes le caractère de véritables titres-valeurs.*

(556) La doctrine espagnole unanime reconnaît que le document qualifié « action » ou « obligation » n'est pas un simple instrument de preuve du droit, mais qu'il s'identifie entièrement avec ce dernier, qu'il constitue un véritable papier-valeur. Contrairement à ce que veut laisser entendre le *Contre-Mémoire* (IV, note 1 au n° 66, p. 285), telle est bien l'opinion des professeurs Garrigues et Uriá dans leurs *Commentaires de la loi sur les sociétés anonymes*. Aux pages 360 et suivantes (citées de manière incompréhensible par le Gouvernement espagnol à l'appui de la thèse contraire), ces auteurs affirment: « L'action présente un caractère documentaire d'extraordinaire importance, comprenant toutes les questions se référant au titre qui représente de façon graphique la participation patrimoniale de l'associé, accreditée l'appartenance de celui-ci à la collectivité sociale et le légitime pour l'exercice des droits inhérents à la condition d'actionnaire ». Ils ajoutent que: « de la triple fonction probatoire, dispositive et constitutive que peuvent remplir les documents par rapport au fait, à l'acte ou à l'opération juridique auxquels ils se réfèrent, le document-action ne remplit que les deux premières. L'action est, dès lors, un document probatoire, mais elle n'a ni exclusivement ni essentiellement la mission de servir de preuve de la condition d'associé et des droits qui y sont inhérents. L'action remplit avant tout une fonction de caractère éminemment dispositif, permettant la transmission rapide et facile des droits qu'elle incorpore et légitimant son acquéreur pour l'exercice de ces droits. Les droits que l'action transmet naissent indépendamment du titre qui les incorpore; ils peuvent exister — et cela arrive fréquemment — sans que le titre matériel n'existe. C'est pourquoi ce titre n'a pas une fonction constitutive. Mais une fois le titre créé, les droits de l'associé s'incorporent à lui de façon inséparable, et ensemble, ils subiront le même sort ».

Et les deux auteurs concluent: « Cette incorporation des droits au titre et cette permanente fonction dispositive du document-action ont conduit tout naturellement la doctrine à les englober dans le système général des titres-valeurs, nonobstant le fait que les caractéristiques spéciales de l'action lui confèrent une physionomie et une position spéciales à l'intérieur de ce système... L'action est un document nécessaire et suffisant pour l'exercice des droits d'associé ».

On conçoit mal, en lisant ces lignes, comment le Gouvernement espagnol ose affirmer que ces auteurs soutiennent, dans le passage cité, la thèse selon laquelle les titres d'action ne sont pas considérés comme d'authentiques titres-valeurs.

(1) Voy. Fraser et Stewart, *Handbook of Canadian Company Law*, Toronto, 1960, p. 105; en Espagne, E. Langle, *Manual...*, t. II, pp. 99 à 116; J. Garrigues, *Curso...*, t. I, p. 552, qui parle à leur sujet de « titres directs »; en Allemagne, Baumbach et Hueck, *Aktiengesetz*, 1959, p. 141; Enneccerus, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, vol. III, *Sachenrecht*, par Wolff et Raiser, 1957, p. 252; Gierke, *Handelsrecht und Schiffahrtsrecht*, 1958, p. 324; Würdinger, *Aktienrecht*, 1959, p. 513; en Suisse, De Steiger, *Le droit des sociétés anonymes en Suisse*, 1950, p. 144; en France, Escarra et Rault, *Traité de dr. com.*, 1955, t. III, n° 1279; en Belgique, Frédéricq, *Traité de dr. com. belge*, t. IV, n° 332; Van Ryn et Heenen, *Principes de dr. com.*, II, n° 1310).

Le professeur Giron (*Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952, pp. 121 et ss.) déclare de même que « l'on constate dans l'action la dernière note qui caractérise véritablement les titres-valeurs et explique la fonction qu'ils remplissent dans le commerce : l'incorporation du droit au titre, de telle façon que la détention légitime de ce dernier est indispensable pour l'exercice du premier » ; et il ajoute : « une fois celui-ci (le titre) émis, le droit suit la vie du document comme chose ».

Dans son *Curso de derecho mercantil*, le professeur Garrigues distingue nettement le simple document probatoire, qui sert à accréditer l'existence d'un droit en facilitant la preuve, mais sans être la condition nécessaire (*presupuesto*) de l'existence et de l'exercice du droit, et le titre-valeur, dans lequel « l'exercice du droit est indissolublement lié à la possession du titre ». Et l'éminent commercialiste espagnol d'ajouter : « Dans les titres ordinaires, le document est l'accessoire du droit : qui a le droit, a également le droit à obtenir le titre. Dans les titres-valeurs, le droit est l'accessoire du titre : qui a le titre, est également titulaire du droit, et il n'y a pas de droit sans titre ». (J. Garrigues, *Curso de derecho mercantil*, Madrid, 1962, t. I, p. 541). Le même raisonnement est tenu par le professeur Emilio Langle (*Manual de derecho mercantil español*, Barcelone, 1954, t. II, p. 78) : « Le droit ne peut pas être invoqué ni transmis sans le document et, d'autre part, lorsque l'on dispose du document, on a disposé du droit incorporé dans celui-ci. En effet, la caractéristique du titre-valeur consiste dans le fait que le document constitue le véhicule du droit lui-même » (Id., *ibid.*, p. 79 : « *el documento constituye como el vehículo del derecho mismo* »). Dès lors, cet auteur conclut que le titre-valeur n'a pas une simple fonction probatoire, mais une fonction de *légitimation*. On doit rappeler enfin que selon le professeur Carreras Llansana (*El embargo de bienes*, 1957, p. 489), dans la saisie d'actions de sociétés, il y a lieu de procéder au dépôt du titre pour que la transmission n'en soit plus possible.

(557) La jurisprudence du Tribunal suprême consacre elle aussi la notion de titre-valeur et y fait rentrer les actions de sociétés :

- 30 mai 1895 (*C.L.*, vol. II, p. 234) : « du fait qu'ils sont des titres au porteur, les titres de la dette publique sont transmissibles par la seule tradition, et la simple possession du titre implique la propriété ».
- 5 juillet 1945 (*Rep. Jurispr. Aranzadi*, n° 871) : « dans les sociétés anonymes, le titre représentatif des actions au porteur est le document adéquat pour faire valoir les droits d'actionnaire et pour les transmettre à autrui ; l'exercice de ces droits est lié à la possession du titre ».
- 26 juin 1946 (*Rep. Jurispr. Aranzadi*, n° 840) : « malgré les adjudications en sa faveur, les valeurs déposées à la Banque d'Espagne ne lui ont pas été livrées ni mises à sa disposition et il est, dès lors, indiscutable, en ce qui concerne la livraison des choses vendues publiquement, que les adjudications n'ont pas été consommées et que les requérants ne sont pas parvenus à acquérir le moindre droit réel sur les valeurs, ce qui a permis légalement aux donataires de s'adresser aux tribunaux pour postuler la nullité des adjudications mentionnées ».

En conclusion on constate que, contrairement à l'affirmation du Gouvernement espagnol, les actions et obligations de sociétés sont de véritables titres-valeurs, et qu'en conséquence pour saisir effectivement les droits qui s'y trouvent incorporés, l'appréhension matérielle du titre est indispensable.

3^o Réfutation des objections du Gouvernement espagnol.

(558) Le Gouvernement espagnol prétend qu'à défaut de revêtir le caractère de « littéralité », les titres d'actions ne seraient pas de véritables papiers-valeurs (*C.M.*, IV, n^o 45, pp. 270 et 271). Cette objection est sans fondement. En effet, s'il est vrai que le contenu des droits incorporés dans des papiers-valeurs est en général déterminé par le libellé même du titre (règle de la « littéralité »), ce caractère n'est reconnu d'une manière absolue qu'aux effets de commerce (lettres de change, chèques, etc.). Il subit au contraire certaines atténuations lorsqu'il s'agit de valeurs mobilières (actions et obligations de sociétés) ou de « titres concrets » (polices d'assurances, connaissements). Toutefois, ces dérogations n'ont jamais conduit aucun auteur, en Espagne ou ailleurs, à refuser aux uns et aux autres le caractère de titres négociables ou de papiers-valeurs.

Ainsi, pour Garrigues (*Curso de derecho mercantil*, Madrid, 1962, t. I, p. 549), « la littéralité du droit est la caractéristique propre des titres-valeurs parfaits, c'est-à-dire ceux dans lesquels se réalise de manière complète l'incorporation du droit au titre... En opposition avec ces titres parfaits (également appelés juridico-scripturaux) on trouve les titres imparfaits (appelés juridico-matériels) (1), qui répondent également à la notion de titre-valeur... et qui incorporent un droit préexistant dont l'existence et les modalités se déterminent par référence à des éléments extérieurs au titre (exemple : actions d'une société anonyme, lesquelles ne représentent rien de plus qu'un certificat relatif aux statuts »).

Le même auteur ne dit pas autre chose dans l'ouvrage écrit en collaboration avec le professeur Uriá et que le *Contre-Mémoire*, (n^o 66, note 1, p. 285) cite à tort (voy. *supra*, n^o 556).

Voy. aussi E. Langle, *Manual de derecho mercantil español*, Barcelone, 1954, t. II, pp. 78 à 81, qui distingue deux caractéristiques des titres-valeurs : d'une part l'incorporation du droit au titre, d'autre part, le principe de littéralité. Toutefois, ajoute-t-il (p. 90), ce dernier n'est pas une composante *sine qua non* de tout titre-valeur.

Dès lors, l'objection du Gouvernement espagnol doit être rejetée.

(559) De même, c'est en vain que le Gouvernement espagnol prétend dénier la caractéristique de titre-valeur aux actions de sociétés, sous prétexte que le droit prend naissance avec la société, et non pas avec l'émission du titre. « Si le droit est antérieur, poursuit le Gouvernement espagnol, on voit mal comment son existence pourrait dépendre de l'existence d'un titre auquel il puisse être incorporé ». (*C.M.*, n^o 44, p. 270.) Il cite à ce propos un passage de Garrigues (*Curso de derecho mercantil*, Madrid, 1962, t. I, p. 542) qui, pris hors de son contexte, pourrait faire croire que cet auteur n'admet pas l'incorporation du droit au titre (*C.M.*, n^o 44, p. 270, note 1). Or, on a vu plus haut qu'il n'en est rien.

En réalité, l'objection du Gouvernement espagnol porte à faux. L'incorporation du droit au titre ne signifie nullement que « l'existence » du droit dépend nécessairement de l'existence d'un titre. S'il en est ainsi pour certains titres négociables (Garrigues cite l'exemple de la lettre de change : *op. cit.*, p. 541), ce n'est pas là une règle générale.

(1) Ce sont ceux que l'on appelle aussi, en droit français et en droit belge, les « titres concrets ».

Le titre-valeur a pour objet de faciliter la circulation de certaines créances et de certains droits d'associés; grâce à la notion d'incorporation du droit au titre, la circulation du droit sera considérablement simplifiée, du fait que sa transmission pourra s'effectuer selon les formes requises pour le transfert des meubles corporels; simultanément, la sécurité juridique tant du porteur que de l'émetteur sera renforcée, notamment par l'autonomie du droit de chacun des porteurs successifs (voy. *supra*, n^{os} 554-555). Mais si aucun titre n'est émis, ou si, après avoir été émis et avoir circulé pendant un certain temps, le titre est détruit ou perdu, cela n'a point pour conséquence que le droit n'existe pas ou cesse d'exister. Il en résultera seulement qu'il pourra moins facilement être transmis : il faudra créer ou reconstituer le titre, soit non encore existant, soit détruit ou perdu. La reconstitution se fait par la procédure d'amortissement, dans le cas des titres perdus; au terme de cette procédure, le titulaire dépossédé obtient la délivrance d'un nouveau titre. C'est à cette possibilité que fait référence Garrigues, et le passage cité par le *Contre-Mémoire* n'a pas d'autre portée.

En résumé, l'incorporation du droit au titre signifie que l'exercice du droit est, pour des motifs de sécurité juridique et de nécessité pratique, impossible sans le transfert du titre, aussi longtemps que celui-ci existe; il ne signifie pas que la perte ou la destruction de celui-ci entraîne *ipso facto* la disparition du droit (Voy. J. Garrigues, *op. cit.*, p. 548; E. Langle, *Manual de derecho mercantil español*, Barcelone, 1954, t. II, p. 84; J. Van Ryn et J. Heenen, *op. cit.*, n^o 1301).

(560) Le *Contre-Mémoire* cherche également à nier le caractère de négociabilité des titres de la Barcelona Traction, en alléguant que dans plusieurs cas les sociétés auxiliaires et filiales n'avaient pas encore procédé à l'émission d'actions définitives, mais s'étaient contentées de remettre des récépissés provisoires (C.M., IV, n^o 47, pp. 272-273).

Cet argument n'est pas conforme aux faits (1); en outre, il n'est pas défendable en droit : comme le Gouvernement belge le démontre (A.R., n^o 96), les récépissés provisoires, comme les titres définitifs, sont, en droit espagnol, des titres négociables, de véritables papiers-valeurs.

(561) Malgré la reconnaissance incontestée, tant en doctrine qu'en jurisprudence espagnoles, de l'incorporation des droits d'actionnaire et d'obligataire aux titres au porteur qui les constatent et du lien indissoluble qui unit les premiers aux seconds, le Gouvernement espagnol prétend que l'action n'est qu'un mode de preuve, parmi d'autres, de la qualité d'actionnaire. « Si le titre et le droit s'identifiaient dans l'action, seul celui qui posséderait physiquement le titre serait en mesure d'exercer le droit », est-il dit dans le *Contre-Mémoire* (n^o 45, p. 271). Or, est-il ajouté, celui qui ne possède pas physiquement le titre peut exercer le droit, « pourvu qu'il établisse sa qualité de titulaire selon tel autre moyen de preuve ».

Cette affirmation méconnaît totalement la portée de l'incorporation des droits dans les actions nominatives ou au porteur. Ainsi que le relèvent les auteurs espagnols dans les extraits précités, le titre-valeur exerce une fonction de *légitimation* : c'est de la possession du titre que découle la possibilité d'exercer le droit, et non l'inverse. Celui qui ne possède pas physiquement le titre tout en y ayant droit pourra, le cas échéant,

(1) En effet, il est faux de prétendre que seuls des récépissés provisoires aient été émis : Unión Eléctrica de Cataluña, Compañía Barcelonesa de Electricidad, Electricista Catalana, Ebro et Catalanian Land avaient toutes émis des titres définitifs. Seules les actions de Salto del Segre étaient représentées par des certificats provisoires. (voir *supra*, n^o 102 et A.R., n^o 29).

exercer les actions utiles en vue de se le faire remettre, mais aussi longtemps qu'il ne l'aura pas entre ses mains, il ne pourra exercer les droits qui en découlent (1).

(562) On ne saurait, pour ce motif, suivre le Gouvernement espagnol lorsqu'il écrit (*C.M.*, IV, n° 45, p. 271) que « comme le droit et le titre sont dissociables, il se peut que le premier soit transmis même sans la possession physique du second, et cela aussi bien dans le cas de transmission *mortis causa* que dans celui de transmission *inter vivos* volontaire ou forcée ». S'il est vrai que la propriété de papiers-valeurs, comme celle de tout bien meuble corporel, peut dans certains cas être transférée sans dépossession (2), il y a lieu de souligner que le nouveau propriétaire ne peut exercer les droits qui y sont attachés (notamment celui de voter aux assemblées d'actionnaires ou de percevoir les dividendes) aussi longtemps que le cédant n'a pas mis le titre à sa disposition. Dans l'intervalle, le seul droit dont il dispose est celui d'exiger du cédant la remise du titre.

Le même phénomène se produit en cas de succession *ab intestat*. En vertu de l'adage « le mort saisit le vif », consacré par l'art. 440 du Code civil espagnol, les héritiers sont saisis de plein droit des biens du défunt. Toutefois, si ces biens consistent en des papiers-valeurs, les héritiers du défunt ne pourront exercer les droits qui s'y rapportent aussi longtemps qu'ils n'auront pas obtenu la possession matérielle des titres.

De même, dans l'hypothèse où des actions sont données en gage, ou lorsqu'un usufruit est constitué sur elles, il ne se produit pas non plus de dissociation entre le droit et le titre, contrairement à ce que paraît croire le Gouvernement espagnol (*C.M.*, n° 44, p. 270.) C'est le propre de l'usufruit que de constituer un démembrement du droit de propriété, certains attributs de celui-ci appartenant à l'usufruitier et d'autres au nu propriétaire. Il est normal, dès lors, que certains droits d'associé, envisagés comme

(1) Le Gouvernement espagnol feint de ne pas comprendre comment la Barcelona Traction a pu exercer ses droits d'actionnaire de ses filiales, alors que les titres se trouvaient au pouvoir de la National Trust, et espère trouver là un argument *ad hominem* contre la position du Gouvernement belge (*C.M.*, n° 47, pp. 272-273, et n° 80, p. 495.) En réalité, la réponse est extrêmement simple : en vertu des *trust deeds* régissant l'émission des obligations, jusqu'au moment où surviendrait l'un des événements qui rendent le gage exécutable et où elle aurait décidé d'exécuter, la National Trust était tenue d'autoriser la Barcelona Traction à exercer, moyennant procurations données par elle, tous les droits de vote conférés aux titres faisant l'objet du gage (*charge*) (Voy. la clause 21 du *Trust Deed* relatif à l'émission des obligations *Prior Lien* et la clause 12 du *Trust Deed* relatif à l'émission des obligations *First Mortgage*, citées à l'annexe n° 97).

Lorsque la Barcelona Traction désirait exercer son droit de vote aux assemblées des filiales espagnoles, dont les actions étaient au porteur, la National Trust délivrait des attestations certifiant qu'elle détenait les actions en dépôt pour le compte des mandataires désignés : ceux-ci pouvaient se prévaloir de ce dépôt pour exercer le droit de vote. Il est donc erroné de voir dans la pratique suivie une preuve de ce que l'on pourrait exercer le droit de vote afférent à des titres au porteur sans avoir la possession de ceux-ci.

En ce qui concerne les actions nominatives, la situation était différente. Etant donné que, selon le droit de l'Ontario, peut prendre part au vote toute personne inscrite au registre des actionnaires (Fraser et Stewart, *Handbook on Canadian Company Law*, Toronto, 1960, p. 106) ou son mandataire (*ibidem*, p. 166), sans que la formalité du dépôt en banque soit requise comme c'est le cas pour les actions au porteur, l'exercice du droit de vote afférent aux actions inscrites au nom de la National Trust ne soulevait guère de difficulté. La National Trust donnait mandat aux personnes indiquées par la Barcelona Traction, et ceux-ci (qui étaient généralement des administrateurs de la Barcelona Traction) votaient conformément aux instructions de cette dernière.

(2) Ceci est possible, en droit espagnol, notamment par constitut possessoire.

se rapportant à la jouissance du titre sur lequel porte l'usufruit (droit de percevoir les dividendes), soient attribués à l'usufruitier, tandis que d'autres, plus étroitement rattachés à la propriété comme telle (droit de vote), sont réservés au nu propriétaire. Ceci ne porte en rien atteinte au principe selon lequel les droits d'associé sont incorporés au titre. En effet, c'est sur le titre lui-même que l'usufruit est constitué, et ce, lorsqu'il s'agit d'un titre au porteur, dans les formes prévues pour l'usufruit des biens meubles corporels (1); comme dans tout usufruit, qu'il porte sur des immeubles ou sur des meubles corporels, certaines prérogatives appartiennent de droit à l'une des parties, et d'autres à l'autre (ainsi, l'usufruitier peut louer le bien, tandis que le nu propriétaire pourra le vendre). Ceci n'empêche que, contrairement à ce que paraît penser le Gouvernement espagnol, pour pouvoir exercer les droits qui leur appartiennent, l'usufruitier comme le nu propriétaire sont tenus de justifier qu'ils ont la possession du titre et de le déposer éventuellement dans une banque ou au siège de la société.

Les mêmes considérations valent, *mutatis mutandis*, pour le gage. Ici aussi, le droit est constitué conformément aux formes requises pour le gage d'un bien mobilier (2).

Il n'est pas possible de donner en gage un droit constaté par un titre au porteur sans effectuer la remise matérielle de ce titre au créancier-gagiste ou à un tiers convenu : étant incorporé au titre, le droit ne peut pas être donné en gage indépendamment de lui. Il n'y a là rien d'autre que l'application du principe de l'incorporation du droit au titre.

Cependant, étant donné qu'en droit espagnol le créancier-gagiste ne devient pas propriétaire du titre ni titulaire du droit qui y est incorporé, il devra, si le débiteur le lui demande, déposer les titres en banque ou au siège de la société afin de lui permettre de prendre part à l'assemblée générale et d'exercer les droits dont le débiteur est demeuré titulaire. L'article 42 de la Loi espagnole sur les sociétés anonymes n'a d'autre objet que d'imposer au créancier-gagiste l'obligation d'obtempérer à la demande que son débiteur lui adresserait à cet effet. Loin de consacrer une « scission » entre le droit et le titre, comme le prétend à tort le Gouvernement espagnol, cet article ne fait donc que confirmer que l'ordre juridique espagnol reconnaît pleinement l'incorporation du premier au second et subordonne l'exercice du droit à la possession du titre.

La preuve que l'incorporation *subsiste* en cas d'usufruit ou de gage, c'est que si l'usufruitier ou le créancier-gagiste, excédant les pouvoirs qui lui sont reconnus, revendait le titre à un tiers de bonne foi, celui-ci acquerrait la propriété pleine et entière du titre, conformément aux règles sur l'acquisition de bonne foi des biens mobiliers. De même, si l'usufruitier ou le créancier-gagiste se présentait, ayant la possession du titre, au siège de la société sans révéler le caractère limité de son droit, et prétendait

(1) J. Garrigues, *op. cit.*, p. 570 : « L'usufruit (d'un titre au porteur) se constitue comme un usufruit d'un bien mobilier ». Voy. aussi L. Enneccerus, Th. Kipp et M. Wolff, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Bd. III, *Sachenrecht*, par M. Wolff et L. Raiser, Tubingen, 1957 (10^e éd.), p. 496 : « lorsque d'après le droit applicable à la constitution de l'usufruit sur le droit, la constitution d'un usufruit sur le papier envisagé comme une chose est exigée (comme c'est le cas en Allemagne pour les titres au porteur), alors la loi du lieu de situation du papier doit être respectée, pour que l'usufruit naisse ».

(2) J. Garrigues, *op. cit.*, p. 570 : « le droit de gage porte également sur le droit incorporé au titre, mais se constitue comme un gage sur une chose mobilière »; L. Enneccerus et autres, *op. cit.*, pp. 729-730 : « Pour le gage sur les titres au porteur (et sur le droit qu'ils constatent), les règles sur le gage mobilier sont applicables ».

exercer un droit revenant au propriétaire (par exemple le droit de vote), ce droit serait valablement exercé et on ne pourrait faire grief à la société de l'avoir autorisé. Il n'est donc pas possible de soutenir que, dans l'hypothèse d'un usufruit ou d'un gage, l'opération porte sur le droit considéré indépendamment du titre.

(563) Les trois décisions de jurisprudence citées au Chap. III, n° 46 du *Contre-Mémoire* (IV, pp. 271-272) n'apportent, elles non plus, aucun appui à la thèse selon laquelle les droits d'actionnaire ou d'obligataire pourraient être exercés indépendamment de la possession des titres.

Dans l'arrêt du 17 avril 1917, la créancière qui s'était fait adjuger en paiement la participation du débiteur dans une société anonyme, ne put percevoir les dividendes ni participer par son vote à la gestion de la société; c'est la raison pour laquelle, après l'adjudication en paiement, elle dut intenter un deuxième procès, cette fois contre la société, en vue d'obtenir l'annulation des titres anciens et l'émission de titres nouveaux en sa faveur. C'est ce deuxième procès qui donna lieu à l'arrêt du Tribunal Suprême que cite le Gouvernement espagnol (Voy. le texte complet de l'arrêt du 17 avril 1917 en annexe n° 98).

Dans l'arrêt du 19 avril 1960, dont les faits sont relatés de manière incomplète au n° 46 du *Contre-Mémoire* (p. 272), les titres avaient effectivement été déposés par la veuve et les héritiers du défunt auprès de la société afin de légitimer l'assistance de la veuve à l'assemblée; le droit de la veuve n'était pas contesté pour le motif que celle-ci n'avait pas la possession matérielle, mais simplement du fait que, l'héritage n'ayant pas encore été partagé, les actions n'avaient pas été adjugées de façon concrète. C'est ce moyen qui fut rejeté par le Tribunal Suprême, dans l'attendu cité par le Gouvernement espagnol; il n'était aucunement question de savoir si la « possession civilissime » résultant de l'article 440 du Code civil pouvait suppléer à l'absence de la possession matérielle pour l'exercice des droits incorporés dans le titre, étant donné que la possession matérielle existait. (L'arrêt du 19 avril 1960 est reproduit, dans une traduction insuffisante, à l'annexe 34, doc. 2, du *Contre-Mémoire* (vol. VII, p. 184 ss.). Le Gouvernement belge produit, à l'annexe n° 99 à la présente *Réplique*, sa propre traduction des motifs qui touchent au problème discuté).

Enfin, on ne comprend pas quel parti le Gouvernement espagnol entend tirer de l'arrêt du 17 février 1958 (également cité au n° 46 du *C.M.*, p. 271). Comme il ressort du texte même de l'arrêt (à propos duquel le *Contre-Mémoire* ne reproduit, assez curieusement, qu'un des moyens du pourvoi en cassation), l'actionnaire dont le droit était contesté justifiait avoir déposé les actions à la succursale de Valence de la Banque d'Espagne (Cet arrêt est, lui aussi, reproduit dans une traduction imparfaite à l'annexe n° 34, doc. 1, du *Contre-Mémoire* (vol. VII, p. 179 ss.). Le Gouvernement belge produit en annexe n° 100 à la présente *Réplique* sa propre traduction des motifs pertinents).

4° *Conséquences de la règle de l'incorporation du droit au titre
en ce qui concerne la saisie des actions et obligations émises par les filiales
de la Barcelona Traction.*

(564) Il résulte clairement de ce qui précède que les organes de la faillite n'ont pas pu saisir les droits de la Barcelona Traction sur ses filiales indépendamment des titres.

En effet, ces droits étaient constatés, selon le cas, par des actions nominatives ou par des actions au porteur. Le droit espagnol, on l'a vu, n'autorise pas la transmission ni l'exercice des droits incorporés dans pareils titres autrement qu'en respectant leur « loi de circulation », c'est-à-dire, dans le premier cas, l'inscription au registre des actionnaires, et dans le second, le transfert du document. Il n'était donc pas au pouvoir du juge de Reus de saisir les droits indépendamment des titres et d'attribuer leur exercice à des personnes qui n'étaient pas régulièrement nanties des titres.

Le Gouvernement espagnol reconnaît d'ailleurs que pour exercer les droits, la possession *matérielle* des titres est « normalement » exigée (on trouvera cet aveu, d'une importance capitale, au Chap. IV, n° 135, p. 518 du *Contre-Mémoire*). C'est pour cela, dit-il, que le juge de Reus, avec « une rigueur scientifique » (1), a « précisé » que la saisie des droits « impliquait la possession médiate et civilissime » des titres; selon le Gouvernement espagnol, le juge a établi clairement de cette façon « que l'exercice des droits de la Barcelona Traction par les organes de la faillite pouvait être réalisé dans tous les cas, même dans ceux où la possession du titre est normalement exigée ». Autant dire que le Gouvernement espagnol reconnaît que le juge a, contre tout droit, expressément dispensé les organes de la faillite d'une condition essentielle pour l'exercice des droits incorporés dans des titres-valeurs.

En effet, la possession est essentiellement un *fait*, un *état de fait*. Lorsqu'elle est requise comme condition pour l'exercice d'un droit, il faut nécessairement que celui qui veut exercer le droit se trouve dans l'*état de fait* que constitue la possession. Il ne suffit pas qu'il ait un droit à la possession, un *jus possessionis*. Or, il est bien évident qu'en reconnaissant et en attribuant aux organes de la faillite la possession « médiate et civilissime » des titres, le juge ne pouvait, au maximum, leur conférer que le *jus possessionis*, c'est-à-dire le droit de réclamer la possession. Ce droit n'équivaut nullement à la possession proprement dite qui, seule, permet l'exercice des droits incorporés dans des titres-valeurs. Aucun artifice dialectique, aucune formule magique ne peuvent rien y changer.

Pour prétendre le contraire, le Gouvernement espagnol est obligé d'affirmer que dans le cas de la faillite, il peut se produire une dissociation entre le droit et le titre (*C.M.*, IV, n° 50, p. 276). Aucune référence de doctrine ni de jurisprudence ne vient étayer cette étrange affirmation. Elle paraît purement arbitraire. Au contraire, comme on l'expose à l'annexe n° 94, il ne se produit, ni en Espagne ni dans les autres pays, aucune dissociation entre droit et titre en cas de faillite. Certes, les organes de la faillite ont, en vertu du jugement déclaratif et du dessaisissement qui en résulte pour le débiteur, le droit de se faire remettre les biens appartenant au failli, soit par celui-ci, soit par les tiers s'il s'agit de biens qui n'étaient pas détenus par le failli lui-même. Ce droit, qu'on l'appelle *jus possessionis*, « possession médiate et civilissime », ou de tout autre nom, existe aussi bien à l'égard des titres négociables qu'à l'égard des autres biens.

Sur ces points, le Gouvernement belge est d'accord avec ce qui est dit dans le *Contre-Mémoire*.

(1) L'expression fait sourire. On la trouve au n° 60, au bas de la page 281 du *Contre-Mémoire*.

Mais quand il s'agit, comme dans le cas des actions émises par les filiales espagnoles de la Barcelona Traction, de titres négociables *au porteur*, l'exercice des droits par les organes de la faillite, comme par toute autre personne, est subordonné à la possession matérielle des titres. Aussi longtemps que les organes de la faillite n'ont pas cette possession matérielle (1), leur seul pouvoir est de s'opposer éventuellement à l'exercice des droits d'actionnaire par toute autre personne, notamment par le failli lui-même. La situation est la même qu'en matière de lettres de change ou de chèques. La validité et les effets de cette opposition seront appréciés d'après la loi du pays où les droits doivent être exercés.

Pour les titres *nominatifs*, tels que les actions émises par les filiales canadiennes — Ebro, International Utilities et Catalonian Land — la situation est différente: il eût été du devoir des organes de la faillite espagnole d'en demander le transfert à leur nom dans les registres d'actions nominatives tenus à Toronto. C'est ainsi que, suivant la pratique canadienne, un curateur de faillite (*trustee in bankruptcy*) diligent eût, le cas échéant, agi pour empêcher le failli de disposer des titres ou d'en exercer les droits (droit de vote, encaissement de dividendes, etc.). Aucune démarche en ce sens ne fut tentée en l'espèce, ni par le séquestre provisoire, ni par les syndics.

b) *Les droits prétendument saisis par le juge de Reus étaient situés au Canada.*

(565) Du principe de l'incorporation du droit au titre découlent d'importantes conséquences en ce qui concerne la localisation internationale du droit.

a) En ce qui concerne les titres *au porteur*, tels ceux qui avaient été émis par les filiales espagnoles de la Barcelona Traction, le droit est toujours réputé situé au lieu où se trouve le titre. Cette conséquence est admise tant dans les pays de droit « romaniste » que dans les systèmes de *common law* (Voy. les références reproduites à l'annexe n° 95).

De la localisation du droit au lieu où se trouve le titre, il résulte que la *lex cartae sitae* sera compétente pour interdire la négociation du titre et, par voie de conséquence, la transmissibilité du droit incorporé. C'est ce que font de nombreuses législations, y compris le Code de commerce espagnol, en cas de dépossession involontaire de titres au porteur (Voy. articles 547 à 566 du Code de commerce espagnol; loi française du 15 juin 1872 — modifiée en dernier lieu le 11 janvier 1956 —; loi belge du 24 juillet 1921). Le critère de compétence législative réside, dans ce cas, dans le lieu de situation du titre-papier, non dans celui du domicile ou du principal établissement de l'établissement émetteur: les systèmes de protection des porteurs dépossédés sont applicables à tous les titres, même émis par des établissements étrangers, qui se trouvent sur l'étendue du territoire national.

(1) Chose curieuse, le *Contre-Mémoire*, qui ne cesse d'invoquer, à tort et à travers, « la fraude », n'envisage qu'un seul cas où les organes de la faillite ne réussiraient pas à se mettre en possession de titres au porteur appartenant au failli: c'est celui où ce dernier les « soustrait » à leur possession matérielle. Il tombe sous le sens, pourtant, que cette impossibilité résultera bien plus normalement

1° — du fait que le failli les a confiés valablement à un tiers, par exemple en les lui donnant en gage;

2° — du simple fait que les titres se trouvent dans un autre pays.

C'est toujours en vertu de la même idée que le droit, intimement lié au titre, est « situé » là où se trouve ce dernier, que certains pays ont pu, pendant les époques troublées, limiter ou réglementer la cession des titres se trouvant sur leur territoire : voy. la loi française du 28 février 1941, imposant la mise au nominatif des actions de sociétés françaises et la transformation en certificats nominatifs des actions des sociétés étrangères, après dépôt auprès d'une banque ou d'un agent de change français. Voy. aussi le décret espagnol du 19 septembre 1936, qui impose l'intervention d'un agent de change ou d'un courtier de commerce pour la validité de toute transmission et négociation de valeurs publiques, industrielles ou commerciales (sur ce point, voy. Langle, *op. cit.*, p. 494). Il est bien évident que l'Etat du lieu de situation du titre ne pourrait rendre pareilles mesures efficaces s'il fallait considérer que le droit était situé dans un autre pays que celui où se trouve le papier et qu'il pouvait faire l'objet d'une aliénation indépendamment du document négociable.

L'Etat de situation du titre est également compétent pour confisquer ou exproprier le droit matérialisé dans le titre. La validité de pareils transferts a été reconnue par les autres Etats, notamment par l'Etat dans lequel la collectivité émettrice avait son siège et conformément à la législation duquel elle avait été constituée. (Voy. l'arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Direction der Disconto-Gesellschaft v. United States Steel Corporation*, 267 U.S. 22, et celui du Tribunal fédéral suisse, *Arrêts du Tribunal fédéral*, vol. 66, 2^e partie, pp. 37 et ss.)

Il en résulte donc que le juge de Reus n'a pu, sans commettre une grossière usurpation de compétence, « saisir » les actions au porteur appartenant à la Barcelona Traction et attribuer l'exercice des droits afférents à ces titres au séquestre provisoire, puis aux syndics, alors que les titres eux-mêmes, dont la possession était indispensable à l'exercice des droits, se trouvaient au Canada, qu'aucun effort sérieux n'avait même été tenté pour obtenir leur remise, et que leur validité en tant que papiers-valeurs n'avait jamais été mise en doute. Pour le même motif, la « saisie » des obligations de l'Ebro, propriété de la Barcelona Traction, décrétée par le jugement interprétatif du 27 mars 1948, est tout aussi injustifiable en droit.

(566) b) Quant aux *actions nominatives*, telles celles émises par les sociétés Ebro, International Utilities et Catalanian Land, la doctrine et la jurisprudence sont également unanimes pour considérer qu'elles sont situées, pour ce qui concerne leur transmission, au lieu où se trouve le registre des actions nominatives. En effet, le transfert du droit, dans les rapports entre l'actionnaire et la société, exige le concours de la société émettrice, et ne prend d'effet qu'après que le nom du nouveau titulaire a été inscrit dans le registre des actions nominatives, lequel était situé, en l'espèce, au Canada. Voy. G.C. Cheshire, *Private International Law*, 7th ed., London, 1965, p. 438 : « C'est une règle de droit international privé que les actions sont réputées être situées dans le pays où on peut en traiter de façon effective entre l'actionnaire et la société. En d'autres termes, des actions qui sont transférables uniquement par inscription dans un registre sont réputées être situées dans le pays où le registre principal ou subsidiaire est tenu ». Cet auteur cite, à l'appui de son affirmation, plusieurs décisions judiciaires, et notamment une décision appliquant le droit de l'Ontario : *Erie Beach Co v. Attorney General for Ontario*, (1930) A.C. 161. Voy. aussi *Dicey's Conflict of Laws*, 7th ed. under the general editorship of J.H.C. Morris, London, 1958, p. 506 : « 5. Des actions de sociétés. Les actions de sociétés sont situées là où, en ce qui concerne les rapports entre le pro-

priétaire à un moment donné et la société, elles peuvent être l'objet d'actes de disposition effective suivant la loi sous l'empire de laquelle la société est incorporée. Ainsi lorsque des actions sont transférables uniquement dans un registre, elles sont situées là où le registre en question est tenu ». Voy. aussi R.H. Graveson, *The Conflict of Laws*, 4th ed., London, 1960, p. 270 : « En ce qui concerne la cession ou le transfert, les actions d'une société sont réputées être situées dans le pays où le registre principal ou le registre subsidiaire de la société est tenu sur lequel le nom du cédant est inscrit ». Voy. enfin, dans le même sens, F.A. Mann, *The Confiscation of Corporations, Corporate Rights and Corporate Assets and the Conflict of Laws in: I.C.L.Q.*, 1962, p. 497.

La conclusion s'impose nécessairement qu'en décrétant la saisie et en attribuant aux organes de la faillite l'exercice des droits attachés aux actions nominatives de l'Ebro, d'International Utilities et de Catalonian Land, le juge de Reus a commis un abus de pouvoir peut-être plus flagrant encore que celui qui lui est reproché en ce qui concerne les actions au porteur.

(567) Le Gouvernement espagnol affirme cependant que « dans les systèmes de droit continental européen, le lieu d'exploitation, le centre d'activité d'une société anonyme détermine l'emplacement de l'action, le lieu où elle est considérée comme située, non pas en tant que papier, mais en tant que droit découlant de la qualité d'actionnaire. La doctrine généralement admise consiste en ce que le droit en question "ne se trouve pas à l'endroit où se trouve le papier, mais au lieu où a son siège social l'entreprise dans laquelle ledit papier reconnaît un droit de participation., » (1) (*C.M.*, IV, n° 64, pp. 489 et 490).

Il convient en premier lieu de faire remarquer que la citation qui est faite ici par le Gouvernement espagnol de l'ouvrage de Burth a été faussée. L'auteur n'écrit pas que « le droit d'actionnaire se trouve au lieu où siège l'entreprise », mais « au lieu où siège la société », c'est-à-dire dans l'Etat qui régit son statut (*Statutarstaat*). La différence est évidemment d'importance dans le cas de l'Ebro et de Catalonian Land, car si pour ces sociétés « l'entreprise » peut à la rigueur être considérée comme située en Espagne, il est certain que l'« Etat statutaire » était le Canada, où le siège social de ces sociétés se trouvait. En ce qui concerne International Utilities, tant le siège social que l'activité de l'entreprise se trouvaient au Canada, de sorte que la saisie de ses actions ne peut se justifier absolument d'aucune manière, même en admettant l'applicabilité à une procédure de faillite de la règle énoncée par Burth sous la forme déformée que lui donne le *Contre-Mémoire*.

(1) Le Gouvernement espagnol invoque aussi, au n° 51 du Chap. III, p. 277 du *Contre-Mémoire*, l'article 438 du Code civil espagnol à l'appui de l'affirmation que « les droits sont possédés dans le lieu où ils sont « soumis à l'action de notre volonté », c'est-à-dire là où se trouve l'objet à l'égard duquel ils sont exercés ». En réalité, l'article 438 traite des modes d'acquisition de la propriété, et se contente de dire : « La possession s'acquiert par l'appréhension matérielle de la chose ou du droit possédé, ou par le fait que ceux-ci sont soumis à l'action de notre volonté, ou par les actes propres ou les formalités légales établies pour l'acquisition d'un tel droit ».

On voit que cet article n'a absolument rien à voir avec le problème de la localisation des droits.

En outre, il est frappant de constater que cet auteur, de même que tous ceux dont le Gouvernement espagnol invoque l'appui, aux notes (1) et (3) de la page 490 du *Contre-Mémoire*, énoncent la règle en question à l'occasion de l'examen d'une situation bien particulière : celle de la confiscation ou de la nationalisation, par l'Etat du siège de la société et à la loi duquel celle-ci est soumise, des droits d'actionnaires possédés par les associés. Le Gouvernement espagnol tombe ainsi dans l'erreur souvent dénoncée par les spécialistes du droit international privé, et qui consiste à ne pas reconnaître le caractère relatif de la notion de *situs* lorsqu'on l'applique non à des biens mais à des droits. Il est parfaitement concevable qu'un droit soit considéré comme situé en un lieu lorsqu'on l'envisage à un point de vue, et en un autre lieu si on l'envisage à un autre point de vue. Ce phénomène a été particulièrement clairement mis en valeur par Wilhelm Wengler dans son étude sur la situation des droits (*Die Belegenheit von Rechten, Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag, 1955*, notamment pages 317 et 318). Selon cet auteur, « Ce n'est qu'en fonction du but de la disposition particulière qui fait appel à la notion de situation que l'on peut découvrir à laquelle des diverses situations concevables il faudra se référer ». L'auteur critique sévèrement le manque de rigueur (*Sorglosigkeit*) dont font preuve ceux qui, comme le Gouvernement espagnol, considèrent que « lorsqu'une loi, une décision ou un auteur ont une fois déclaré qu'une catégorie donnée de droits subjectifs est située à un endroit, cela peut être invoqué afin d'établir la situation de ce droit également dans d'autres contextes, sans que l'on se donne la moindre peine de rechercher si cette affirmation concernant la situation, qui dans un contexte juridique déterminé pouvait être exacte, vaut également dans d'autres contextes ».

(568) Il est évident que l'Etat en vertu de la législation duquel une société a été constituée et sur le territoire duquel elle a son siège est compétent pour ordonner la dissolution de cette société et s'approprier ses avoirs, mettant ainsi à néant les droits des actionnaires. De même il peut, sans aller jusqu'à prononcer la dissolution de la personne morale, s'approprier ces droits par une disposition expresse. Dans cette mesure, on peut parler d'une « situation » du droit dans l'Etat du siège.

Il serait faux, cependant, de vouloir en conclure, comme le fait le Gouvernement espagnol, qu'à quelque point de vue qu'on les envisage, les droits sont localisés au siège de la société. Le critère de rattachement fondé sur la soumission à la *lex societatis* ne vaut pas de manière absolue dans tous les cas, cette loi pouvant elle-même prévoir une localisation différente. Ceci est reconnu par les auteurs mêmes que cite le *Contre-Mémoire* (IV, notes 1 et 3 de la page 490) (1).

(1) Ainsi Burth, dont le *Contre-Mémoire* ne cite qu'un bref extrait, admet (*Die Enteignung von Aktionärsrechten durch ausländische Staaten*, Bielefeld, 1963, p. 14) qu'il est « indiscuté » (*unbestritten*) que pour les transferts par actes juridiques (*rechtsgeschäftliche Übertragung*) le droit est incorporé au titre et que dès lors, la *lex cartae* est d'application. Toutefois, l'auteur tient cette approche pour insuffisante dans l'hypothèse qu'il examine, à savoir celle de la confiscation des droits d'actionnaires, car le lien qui rattache le droit au titre dépend en dernière analyse de la loi de constitution de la société, laquelle peut « désincorporer » le droit du titre, et confisquer ou exproprier le premier sans considération du lieu où se trouve le second. C'est pourquoi il conclut que, sans préjudice de la localisation du droit au lieu de situation du titre au point de vue de la « *rechtsgeschäftliche Übertragung* », le droit doit également être réputé se trouver au lieu où la société a son siège et conformément à la législation duquel elle est constituée lorsqu'on l'envisage sous l'angle de l'éventualité d'une confiscation (*Zugriffsmöglichkeit*) (*ibid.*,

Ainsi, lorsque la *lex societatis* permet l'émission d'actions au porteur, il s'en déduit qu'elle entend subordonner l'exercice du droit à la possession du document, et exiger la tradition matérielle de celui-ci pour le transfert du droit. De même, lorsque la loi qui régit la société prévoit que les droits des actionnaires sont constatés par des titres nominatifs, il en découle que seuls ceux qui sont régulièrement inscrits comme actionnaires au registre de la société pourront exercer ces droits, et qu'un transfert de ceux-ci ne pourra se faire que moyennant une nouvelle inscription nominative. Telle est, comme on l'a montré ci-dessus, la conception unanimement admise dans les droits qui, comme le droit espagnol, connaissent l'institution des papiers-valeurs.

Cette incorporation du droit au titre n'est pas sans influence sur le problème de la localisation du droit. En effet, en subordonnant la transmission du droit à la possession du titre, la *lex societatis* soumet implicitement, mais nécessairement, ce droit à la compétence territoriale de l'Etat de situation du titre et « localise » par conséquent le droit à cet endroit.

(569) C'est pour les raisons qui précèdent que les tribunaux de nombreux pays considèrent, comme le Gouvernement belge l'a indiqué ci-dessus (*supra*, n° 565) et l'expose plus en détail à l'annexe 95, que l'Etat de situation du titre est compétent pour limiter ou paralyser la négociation du droit (en soumettant à des conditions ou en interdisant la cession du titre), pour saisir le droit (en saisissant le titre) soit au cours d'une procédure d'exécution singulière ou collective, soit même par voie d'expropriation ou de confiscation du titre. Ces mesures seront considérées comme valables et efficaces par les Etats tiers, y compris celui où la société a son siège et à la loi duquel elle est soumise.

Il est intéressant de rappeler ici les termes très clairs dans lesquels la Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique a rappelé ces principes dans l'important arrêt *Direction der Disconto Gesellschaft v. United States Steel Corporation* (cité *supra*, n° 565). Dans cette affaire, la Cour Suprême a admis la validité d'une saisie pratiquée pendant la première guerre mondiale par les autorités britanniques, en vertu de la législation sur les biens ennemis, sur des certificats d'actions appartenant à une société allemande et déposés en Angleterre, nonobstant le fait qu'ils avaient été émis par une société du droit de New Jersey. Il est intéressant de citer l'extrait de l'opinion où le juge Holmes, parlant pour la Cour, aborde le problème :

« L'appelante (en l'occurrence, la société allemande), partant de l'idée exacte que la juridiction est fondée sur le pouvoir, pousse trop loin l'argument qu'elle déduit du pouvoir des Etats-Unis sur la société U.S. Steel. Si l'on entend, sous ce rapport, les Etats-Unis comme signifiant l'ensemble des pouvoirs du Gouvernement fédéral et des Etats, il est sans doute vrai que, théoriquement, ils pourraient tracer une ligne de feu le long de leurs frontières et refuser de recon-

(suite de la note 1 de la page 424)

p. 15). La même distinction est faite par G. Beitzke, *Nochmals zur Konfiskation von Mitgliedschaftsrechten*, *Juristenzeitung*, 1956, p. 673; Looz, *Rechtsfolgen der Enteignung deutscher Inhaber von Anteilen an österreichischen juristischen Personen mit Vermögen in Deutschland*, *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 1958, pp. 112 et s.; G. Kegel, *Internationales Privatrecht*, Berlin, 1960, p. 191; M. Wolff, *Das internationale Privatrecht Deutschlands*, 3^e éd., Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1954, p. 118; voy. aussi dans le même sens l'étude précitée de W. Wengler, pp. 311 et 312; F.A. Mann, article cité, *International and Comparative Law Quarterly*, 1962, pp. 497 et 498.

naître quoi que ce soit qui concerne la société ou un intérêt dans celle-ci, et qui se serait passé à L'exécutif. Mais ils préférèrent se constituer ladite société, comme en conséquence. Dès lors, le New Jersey ayant autorisé ladite société, comme normalement du moins, personne ne peut acquérir les prérogatives afférentes à leur propriété si ce n'est au travers et au moyen du papier, il reconnaît comme propriétaire toute personne à qui la personne mentionnée sur le papier comme propriétaire l'a transféré par l'endossement prévu, en quelque lieu que ce transfert ait lieu. Il autorise l'endossement en blanc, et en vertu de ses lois comme de celles de l'Angleterre l'endossement en blanc permet à quiconque est régulière-ment propriétaire du papier d'y inscrire un nom et d'autoriser ainsi la personne dont le nom a été inscrit de demander à être enregistrée comme propriétaire sur les livres de la société. Mais la question de savoir qui est le propriétaire est soumise au droit du lieu où le papier se trouve... Les actes accomplis en Angleterre ont transféré la propriété (title) au séquestre public (Public Trustee) en vertu du droit anglais ».

(570) Le Gouvernement espagnol a donc doublement tort de prétendre que les droits d'actionnaire sont situés au lieu d'exploitation de la société. Tout d'abord, même si l'on envisage le problème de la localisation en vue de déterminer la législation compétente pour modifier le statut de la société ou en ordonner la dissolution, c'est au lieu où la société a son siège, ou conformément à la loi duquel elle s'est constituée, qu'il faut considérer que le droit de l'actionnaire est situé, et non au lieu du « siège d'exploitation », qui peut être ailleurs. En second lieu, lorsque la loi qui régit la société admet le principe de l'incorporation du droit dans le titre — et l'on a vu que c'était le cas en droit espagnol pour les titres d'action nominatifs ou au porteur — elle soumet par le fait même ce droit à la compétence territoriale de l'Etat où se trouve le titre.

Certes, aucune législation n'est immuable, et il est toujours loisible au législateur de décider que les droits d'actionnaire, qui jusque là étaient considérés comme incorporés au titre, cessent de l'être désormais, et de l'attribuer à une autre personne (ou à lui-même) sans tenir compte du lieu de situation du titre (1). En l'espèce, le législateur espagnol aurait pu, tout au moins pour les filiales de droit espagnol, suivre cette voie, que d'autres avaient tracée avant lui (voy. la loi hongroise XXV du 8 mars 1948 et Franckfort, 1961, pp. 683 et suiv.; aussi R. Serrick, *Zur Konfiskation von Mitgliedschafts-rechten, Jurisprudenzzeitung*, 1956, p. 198; G. Betzke, article cité). On se serait trouvé devant une situation claire et nette, autorisant sans nul doute les actionnaires étrangers dépossédés à réclamer une indemnité équitable.

Mais ce n'est pas ainsi qu'ont procédé les autorités espagnoles. A aucun moment n'ont été mis en vigueur une loi ou un décret « désincorporant » le droit du titre et attribuant le premier, indépendamment du second, au groupe Fecsa. C'est le juge de la faillite qui, selon l'interprétation aujourd'hui proposée par le Gouvernement espagnol, aurait de sa propre initiative, et sans aucun appui dans la loi, décrété cette séparation

(1) Pour une application jurisprudentielle récente de ce principe, voy. Tribunal de grande instance de la Seine, 29 juin 1966, *Cinéma*, 1966, 631, qui déclare notamment : « Attendu que la loi de situation des titres est applicable à régir tout ce qui concerne leur transmission mais non les relations de la société avec ses membres qui, seules, font l'objet du présent procès; Attendu que ces relations sont régies par la loi du siège de la société; ... ».

entre droit et titre. Si l'on suivait cette interprétation, il faudrait admettre que le juge aurait méconnu de façon patente les dispositions du droit qu'il avait à appliquer, et excédé clairement ses pouvoirs juridictionnels. En effet, statuant dans le cadre du droit existant, il avait à respecter le principe de l'incorporation et ne pouvait ni saisir ni laisser vendre aux enchères les droits d'actionnaires indépendamment des titres se trouvant au Canada.

(571) Le Gouvernement belge ne croit pas inutile d'attirer l'attention de la Cour sur les conséquences qui résulteraient, dans les relations commerciales internationales, de l'acceptation de la thèse espagnole selon laquelle, dans une procédure de faillite, les droits d'actionnaires constatés par des titres négociables devraient être saisis au lieu d'exploitation de la société, sans que les organes de la faillite aient à s'inquiéter le moins du monde d'obtenir la possession des titres. Il tombe sous le sens que la règle ainsi énoncée provoquerait d'inextricables difficultés dans les cas, très fréquents, où un débiteur déclaré en faillite dans un pays, y possède des titres de sociétés exerçant leurs activités dans un autre pays. Si l'on devait suivre le Gouvernement espagnol, on aboutirait à l'étrange conclusion que le syndic de la faillite déclarée dans le premier pays ne pourrait pas saisir et faire vendre les titres en question, mais devrait s'adresser aux tribunaux des pays dans lesquels les sociétés exploitent leurs activités commerciales pour, après avoir obtenu l'exequatur du jugement déclaratif, obtenir la saisie des droits qui se seraient soudainement, par l'effet de la faillite, « détachés » des titres. Inversement, si le débiteur possède en dépôt à l'étranger des titres de sociétés exploitant leurs activités dans le pays où la faillite a été déclarée, le syndic pourrait, selon la thèse du *Contre-Mémoire*, saisir les droits dans ce pays alors que les titres continuent à exister matériellement à l'étranger. Comment les tiers qui seraient amenés à traiter avec le failli dans le pays où se trouvent les titres seront-ils avertis de ce que, par le fait de la déclaration de faillite au lieu d'exploitation de la société, ces titres ont été vidés des droits qu'ils incorporaient ?

On aperçoit les complications qu'entraînerait l'adoption de la thèse vraiment originale proposée par le Gouvernement espagnol. Il n'est pas étonnant, dès lors, que la jurisprudence d'aucun pays ne s'y soit ralliée, et qu'on ait toujours considéré, au contraire, que les droits d'actionnaire demeurent, même en cas de faillite, incorporés au titre qui les constate et situés au lieu où se trouve ce titre.

(572) Il est clair, en conclusion, que l'argumentation que le Gouvernement espagnol propose aujourd'hui en vue de tenter de justifier la saisie des actions qui se trouvaient au pouvoir de la Barcelona Traction au Canada, n'est pas plus admissible que celle qu'avait adoptée le jugement de faillite.

En outre, même si cette argumentation était juridiquement fondée — on vient de montrer que ce n'était pas le cas — elle ne permettrait de justifier que la saisie des droits de la Barcelona Traction sur ses filiales espagnoles et non la saisie des droits sur l'Ebro, sur International Utilities et sur Catalanian Land, sociétés de droit canadien ayant leur siège à Toronto. Seul le Canada aurait eu compétence, au point de vue international, pour exproprier la Barcelona Traction de ses droits d'actionnaire dans ses filiales canadiennes.

Sous-section 3

Le « pouvoir de domination » de la Barcelona Traction sur ses filiales n'était pas susceptible d'appréhension indépendamment des actions.

(573) Jusqu'ici, le Gouvernement belge a examiné si les droits afférents aux actions de la Barcelona Traction dans ses filiales, considérés individuellement, étaient susceptibles d'être saisis et exercés indépendamment des titres auxquels ils étaient incorporés. Il examinera dans la présente sous-section si, indépendamment de ces droits pris isolément, la Barcelona Traction était titulaire de « droits de domination » résultant de la réunion entre ses mains de la totalité ou de la quasi-totalité des actions de ses filiales, et si ces « droits de domination » constituaient, comme le prétend le Gouvernement espagnol (C.M., IV, n° 42, p. 269), un bien économique pouvant être saisi de façon indépendante.

Selon le Gouvernement espagnol, en effet, le « pouvoir de domination » de la Barcelona Traction sur ses filiales « constituait une *pertenencia* de la société faillie et, en tant que telle, était susceptible de saisie » (1). Il est vrai qu'à d'autres endroits ce sont les actions des filiales qui sont qualifiées de *pertenencias* (voy. notamment C.M., n° 48, p. 274), tandis qu'ailleurs enfin ce sont les actifs mêmes de ces filiales qui reçoivent cette dénomination (voy. notamment n° 90, pp. 299-300). Ces affirmations contradictoires obligent le Gouvernement belge à examiner si, indépendamment des actions par l'intermédiaire desquelles ils s'exerçaient, les « droits de domination » pouvaient être saisis et exercés par les organes de la faillite (2).

La réponse est négative. Le pouvoir de contrôle et de domination est une simple conséquence résultant du fait de la réunion de toutes les actions en une seule main. Il s'agit d'une situation de fait, non d'un « droit » au sens propre du terme (cf. L. Mengoni, *La divisione del pacchetto azionario di maggioranza fra gli eredi dell'azionista*, *Rivista delle Società*, IV, 1959, pp. 428 et suiv., spécialement p. 436; T. Ascarelli, *In tema di titoli azionari e società tra società*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milan 1955, pp. 219 et suiv., et surtout p. 252). En effet, un pouvoir n'est pas un droit, mais est la conséquence économique de la titularité et de l'exercice de certains droits, en l'espèce les droits d'associé que confèrent les actions. Le « pouvoir de domination », simple conséquence du fait de la détention d'un certain nombre d'actions d'une société, n'est donc pas un bien patrimonial ayant une valeur indépendante de ces actions. Il ne peut être transmis si celles-ci ne sont pas transmises; si les actions sont partagées entre plusieurs acquéreurs, le pouvoir de contrôle ne sera pas partagé, mais il disparaîtra intégralement.

Si le pouvoir de domination comme tel pouvait faire l'objet d'une saisie, on ne comprendrait pas pourquoi le juge de Reus n'a pas saisi le pouvoir de la Barcelona Traction sur les filiales dont elle ne possédait que la majorité, et non la totalité, des actions. On ne s'expliquerait pas, en effet, que la possibilité de saisir un « pouvoir de domination » soit limitée aux cas dans lesquels ce pouvoir résulte de la concentration dans les mains de la société-mère de toutes les actions de la filiale.

(1) Sur le concept de *pertenencia* et l'interprétation abusive qui en est donnée par le *Contre-Mémoire*, voir l'annexe n° 101 à la présente *Réplique*.

(2) La question de savoir si les actifs des filiales étaient la propriété de la Barcelona Traction et pouvaient être saisis à ce titre, a été examinée à la section précédente (La saisie des biens des sociétés filiales).

Il en résulte que le pouvoir de contrôle ou de domination, n'étant pas un bien susceptible de faire l'objet de transmission ni d'être exercé indépendamment des droits d'actionnaire, n'aurait pu être « saisi » par les organes de la faillite que comme conséquence de la saisie des actions. Or, comme on l'a montré à la sous-section précédente, ces dernières ne purent être prétendument saisies qu'au prix d'une grossière usurpation de compétence.

Sous-section 4

La faillite déclarée par le juge de Reus n'a pas pu étendre ses effets au Canada.

(574) Le *Contre-Mémoire* affirme que « les systèmes de droit international privé » reconnaissent « en général » que la déclaration de faillite prononcée par les tribunaux s'étend à la personne, aux biens et aux papiers du failli « quel que soit le lieu où ils se trouvent » (IV, n° 69, p. 491). Ceci ne serait contraire « à aucune règle de droit international public » (*Ibid.*, n° 67, pp. 490-491). Dès lors, le failli serait dessaisi de l'administration de ses biens, et les organes de la faillite acquerraient la possession de ces biens, en quelque lieu qu'ils soient situés (Voy. notamment n° 122, pp. 319-320).

Les choses ne sont pas aussi simples. Certains droits, consacrant la théorie de l'unité et de l'universalité de la faillite, tendent à reconnaître un effet extraterritorial à la faillite prononcée par un tribunal. Toutefois ceci ne signifie nullement, comme semble le croire le Gouvernement espagnol, que les organes de la faillite puissent tout simplement saisir les biens situés à l'étranger et les ramener à la masse. Ils ont l'obligation d'obtenir, au préalable, que le jugement déclaratif soit rendu exécutoire par l'autorité compétente du pays où les biens se trouvent; à défaut d'exequatur, tout acte de saisie portant sur ces biens constituerait une simple voie de fait.

En outre, la théorie de l'universalité de la faillite est loin d'être universellement acceptée, contrairement à ce que prétend le Gouvernement espagnol. Les droits français, italien, hollandais et suisse notamment, n'attribuent à la faillite qu'un effet strictement territorial, conformément au caractère prédominant de l'institution, qui est essentiellement une procédure d'exécution.

Tel est également le cas du droit espagnol, ce qui explique que le *Contre-Mémoire* préfère n'en souffler mot et se contente de références générales au « droit international privé comparé ». Cette attitude est d'autant plus singulière qu'en d'autres endroits du *Contre-Mémoire*, le Gouvernement espagnol affirme expressément que la faillite constitue, en droit espagnol, une procédure de saisie et d'exécution collective (Ch. III, n° 1, p. 240, et Chap. IV, n° 231, pp. 558-559). Or, une procédure d'exécution comporte par nature l'accomplissement d'actes « physiques » et ne peut dès lors de toute évidence avoir qu'un effet territorial : un Etat ne peut, comme on l'a rappelé (*supra*, n° 546) accomplir des actes d'exécution sur le territoire d'un autre, sans attenter à la souveraineté de ce dernier. C'est pourquoi les auteurs espagnols qui se sont penchés sur le problème concluent qu'en Espagne, la faillite est régie par le principe de la territorialité (voy. J. A. Ramirez, *La quiebra*, t. III, p. 765). Le lien logique existant entre la nature de l'institution en droit espagnol (où elle est considérée comme une procédure d'exécution) et la territorialité de ses effets est reconnu même par les juristes qui donnèrent des consultations à la demande de Juan March : voy. Alfonso García Valdecasas, *Dictamen sobre la quiebra de la « Barcelona Traction Light and Power Company »*, Madrid, 1953, pp. 34 et 35 : « La théorie de l'universalité de la faillite, qui était toujours demeurée sur le plan de la spéculation doctrinale sans jamais réussir à se fonder sur une démonstration de droit positif, était condamnée à l'échec. D'autant plus que petit à petit, la conception que nous avons exposée et qui prédomine aujourd'hui, gagnait du terrain, selon laquelle la faillite est une institution de carac-

tère procédural, ce qui excluait par définition l'application des théories statutaires et autres dérivées du droit international privé. La conséquence de ce principe territorial est que, sauf traités internationaux, la sentence de faillite déclarée à l'étranger n'a aucune valeur ni force dans le territoire de l'Etat aussi longtemps qu'elle n'a pas obtenu l'exequatur des tribunaux de la nation, qui ne le donneront que conformément à leur propre droit ou aux traités internationaux, s'il y en a ». Le caractère territorial de la juridiction des tribunaux espagnols en matière de faillite est également affirmé par d'autres auteurs qui furent consultés par le groupe March : R. Uria, *La quiebra de « Barcelona Traction »*, Barcelone, 1953, pp. 23 et 24; A. Polo y M. Ballbe, *La quiebra de « Barcelona Traction »*, Barcelone, 1951, pp. 147 et ss.

(575) De même, et pour des raisons identiques, un jugement déclaratif de faillite prononcé à l'étranger n'affecte pas la capacité du débiteur de disposer librement des biens qu'il possède en Espagne; telle est la doctrine plusieurs fois affirmée du tribunal suprême. *Un arrêt du 29 mai 1894 rejette la demande d'un syndic français tendant à faire constater la nullité d'actes de commerce passés par la société faillie en Espagne après le jugement qui l'avait déclarée en faillite en France* : « compte tenu de la nature de l'affaire, il est nécessaire d'obtenir préalablement l'exequatur du tribunal suprême », déclare l'arrêt, car « la doctrine selon laquelle l'état et la capacité suivent l'étranger n'est pas applicable en l'espèce, puisque la prétention formulée par les syndics implique la reconnaissance et l'exécution en Espagne de la déclaration de faillite mentionnée, laquelle exige pour son accomplissement dans notre pays l'octroi de l'exequatur par la première chambre du tribunal suprême » (cité par J.A. Ramirez, t. III, p. 769). La même doctrine résulte d'un arrêt du tribunal suprême du 15 novembre 1898 (*Medina y Marañon, Leyes Civiles*, t. I, p. 224).

Enfin, on remarquera que dans le jugement rendu par le tribunal de Barcelone, le 12 avril 1934, dans la faillite de la société Niel-on-Ruppel, reproduit partiellement en appendice 1 de l'annexe 102, le juge a limité, conformément à la jurisprudence espagnole traditionnelle qui vient d'être rappelée, son ordre de saisie *aux biens de la société faillie existant en Espagne*.

Il apparaît donc clairement que, selon le droit espagnol lui-même, la faillite n'entraîne le dessaisissement du débiteur qu'à l'intérieur des limites du territoire où elle a été déclarée, et qu'elle n'a d'effets, en ce qui concerne les biens situés à l'étranger, qu'à la condition d'obtenir l'exequatur des tribunaux des pays où ces biens se trouvent. *On comprend dès lors que le Gouvernement espagnol aurait été bien incapable de trouver dans le droit espagnol lui-même un appui quelconque à la thèse selon laquelle la faillite a un effet universel. C'est pourquoi il se contente de références tout à fait générales au « droit international privé comparé ».*

(576) La thèse du Gouvernement espagnol, selon laquelle toute faillite prononcée en Espagne étend ses effets aux biens situés à l'étranger et confère aux organes de la faillite la possession de ces biens, est d'autant plus inacceptable qu'en droit espagnol interne, lorsque le débiteur possède des biens dans d'autres lieux que celui où la faillite a été déclarée, la mise en possession des organes de la faillite n'opère pas, quant à ces biens, de plein droit. En pareil cas, selon l'art. 1046, 6°, du Code de commerce de 1829 auquel renvoie l'art. 1334 de la loi de procédure civile, la saisie se fera de la manière suivante : « on pratiquera également les formalités dans les lieux où ils (les biens) se trouvent, en envoyant à cette fin les commissions rogatoires pertinentes aux juges respectifs ». De

même, l'art. 1351 de la loi prévoit que « pour la saisie, l'inventaire et le dépôt des biens de la faillite qui se trouvent dans un domicile distinct, on enverra les commissions rogatoires appropriées aux juges respectifs ».

Si la loi espagnole prévoit la nécessité de l'envoi de commissions rogatoires, même pour la saisie de biens se trouvant en Espagne, lorsque ces biens sont situés dans une autre circonscription, il est vraiment extraordinaire de voir le Gouvernement espagnol affirmer que « la déclaration de faillite prononcée dans un Etat étend ses effets à tous les biens et documents du failli où qu'ils se trouvent » (*C.M.*, IV, n° 67, p. 490), et qu'il est « superflu » de recourir à aucune formalité en vue de saisir les biens situés dans d'autres pays.

(577) Même si le droit espagnol était de ceux qui tendent à se voir reconnaître des effets universels — nous avons vu que ce n'était pas le cas — le jugement de Reus n'en serait pas moins critiquable. En effet, il ne suffit pas que « l'universalité » de la faillite soit admise par le pays où la faillite a été prononcée pour que la règle soit automatiquement appliquée partout. Tous les systèmes juridiques qui attribuent à la faillite une vocation universelle reconnaissent que la question de savoir si le débiteur est effectivement dessaisi en ce qui concerne les biens sis à l'étranger devra se décider conformément à la loi territorialement applicable. Ainsi, s'il est exact que le droit anglais affirme que le *trustee* de la faillite acquiert la propriété des biens du failli où qu'ils soient situés (*wherever situated*) (Sec. 167 du *Bankruptcy Act* de 1914), les auteurs n'en sont pas moins unanimes à considérer que cette affirmation demeurera dans un grand nombre de cas platonique. Comme le dit R.H. Graveson (*The Conflict of Laws*, 4th ed., Londres, 1960, p. 517):

« La tentative d'appliquer la même règle (c'est-à-dire celle selon laquelle la propriété est transférée au *trustee*) à des biens situés en territoire non britannique dépasse les limites internationales de la juridiction législative et est nécessairement sujette au pouvoir prépondérant de la *lex situs*... En ce qui concerne les biens situés en dehors de l'Empire britannique, l'efficacité du transfert de propriété universel prévu par la loi est fondée sur trois éléments : (a) l'obligation du failli de faire ce qu'il peut, par exemple en signant les cessions requises, pour transférer tous ses biens au *trustee*; (b) l'obligation du *trustee* d'acquiescer et de réaliser tous les biens du débiteur, où qu'ils soient; (c) la conception universelle de la faillite, laquelle dans beaucoup de cas amènera les tribunaux de la *lex situs* étrangère de la propriété à consentir à ce qu'elle soit transférée au *trustee* anglais. Il va de soi que la question de savoir si oui ou non les biens situés dans un pays non britannique seront en fait transférés au *trustee* britannique dépend de la *lex situs*, en ce compris ses règles du droit international privé en ce qui concerne la validité extraterritoriale d'une décision anglaise. La portée et le but de la loi étant clairs, les effets d'une décision anglaise sur les biens se trouvant dans des pays non britanniques est en dernière analyse une question relevant de la loi étrangère applicable ».

La même opinion est partagée par Cheshire (*Private International Law*, 7th ed., Londres, 1965, p. 451):

« Il est clair qu'une décision anglaise ne peut pas par soi-même avoir de l'effet sur des biens situés par exemple en France ou en Allemagne. L'effet peut uniquement être celui permis par la loi locale ».

et par Dicey (*Conflict of Laws*, 7th ed. by J.H.C. Morris, Londres, 1958, p. 692):

« On ne peut pas présumer que la loi a pour but d'opérer *ipso facto* une cession des biens du failli situés en dehors du Commonwealth puisque une telle tentative de légiférer pour le monde entier doit échouer ».

Les auteurs partisans de la théorie de l'universalité ne sont pas d'un avis différent. Le *Contre-Mémoire* cite, IV, à la page 491, n° 70, un passage du cours d'Albéric Rolin sur les conflits de lois en matière de faillite, dans lequel cet auteur paraît affirmer que le dessaisissement se produit de plein droit, sans exequatur, dans tous les pays où le failli possède des biens (R.C.A.D.I., 1926, IV, p. 71). En réalité, ainsi qu'il résulte du contexte, l'opinion ainsi exprimée ne se rapporte qu'à la situation existant dans les pays qui admettent la théorie de l'universalité et ne vise aucunement à affirmer une règle d'application universelle. Ceci apparaît clairement du rapprochement avec un autre passage du même cours où l'auteur déclare que si de nombreux effets du jugement de faillite rendu par un tribunal compétent doivent être admis dans les autres pays, « il n'en est pas de même, à notre avis, de l'effet le plus important, le dessaisissement. Ce dessaisissement... ne peut avoir effet sur les biens situés en pays étranger et autoriser le curateur à en prendre possession réelle que moyennant le consentement du pays où les biens sont situés » (*ibid.*, p. 39). Enfin, selon Albéric Rolin, comme pour les autres partisans de la théorie de l'universalité, seule une faillite prononcée dans le pays du *domicile* du débiteur pourra se voir reconnaître des effets à l'étranger.

Sereni défend le même point de vue, contrairement à ce qui apparaît de la citation tronquée que donne le Gouvernement espagnol au n° 70 (p. 492) du *Contre-Mémoire*. Examinant la situation existant sous l'empire de l'ancien Code de commerce italien, il affirme que *selon le droit italien* l'on doit prendre en considération les biens du failli situés à l'étranger, sans que cela ne porte atteinte à la règle selon laquelle *les effets à l'étranger* d'une faillite italienne sont régis par la loi de l'Etat où les biens sont situés (Voy. l'article cité in *Rivista di diritto commerciale*, 1935, notamment p. 631, où l'auteur invoque l'opinion de la Cour de Cassation, selon laquelle « le principe de l'unité de la procédure de faillite, selon notre droit actuel, est seulement reconnu dans les limites du territoire (du Royaume) »).

(578) Avant de pouvoir affirmer que le jugement de Reus avait privé la Barcelona Traction de la libre disposition de ses biens situés au Canada, et même en admettant que le droit espagnol attribue aux jugements déclaratifs de faillite une vocation à l'universalité, il aurait donc fallu examiner si le droit canadien admettait ce dessaisissement par l'effet d'un jugement étranger et, dans l'affirmative, il fallait encore montrer que cette reconnaissance opérerait de plein droit, sans être subordonnée à l'accomplissement de formalités telles que l'exequatur. La carence totale dont fait preuve à cet égard le *Contre-Mémoire* s'explique sans nul doute par le fait que les résultats auxquels cette recherche aurait abouti vont dans un sens diamétralement opposé aux thèses du Gouvernement espagnol.

En effet, si le droit canadien, comme le droit anglais, admet l'universalité des effets d'une faillite étrangère pour ce qui concerne les biens meubles situés sur le territoire national, c'est à la condition que le tribunal qui s'est prononcé soit celui du domicile (De la Durantaye, *Traité de la faillite*, 1934, n° 69; Lafleur, *The conflict of laws in the Province of Quebec*, 1898, p. 231, cités par M. Travers, *Droit commercial international*, vol. VII, fasc. 2, n° 11.658). Les auteurs anglais vont, il est vrai, un peu plus loin et se contentent d'exiger que la faillite ait été prononcée par une juridiction compétente (*to whose jurisdiction the debtor is properly subject*) ou, à la rigueur, que le failli ait été assigné et se soit soumis volontairement à la juridiction des tribunaux étrangers (voy.

Dicey, *op. cit.*, p. 704; Cheshire, *op. cit.*, p. 450; Graveson, *op. cit.*, p. 522). Il faut en outre, cela va de soi, que la décision étrangère vise, en vertu du droit applicable, à obtenir des effets extraterritoriaux (voy. Dicey, *op. cit.*, p. 705 : « La cession ne peut intervenir que si la loi de la faillite étrangère prévoit l'effet extraterritorial de la faillite »; Graveson, *op. cit.*, p. 523; Cour du ban du Roi de la province de Manitoba, 30 avril 1926, *William v. Rice Mills Ltd.*, *Western Weekly Reports*, 1926, II, p. 192).

Ces diverses conditions démontrent clairement — notamment la deuxième — que le jugement du tribunal de Reus n'était susceptible de produire, par lui-même, aucun effet quelconque à l'égard des biens de la Barcelona Traction situés au Canada.

(579) Si, au lieu de se contenter de références générales au « droit international privé comparé », le Gouvernement espagnol avait fait porter son attention sur les deux systèmes juridiques dont l'application en l'espèce était pertinente, à savoir le droit espagnol et le droit canadien, il serait apparu clairement non seulement que le jugement de Reus n'avait pas automatiquement dessaisi la Barcelona Traction de ses avoirs canadiens, mais encore qu'il n'aurait pu prétendre à aucune reconnaissance de la part des tribunaux canadiens. Même en recourant aux formalités d'exequatur, les organes de la faillite espagnole n'auraient pu obtenir délivrance des biens se trouvant au Canada, pour la simple raison que la décision ordonnant leur saisie était entachée des vices suivants, qui privaient le jugement de toute efficacité au Canada :

- il émanait d'une juridiction incompétente au point de vue du droit international;
- il était contraire au droit espagnol dans la mesure où il prétendait saisir des biens situés à l'étranger;
- il avait été rendu sur simple requête et toutes les tentatives de la Barcelona Traction pour obtenir qu'il soit statué sur le fond de son opposition avaient été tenues en suspens par des artifices de procédure.

Nul doute que les organes de la faillite et leurs mandants ont été pleinement conscients de cette situation. Aussi, plutôt que de suivre les voies régulières en intentant les procédures appropriées au Canada pour que les titres leur soient remis, ce qui les eût conduit à un échec certain, ils préférèrent se faire justice à eux-mêmes en procédant à l'émission de faux titres et en faisant ordonner la vente publique de ceux-ci.

Sous-section 5

La Barcelona Traction n'a pas manqué à son devoir en tant que société déclarée en faillite.

(580) Le Gouvernement espagnol soutient que la Barcelona Traction a « manqué » à son devoir en s'abstenant de remettre aux organes de la faillite les titres qu'elle possédait au Canada (*C.M.*, IV, nos 65, 77, 78 et 84, pp. 490 à 497). Le désordre dans lequel se trouve présentée l'argumentation du *Contre-Mémoire* ne permet guère de déterminer avec certitude les conséquences que le Gouvernement espagnol prétend déduire de cette accusation. Il semble que l'on s'efforce d'y trouver un argument subsidiaire à l'appui de la thèse selon laquelle le recours à l'artifice de la « possession médiate et civilissime » était justifié : n'ayant pu, en raison de la résistance de la faillie, obtenir la possession physique des titres, les organes de la faillite auraient été justifiés à « faire comme si » cette possession leur appartenait et à exercer les droits afférents aux titres (voy. notamment *C.M.*, n° 84, p. 497).

Les accusations du Gouvernement espagnol sont, sur ce point comme ailleurs, équivoques, vagues et contradictoires. Nulle part on ne trouve un exposé net et précis du reproche adressé à la Barcelona Traction. A en croire certains passages (au n° 78 et au n° 84, notamment, pp. 494 et 497), le *Contre-Mémoire* paraît reprocher à la Barcelona Traction d'avoir « celé » ou « transporté » ses biens et papiers hors de la portée de l'autorité chargée de procéder à la saisie. C'est évidemment ridicule : la Barcelona Traction n'a jamais caché que ses biens fussent au Canada : elle ne les a jamais soustraits à l'action des organes de la faillite espagnole, étant donné que ces biens se sont trouvés à l'étranger depuis longtemps avant la déclaration de faillite. Et le Gouvernement espagnol ne peut sérieusement soutenir que le fait de détenir ses biens dans un pays plutôt que dans un autre soit constitutif de fraude ou de soustraction. Il est en effet toujours loisible aux créanciers de s'adresser aux tribunaux du pays où leur débiteur possède des biens.

On lit également (*C.M.*, n° 79, p. 495, note 2) que la Barcelona Traction aurait, du propre aveu du Gouvernement belge lors de la procédure orale, détourné pour 15.000 dollars de titres. Cette accusation n'est pas plus sérieuse : la vente de 300 actions de la Canadian and General Finance Corporation à laquelle il est ainsi fait allusion avait été décidée par le *receiver*, et non par le conseil d'administration de la Barcelona Traction (1), et avait fait l'objet d'une ordonnance du juge Schroeder l'autorisant expressément (voy. Annexe n° 103). Le Gouvernement espagnol y fait d'ailleurs allusion en un autre passage, sans cette fois élever la moindre objection (*C.M.*, n° 307, p. 444), en vue de prouver — ce que le Gouvernement belge n'a jamais nié — que seul le *receiver* pouvait disposer des biens de la société au Canada. Mais s'il en est ainsi, peut-on encore soutenir que la Barcelona Traction avait l'obligation de remettre ces mêmes biens aux organes de la faillite espagnole ? La contradiction dans laquelle verse le Gouvernement espagnol est trop flagrante pour qu'il soit nécessaire d'insister.

(1) Une fois de plus, le *Contre-Mémoire* fausse les citations : à la page 617 de la *Procédure orale*, on lira que le conseil du Gouvernement belge avait dit que c'était « le conseil d'administration ou le *receiver* » qui avait vendu ces titres.

(581) D'une manière plus générale et imprécise, le Gouvernement espagnol croit devoir stigmatiser le « fait extrêmement grave du recel d'actif commis par les administrateurs de Barcelona Traction qui violèrent ainsi l'obligation, primordiale et universellement reconnue, qui est faite à tout commerçant failli de mettre à la disposition du tribunal la totalité de ses biens et documents » (*C.M.*, IV, n° 79, p. 494). Dans la mesure où ce reproche ne s'identifie pas avec les précédents (« dissimulation », « enlèvement à l'étranger » et « détournement » des biens), sa portée exacte apparaît incertaine. Quand le prétendu devoir de « mettre à la disposition du tribunal les biens et documents » prend-il naissance? Sur quelle disposition légale en vigueur en Espagne cette obligation « universellement reconnue » se fonde-t-elle? Aucun éclaircissement n'est donné à ce sujet.

Vainement chercherait-on dans le jugement déclaratif de faillite une quelconque injonction adressée à la Barcelona Traction d'avoir à remettre ses titres au séquestre provisoire. Bien au contraire, le jugement se borne à déclarer les titres saisis, tout en attribuant aux organes de la faillite la possession médiata et civilissime, ce qui, dans la thèse du Gouvernement espagnol lui-même, rendait inutile la saisie matérielle et permettait d'exercer les droits afférents aux titres sans détenir matériellement ces derniers. Et de fait, le séquestre provisoire allait par la suite se prévaloir de cette possession médiata et civilissime pour se muer en assemblée générale et destituer les administrateurs des filiales, sans tenter le moindre effort pour obtenir la remise des titres par la société déclarée en faillite, à laquelle le jugement n'avait même pas été notifié.

Ajoutons que le droit espagnol n'offre aucun point d'appui pour la thèse du *Contre-Mémoire* selon laquelle le failli serait dans l'obligation de ramener à la masse les avoirs qu'il possède à l'étranger. Il a été démontré ci-dessus que le dessaisissement n'avait, dans le système espagnol, aucune vocation à l'extra-territorialité. Aucune disposition légale n'existe en Espagne qui permette de contraindre le débiteur à transférer aux organes de la faillite ses biens se trouvant à l'étranger sous la forme d'une cession volontaire, à l'instar de ce qui se pratique aux Etats-Unis et en Grande-Bretagne (1). Le *Contre-Mémoire*, qui étend volontiers le champ de ses recherches aux droits étrangers, aurait mieux fait d'examiner quelle était la situation en droit espagnol avant de lancer ses accusations contre les dirigeants de la Barcelona Traction.

Il affirme, il est vrai, au n° 136 du Chap. III (p. 329), que la publication en Espagne du jugement de faillite a eu l'effet d'obliger toutes les personnes aux mains desquelles se trouvaient des avoirs de la société faillie de les remettre au commissaire. Parmi ces personnes se trouvait incontestablement, poursuit le *Contre-Mémoire*, la société Barcelona Traction elle-même (n° 216, p. 384).

Sans s'arrêter à la contradiction évidente existant, dans le système du *Contre-Mémoire*, entre cette thèse et celle selon laquelle la publication serait un acte d'*imperium* et ne pouvait donc être réalisée au Canada que moyennant un exequatur, inexistant en l'espèce, le Gouvernement belge se doit de rappeler qu'elle repose entièrement sur une traduction faussée de l'*edicto* par lequel le juge de Reus a ordonné la publication (voy. *supra*, chapitre 1^{er} de la première partie, et *A.R.*, n° 104).

(1) Dans ces pays, d'ailleurs, pareilles mesures ne peuvent être imposées que si le débiteur est régulièrement assujéti à la juridiction du for.

Ni dans l'*edicto*, ni dans le Code lui-même, n'existait le moindre indice d'une obligation faite aux tiers, et à plus forte raison au failli lui-même, de remettre au commissaire les biens qu'ils détenaient. Ainsi qu'on l'a vu, conformément à l'article 1334 de la Loi de procédure et aux articles 1046 à 1048 du Code de commerce de 1829, c'est au commissaire qu'il incombe de *saisir* (*ocupar*) les biens du failli; tant que cette saisie n'est pas effective, les tiers n'ont d'autre obligation que de déclarer (*hacer manifestación*) les biens qu'ils ont en leur pouvoir, le cas échéant. Et il va de soi que cette obligation ne concerne que les biens qui sont soumis à la faillite espagnole, et non ceux qui se trouvent dans un pays étranger.

Dans ces conditions, il est clair que l'on ne peut reprocher à la Barcelona Traction de n'avoir pas spontanément remis aux organes de la faillite espagnole les biens qui se trouvaient au Canada.

(582) Ce n'est que longtemps après la déclaration de faillite et la publication du jugement aux *Boletines oficiales*, soit le 8 octobre 1949, que le commissaire somma la Barcelona Traction de remettre les titres qu'elle avait en sa possession. A supposer que l'on puisse attacher quelque effet obligatoire à cette sommation, le fait que la Barcelona Traction n'y ait pas obtempéré ne peut, de toute évidence, être invoqué aujourd'hui pour justifier après coup les mesures extraordinaires de saisie qui avaient été décrétées par le jugement déclaratif, à un moment où aucune « inexécution » ni « violation » ne pouvait encore être invoquée à l'encontre de la société déclarée en faillite. Au demeurant, cette sommation n'était pas obligatoire pour la Barcelona Traction, puisqu'elle visait des biens se trouvant en dehors du territoire auquel se limitaient les effets du jugement déclaratif selon le droit espagnol et que ces biens, de surcroît, étaient remis en gage à la National Trust. En outre, son destinataire, l'avoué M. Creus, était sans qualité pour la recevoir, et enfin l'article 1081 du Code de commerce de 1829 sur lequel elle prétendait se baser ne pouvait la justifier. La démonstration de ces diverses propositions est faite à l'annexe n° 105.

(583) Le Gouvernement belge conclut de ce qui précède que la Barcelona Traction n'a manqué à aucun devoir en ne s'empressant pas de mettre à la disposition des organes d'une faillite, prononcée par une juridiction d'ailleurs internationalement incompétente, ses biens situés dans le pays où se trouvait son siège social et où elle exerçait ses activités et de surcroît donnés en gage au *Trustee*, alors qu'aucune tentative ne fut faite, ni par les tribunaux espagnols, ni par les organes de cette faillite, afin d'obtenir la mise à exécution régulière du jugement déclaratif dans ce pays, et alors que ni le droit espagnol en général, ni le jugement déclaratif en particulier, ne lui en faisaient un devoir. La saisie extra-territoriale de ces biens ne peut donc aucunement trouver une justification *a posteriori* dans la nécessité de faire échec à un refus illégal de remettre certains biens à la masse de la faillite.

SECTION IV

L'ATTEINTE PORTÉE AUX DROITS
RESULTANT DES CONTRATS DE TRUST
PASSÉS ENTRE LA BARCELONA TRACTION ET LA NATIONAL TRUST

(584) En déclarant saisies avec possession médiante et civilissime les actions des filiales de la Barcelona Traction « même si ces valeurs étaient déposées à la National Trust Co. de Toronto, ou auprès de tout autre établissement pour répondre du paiement des dettes du failli », le juge de Reus, dans sa décision complémentaire du 27 mars 1948 (*A.M.*, n° 62, vol. II, p. 299), ne dépassait pas seulement les limites internationales des tribunaux espagnols; il portait, en outre, une atteinte injustifiable aux droits conférés tant à la National Trust pour le compte des obligataires, qu'à la société débitrice et à ses actionnaires, lors de l'émission des obligations First Mortgage. En vertu de la clause 7 du contrat de *trust* régissant cette émission, la Barcelona Traction grevait d'un privilège fixe et spécifique (*as and by way of a fixed and specific charge*) l'ensemble de ses biens, y compris les obligations, actions et autres titres qu'elle possède ou qu'elle posséderait à l'avenir, en faveur de la National Trust, pour garantir des obligations émises (voy. *A.M.*, n° 28, vol. I, p. 173).

Le Gouvernement espagnol prétend nier l'atteinte ainsi portée, en affirmant que tous les obligataires ont été remboursés, au moyen du produit de la vente, « malgré la non-intervention de la National Trust et peut-être précisément grâce à cette non-intervention » (*C.M.*, IV, n° 168, p. 531). Il va de soi que cette affirmation ne saurait justifier la procédure suivie. En effet, le rôle de la National Trust ne se réduisait pas exclusivement à s'assurer que les obligations seraient remboursées au terme de la procédure de faillite; elle devait également veiller à ce que des mesures d'exécution ne soient prises contre la débitrice que dans des conditions telles que les intérêts de toutes les parties soient sauvegardés (1). C'est dans ce but que les obligataires avaient dû renoncer, lors de l'émission, à l'exercice individuel de leurs droits et actions contre la débitrice, et l'avaient conféré au seul *trustee* (voy. *supra*, n° 494).

Il est bien évident que l'intervention de la National Trust constituait une garantie essentielle du bon fonctionnement de tout le système, et ce dans l'intérêt tant des obligataires que de la société débitrice (2). Ce qui réduit à néant l'argument du Gouvernement

(1) Voy. *Statement* de la National Trust, annexe 31, document 2, à la présente *Réplique*.

(2) Cet aspect des choses a été reconnu par le juge anglais Danckwerts dans l'affaire *Sidro et J.S. Holmsted c/ Comité des obligataires Prior Lien* (voy. *A.C.M.*, n° 188, vol. IX, p. 198). Examinant le point de savoir si le Comité des obligataires pouvait, en vertu des clauses du *trust deed*, intervenir à la procédure de faillite espagnole, le juge s'exprime comme suit : « Il faut ajouter qu'il n'est pas clair du tout si le Comité, en considérant qu'il agissait comme mandataire de tous les obligataires, comprend les seules personnes ayant un intérêt (*beneficial interest*) en vertu du *Trust Deed*, car la société et National Trust elle-même sont intéressées au produit des biens gagés, et il se pose des questions de nature contractuelle, et non seulement fiduciaires (*trust*), dans un acte de cette sorte » (*cf. A.R.*, n° 134, app. 5).

espagnol, selon lequel le Gouvernement belge, n'ayant jamais prétendu que la National Trust avait la nationalité belge, ne saurait critiquer le comportement des tribunaux espagnols envers elle (*C.M.*, IV, nos 167 et 168, pp. 530-531). En effet, le Gouvernement belge ne fait pas valoir les droits de la National Trust elle-même; mais c'est, au travers de l'atteinte portée à ces droits, la spoliation dont furent victimes les actionnaires de la Barcelona Traction qu'il critique (1).

(585) Le Gouvernement espagnol prétend que les organes de la faillite furent investis, à l'égard des biens de la Barcelona Traction, des mêmes droits de possession que ceux dont jouissait la société faillie. Ainsi, dans la mesure où les titres ou certificats étaient dans la possession immédiate de la National Trust, ces organes n'auraient acquis à leur égard que la possession médiante (*C.M.*, n° 75, p. 289). Il en résulterait que les droits de la National Trust n'auraient été nullement affectés.

Cette tentative de justification est démentie par les faits. La suite des événements démontre, en effet, que les organes de la faillite se prévalurent de la « possession médiante et civilissime » comme si elle leur conférait la propriété pleine et entière des actions, sans aucun égard pour le droit de la National Trust d'en conserver la possession immédiate, conformément à l'article 918 du Code de Commerce, aussi longtemps que l'intégralité de la créance garantie ne serait pas remboursée (2). C'est ce qui apparut de manière particulièrement évidente lorsque le commissaire somma la National Trust, le même jour que la Barcelona Traction, de remettre aux syndics les titres qu'elle détenait en gage (3). En effet, cette sommation ne tenait aucun compte du droit de rétention prévu par l'article 918, puisqu'elle enjoignait à la National Trust de remettre les biens gagés sans offrir de rembourser la créance. Le Gouvernement espagnol n'hésite d'ailleurs pas à se contredire et à ne tenir aucun compte de l'article 918 : il ne craint pas, en effet, de reprocher à National Trust de ne pas avoir obtempéré à la sommation (*C.M.*, n° 216, p. 384, et n° 217, p. 385), oubliant qu'en agissant ainsi, la National Trust ne faisait que se conformer à son devoir le plus strict envers les obligataires au bénéfice desquels le *trust* avait été institué.

De même, lorsque les syndics prirent la décision d'émettre les faux titres, les droits de la National Trust ne furent, en aucune manière, réservés. Bien au contraire, ainsi qu'il sera montré (4), des dispositions expresses furent insérées dans les statuts des sociétés filiales afin de faire échec au droit de vote que la National Trust tenait des *trust deeds*; en outre, les titres eux-mêmes furent remis aux syndics, en méconnaissance flagrante du droit à la possession que la National Trust avait sur eux.

(1) L'allégation du Gouvernement espagnol, selon laquelle tous les obligataires furent intégralement remboursés, est particulièrement révélatrice à cet égard. En effet, à moins qu'on ne considère, ce qui est invraisemblable, que la situation de la Barcelona Traction se soit rapidement et spectaculairement améliorée depuis 1948 au point qu'en 1952, l'actif était exactement égal au passif, elle revient à admettre que la société était parfaitement solvable, et que la procédure de faillite eut pour unique but et unique effet d'en faire passer le patrimoine d'un groupe financier à un autre.

(2) Article 918, alinéa 1^{er} du Code de Commerce : « Les créanciers dont le gage a été constitué par acte authentique ou bordereau émanant d'un agent de change ou d'un courtier, n'auront pas l'obligation d'apporter à la masse les valeurs ou objets qu'ils auront reçus en gage, sauf si la représentation de la faillite désire recouvrer ces valeurs ou objets, moyennant satisfaction intégrale de la créance à laquelle ils étaient affectés ».

(3) *Supra*, n° 582.

(4) *Infra*, n° 604.

Il est, par conséquent, indéniable que les organes de la faillite et les tribunaux espagnols qui approuvèrent leur action portèrent atteinte aux droits et prérogatives de la National Trust.

Vainement s'efforceraient-on, comme le fait le *Contre-Mémoire* (IV, n° 53, p. 277), de distinguer entre les « droits » et les titres qui les constatent pour prétendre qu'il est parfaitement légitime que la National Trust ne conserve que la possession immédiate des titres, tandis que les droits faisaient l'objet de saisie par les organes de la faillite. En plus des considérations développées ci-avant concernant l'application du principe de l'incorporation du droit au titre en matière de faillite, il y a lieu d'invoquer le fait que c'était la National Trust, et non la Barcelona Traction, qui était titulaire des droits d'actionnaire en vertu des actes de *trust*. Or, il tombe sous le sens que la garantie conférée à la National Trust consistait essentiellement dans les droits conférés par les titres. Dès lors, même si on admettait la possibilité d'une dissociation entre le droit et le titre, encore la saisie des droits par les organes de la faillite ne pouvait-elle se faire sans léser les prérogatives de la National Trust. Affirmer le contraire reviendrait à admettre que la garantie conférée à la National Trust consistait exclusivement dans la valeur du papier sur lequel étaient imprimés les titres remis en gage ..

(586) En réalité, il ne fait aucun doute que seule la National Trust, et non les obligataires, avait, en l'espèce, le droit de demander la faillite (voy. *supra*, n° 494), et que seule elle était titulaire du droit de vote afférent aux actions (voy. *infra*, n° 588 et ss.). En outre, en vertu d'un principe universellement reconnu, également consacré par l'article 918 du Code de Commerce, elle n'était tenue, en sa qualité de créancière-gagiste, de remettre les biens donnés en gage à la masse que contre paiement intégral de la dette garantie par celui-ci.

En omettant délibérément de suivre cette procédure et en s'emparant, par le biais de la « possession médiata et civilissime », de l'exercice des droits afférents aux titres remis en gage, les organes de la faillite, avec l'approbation des tribunaux, ont non seulement usurpé une compétence qui revenait exclusivement aux autorités canadiennes sur le territoire desquelles les titres en question étaient situés, mais ils ont également commis une violation grossière des principes généraux qui sont, dans tous les pays, à la base de l'institution du gage, et dont l'article 918 du Code de Commerce constitue l'expression en droit espagnol.

SECTION V

LA PSEUDO-NORMALISATION DES FILIALES

(587) On a vu plus haut comment le séquestre provisoire et les syndics se sont constitués tour à tour en assemblées générales des sociétés auxiliaires :

- le premier pour révoquer, puis remplacer, la plupart des administrateurs de presque toutes les filiales et sous-filiales (1) (voir *supra*, n^{os} 80 à 87);
- les seconds pour bouleverser les statuts de six sociétés auxiliaires (2), émettre de faux titres et « hispaniser » les deux filiales qui étaient canadiennes (voir *supra*, n^{os} 94 à 99).

La présente section démontrera :

- 1^o) les irrégularités qui entachent l'exercice même, par les organes de la faillite, du droit de vote afférent aux actions des sociétés auxiliaires;
- 2^o) les irrégularités propres aux révocations et nominations d'administrateurs;
- 3^o) les irrégularités propres aux modifications des statuts apportées par les syndics.

Un quatrième paragraphe réfutera l'argumentation espagnole suivant laquelle ces irrégularités seraient sans rapport avec le dommage et ne pourraient engager la responsabilité de l'Etat espagnol.

(1) Il s'agit des sociétés suivantes : Ebro, Unión Eléctrica de Cataluña, Barcelonesa, Saltos del Segre, Saltos del Ebro, Energía Eléctrica de Cataluña, Compañía de Aplicaciones Eléctricas, Sociedad Hidráulica del Freser, Compañía General de Electricidad, Electricista Catalana et Catalonian Land : voir *A.C.M.*, n^o 73, doc. n^{os} 1 et 2, 4 et 5, 7 et 8, 9, 10 et 11, vol. VII, pp. 376 à 389.

(2) Ebro, Catalonian Land, Unión Eléctrica de Cataluña, Electricista Catalana, Barcelonesa et Saltos del Segre : voir *supra*, n^o 95.

Sous-section I

*Irrégularités entachant l'exercice, par les organes de la faillite,
du droit de vote afférent aux actions des sociétés auxiliaires.**a) L'usurpation de compétence commise dans tous les cas où les actions se trouvaient
au Canada.*

(588) La plupart des décisions prises par les organes de la faillite agissant en tant qu'assemblées générales de sociétés auxiliaires présentent un vice fondamental : les actions dont le séquestre provisoire et les syndics ont prétendu exercer le droit de vote n'étaient pas en leur possession.

En ce qui concerne les filiales espagnoles Unión Eléctrica de Cataluña et Electricista Catalana, leurs actions, toutes au porteur, se trouvaient *au Canada*, où elles étaient détenues par la National Trust en sa qualité de gagiste ou déposées en banque au nom de la Barcelona Traction (1).

Les actions ordinaires des sous-filiales espagnoles Barcelonesa et Saltos del Segre se trouvaient également à Toronto (2).

Quant aux filiales canadiennes Ebro et Catalanian Land, leurs titres, tous nominatifs, étaient inscrits dans le registre tenu au Canada, certains au nom de la National Trust, d'autres au nom de la Barcelona Traction, quelques-uns, *enfin*, au nom des administrateurs, et tous les certificats étaient en possession de la National Trust (3).

(589) En exerçant le droit de vote afférent à des actions situées au Canada, sans avoir fait aucune tentative pour en obtenir le transfert ou la possession, les organes de la faillite ont utilisé une disposition particulière des jugements du tribunal de Reus : ceux-ci ordonnaient, en effet, la saisie des biens des sociétés auxiliaires et précisaient que la saisie « implique la possession médiata et civilissime » des actions représentant

(1) Voir *A.M.*, n° 29, vol. I, p. 182. — Comme l'indique cette annexe, 550 actions sur les 40.000 représentatives du capital de Unión Eléctrica de Cataluña étaient toutefois déposées en banque en Espagne : il s'agissait des 400 actions de cautionnement des administrateurs et de 150 actions correspondant à d'anciens cautionnements.

(2) Voir *A.C.M.*, n° 43, doc. 2, vol. VII, p. 234-235 et 250-251. — Les actions *privilegiées* et quelques actions ordinaires de Barcelonesa et de Saltos del Segre étaient toutefois déposées en banque en Espagne. Mais, en tout cas en ce qui concerne les actions *privilegiées* de Barcelonesa, les organes de la faillite ne se sont jamais préoccupés d'obtenir la possession matérielle des titres, tous au porteur : voir certificat de M. Lyndon du 17 mars 1967 relatant les déclarations qui lui ont été faites par la banque dépositaire des titres, *A.R.*, n° 28, doc. 2.

(3) Voir *supra*, n° 566, et *A.M.*, n° 29, vol. I, pp. 180 et 181.

le capital de ces sociétés (sur la portée des jugements de Reus à cet égard, voir *supra*, n° 75). Et c'est bien du reste par la saisie des actions « sous forme médiata et civilissime » que les décisions des organes de la faillite ont été justifiées à l'époque (1).

Les résolutions prises par les organes de la faillite agissant comme assemblées générales des sociétés auxiliaires sont donc entachées des mêmes vices que la construction du juge de Reus basée sur « la possession médiata et civilissime » : le Gouvernement belge a déjà suffisamment mis en lumière l'usurpation de compétence et la violation du droit espagnol commises par celui-ci à cet égard (voir *supra*, n° 94 à 104 et section III du présent chapitre) pour ne pas devoir y revenir ici.

Le Gouvernement espagnol tente, il est vrai, d'assigner un nouveau fondement à l'exercice du droit de vote par les organes de la faillite dans les sociétés auxiliaires. Il soutient, aujourd'hui, que les organes de la faillite auraient été investis de tous les droits de la Barcelona Traction par le simple effet du dessaisissement du failli, indépendamment de toute possession matérielle des titres.

Cette tentative de justification juridique a déjà été réfutée (*supra*, section III). C'est en vain que le Gouvernement espagnol tente de l'appuyer sur un argument de fait, en invoquant que la Barcelona Traction elle-même, avant la faillite, « n'avait pas la possession matérielle des titres-actions, lesquels se trouvaient aux mains de la National Trust » : « si la non-possession des titres ou documents ne faisait pas obstacle à l'exercice de ses droits par la Barcelona Traction, pourquoi ces mêmes droits n'auraient-ils pu être exercés par les organes substitués à la Barcelona Traction ? ». (C.M., IV, p. 324, a et c, et p. 325).

Sans doute est-il vrai que si la Barcelona Traction, avant la faillite, n'avait eu ni la possession des actions (2) de ses filiales (données en gage à la National Trust), ni un mandat du possesseur des titres, elle n'aurait pu prendre part au vote lors des assemblées générales de ses filiales et n'aurait pu, dès lors, exercer ces « droits de domination » dont le *Contre-Mémoire* fait tant de cas, mais dont il néglige le support juridique (cf. *supra*, n° 573).

Mais, comme on le montrera dans les paragraphes suivants, les représentants de la Barcelona Traction n'ont jamais exercé le droit de vote afférent aux titres donnés en gage qu'en vertu d'une procuration ou d'une autorisation spéciale de la National Trust. En comparant les droits des organes de la faillite à ceux de la Barcelona Traction elle-même, le Gouvernement espagnol a aussi achevé de mettre en lumière l'usurpation de pouvoir dont les premiers se sont rendus coupables.

(1) Ainsi, lors de la révocation des administrateurs de l'Ebro et de Barcelonesa, le séquestre provisoire invoqua qu'il était « saisi » (occupante) « de toutes les actions » de ces sociétés et le commissaire, dans son ordonnance d'approbation, releva qu'« on a saisi, non seulement les dits biens (de l'Ebro), mais aussi toutes les actions de la dite société sous forme médiata et civilissime » (A.M., n° 65, vol. II, p. 306). De même, lors du remplacement des administrateurs de l'Ebro, le séquestre provisoire déclara qu'« il a la possession de façon médiata de la totalité des actions » et l'ordonnance du commissaire ajouta que ces actions « ont été saisies sous forme médiata et civilissime et mises en la possession du séquestre provisoire » (A.M., n° 66, vol. II, pp. 308 et 309).

(2) Par « possession des actions », nous entendons ici la possession matérielle pour les actions au porteur, et l'inscription au nom de la Barcelona Traction pour les actions nominatives.

b) *La méconnaissance du droit de gage de la National Trust.*

(590) Toutes les actions de l'Ebro et de Catalanian Land, la majeure partie des actions de l'Unión Eléctrica de Cataluña, et une partie des actions d'Electricista Catalana étaient non seulement situées au Canada, mais en outre *données en gage à la National Trust* (voir *A.M.*, n° 29, vol. I, pp. 180 à 182).

Quant à Barcelonesa, ses actions avaient également été données en gage à la National Trust qui détenait les actions ordinaires au Canada, et les actions privilégiées en Espagne où elles étaient déposées en banque au nom de la National Trust (voir *A.C.M.*, n° 43, vol. VII, pp. 234-235).

Or, en vertu des *Trust Deeds*, le droit de vote attaché aux actions données en gage appartenait au *trustee*. Toutefois, tant que la société débitrice n'était pas en défaut (*default*) et que lui-même n'avait pas décidé de passer à l'exécution du gage, le *trustee* avait l'obligation de donner à la débitrice les pouvoirs (*proxies*) nécessaires pour qu'elle puisse voter.

(591) Aussi, avant la faillite, la Barcelona Traction n'exerçait-elle le droit de vote attaché aux actions données en gage qu'en vertu d'une procuration ou d'une autorisation spéciale de la National Trust.

En ce qui concerne les filiales canadiennes (Ebro et Catalanian Land), la Barcelona Traction demandait, à la National Trust, avant chaque assemblée, une procuration spéciale pour exercer le droit de vote afférent aux actions inscrites au nom de la National Trust et une autorisation pour prendre part au vote avec les actions inscrites au nom de la Barcelona Traction (voir *A.R.*, n° 106, appendices 1 et 2).

En ce qui concerne les filiales espagnoles, dont les titres au porteur étaient détenus par la Canadian Bank of Commerce, à Toronto, pour le compte de la National Trust, la Barcelona Traction demandait à celle-ci, à la veille de chaque assemblée, de lui faire parvenir des « billets personnels d'assistance » souscrits au nom des personnes physiques qu'elle indiquait. La National Trust n'émettait ces billets qu'après avoir obtenu l'assurance que l'assemblée ne déciderait rien de contraire aux clauses des *trust deeds* (voir *A.R.*, n° 106, appendice 3).

(592) Les organes de la faillite, qui n'avaient en tout cas pas plus de droits que la Barcelona Traction elle-même, ne se sont pas préoccupés d'obtenir une procuration ou une autorisation de la National Trust, ni pour révoquer, puis remplacer les administrateurs, ni pour modifier les statuts de six sociétés auxiliaires.

Ils ont ainsi délibérément violé le droit de gage de la National Trust, avec la bénédiction du juge de Reus qui, dans son jugement complémentaire du 27 mars 1948 déclarait saisies les actions de la Barcelona Traction « même si ces valeurs étaient déposées à la National Trust Company de Toronto ou auprès de tout autre établissement pour répondre du paiement des dettes du failli » (*A.M.*, vol. II, n° 62, p. 299) : la gravité de l'atteinte ainsi portée au droit de gage de la National Trust a déjà été soulignée (*supra*, 584 et suiv.).

c) *L'exercice du droit de vote dans les sous-filiales.*

(593) Les organes de la faillite ne se sont pas bornés à exercer le droit de vote afférent aux actions représentatives du capital des filiales de la Barcelona Traction : ils ont également prétendu constituer l'assemblée générale de plusieurs sous-filiales.

Ainsi, le séquestre provisoire a révoqué, puis remplacé des administrateurs de Barcelonesa, de Saltos del Ebro, de Saltos del Segre, d'Energía Eléctrica de Cataluña, de Saltos de Cataluña, de la Sociedad Española Hidráulica del Freser et de la Compañía General de Electricidad (*A.M.*, n° 65, vol. II, pp. 306 et 307; *A.C.M.*, n° 73, vol. VII, pp. 379-380 et 385-387), toutes sociétés dont les actions n'appartenaient pas à la Barcelona Traction, mais à des filiales, voire à des sous-filiales de celle-ci.

De même, les syndics ont modifié les statuts de Barcelonesa (filiale de l'Ebro) et de Saltos del Segre (filiale de Unión Eléctrica de Cataluña) (voir *A.R.*, n° 18, doc. 1 et 2).

Or, à supposer même — *quod non* — que, comme le soutient le *Contre-Mémoire*, les organes de la faillite aient eu, en vertu du dessaisissement, les mêmes droits, ni plus ni moins, que la Barcelona Traction avant la faillite, ils ne pouvaient évidemment exercer dans les assemblées générales des sous-filiales, le droit de vote appartenant à des filiales qui n'avaient pas été déclarées en faillite et n'étaient donc pas dessaisies.

En procédant comme ils l'ont fait à l'égard des sous-filiales, les organes de la faillite ont méconnu la personnalité juridique distincte des filiales auxquelles appartenaient les actions. Il est assez piquant, dès lors, de voir le Gouvernement espagnol se fonder précisément sur la personnalité morale reconnue à la *one man Company* pour justifier la validité des assemblées générales tenues par un seul prétendu actionnaire! (*C.M.*, IV, n° 129, p. 325).

Sous-section 2

Les révocations et nominations d'administrateurs par le séquestre provisoire.

(594) Outre les irrégularités qui entachent le principe même de l'exercice, par les organes de la faillite, du droit de vote dans les sociétés auxiliaires (*supra*, n° 588 à 593), les décisions de révocation et de remplacement d'administrateurs prises par le séquestre provisoire comportent des irrégularités qui leur sont propres.

a) *Abus et détournement de pouvoir du séquestre provisoire.*

(595) Aux termes de l'article 1044, 4°, du Code de Commerce de 1829, la mission du séquestre provisoire se limite à « la conservation de tous les biens saisis au débiteur jusqu'à ce que les syndics soient nommés ».

Parmi les biens dont le jugement du 12 février 1948 et les jugements subséquents avaient ordonné la saisie se trouvaient tous les avoirs des douze sociétés auxiliaires (voir *supra*, n° 35), de sorte que la mission du séquestre provisoire s'étendait, en vertu des décisions du juge de Reus, aux biens de toutes ces sociétés. A supposer même — *quod non* — qu'il pût exercer le droit de vote afférant aux actions, en résultait-il que la mission, purement *conservatoire* et *provisoire*, on le répète, du séquestre, allait jusqu'à lui permettre de révoquer les administrateurs des sociétés auxiliaires et de les remplacer par d'autres ?

Le Gouvernement espagnol n'hésite pas à répondre affirmativement :

* Il est évident, que si tous les gérants des différentes sociétés que la Barcelona Traction avait choisis parmi les personnes jouissant de sa confiance et qui assuraient l'unité absolue de la direction avaient été maintenus à la tête de l'administration des filiales, la société faillie aurait en réalité continué, malgré son dessaisissement, à administrer ses biens, au mépris des dispositions légales et de l'efficacité de la faillite. Il fallait donc bien autoriser le remplacement des administrateurs nommés par la Barcelona Traction dont l'attitude à l'égard de la déclaration de faillite témoigne assez qu'ils agissaient en agents de la faillie. » (*C.M.*, IV, n° 160, p. 528; voir aussi p. 276, première phrase.)

Ce raisonnement tombe à faux : les administrateurs des filiales, s'ils étaient restés en fonctions, n'auraient pas pu administrer librement les biens des filiales, *puisque ceux-ci étaient saisis par le séquestre provisoire en vertu des décisions du juge de Reus*. Autrement dit, la situation des administrateurs des filiales, eût été, en fait, identique à celle des administrateurs de la société faillie elle-même, qui continuèrent à représenter celle-ci en dépit du dessaisissement résultant de la faillite. C'est ce que prévoit explicitement l'article 929 du Code de Commerce :

* Les sociétés seront représentées durant la faillite selon ce que les statuts auront prévu pour ce cas, et, à défaut, par le conseil d'administration... ».

Sans doute, cette disposition ne concerne-t-elle que la société faillie elle-même. Mais la solution qu'elle fournit s'applique, *a fortiori*, à des sociétés filiales dont les avoirs ont été englobés dans la saisie des biens de la société-mère.

(596) En réalité, le but poursuivi par le séquestre provisoire et par le commissaire était totalement étranger à la conservation des biens des filiales, laquelle était déjà assurée par les saisies. En révoquant les administrateurs des filiales, puis en les remplaçant, ces mandataires de justice n'ont eu d'autre but, dans l'immédiat, que de faire échec à des recours des organes des filiales contre les décisions qui n'ordonnaient rien de moins que la saisie de tous les biens de celles-ci.

Que tel ait bien été le but des mesures prises résulte notamment des circonstances suivantes, déjà mises en lumière dans la première partie de la *Réplique* (*supra*, n° 79 à 87).

1° Le séquestre provisoire a d'abord *révoqué*, dès le 20 février 1948, tous les administrateurs de l'Ebro et de la Barcelonesa, *sans les remplacer*, en sorte que pendant près d'un mois, ces sociétés furent privées de tout Conseil d'administration (1) (*supra*, n° 82).

La création d'une telle vacance et le temps mis à la combler étaient évidemment contraires aux principes les plus fondamentaux du droit des sociétés (2).

Ils étaient, au surplus, incompréhensibles s'il s'était agi d'assurer la conservation des biens des sociétés. Ils se comprennent, en revanche, parfaitement dès le moment où le but poursuivi était d'empêcher de toute urgence l'Ebro et la Barcelonesa de prendre contre le jugement du 12 février 1948 de nouveaux recours comme celui que le conseil d'administration de l'Ebro avait introduit dès le 16 février 1948.

2° Lorsque le séquestre provisoire a remplacé les administrateurs révoqués, il a incluí, dans les résolutions mêmes qui contenaient les nominations, un mandat donné à un ou deux d'entre eux de révoquer les avoués précédemment désignés et une injonction faite aux nouveaux conseils de constituer de nouveaux avoués (*supra*, n° 84) : il ne pouvait souligner plus clairement que le but de ces remplacements était le retrait de procédures embarrassantes.

3° Jusqu'à la nomination des syndics, c'est le séquestre provisoire, et non les nouveaux conseils d'administration, qui s'est chargé de la gestion des sociétés auxiliaires (*supra*, n° 87).

(597) Il est donc clair que le séquestre provisoire, avec l'approbation explicite du commissaire, a commis :

1° un *excès de pouvoir*, en prenant, à l'égard des sociétés auxiliaires, des mesures qui excédaient les limites de sa mission conservatoire et que la loi lui interdisait de prendre à l'égard de la société faillie elle-même;

(1) Les administrateurs de l'Ebro n'ont été remplacés que le 16 mars 1948 (*supra*, n° 84), et il y a tout lieu de penser que les administrateurs de Barcelonesa ne furent pas remplacés avant cette date.

(2) Lorsqu'on a présent à l'esprit l'usage ainsi fait par le séquestre provisoire du droit de vote attaché au portefeuille de la Barcelona Traction, la justification donnée par le Gouvernement espagnol à l'exercice de ce droit de vote par les organes de la faillite prend une saveur particulière : par l'effet du dessaisissement, la Barcelona Traction ne pouvait plus exercer le droit de vote et, si les organes de la faillite n'avaient pu l'exercer non plus, « la direction ou l'administration d'une exploitation industrielle, exercée par le moyen de la domination des sociétés auxiliaires, aurait été vacante, faute de personne apte à l'exercer. *Le droit ne tolère pas une telle vacance; comme la nature, il a horreur du vide ...* ». (C.M., IV, n° 50, p. 275).

2°) *un détournement de pouvoir*, en se servant de pouvoirs destinés à la conservation des biens saisis en vue de paralyser les recours des sociétés auxiliaires.

b) *Autres irrégularités.*

(598) Les mesures de révocation et de remplacement des administrateurs des sociétés auxiliaires étaient encore entachées d'autres irrégularités, qui paraîtront sans doute mineures à côté du vice d'excès et de détournement de pouvoir dont il vient d'être question, mais qu'il convient néanmoins d'indiquer brièvement, car elles mettent en évidence l'extraordinaire désinvolture du séquestre provisoire à l'égard des prescriptions légales qui le gênaient.

1° *Filiales canadiennes.*

a) Les sociétés Ebro et Catalanian Land étaient des sociétés canadiennes ayant leur siège principal à Toronto.

Or, comme l'a souligné le Tribunal Suprême de l'Ontario dans son jugement du 12 mai 1954 accueillant l'action déclaratoire de la National Trust (1), « la section 88 du *Companies Act* stipule . . . que les administrateurs d'une société doivent être élus par les actionnaires au cours d'une assemblée générale de la société réunie en un lieu quelconque au Canada » (*A.M.*, vol. IV, n° 245, p. 962).

C'est notamment sur ce motif que s'est fondé ledit Tribunal Suprême pour déclarer que « les assemblées d'actionnaires . . . d'Ebro et Catalanian Land, qui ont été prétendument tenues en Espagne par le dépositaire . . . n'ont pas été régulièrement constituées et sont complètement nulles et sans effet » (*A.M.*, n° 245, vol. IV, p. 963).

b) De plus, la Barcelona Traction n'était pas la seule personne inscrite au registre des actionnaires de ces sociétés : dans le cas de l'Ebro, 125.000 actions ordinaires étaient inscrites au nom de la Barcelona Traction, 24.840 au nom de la National Trust et 160 au nom de neuf personnes physiques.

Rien ne permettait dès lors au séquestre provisoire de tenir une assemblée générale sans que les personnes inscrites au registre eussent été régulièrement convoquées.

2° *Filiales et sous-filiales espagnoles.*

Pour réunir régulièrement les assemblées des filiales espagnoles dont les titres étaient au porteur, il aurait fallu que les conseils d'administration en fonctions publient, plusieurs jours à l'avance, des convocations contenant l'ordre du jour (2).

(1) Sur cette procédure, voir *M.*, I, nos 259 et 260, pp. 116 et 117 et *A.R.*, n° 134, app. 4.

(2) Les statuts des filiales espagnoles prescrivait tous que les assemblées générales fussent convoquées par la publication au journal officiel de la province de Barcelone, plusieurs jours d'avance, d'un avis indiquant sommairement l'objet de la réunion.

Comme le séquestre provisoire aurait eu quelque peine à obtenir que les administrateurs en place lancent ces convocations, il a résolu la difficulté en se passant purement et simplement de toute convocation.

Dans le cas de la Barcelonesa, douze actions se trouvaient dans le public (*M.*, n° 338, p. 168), de sorte que le séquestre provisoire ne pouvait même pas invoquer, pour se dispenser de toute convocation, sa qualité de seul représentant des actionnaires.

Sous-section 3

Les modifications des statuts, comportant l'hispanisation des deux filiales canadiennes et l'émission des faux titres.

(599) L'exposé des faits a rappelé en quoi ont consisté les modifications apportées par les syndicats, sur proposition des nouveaux conseils d'administration, aux statuts de six sociétés auxiliaires (*supra*, n^{os} 94 à 99).

Ces modifications tendaient, principalement, à « hispaniser » les deux filiales canadiennes et à faire émettre par celles-ci et par quatre filiales espagnoles de nouveaux titres destinés à être remis aux syndicats pour être vendus ensuite à vil prix au groupe March.

a) *Hispanisation des deux filiales canadiennes.*

(600) Réunis le 14 décembre 1949 à Barcelone en assemblée générale extraordinaire de la société Ebro, les syndicats déclarèrent notamment :

« que le domicile social de la société est établi en la ville de Barcelone au lieu où elle a actuellement son siège principal, c'est-à-dire dans l'immeuble n^o 2 place de Catalogne de cette ville » (4^e résolution)

et que la société

« est une société soumise au droit espagnol, qui est régie par ses statuts inscrits au registre du commerce de Barcelone, pour autant qu'ils n'enfreignent pas le Code de commerce espagnol et sa législation complémentaire, qui suppléeront auxdits statuts » (5^e résolution) (*A.M.*, n^o 164, vol. III, p. 638).

A en croire le *Contre-Mémoire*, ces décisions se seraient bornées à « éclaircir certains points qui découlaient de l'acte notarié du 14 décembre 1911 par lequel Ebro s'est installée en Espagne » (*C.M.*, IV, n^o 166, p. 530).

Il suffit de lire l'acte du 14 décembre 1911, dont le Gouvernement Espagnol produit lui-même une traduction (*ACM*, n^o 7, doc. 2, vol. I, pp. 73 et 74), pour écarter cette interprétation. En effet, cet acte, reçu par un notaire de Barcelone (1), constate notamment qu'il est prouvé par un certificat délivré par le Consul d'Espagne à Toronto que la société Ebro Irrigation and Power a « été créée conformément aux lois en vigueur au Canada », et qu'elle est

(1) Contrairement à ce qui est affirmé dans le *Contre-Mémoire* (p. 18, note 1), le notaire n'a nullement qualifié son acte « acte constitutif de la société ». Le titre « Riegos y Fuerza del Ebro, Sociedad Anonima » qui figure en tête de la traduction produite par le Gouvernement espagnol (*A.C.M.*, n^o 7, doc. 2, vol. I, p. 73) n'existe pas sur l'acte original.

* domiciliée à Toronto mais avec faculté d'établir des succursales et d'effectuer des opérations dans tous les pays où le conseil d'administration de la société le juge opportun, conformément à l'acte constitutif et à ses statuts, dont traduction légale est annexée ».

L'acte constate en outre qu'une personne dûment mandatée par la société (1) déclare que :

* 1. La société qui a été constituée sous la dénomination de *Riegos y Fuerza del Ebro, Sociedad Anonima* (Ebro Irrigation and Power Company Ltd) dans la ville de Toronto (Canada) constitue résidence aux effets de pouvoir pratiquer en Espagne toutes les opérations nécessaires et les exécuter en se soumettant aux règles et statuts qui sont annexés à la suite des présentes.

* 2. La société commencera ses opérations en Espagne à la présente date et elle prend résidence, avec un capital de 2.500.000 dollars (2), soit avec la même somme avec laquelle a été créée la société dans la ville de Toronto, conformément aux actes et statuts dont il a déjà été fait mention ... ».

* 3.

* 4. La société, pour toutes les opérations qu'elle effectuera en Espagne, sera soumise aux lois espagnoles, ayant comme domicile en Espagne, pour tous effets légaux, la présente ville de Barcelone ainsi que les lieux où elle aura ses bureaux ».

Cet acte a été présenté le 10 janvier 1912 au registre du commerce de Barcelone (3) avec l'acte constitutif (*letters patent*) et les statuts (*by-laws*) de la société, le pouvoir de son mandataire, et la traduction de ces documents en espagnol (4); et c'est sur le vu de ces documents qu'a été établie l'inscription première de la société, qui rappelle que celle-ci est « domiciliée à Toronto ». qu'elle a été « constituée conformément aux lois en vigueur au Canada » et que « pour toutes opérations effectuées en Espagne, soumission est faite aux lois espagnoles en désignant comme domicile de la même société en Espagne cette ville de Barcelone » (*ACM*, n° 12, doc. 2, vol. VII, pp. 99 et 100).

Il résulte donc, sans la moindre équivoque, de l'acte du 14 décembre 1911 et de l'inscription première de la société au registre du commerce de Barcelone, que l'Ebro était soumise au régime de l'article 15 du Code de commerce aux termes duquel « les sociétés constituées à l'étranger pourront exercer le commerce en Espagne en se soumettant aux lois de leur pays pour ce qui concerne leur capacité de contracter et aux dispositions du présent Code pour tout ce qui concerne la création de leurs établissements en territoire espagnol, leurs opérations commerciales et la juridiction des tribunaux de la Nation ».

(1) Il s'agit de Mr. E.D. Trowbridge « usant des instructions qui lui ont été octroyées et des facultés qui lui ont été conférées par la société Riegos y Fuerza del Ebro d'après mandat du 31 du mois d'octobre passé (1911) conféré par les représentants de ladite société, la légitimité du mandat ayant été dûment établie, ainsi que celle des mandants et les qualités avec lesquelles ils agissent, selon acte en date du 1^{er} novembre passé, autorisé par M. Samuel Goodman Crowell, notaire public de la province de Ontario, ville de Toronto, Canada, copie de laquelle fut faite en espagnol en la forme légale et qui est annexée au présent acte ».

(2) « Le capital destiné aux opérations à réaliser en Espagne » devait être mentionné dans l'inscription première de toute société étrangère au Registre du Commerce (art. 124 du règlement du registre du commerce du 20 septembre 1919) : c'est la raison pour laquelle cette indication figure dans l'acte notarié du 14 décembre 1911, établi en vue de la publication au Registre du commerce de Barcelone.

(3) Les dispositions légales régissant l'inscription des sociétés étrangères au registre du commerce sont : l'article 21, dernier paragraphe, du Code de commerce, complété par l'ordonnance royale du 28 janvier 1914, et le Règlement du registre du commerce du 20 septembre 1919 (remplacé en 1956), spécialement art. 7, 107 et 124.

(4) Voir la finale de l'inscription de la société au Registre du commerce de Barcelone, *A.C.M.*, n° 12, doc. 2, vol. VII, pp. 99 et 100.

Quels sont, au regard de l'acte du 14 décembre 1911, ainsi analysé, les « éclaircissements » que les syndics auraient prétendument apportés ?

Avant de prendre les 4^e et 5^e résolutions rappelées ci-avant, ils déclarèrent « que la soumission de cette société aux lois espagnoles, mentionnée dans l'acte du 14 décembre 1911 inscrit au registre du commerce de Barcelone se réfère tant aux opérations sociales qui se réalisent sur le territoire espagnol qu'à ce qui concerne l'acquisition, le maintien et la subsistance de la personnalité juridique de la société, sa capacité d'agir et les statuts qui la régissent » (3^e résolution, *A.M.*, n^o 164, vol. III, p. 638).

Le prétendu « éclaircissement » aurait donc consisté à dire *exactement le contraire* de l'acte du 14 décembre 1911, et à attribuer en outre à la création d'une succursale de société étrangère en Espagne, une portée inconciliable avec l'article 15 du Code de Commerce (1).

(601) En réalité, le siège social se trouvait à Toronto, ainsi que le relèvent tant l'acte du 14 décembre 1911 que l'inscription de la société au registre du commerce. Les syndics ont décidé de le transférer en Espagne dans le but de muer la société canadienne en société espagnole.

Si le Gouvernement espagnol s'efforce de nier ce fait contre toute évidence, c'est sans doute qu'il est conscient qu'une telle décision était grossièrement illégale, pour deux raisons au moins. En effet :

1^o) C'est par « lettres patentes » que l'Etat canadien, agissant par un secrétaire d'Etat, a « constitué » les fondateurs de l'Ebro « ainsi que tous autres qui dans la suite deviendraient actionnaires de ladite compagnie, en une association ayant la personnalité civile et politique, sous le nom de Ebro Irrigation and Power Company, Ltd », ayant son siège principal à Toronto dans la province d'Ontario (*A.M.*, n^o 22, appendice 2, vol. I, p. 151, spécialement p. 152, premier paragraphe).

Or il est unanimement admis, en droit canadien, que la nationalité d'une société est déterminée par le lieu de son « incorporation » (Fraser & Stewart, *Company Law of Canada*, 5^e éd., p. 152) : cette solution résulte de la *Common Law* d'Angleterre (2) qui

(1) Le Gouvernement espagnol invoquera-t-il que l'Ebro avait non seulement créé une succursale en Espagne, mais avait indiqué en outre, par application de l'article 124 du règlement du registre du commerce en vigueur, que le capital destiné aux opérations à réaliser en Espagne s'élevait à 2.500.000 dollars, montant de tout son capital social ?

Une décision de la Cour de Barcelone du 8 février 1950 (*A.M.*, n^o 120, vol. II, pp. 431 à 433), qui a été commentée précédemment (n^o 142), déclare, dans un motif surabondant, que cette clause de l'acte du 14 décembre 1911 « signifie le transfert intégral de la société en Espagne, étant donné que si le capital social était retiré dans sa totalité du Canada et si le développement et les activités de la société avaient lieu en Espagne, il ne restait à Toronto absolument rien d'autre qu'un vrai fantôme », qu'un domicile « complètement fictif sans relation avec aucune réalité ».

C'est évidemment à tort que ce jugement considère comme « complètement fictif » le domicile indiqué dans l'acte constitutif de la société et où se réunissent effectivement le conseil d'administration et les assemblées générales des actionnaires. L'article 15 du Code de commerce espagnol, d'autre part, ne permet pas de soutenir qu'une société serait espagnole du seul fait que toutes ses activités économiques se développeraient en Espagne.

(2) Voir les références citées dans le jugement de la Cour Suprême de l'Ontario du 12 mai 1954 (*A.M.*, n^o 245, vol. IV, pp. 959 et 960) et spécialement *Gasque v. Inland Revenue Commissioners* (1940) 2 K.B. 80.

est restée en vigueur au Canada, et spécialement dans la province d'Ontario, pour toutes les matières où le législateur canadien n'est pas intervenu (1).

Au Canada comme en Angleterre, par conséquent, la nationalité d'une personne morale « est déterminée d'une manière inaliénable par les lois du pays de qui elle tient sa personnalité » (2) : « le domicile d'origine ou, pour appliquer à la société une métaphore familière, le domicile de la naissance, s'attache à elle pendant toute son existence » (3).

Que telle soit bien la règle applicable au Canada est confirmé par le fait que dans deux cas où une société incorporée au Canada a voulu acquérir une autre nationalité, une mesure législative spéciale a été jugée nécessaire (4).

Aussi le jugement rendu le 12 mai 1954 par le Tribunal Suprême de l'Ontario sur l'action déclaratoire intentée par la National Trust (5) a déclaré « complètement nulles et sans effet » les modifications apportées aux statuts d'Ebro par les syndics et a conclu que « la défenderesse Ebro est une société canadienne dûment incorporée, existant et continuant à exister, en vertu des lois canadiennes » et que « son siège social est dans la ville de Toronto » (*A.M.*, n° 245, vol. IV, pp. 963 et 966).

Régulièrement incorporée au Canada, l'Ebro devait donc rester une société canadienne jusqu'à sa dissolution, et aucune décision de ses actionnaires ne pouvait en modifier la nationalité.

2°) Même si les actionnaires de l'Ebro avaient eu le pouvoir de changer la nationalité de la société, encore ce pouvoir n'aurait-il pu être reconnu aux syndics en cas de faillite des actionnaires.

La mission légale des syndics, en ce qui concerne les biens du failli, consiste à les administrer et à les vendre suivant les formalités légales (Art. 1218, 2° et 4° de la Loi de procédure civile).

(1) Voir notamment Bourinot, *Constitutional History of Canada*, p. 150 (« Dans les provinces autres que Québec, les sources du droit sont la *Common Law* d'Angleterre, naturellement apportée dans le pays par les fondateurs anglais, et les lois prises de temps à autre par les autorités législatives »).

En vertu de la section 129 de la Constitution du Canada (*British North America Act*), le droit en vigueur à l'époque de la Confédération est resté applicable tant qu'il n'était pas modifié par le Parlement du Canada ou par la législation des différentes provinces.

(2) Déclaration de Mac Nair J. dans l'affaire *Kuenigl v. Donnersmark* (1955) *L.R.* 1 QB 515, spécialement 535.

(3) Déclaration de Mac Naghten J., dans l'affaire *Gasque v. IRC*, citée par le jugement du Tribunal Suprême de l'Ontario du 12 mai 1954 (*A.M.*, n° 245, vol. IV, p. 960).

(4) Une loi spéciale de la province d'Ontario (chapitre 126 des *Statutes of Ontario*, 1954) a autorisé la Sao Paulo Light and Power Company Ltd, incorporée conformément aux lois de la province d'Ontario, à demander, par une décision appropriée de ses actionnaires, conformément à l'article 71 du décret loi n° 2627 du 16 mai 1940 des Etats-Unis du Brésil, un décret revêtant la société de la nationalité brésilienne; de même, une loi spéciale du Parlement du Canada (chapitre 74 des *Statutes of Canada*, 1953-1954) a disposé que la Brazilian Telephone Company, incorporée conformément aux lois du Canada, cesserait d'être soumise au *Companies Act of Canada* à la date de la promulgation d'un décret lui octroyant la nationalité brésilienne conformément à l'article 71 du décret-loi brésilien n° 2627 précité.

(5) Sur cette procédure, voir *M.*, I, n° 259 et 260, pp. 116 et 117 et *A.M.*, n° 245, vol. IV, p. 959.

S'ils s'agit, comme en l'espèce, de la faillite d'une société *holding*, on peut concevoir que la mission d'administration des syndics comprenne l'exercice du droit de vote attaché aux actions appartenant à la société faillie, *mais dans la mesure seulement où cet exercice est relatif à l'administration ou à la conservation des actions jusqu'à leur vente* : les syndics pourraient, par exemple, exercer le droit de vote pour approuver le bilan ou pour décider l'intentement par la société d'une action en responsabilité contre les administrateurs. *Mais le changement de nationalité de la société est évidemment totalement étranger à l'administration des biens de l'actionnaire failli* : une telle décision excède, dès lors, et manifestement, les pouvoirs des syndics.

(602) Les observations qui précèdent valent également pour les résolutions quasi identiques prises le même jour par les syndics en qualité d'assemblée générale extraordinaire de *Catalonian Land* (A.R., n° 18, doc. 5).

b) *Emission de faux titres dans six sociétés auxiliaires.*

(603) On a montré, dans la première partie de la *Réplique*, comment les syndics ont d'abord fait sommer, pour la forme, les avoués de la Barcelona Traction et de la National Trust de remettre les titres des sociétés auxiliaires détenus en gage hors d'Espagne par la National Trust (*supra*, n° 89 à 93). Après s'être acquittés de cette formalité, dont ils savaient d'avance qu'elle était sans valeur juridique et ne pourrait conduire à aucun résultat, les syndics ont pris, toujours en leur qualité d'assemblée générale, la décision d'annuler les titres existants et d'émettre de faux titres à leur profit, non seulement dans les deux filiales canadiennes, mais, en outre, dans quatre sociétés auxiliaires espagnoles.

Ces décisions ont déjà été décrites (*supra*, n° 97 à 99) et l'on a montré le caractère fallacieux des prétextes par lesquels les nouveaux et pseudo-conseils d'administration ont tenté de les justifier à l'époque (*supra*, n° 98).

Cet exposé de fait aura suffi à convaincre la Cour du but réel de ces mesures : comme « on ne put pas saisir matériellement les titres, qui se trouvaient à l'étranger » — c'est le Gouvernement espagnol qui l'avoue (*C.M.*, IV, n° 219, p. 385) —, les syndics décidèrent de les annuler et de les remplacer par d'autres, susceptibles d'être vendus au groupe March (1).

On imagine mal une *usurpation de compétence* plus manifeste, puisque les syndics, non contents de la possession médiante et civilissime que leur conférait le jugement, ont ainsi mis la main, par un artifice, sur des titres qui se trouvaient légitimement à l'étranger.

(604) Cette usurpation de compétence se double de violations flagrantes du droit espagnol ou du droit canadien selon le cas, et c'est vainement que, dans une annexe (*A.C.M.*, n° 146, vol. VIII, p. 248), le Gouvernement espagnol tente de démontrer la « régularité formelle » et « matérielle » des décisions prises dans le cas de l'Ebro.

(1) Rappelons ici que la même décision fut prise pour celles des actions de la Barcelonesa qui se trouvaient en banque en Espagne sous dossier au nom de la National Trust, sans qu'aucune tentative ait été faite par les organes de la faillite pour saisir matériellement les titres (voir *A.R.*, n° 28).

a) En ce qui concerne les conditions nécessaires à la régularité de forme d'une assemblée générale, le Gouvernement espagnol souligne avec raison que « la première de ces conditions » est que les assistants « doivent prouver leur qualité d'associé ou la représentation dont ils disent avoir été chargés par qui possède cette qualité » (*A.C.M.*, n° 146, paragr. 6, vol. VIII, p. 249).

Mais le Gouvernement espagnol omet d'ajouter que la preuve de la qualité d'actionnaire doit résulter, si les actions sont nominatives, de l'inscription au registre ou d'une procuration signée par l'actionnaire inscrit (1) : c'est là une conséquence du fait que les droits de l'actionnaire sont incorporés dans un titre-valeur (voir *supra*, n° 556 et suiv.).

Or, dans le cas de l'Ebro, une partie des actions étaient inscrites, non pas au nom de la Barcelona Traction, mais au nom de la National Trust (*A.R.*, n° 32).

b) Pour soutenir que les résolutions litigieuses « remplissaient . . . les conditions de régularité matérielle exigées par l'ordre juridique », le Gouvernement espagnol présente les mesures prises par les syndics comme de simples « mutations dans la forme externe et physique de représentation des titres-actions, lesquelles ne pouvaient affecter *des tiers* au point que leur concours soit nécessaire pour adopter lesdites résolutions, comme s'il s'agissait, par exemple . . . de leur nier un droit qui leur aurait été reconnu antérieurement, ou l'exercice dudit droit » (*A.C.M.*, n° 146, par. 7 et 8, vol. VIII, p. 249).

Cette argumentation laisse sans réponse le grief d'usurpation de compétence (*supra*, n° 603).

Elle est, au surplus, particulièrement malvenue, car, dans les résolutions litigieuses, il s'agissait précisément de dénier à un tiers — la National Trust — un droit qui lui appartenait antérieurement. C'est l'objet même de la onzième résolution prise par les syndics en leur qualité prétendue d'assemblée générale de l'Ebro.

Il n'est pas superflu d'en citer le texte :

* En tous cas, l'exercice des droits d'actionnaires appartiendra exclusivement au propriétaire des actions. Le créancier-gagiste (*pignoraticio*) ou n'importe quel autre porteur en vertu d'un titre autre que celui de propriété, sera tenu de permettre l'exercice de ces droits en présentant les actions à la société lorsque cette condition sera nécessaire à cette fin. S'il ne se conforme pas à cette obligation, l'actionnaire au nom duquel les actions sont inscrites dans le livre-registre des transferts, après avoir requis de manière suffisante, de l'avis du conseil d'administration, le créancier-gagiste (*pignoraticio*) ou le possesseur en vertu d'un titre autre que celui de propriété, pourra faire usage de son droit par la présentation de l'attestation notariée certifiée d'où il résultera qu'il a adressé la requête mentionnée » (*A.R.*, n° 18, doc. 6).

(1) Si les actions sont au porteur (cas des filiales et sous-filiales espagnoles), la preuve de la qualité d'actionnaire requiert la production des actions ou d'un document établissant le dépôt régulier de celles-ci.

Les syndicats ont donc *expressément* nié le droit de vote régulièrement (1) conféré à la National Trust, *auquel toutes les actions de l'Ebro avaient été données en gage et au nom duquel une partie de celles-ci étaient même inscrites au registre tenu à Toronto* (2).

Il est vrai qu'en prétendant exercer le droit de vote, les syndicats méconnaissaient déjà les droits de la National Trust (voir *supra*, n^{os} 590 et ss.) : tant qu'ils y étaient, pourquoi ne pas annoncer sans ambages dans les statuts de l'Ebro que, désormais, toute clause d'un contrat de gage conférant le droit de vote au gagiste serait tenue pour inexistante ?

Les syndicats n'allaient du reste pas tarder à montrer qu'ils tenaient pour rien le droit de gage lui-même : en dépit de la protestation notifiée par la National Trust (*A.M.*, n^o 173, vol. III, p. 667) à la suite de l'annonce de l'émission des faux titres (*A.M.*, n^o 172, vol. III, p. 666), les syndicats se sont fait remettre ceux-ci au mépris du gage de la National Trust.

A la lumière des observations qui précèdent, la conclusion du *Contre-Mémoire* sur la question est vraiment d'un cynisme déconcertant :

« Personne ne peut soutenir sérieusement qu'elles (les résolutions relatives à l'émission des titres) violaient aucun principe réel, ou qu'elles étaient contraires à l'ordre public ou à la morale » ... (*A.C.M.*, n^o 146, par. 7, vol. VIII, p. 249).

Le droit du créancier-gagiste n'est-il pas un « principe réel » du droit espagnol et n'est-il pas *expressément* reconnu, en cas de faillite, par l'article 918 du Code de commerce ? Le Gouvernement espagnol considère-t-il sérieusement comme conforme à l'ordre public et à la morale une décision tendant à s'approprier des actions au mépris des droits de la personne à laquelle elles ont été données en gage ?

(605) On comprend que le Gouvernement espagnol ait rejeté dans une annexe des explications aussi peu convaincantes.

Mais la justification présentée dans le corps du *Contre-Mémoire* ne vaut guère mieux.

Le Gouvernement espagnol y affirme que les titres annulés et remplacés par de nouveaux étaient « de simples certificats ou récépissés provisoires » et non des « titres définitifs » (*C.M.*, IV, n^o 219, p. 385).

Comme on a déjà eu l'occasion de le souligner, c'est là une pure invention : à l'exception de Saltos del Segre, toutes les sociétés auxiliaires qui ont fait l'objet de mesures *ici critiquées* avaient bel et bien émis des titres définitifs (*supra*, n^o 102 et *A.R.*, n^o 29).

(1) La loi espagnole de 1951 sur les sociétés anonymes prévoit qu'en cas de mise en gage d'actions, l'exercice des droits d'actionnaires appartiendra au propriétaire des actions, sauf disposition contraire des statuts (art. 42). Mais à l'époque des modifications aux statuts des sociétés auxiliaires, cette loi n'existait pas encore et aucune disposition légale ne permettait de refuser effet à la clause d'un contrat de gage d'actions par laquelle le droit de vote était attribué au gagiste.

(2) La même négation des droits de la National Trust se retrouve implicitement dans les modifications apportées par les syndicats aux statuts des sociétés auxiliaires espagnoles : voir *supra*, n^o 99.

Dans le cas des deux filiales canadiennes, dont les actions étaient nominatives, le titre des actionnaires consistait dans l'inscription au registre et l'on ne conçoit même pas comment celle-ci aurait pu être « provisoire ».

Non seulement, l'explication du *Contre-Mémoire* est inexacte dans cinq cas sur six, mais elle est, en outre, sans pertinence dans le sixième cas, celui de *Salto del Segre*.

En effet, les syndics n'ont nullement invoqué, à l'appui de leur décision d'émettre de nouveaux titres de *Salto del Segre*, le fait que les titres existants n'étaient que des certificats provisoires. Les droits de l'actionnaire sont du reste incorporés dans des certificats provisoires de la même manière que dans des titres définitifs (*A.R.*, n° 96), de sorte que l'usurpation de compétence et les violations du droit espagnol sont les mêmes qu'il s'agisse de certificats provisoires ou de titres définitifs.

Sous-section 4

Responsabilité de l'Etat espagnol.

(606) Le Gouvernement espagnol se rend bien compte, en réalité, que la « pseudo-normalisation » des sociétés auxiliaires à laquelle ont procédé les organes de la faillite est indéfendable, car il s'empresse de soutenir, à titre subsidiaire, que « si, dans l'exercice des droits saisis, les organes de la faillite avaient commis des erreurs et des irrégularités, ce problème serait complètement étranger au litige international » (C.M., IV, n° 161, p. 528).

A l'appui de cette thèse le Gouvernement espagnol invoque :

a) que les mesures de « pseudo-normalisation » des sociétés auxiliaires seraient sans rapport de cause à effet avec le dommage dont l'Etat belge demande réparation;

b) qu'il s'agirait d'actes extrajudiciaires ne pouvant engager la responsabilité internationale de l'Etat espagnol.

Cette défense subsidiaire ne résiste pas à l'examen.

a) *Les mesures de « pseudo-normalisation » ont bien contribué à causer le dommage.*

(607) A en croire le Gouvernement espagnol, « le problème de la *création de nouveaux titres* fut sans conséquence sur la procédure de faillite, car ce qu'on vendit aux enchères le 4 janvier 1952 fut uniquement le capital-actions et le capital-obligations de certaines sociétés appartenant à Barcelona Traction, et peu importaient les titres matériels qui étaient le signe dudit capital-actions et dudit capital-obligations » (C.M., n° 161, p. 528).

On a déjà eu l'occasion de montrer que cette thèse est absolument contraire aux faits de la cause : la vente a bien porté sur les faux titres (voir *supra*, n° 173 ss.), et la décision d'émettre ceux-ci est donc bien une condition nécessaire de la réalisation du dommage résultant de la vente à vil prix.

(608) Quant aux mesures de *révocation et de remplacement d'administrateurs*, dont le but immédiat a été, comme on l'a montré, de faire obstacle aux recours des sociétés auxiliaires, le Gouvernement espagnol invoque que :

« Le désistement des avoués nommés par les nouveaux conseils (d'administration) des filiales ne pouvait avoir aucune incidence sur le jugement déclaratif de la faillite. Les filiales contrairement à Barcelona Traction, ne pouvaient pas faire opposition et, en fait, elles n'essayèrent pas de la former » (C.M., n° 161, p. 528).

Il est exact que les recours intentés par les sociétés auxiliaires tendaient à faire rapporter le jugement de faillite en tant seulement qu'il reconnaît la saisie de leurs biens et ne pouvaient donc avoir d'incidence sur la déclaration de faillite elle-même.

Mais le dommage dont le Gouvernement belge demande réparation ne résulte pas seulement de la déclaration de faillite de la Barcelona Traction : cette déclaration de faillite a été, sans doute, une condition nécessaire, mais non une condition suffisante du dommage. La majeure partie de celui-ci ne se serait, en effet, pas produite sans la vente à vil prix des faux titres des sociétés auxiliaires.

Or ce sont les nouveaux conseils d'administration qui ont rendu possible cette vente, en convoquant les syndics en assemblées générales afin de décider l'émission des nouveaux titres qui allaient faire l'objet de la vente; et ce sont les nouveaux conseils d'administration qui ont mis ces décisions à exécution par la création effective des faux titres. Ces considérations suffisent à établir le rapport de cause à effet entre les révocations et remplacements d'administrateurs d'une part, et le dommage subi d'autre part.

- b) *Les décisions des organes de la faillite aux fins de « pseudo-normalisation » sont des actes de la procédure de la faillite qui engagent la responsabilité de l'Etat espagnol.*

(609) D'après le *Contre-Mémoire*,

« L'émission des titres et leur remise aux syndics ne constituent pas des actes opérés par les organes de la faillite, en tant que tels et dans le cadre de la procédure de faillite mais bien des actes extrajudiciaires réalisés par les organes légitimes des sociétés émettrices » (C.M., n° 222, a, p. 387) (1).

Cette thèse ne résiste pas à la lecture des procès-verbaux des décisions prises par les syndics : si ceux-ci ont prétendu constituer l'assemblée générale des sociétés auxiliaires, c'est « comme représentants légaux de la totalité des actions (de chaque société auxiliaire) en leur qualité de syndics de la faillite de Barcelona Traction, élus au cours de l'assemblée des créanciers de ladite société célébrée au Tribunal de Reus le 19 septembre (1949), ainsi qu'il appert de l'apostille (*oficio*) datée du 9 décembre adressée à la présente société par le juge commissaire de la faillite de la susdite société » (procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire de l'Ebro du 14 décembre 1949, A.M., n° 64, vol. III, p. 637).

(1) Chose curieuse, cet argument est présenté par le Gouvernement espagnol pour tenter de justifier le sort fait par les tribunaux espagnols aux actions déclaratoires de la National Trust, qui tendaient notamment à faire dire que les seuls titres valables de l'Ebro et de Catalanian Land étaient ceux en possession de la National Trust. Ces recours ont fait l'objet d'ordonnances de surséance, pour le motif qu'ils relevaient de la procédure de la faillite, suspendue par le déclinatoire Boter et à ce moment pendante devant la Cour : aux termes du jugement du juge spécial du 17 mai 1951, « l'action introduite présentement est une conséquence ou une incidence de ladite procédure universelle (de faillite), quoique la résolution entreprise ne donnât pas au mot incidence une portée et une signification telles qu'elle constitue à proprement parler un des incidents réglementés par les articles 741 et suivants de la loi de Procédure civile, mais a voulu signifier qu'elle est une dérivation de la procédure de faillite » (A.M., n° 165, vol. III, p. 641).

Les tribunaux espagnols eux-mêmes ont donc considéré que les décisions d'émettre de nouveaux titres, critiquées par la National Trust, se rattachaient à la procédure de faillite.

Il est surprenant que, pour tenter de justifier ces jugements, le Gouvernement espagnol invoque que les décisions des syndics relatives à l'émission des titres « ne constituent pas des actes opérés par les organes de la faillite en tant que tels et dans le cadre de la procédure de faillite » : si tel était le cas, les ordonnances de surséance n'auraient même pas eu une apparence de fondement!

C'est donc bien en tant qu'organes de la faillite, chargés notamment d' « administrer les biens de la faillite » (Loi de procédure civile, art. 1218, 2^o) que les syndics ont prétendu représenter la Barcelona Traction et constituer ainsi ce que le Gouvernement espagnol appelle « les organes légitimes des sociétés émettrices ». On ne voit du reste pas à quel autre titre ils auraient pu prétendre représenter la société faillie.

(610) En tant qu'organes de la faillite, les syndics étaient soumis à la surveillance du *commissaire* : nommé par le juge, ce « délégué de l'autorité judiciaire » (1) est spécialement chargé de « surveiller toutes les opérations du séquestre provisoire et des syndics de la faillite » et « de rendre compte au tribunal des abus qu'il relèverait » (Code de commerce de 1829, art. 1045, 5^o).

Le commissaire avait approuvé chacune des décisions prises par le séquestre provisoire lorsque celui-ci s'était constitué en assemblée générale des sociétés auxiliaires pour révoquer leurs administrateurs et en nommer de nouveaux (voir *supra*, n^{os} 81 à 83); il prit soin de notifier aux sociétés auxiliaires la nomination des syndics (procès-verbal de l'assemblée de l'Ebro précité), mais, sans doute effrayé lui-même de l'usage fait par les syndics de leur qualité de représentants de la Barcelona Traction, il semble s'être désormais abstenu de rendre des ordonnances approuvant les décisions prises par les organes de la faillite en leur qualité prétendue d'assemblée générale.

L'inaction du commissaire engage toutefois la responsabilité de l'Etat espagnol aussi bien que ses interventions.

Il y a plus. Lorsque les syndics ont livré à la société Fecsa, à l'intervention d'un courtier de commerce, les faux titres de l'Ebro, de l'Unión Eléctrica de Cataluña, d'Electricista Catalana et de Catalonian Land (*A.M.*, n^o 223, vol. IV, pp. 847 et 848), le commissaire était présent (2). Il a ainsi implicitement admis que ces titres « constituaient la totalité du capital » des sociétés auxiliaires visées, comme le déclarait l'acte, qu'ils étaient de bonne livraison, et qu'ils avaient donc été valablement émis.

Cet acte de livraison fut transmis au juge spécial qui en ordonna la jonction au dossier de la procédure de faillite (*A.M.*, n^o 225, vol. IV, p. 851).

(611) Les principales irrégularités commises par les syndics à l'occasion de leurs décisions d'émettre de faux titres étaient du reste en puissance dans les décisions du juge de Reus qui ordonnaient la saisie des biens des sociétés auxiliaires, en précisant que cette saisie « implique la possession médiate et civilissime » des actions (voir *supra*, n^o 25) même si celles-ci étaient données en gage à la National Trust.

Sans ces dispositions particulières, les graves irrégularités dénoncées dans la présente section n'auraient pas été possibles.

(1) C'est en ces termes que le commissaire est fort exactement défini dans le *Contre-Mémoire* (IV, n^o 249, dernier alinéa, p. 402).

(2) Ce sont les syndics qui le soulignent dans leur écrit du 19 juin 1952 au juge spécial (*A.M.*, n^o 224, vol. IV, p. 850).

SECTION VI

LES DENIS DE JUSTICE PROPREMENT DITS
DANS LA PROCEDURE

(612) Le Gouvernement belge examinera ci-dessous les dénis de justice proprement dits dont il fait grief aux juridictions espagnoles et qui résultent notamment de la mise en œuvre des procédés de suspension, ou de rejet pour défaut de qualité, des recours qui ont été décrits à nouveau dans la première partie de la présente *Réplique*, chapitre I, section III.

Ainsi qu'il a été rappelé, le Gouvernement belge avait présenté, au chapitre V de la première partie de son *Mémoire*, un exposé minutieux et détaillé des faits concernant le blocage des recours, et, au chapitre VI, un exposé de ceux relatifs à la vente.

Au chapitre IV de la deuxième partie du *Mémoire*, consacré à l'exposé de droit, il avait tiré les conclusions, au point de vue de la violation du droit international, des faits rappelés par lui dans la première partie du *Mémoire*.

(613) Dans son *Contre-Mémoire*, le Gouvernement espagnol n'a pas respecté la distinction entre « Exposé des faits » et « Exposé de droit », titres donnés par lui aux deux parties du *Contre-Mémoire*.

C'est ainsi qu'au chapitre III, qui figure à l'exposé des faits, le Gouvernement espagnol a introduit la discussion de plusieurs questions relatives au droit espagnol.

Cependant, certains thèmes essentiels comme celui de la prétendue irrévocabilité du jugement de faillite, ou celui de la suspension de la procédure, sont traités pour partie aux chapitres III, IV et V du *Contre-Mémoire*.

(614) Il ne peut être question pour le Gouvernement belge de suivre le Gouvernement espagnol dans les sinuosités de son argumentation. De manière à rendre son exposé plus clair, le Gouvernement belge adoptera, dans la présente section, le même ordre que celui qu'il a utilisé, à la section III du chapitre 1^{er} de la première partie, pour la présentation des faits relatifs aux procédures.

La présente section comprendra dès lors deux sous-sections :

La sous-section I examinera les décisions ajournant l'examen des recours. Cette sous-section se subdivisera elle-même en trois parties :

- (1) suspension décrétée en raison du déclinatoire Garcia del Cid;
- (2) suspension décrétée en raison du déclinatoire Boter;
- (3) *moyens mis en œuvre pour prolonger l'effet suspensif unilatéral du déclinatoire Boter :*
 - 1°) l'octroi à Boter d'un délai extraordinaire de preuve;
 - 2°) les admissions d'appels à deux effets;
 - 3°) l'incident Genora;
 - 4°) l'application abusive du principe : le criminel tient le civil en état.

On examinera ensuite sub 5°) l'argumentation du Gouvernement espagnol selon laquelle la Barcelona Traction ou le Gouvernement belge seraient eux-mêmes responsables des retards intervenus.

Une seconde sous-section sera consacrée aux décisions qui ont déclaré les recours irrecevables ou qui y ont définitivement fait obstacle. Elle se subdivisera en trois parties :

- (1) les décisions basées sur le défaut de qualité de l'auteur du recours :
 - 1°) à l'égard des sociétés auxiliaires;
 - 2°) à l'égard des recours du personnel dirigeant de l'Ebro et des administrateurs de l'Ebro et des autres sociétés auxiliaires;
 - 3°) à l'égard de la National Trust;
- (2) l'extinction par substitution d'avoué et désistement;
- (3) l'extinction par la prétendue chose jugée.

Sous-section 1

Décisions ajournant l'examen des recours

(615) Parmi les procédés techniques, mis en œuvre par Juan March et ses hommes de paille, en vue de paralyser la défense de la Barcelona Traction et des cointéressés — procédés auxquels les juridictions espagnoles apportèrent un concours actif — la suspension de la procédure résultant du déclinatoire Garcia del Cid, et surtout du déclinatoire Boter, avec les mécanismes de blocage additionnels, joua un rôle fondamental.

a) Suspension décrétée à raison du déclinatoire Garcia del Cid.

(616) Ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, nos 107 et ss., c'est à la faveur du déclinatoire Garcia del Cid et de la suspension générale qu'il avait déclaré en résulter, que le juge de Reus s'abstint de statuer sur les recours de l'Ebro, de la Barcelonesa et de leur personnel dirigeant (en attendant de les écarter définitivement).

Le Gouvernement belge n'avait pas manqué de souligner (*M.*, I, n° 113, p. 58) la contradiction dans laquelle versa le juge de Reus en déclarant d'une part, de façon tout-à-fait générale, par ordonnance du 14 février 1948, que la procédure était suspendue ensuite du déclinatoire Garcia del Cid, et en faisant à diverses reprises application de cette suspension, et d'autre part, en rendant, le 18 février 1948, une ordonnance par laquelle il déclarait que l'Ebro n'avait pas qualité pour introduire une demande de reconsidération du jugement de faillite, puis en tolérant que le séquestre provisoire continuât à prendre des mesures d'exécution du jugement, voire en confirmant expressément les ordonnances du commissaire qui avait approuvé ces mesures, et en ordonnant, le 25 février, une nouvelle extension des saisies.

(617) Le Gouvernement espagnol fait mine de ne pas comprendre la critique dirigée par le Gouvernement belge contre les décisions du juge de Reus : celui-ci a fait jouer l'effet suspensif du déclinatoire Garcia del Cid à sens unique, c'est-à-dire pour paralyser les procédures intentées par les adversaires du groupe March, mais non celles introduites à la requête des comparses de ce dernier. Pour justifier cette discrimination, le Gouvernement espagnol recourt à deux arguments.

Il commence par affirmer que la suspension de la section première de la faillite n'entraînait pas, *ipso facto*, la suspension de la section seconde. Dès lors, d'après lui, des décisions pouvaient être prises par le juge dans cette seconde section, sans qu'il y eût lieu pour lui de le prévoir en termes exprès sur requête d'une partie qualifiée.

C'est ce qui ressortirait, suivant lui, de l'article 114 de la Loi de procédure civile, 2^e alinéa (C.M., IV, n^o 158, p. 348, et n^{os} 161 et 162, p. 350). Or, il suffit de lire cet alinéa (1) pour se rendre compte que les exceptions apportées au principe de la suspension ne peuvent être consenties 1) que par décision du juge, 2) rendue à la requête d'une partie, et 3) *seulement pour les actes dont l'ajournement pourrait causer un préjudice irréparable.*

D'autre part, le Gouvernement espagnol avance, à titre hypothétique, l'explication suivant laquelle le juge aurait peut-être tenu compte du fait que sa propre ordonnance du 14 février 1948, recevant le déclinatoire et décidant la suspension, n'était pas *firme*, le délai de cinq jours prévu à l'article 377 de la Loi de procédure civile pour former un recours contre les ordonnances qui ne sont pas *de mera tramitación* n'étant pas encore expiré! (C.M., n^o 147, p. 339).

Malheureusement pour le Gouvernement espagnol, il s'agit là encore d'un argument *ex post facto* qui n'a jamais été utilisé par le juge de Reus lui-même.

A supposer même exacte — *quod non* (2) — l'observation faite actuellement par le Gouvernement espagnol en ce qui concerne le délai de cinq jours prévu à l'article 377 de la Loi de procédure civile, cette justification ne vaudrait que pour l'ordonnance du 18 février 1948 et non pas pour celles qui furent rendues postérieurement à l'expiration du délai de cinq jours, et, notamment, pour celle du 25 février 1948, par laquelle le juge ordonna l'extension des saisies à une série d'autres sociétés auxiliaires.

b) Suspension provoquée par le déclinatoire Boter.

(618) Mais ce ne fut là qu'un premier épisode. La paralysie qui immobilisa jusqu'en 1963 la plupart des recours (3) introduits par la Barcelona Traction et les cointéressés, résulta de l'admission avec effet suspensif du déclinatoire Boter, sur lequel se greffèrent des procédés additionnels de blocage que le Gouvernement belge a qualifiés de blocages aux second et troisième degrés (voir *supra*, n^{os} 112 et suiv.).

(1) Le texte de l'Art. 114 est donné à la note 2 de la page 465.

(2) L'article 377 de la Loi de procédure civile n'est pas d'application en l'espèce. Le Gouvernement espagnol confond cette question du délai de cinq jours avec la faculté offerte aux parties de faire valoir leurs objections par l'article 749 de la Loi de procédure civile. Celui-ci prévoit que lorsque pareil incident est proposé et qu'est formé le dossier séparé (*pieza*) le concernant, communication sera donnée à la partie adverse (*se dará traslado a la parte contraria*) pour qu'elle fasse connaître son point de vue dans les six jours. Le juge peut, en ce cas, s'il estime les objections fondées, rétracter son ordonnance. Entre-temps, celle-ci sortira évidemment tous ses effets.

(3) La liste en est donnée *supra*, sous le n^o 114.

Le Gouvernement belge a exposé dans la première partie de la présente *Réplique* (*supra*, n^{os} 112 et ss.) les péripéties de la procédure relative à ce déclinatorio. Dans l'exposé qui va suivre, le Gouvernement belge répondra à l'argumentation par laquelle le Gouvernement espagnol tente de justifier ces décisions en droit.

(619) Cette argumentation consiste tantôt à émettre des considérations générales relatives à l'ordre dans lequel doivent être traités les moyens et incidents soulevés par les parties (*C.M.*, n^{os} 188 à 190, pp. 367 à 369), tantôt à prétendre qu'il n'y eut pas de retard injustifié (*C.M.*, n^o 191, p. 369), tantôt à contre-attaquer en soutenant que la Barcelona Traction et les personnes liées au groupe eurent leur part de responsabilité dans les retards, tantôt encore à soutenir que les recours et notamment les appels, ne pouvaient avoir d'effet suspensif sur la procédure d'exécution (*C.M.*, n^o 195, p. 372). Le Gouvernement espagnol mêle ainsi des considérations théoriques, dont certaines sont des truismes, d'autres contestables et d'autres (notamment celles relatives aux appels) erronées, à des développements relatifs aux conditions dans lesquelles se déroula, en fait, la procédure relative au déclinatorio Boter.

Il est difficile de retrouver dans ce dédale une ligne de défense cohérente, face aux griefs articulés par le Gouvernement belge et qui peuvent se résumer comme suit :

a) La contestation de Boter portant, non sur la compétence d'un tribunal espagnol déterminé, mais sur la juridiction des tribunaux espagnols d'une façon générale, ne constituait pas un véritable déclinatorio de compétence. Elle ne pouvait donc être soulevée par la voie de la *declinatoria* indiquée à l'article 72, alinéa 3, de la Loi de procédure civile (1) et ne pouvait entraîner l'effet suspensif prévu à l'article 114 de la même Loi (2).

b) De toute manière, ce déclinatorio se heurtait à un obstacle juridique reconnu comme tel par une jurisprudence constante : Boter, étant Espagnol, ne pouvait demander que les tribunaux espagnols déclinent leur juridiction en faveur de tribunaux étrangers.

c) Etant donné que dans la thèse des juridictions et du Gouvernement espagnols, un déclinatorio de compétence ne peut plus être présenté lorsqu'une décision est devenue *firme*, et puisque, aussi bien, le juge de Reus avait déclaré son propre jugement du

(1) L'article 72, al. 3, de la Loi de procédure civile est libellé comme suit : « La *declinatoria* sera présentée devant le juge ou le tribunal que l'on considère comme incompétent, en lui demandant qu'il se départisse de la connaissance de l'affaire et qu'il remette le dossier au juge que l'on estime compétent ».

(2) Cet article 114 est libellé comme suit : « Les *inhibitorias* et les *declinatorias* suspendront les procédures, sauf le cas prévu à l'article précédent, jusqu'à ce qu'il soit statué sur la question de compétence ».

Durant la suspension, le juge ou le tribunal requis de s'abstenir pourra accomplir, à la demande d'une partie qualifiée, tout acte qui, à son avis, serait absolument nécessaire et dont la remise à une date ultérieure pourrait entraîner des préjudices irréparables ».

Il faut noter, pour la pleine compréhension de ce texte, que l'*inhibitoria* est une des deux manières prévues par la Loi de procédure espagnole pour présenter un déclinatorio de compétence. Elle consiste à s'adresser au juge que l'on prétend compétent, en lui demandant qu'il adresse une requête au juge que l'on estime incompétent pour que ce dernier s'abstienne de connaître de la cause et transmette le dossier. L'autre manière (*declinatoria*) consiste au contraire à présenter le déclinatorio devant le juge que l'on estime incompétent, en lui demandant qu'il abandonne la connaissance de l'affaire en question et qu'il transmette le dossier au juge que l'on considère compétent.

12 février 1948 *firmé*, notamment par ses ordonnances des 2 et 17 mars 1948, il ne pouvait, sans se mettre en contradiction avec lui-même, accueillir le déclinatoire Boter et lui donner un effet suspensif.

d) Le Gouvernement belge, discutant l'extension donnée à la mesure de suspension, soutient qu'à la supposer justifiée, elle devait affecter *toute la procédure*, y compris la section seconde, et que le juge ne pouvait en excepter, par application de l'article 114, alinéa 2, de la Loi de procédure civile, à la demande d'une partie légitime, que les actes qui, à son avis, seraient absolument nécessaires et dont le retard pourrait entraîner des dommages irréparables. Or, ainsi qu'il a déjà été exposé dans la première partie de la présente *Réplique* (*supra*, nos 115 et ss.), la suspension elle-même, telle qu'elle fut ordonnée et appliquée, fut hautement discriminatoire, car, maintenue dans toute sa rigueur pour les recours du failli et autres intéressés, elle fut par contre levée de manière à donner satisfaction à Juan March et à permettre de passer à la vente et à la spoliation définitive de la Barcelona Traction.

a)

Le Gouvernement belge soutient que la contestation portant sur la juridiction des tribunaux espagnols ne pouvait être présentée que comme un moyen d'opposition dans l'instance elle-même (1) et non par voie d'*inhibitoria* ou de *declinatoria* entraînant la suspension de la procédure.

Il est aisé de l'établir.

Si le tribunal donne suite à l'*inhibitoria*, il se déclare lui-même compétent et fait, en conséquence, défense au tribunal précédemment saisi de continuer à connaître de l'affaire.

Lorsque le tribunal est saisi d'une *declinatoria* et qu'il y donne suite, il constate son incompétence et renvoie l'affaire au tribunal compétent. Il y a lieu de noter qu'une *declinatoria* ne sera considérée comme présentée en bonne et due forme que si la partie qui l'introduit indique concrètement quel tribunal elle répute compétent (Arrêt du Tribunal Suprême du 1^{er} mai 1919, cité par Fenech, *Doctrina Procesal del Tribunal Supremo*, vol. II, p. 1912).

La loi prévoit, dans l'un et l'autre cas, l'intervention possible de trois juridictions : celle qui a été saisie, celle qui, suivant l'une des parties, aurait dû l'être, et éventuellement, pour les départager, une juridiction supérieure (art. 99 et 110 de la Loi de procédure civile).

(1) Comme ce fut le cas dans l'affaire *Niel-on-Rupell* (*supra*, n° 509).

Pour deux raisons, dès lors, le déclinatoire de juridiction ne peut pas être articulé dans les formes prévues par l'article 72 de la Loi de procédure civile (1) (2) :

1) Parce qu'un tribunal espagnol ne peut décliner sa compétence en faveur d'un tribunal étranger qu'il aurait à désigner, et lui transmettre le dossier, comme il doit le faire pour une juridiction nationale (voir, dans ce sens, l'arrêt du 5 mars 1902, dans Fenech, *Doctrina Procesal del Tribunal Supremo*, II, p. 1913).

2) Parce qu'il n'existe pas de juridiction supérieure qui puisse départager les tribunaux saisis, en cas de conflit négatif (voir, dans ce sens, les arrêts du Tribunal Suprême des 10 janvier et 15 novembre 1898, 21 février 1936, 1^{er} juin 1929, 31 janvier 1921) (Fenech, *op. cit.*, vol. I, pp. 601 et ss.).

Il n'y aurait d'exception que s'il existait un traité international régissant la matière (3).

(620) L'article 115 de la Loi de procédure civile permet d'apporter, au surplus, en faveur de cette thèse, un argument décisif. Ce texte (4) démontre, à lui seul, que c'est bien le déclinatoire de compétence interne qui est visé par l'article 114, et non

(1) Les auteurs sont unanimes en ce sens : l'article 72 de la Loi de procédure civile est inapplicable au déclinatoire international.

De la Plaza, ancien Procureur général et ancien Président de la Première Chambre du Tribunal Suprême, soutient que le problème de la juridiction, c'est-à-dire de la question de savoir si un tribunal espagnol ou un tribunal étranger est compétent, est un problème de fond (*Excepciones procesales con carácter internacional*, en *Rev. de Der. Priv.*, Madrid, 1945, pp. 671 et ss.).

Dans son commentaire à propos d'une sentence du Tribunal n° 2 de Madrid du 22 février 1950, qui avait jugé que les normes relatives à la compétence territoriale ne sont pas applicables à un déclinatoire international, M. Rodriguez Valcarce, ancien conseiller de la Première Chambre du Tribunal Suprême, exprima le même avis (*Rev. de Der. Procesal*, 1951, pp. 114 et ss.).

Tel est également l'enseignement de W. Goldschmidt dans *Cuestiones varias de derecho internacional privado*, p. 98, et dans son ouvrage *Sistema y filosofia del derecho internacional privado*, éd. de Barcelone, 1949, vol. II, p. 354).

(2) Article 72 : « Les questions de compétence pourront être présentées par *inhibitoria* ou par déclinatoire.

L'*inhibitoria* sera intentée devant le juge ou le tribunal que l'on considère compétent, en lui demandant qu'il adresse une communication à celui que l'on estime incompétent, pour qu'il s'abstienne et fasse remise du dossier de la procédure.

Le déclinatoire sera présenté devant le juge ou le tribunal que l'on considère incompétent en lui demandant qu'il cesse de connaître de l'affaire et qu'il remette le dossier à celui qui est considéré comme compétent ».

(3) C'est pour la même raison que l'on admet qu'en l'absence d'un traité international régissant la matière, on ne peut invoquer la litispendance devant un tribunal d'un État au motif que le procès serait déjà pendante devant le tribunal d'un autre État (Glasson, Morel et Tissier, *Traité*, I, 171; Battifol, *Traité élémentaire de droit international privé*, p. 689; Dalloz, *Répertoire de procédure*, V° Exceptions, n° 88; *Ibid.*, Complément 1966, n° 18; Pillet, *Les conventions internationales relatives à la compétence judiciaire*, pp. 279 et ss. Parmi les espèces récentes, voir Tribunal de Grande Instance de la Seine, 5 mai 1959, Dalloz 1959, 235).

Les mêmes considérations expliquent que lorsqu'un tribunal est saisi d'une exception de juridiction, il ne peut ordonner le renvoi à un tribunal étranger. Riezler (*Internationales Zivilprozessrecht*, Tubingen, 1949, pp. 204 et ss.), citant les normes du droit allemand, autrichien, français, italien et suisse, démontre que le *Verweisung*, renvoi ou *rinvio* de l'affaire à un tribunal étranger est totalement inadmissible.

(4) Article 115 : « Tous les actes de procédure qui auront été accomplis jusqu'à décision prise sur les questions de compétence, seront valables sans qu'il soit nécessaire qu'ils soient ratifiés devant le juge ou tribunal qui sera déclaré compétent ».

l'exception de non-jurisdiction. En effet, on ne voit pas comment un tribunal étranger, qui par hypothèse serait saisi, non par le renvoi émanant d'un tribunal espagnol (ce que le Gouvernement espagnol reconnaît, *C.M.*, IV, n° 174, p. 357), mais en raison d'une procédure distincte, aurait à tenir compte des procédures déjà mues devant un tribunal espagnol et des décisions prises par ce tribunal (1).

C'est donc artificieusement, et en vue de faire jouer la suspension prévue dans l'article 114 de la Loi de procédure civile pour les seuls déclinatoires de compétence interne, que Boter présenta, le 30 mars 1948, l'écrit par lequel il déclarait décliner la compétence du juge de Reus au profit des tribunaux de Londres, écrit qui, par ailleurs, ne répondait même pas aux conditions précisées dans la jurisprudence citée ci-dessus (n° 619), en ce qu'il ne désignait pas concrètement *le* tribunal qu'il estimait compétent, mais faisait référence d'une manière générale *aux* tribunaux de Londres.

Il n'est pas exact, on l'a vu (*supra*, p. 467, note 1), de prétendre que les avocats espagnols de la Barcelona Traction seraient les seuls à soutenir que le déclinatoire de juridiction ne pouvait pas être présenté dans la forme prévue par l'article 72 de la Loi de procédure civile et ne pouvait entraîner la suspension, conformément à l'article 114 de la même Loi (*C.M.*, n° 100, p. 504) (2).

Au reste, le Gouvernement espagnol a lui-même relevé la différence fondamentale qui existe entre le déclinatoire de juridiction et le déclinatoire de compétence, dans la partie du *Contre-Mémoire* où il traite de la prétendue irrecevabilité du déclinatoire Boter pour tardiveté (n° 174, p. 357).

(1) On peut également trouver un argument en faveur de la thèse défendue par le Gouvernement belge dans l'article 113 de la Loi de procédure civile relatif aux juridictions ecclésiastiques, combiné avec l'article 114, al. 1^{er}, de la même Loi. Sur ce point, la Cour consultera utilement l'annexe relative à l'article 113 de la Loi de procédure civile (*A.R.*, n° 107).

(2) Ce point de vue était tellement évident que les requérants de la faillite l'ont repris à leur compte dans leur écrit du 3 avril 1948 par lequel, dans le style flamboyant qui leur est particulier, ils s'opposèrent au déclinatoire Boter (*A.C.M.*, n° 117, doc. 3, vol. VIII, pp. 151-152). De son côté, dans une forme plus juridique, la S.A. Namel, dans l'écrit du 3 janvier 1949 par lequel elle demandait au juge spécial de vouloir bien décider la réunion de l'assemblée des créanciers en vue de la nomination des syndics (*A.M.*, n° 144, vol. III, p. 559) développait le même point de vue.

b)

(621) En tout état de cause, le juge aurait dû écarter la contestation de juridiction introduite par Boter à raison de sa nationalité, pareil déclinatoire ne pouvant être introduit par un Espagnol. Les Parties sont d'accord sur ce point, la règle résultant clairement de l'arrêt du Tribunal Suprême du 17 janvier 1912, rappelé par le Gouvernement espagnol lui-même (*C.M.*, IV, p. 359, note 2).

Cette fin de non-recevoir est d'ailleurs indiquée, dans un considérant un peu obscur, par le juge spécial dans son jugement du 12 février 1949 qui rejette le déclinatoire Boter (*A.M.*, n° 109, vol. II, p. 411). Le principe est, en tout cas, affirmé avec une parfaite clarté dans l'arrêt du 15 mai 1963, par lequel statua finalement la Cour d'appel sur l'appel interjeté par Boter contre le jugement précité (*A.C.M.*, n° 193, vol. IX, p. 270).

(622) Mais, d'après le Gouvernement espagnol, même dans ce cas, le juge était tenu d'admettre le déclinatoire *a tramite* (*C.M.*, n° 177, p. 359) (1).

Ce soutènement est inadmissible, puisque la question de la nationalité de Boter n'était pas le moins du monde douteuse.

c)

(623) Il existait d'ailleurs une raison supplémentaire pour le juge de Reus de ne pas admettre le déclinatoire Boter : c'était la prétendue *firmeza* du jugement du 12 février 1948, affirmée par lui dans ses ordonnances des 2 et 17 mars 1948.

On sait que le Gouvernement belge ne partage pas ce point de vue et qu'à son avis, il n'est pas douteux que, faute d'avoir été publiée régulièrement, la décision du 12 février 1948 n'était pas devenue *firme*. Mais à partir du moment où telle était l'opinion du juge, au moins devait-il agir d'une façon cohérente. S'il était vrai que, comme le soutient le Gouvernement espagnol, la question de compétence ne pouvait plus être posée une fois que le jugement était devenu *firme*, et si tel était le cas du jugement de faillite, il en résultait que le juge de Reus ne pouvait admettre le déclinatoire Boter *a tramite*.

Sans doute le Gouvernement espagnol justifie-t-il l'attitude du juge en affirmant que, même s'il était tardif, le déclinatoire ne pouvait être repoussé *in limine litis* (*C.M.*, n° 178, p. 360). Mais c'est là une indéfendable chicane, qui encourt au maximum les critiques formulées ci-dessus (*supra*, nos 619-622) du moment qu'il s'agit de l'admission *a tramite* d'une exception de non-juridiction présentée sous forme de déclinatoire, et qui émane par surcroît d'un Espagnol.

(624) La thèse du Gouvernement espagnol est donc que, même lorsqu'une procédure est entamée ou un incident soulevé dans un but manifestement dilatoire, et alors même que cette procédure ou cet incident sont de toute évidence irrecevables, le juge doit néanmoins les accepter.

Il s'en explique par des considérations, qui seraient touchantes sous toute autre plume, sur la nécessité d'assurer le respect des droits de la défense. Le passage figurant au *Contre-Mémoire*, page 368, est particulièrement significatif à cet égard : « Mais il en est ainsi de tous les problèmes de procédure devant toutes les juridictions du monde : c'est le revers de l'idée générale qu'il ne faut pas laisser les particuliers sans défense. Les garanties judiciaires, quand il en est fait mauvais usage, peuvent être une arme aux mains

(1) Ainsi qu'il a été dit dans le *Mémoire* (I, p. 44, note 1), une demande est reçue *a tramite*, c'est-à-dire à titre provisoire, lorsqu'il n'y a pas irrecevabilité manifeste.

du plaideur de mauvaise foi, mais la suppression absolue de ces garanties serait un mal infiniment plus grave que celui qu'on chercherait à éviter ». Et le Gouvernement espagnol ajoute, à l'annexe 13, volume VII, page 101 : « La jurisprudence de la Cour Suprême ne laisse aucun doute quant à l'application actuelle de ce principe, qui est traditionnel en Espagne. Pour téméraire qu'apparaisse une action pour des raisons de fond, les tribunaux espagnols ne peuvent préjuger de son fondement en se refusant à lui donner suite, sauf le cas où la loi en disposerait autrement de façon expresse; et il en est de même quand il s'agit de vices de forme, qui ne peuvent être appréciés normalement par le juge *ex officio*, à moins que la loi elle-même ne l'autorise explicitement et sans doute possible. »

De telles affirmations sont plus que déconcertantes, car sous couleur de respecter les droits de plaideurs manifestement de mauvaise foi comme Boter, les juridictions espagnoles n'ont pas hésité à violer les droits de la défense de la principale intéressée, c'est-à-dire la société faillie elle-même, puisque le résultat concret de l'admission du déclinatoire Boter et de la suspension sélective de la procédure qu'il a entraîné, fut la spoliation de la Barcelona Traction *sans que celle-ci ait jamais réussi à obtenir des juridictions espagnoles l'examen de ses arguments au fond.*

(625) Comment ne pas voir, au surplus, que les affirmations du Gouvernement espagnol sont directement en opposition avec l'attitude que les tribunaux espagnols eux-mêmes adoptèrent, en plusieurs occasions, lorsque celle-ci avait pour effet de faire échec à des initiatives émanant de Barcelona Traction ou d'autres co-intéressés? Tel fut le cas notamment lorsque, dans son jugement du 17 février 1948 et dans son ordonnance du 18 février 1948 (*A.M.*, n° 80 et 81, vol. II, pp. 338-339), le juge de Reus rejeta, *in limine litis*, les demandes de récusation qui lui étaient adressées. Pour ce faire, il se borna à constater, dans l'*auto* du 17 février, « que l'article 191 de la Loi de procédure civile est clair et formel » qui définit les personnes recevables à agir en récusation et, dans son ordonnance du 18 février, qu'« il est clair que celle-ci (Ebro) n'est pas qualifiée pour recourir contre la décision mentionnée... ».

d)

(626) Il a été rappelé dans la première partie (*supra*, n° 116) comment le juge de Reus, après avoir constaté en termes tout-à-fait généraux dans son ordonnance du 31 mars 1948 la suspension du « cours de la présente procédure et des branches séparées en cours constituées pour traiter des incidents introduits », rendit peu après une nouvelle ordonnance, sur requête des promoteurs de la faillite, par laquelle il apportait à cette suspension certaines limitations. Dans cette ordonnance, qui date du 5 avril 1948, le juge décida d'en excepter « les actes à exécuter dans la deuxième section qui dérivent de l'exécution du jugement de déclaration de faillite et des décisions postérieures auxquelles celui-ci a donné lieu » (*A.M.*, n° 103, vol. II, p. 402).

Pour déterminer la portée exacte de cette ordonnance, il faut se référer à l'écrit du 3 avril 1948, déposé par les requérants à la faillite (*A.M.*, n° 101, vol. II, p. 400) et dans lequel ceux-ci demandaient que certains actes fussent exceptés de la suspension. Cette requête ne visait que la continuation des actes de la procédure correspondant à la saisie, et ne demandait la libération de la deuxième section que dans la mesure où celle-ci était relative à la saisie.

(627) Dès lors, de deux choses l'une.

Ou bien l'on s'en tient à l'application du sacro-saint principe dispositif (1) et l'on interprète, dès lors, l'ordonnance du 5 avril 1948 d'après ce que les promoteurs

(1) V. *supra*, n° 478.

de la faillite avaient requis dans leur écrit du 3 avril 1948. Dans ce cas, était *seule* exceptée de la suspension la phase de la deuxième section que l'on peut considérer comme administrative et conservatoire. C'est dans ce sens que la Barcelona Traction l'a elle-même entendu et c'est ce qui explique que, dans son recours en nullité du 5 juillet 1948, elle ne s'était pas opposée à ce que la suspension de la procédure n'affectât pas la seconde section, c'est-à-dire, dans son esprit, la phase conservatoire. De son côté, la société anonyme Namel, lorsqu'elle demanda, dans son recours du 3 janvier 1949, la convocation de l'assemblée générale des créanciers en vue de la nomination des syndics (*A.M.*, n° 144, vol. III, p. 559), souligna qu'il s'agissait d'un acte entrant dans le cadre de l'administration de la faillite, indiquant clairement par là la portée qu'elle attribuait à la dérogation apportée à la suspension par l'ordonnance du 5 avril 1948.

Le libellé tout à fait clair de l'article 114, alinéa 2, de la Loi de procédure civile imposait, d'ailleurs, pareille solution. En effet, s'il est vrai que le juge a voulu, dans l'intérêt des créanciers, ne pas interrompre l'exécution des saisies qu'il avait ordonnées, il ne pouvait, sans injustice, porter d'autre part un préjudice irréparable aux intérêts de la Barcelona Traction en exceptant de la suspension *toute* la section seconde, avec cette conséquence qu'après le coup de pouce supplémentaire de la nomination des syndics, il devint possible de passer de la phase conservatoire et administrative de la section seconde, à la phase exécutoire.

Ou bien la décision du 5 avril 1948, contrairement à son texte, a la portée que les diverses juridictions saisies et le Gouvernement espagnol lui-même lui ont donnée, à savoir que *toute* la seconde section, et non certains actes, était exceptée de la suspension générale, mais, dans ce cas, le juge de Reus a commis une erreur grossière et palpable en allant manifestement au-delà de la faculté de dérogation que lui conférait l'article 114, 2^e alinéa, de la Loi de procédure civile.

(628) Cette situation fut encore aggravée orsque, le 7 juin 1949, un arrêt de la Cour d'appel de Barcelone apporta une nouvelle extension, celle-là décisive, aux dérogations à la suspension que le juge de Reus avait admises. Cet arrêt décida en effet, que les actes nécessaires en vue de la convocation de la première assemblée générale des créanciers pour la nomination des syndics seraient exceptés de la suspension qui affectait la première section (1) et constitueraient un rameau séparé. Or, ces actes allaient permettre de passer de la phase administrative de la section seconde à la phase exécutoire.

La circonstance que le juge de Reus aurait excepté le 5 avril 1948 toute la section seconde de la faillite de la suspension de la procédure, n'aurait donc pas été, par elle-même, génératrice du préjudice, s'il ne s'y était ajouté, le 7 juin 1949, un déni de justice supplémentaire; c'est la *conjonction* de manquements graves à la légalité qui ici, comme dans bien d'autres cas, dans ce procès, a permis d'aboutir à la spoliation finale.

c) *Moyens mis en œuvre pour prolonger l'effet suspensif unilatéral du déclinatorio Boter.*

1^o) *Admission par le juge de l'inclusion, dans la procédure du déclinatorio de juridiction, d'un incident relatif à la qualité des demandeurs, et octroi à Boter d'un délai extraordinaire de preuve.*

(1) L'excès de pouvoir commis par la Cour d'appel en allant au delà de ce qui lui était demandé par Genora est traité ci-après, sous le n° 693.

(629) Le sort fait par le juge de Reus à la contestation par Boter de la qualité des demandeurs de la faillite constituait par lui-même un déni de justice. Par un écrit du 2 avril 1948, Boter, se prévalant de l'article 158 de la Loi de procédure civile, avait déclaré étendre son déclinatoire « en ce sens que le tribunal doit également décliner la connaissance de cette cause, en raison du manque de qualité des promoteurs de la faillite, car ils manquent de la qualité exigée par l'article 1325 de la loi de procédure civile » (*A.R.*, n° 30). Sans se préoccuper du point de savoir si cette demande pouvait être accueillie, le juge de Reus la joignit purement et simplement au déclinatoire. Puis, il fit droit, par un jugement du 14 avril 1948 (*A.M.*, n° 106, vol. II, p. 405), à la requête présentée *conjointement*, le 13 avril 1948, par l'avoué de Boter et par celui des demandeurs à la faillite, lesquels sollicitèrent un délai supplémentaire de preuve de huit mois (*A.M.*, n° 105, vol. II, p. 404).

C'était là méconnaître, et de manière flagrante, diverses dispositions formelles du droit espagnol.

Boter avait invoqué, dans le cadre du déclinatoire, l'article 158 de la Loi de procédure civile. Cet article est tout-à-fait étranger à la matière des incidents dilatoires et concerne simplement la possibilité d'étendre (*ampliar*) la demande originaire en y ajoutant d'autres demandes dans un procès déclaratoire.

En revanche, lorsqu'il s'agit d'incidents, on ne peut pas procéder à la jonction d'une exception portant sur la qualité des demandeurs et d'un déclinatoire de compétence, car celui-ci, conformément à l'article 538 de la Loi de procédure civile, doit être tranché en tout premier lieu, ce qui est d'ailleurs logique puisque seul un juge compétent peut statuer sur des demandes ou des exceptions. Il en va nécessairement de même pour un déclinatoire de juridiction. C'est ce qu'a confirmé en tous points le juge spécial, dans son jugement du 12 février 1949 (*A.M.*, n° 109, vol. II, pp. 411 à 414), qui, parlant de l'incident relatif à la qualité des demandeurs, déclare : « il est nécessaire d'examiner séparément les deux exceptions, quoique celle invoquée en dernier lieu, par demande complémentaire, en vertu de l'article 158 de la dite loi de procédure, soit une greffe insérée sur l'incident du déclinatoire de juridiction, qui aurait eu plutôt sa place en un autre endroit de la procédure, dans cette procédure d'exécution universelle ». Le même point de vue a été repris dans l'arrêt de la Cour d'appel de Barcelone du 15 mai 1963.

Si, en l'espèce, le juge de Reus s'est départi de cette règle, ce fut uniquement pour pouvoir donner suite à la demande de délai extraordinaire de preuve.

(630) Au surplus, ce délai extraordinaire de preuve ne pouvait être accordé que si, conformément à l'article 557, 4°, de la Loi de procédure civile, les documents à propos desquels la preuve était demandée, étaient pertinents pour le procès (*y que sean estos conducentes al pleito*), ce qui n'était pas le cas en l'occurrence, les documents se trouvant au Canada ne pouvant avoir aucune incidence sur la décision à rendre sur le déclinatoire.

De toute manière, le juge aurait dû se rendre compte qu'il était manœuvré dès le moment où Boter et les demandeurs à la faillite agissaient conjointement. La seule lecture de la requête conjointe du 13 avril 1948 (*A.M.*, n° 105, vol. II, p. 404) l'établit clairement.

Il est clair, en effet, qu'à supposer, *quod non*, que les demandeurs à la faillite, qui, par ailleurs, contestaient la recevabilité du déclinatoire Boter, dussent s'incliner devant la demande de preuve, encore n'y avait-il aucune raison pour qu'ils la présentassent conjointement avec Boter!

2° *Discrimination dans l'admission des appels.*

(631) Pour prolonger l'effet suspensif du déclinatoire Boter, tout en permettant la progression dans les mesures d'exécution, les promoteurs de la faillite imaginèrent, — et les juridictions espagnoles acceptèrent — de faire une distinction dans les effets des appels. Ceux-ci furent admis à deux effets lorsque tel était l'intérêt du groupe March, tandis qu'au contraire, les appels de la Barcelona Traction (ou des coïntéressés) ne furent admis qu'au seul effet dévolutif.

(632) C'était là une discrimination inadmissible. Elle n'est pas seulement invoquée par le Gouvernement belge comme démonstrative de l'animosité systématique des juridictions espagnoles à l'égard de la Barcelona Traction — animosité dont le Gouvernement belge n'a d'ailleurs point à rapporter la preuve positive, l'erreur grossière et palpable étant à elle seule constitutive d'un déni de justice — mais aussi parce que cette discrimination joua un rôle déterminant dans la genèse du préjudice.

(633) Ce résultat fut obtenu essentiellement par les décisions suivantes : (1°) décisions acceptant à deux effets l'appel de Boter contre la décision rejetant son déclinatoire; (2°) décisions restreignant le caractère suspensif de l'appel de Boter, aux seules fins de permettre la nomination des syndics et la vente des biens; et enfin (3°) les décisions n'accordant que le seul effet dévolutif à tous les appels de la société faillie contre les décisions rendues dans la procédure de vente des biens.

(634) Avant de montrer les illégalités flagrantes qui entachèrent ces trois catégories de décisions, il convient sans doute de rappeler sommairement quelles sont les dispositions légales applicables en la matière. Ce sont essentiellement les articles 380 à 400 de la Loi de procédure civile, et plus particulièrement, les articles 383, 384 et 385. De l'examen de ces textes, on peut déduire les règles suivantes :

1°) En principe, les appels n'ont qu'un effet dévolutif; ce n'est que dans les cas précisés par la loi qu'ils ont également un effet suspensif; à ceux-ci, l'article 384 de la Loi de procédure civile y ajoute trois hypothèses générales, à savoir, quand il s'agit d'appels interjetés contre :

1°) les *sentencias* définitives, dans toute espèce de procès, quand la loi ne prévoit pas le contraire;

2°) les jugements (*autos*) et ordonnances (*providencias*) qui mettent fin à un procès en rendant impossible sa continuation;

3°) des jugements (*autos*) et ordonnances (*providencias*) qui causent un préjudice irréparable et définitif.

2°) Dans cette dernière éventualité, si le juge n'accorde pas l'appel avec effet suspensif, la partie pourra l'obtenir en versant une caution suffisante pour couvrir, en cas de besoin, les dépens et les dommages-intérêts que la ou les parties adverses pourraient subir, la loi fixant par ailleurs les montants maxima et minima des dommages et intérêts.

(635) Comme il a été exposé dans la première partie de la *Réplique*, le jugement du 12 février 1949 rejetant l'appel de Boter fit l'objet, de la part de ce dernier, d'un recours d'appel qui fut admis à deux effets par l'ordonnance du juge spécial du 25 mars 1949, ordonnance qui ne fut rendue — circonstance singulière qu'il convient de rappeler — qu'après quelque six semaines de délibéré. Devant la Cour d'appel, la Barcelona Traction tenta d'obtenir que cet appel fût admis à un seul effet, ce que la Cour refusa par l'un de ses deux arrêts du 7 juin 1949.

Le *Contre-Mémoire* (IV, n° 202, p. 545) essaie de justifier cette admission à deux effets par la circonstance que :

* M. Boter avait présenté le déclinatoire comme un incident dans lequel, non seulement il contestait la juridiction espagnole, mais aussi la qualité pour agir de certaines des parties (art. 79 du Code de procédure civile). Par conséquent, ainsi que l'a déclaré la Chambre civile de la Cour d'appel de Barcelone dans sa décision du 7 juin 1949 dont il est question, il fallait s'en tenir à ce qui est prescrit par l'article 758 du Code de procédure civile qui stipule de manière catégorique que le jugement de première instance rendu dans une telle procédure sera susceptible d'appel avec effet dévolutif et effet suspensif. . . *

A la base de ce raisonnement se trouve une double erreur. En premier lieu, comme il a été démontré (*supra*, n° 619 et ss.), le déclinatoire Boter n'était pas un déclinatoire de compétence, mais, comme le reconnaît le Gouvernement défendeur, un déclinatoire de juridiction, et, par conséquent, il ne pouvait être traité suivant la procédure prévue pour les *declinatorias* (Art. n° 79 de la Loi de procédure civile). Le juge de Reus a donc eu tort de l'admettre sous cette forme, et, tant le juge spécial que la Cour d'appel ont erré en acceptant à deux effets l'appel interjeté contre la décision du 12 février 1949, à défaut d'une disposition légale les y autorisant.

D'ailleurs, il est inexact de prétendre, comme le fait le *Contre-Mémoire*, que l'article 758 de la Loi de procédure civile, relatif aux incidents, serait applicable même aux déclinatoires proprement dits. Sans doute, l'article 79, 1^{er} alinéa, de la Loi de procédure civile prévoit-il que les *declinatorias* se déroulent « en la forme établie pour les incidents », mais cette règle de forme n'exclut pas l'application à ces *declinatorias* des règles générales relatives aux recours. En effet, lorsque le législateur veut que soient applicables les règles spécifiques relatives aux recours en matière d'incidents, il le déclare de manière formelle, comme c'est le cas à l'article 1594, alinéa 2, de la Loi de procédure civile (1).

Dès lors, ce n'était pas l'article 758 de la Loi de procédure civile qui devait être appliqué, mais bien les dispositions générales contenues dans les articles 380 à 400 de la Loi de procédure civile.

(1) L'article 1594 de la Loi de procédure civile, relatif aux procédures en matière de résiliation de baux, est ainsi libellé :

* Dans le cas de l'article précédent, si le défendeur s'oppose à la résiliation dans la procédure orale et conteste les faits, il précisera ceux qu'il dénie et les raisons sur lesquelles il se fonde.

Tout en prenant acte, le juge considérera la procédure (orale) comme terminée, et ordonnera la transmission de la demande au défendeur dans un délai de 6 jours, le procès se continuant selon les formalités et avec les recours établis pour les incidents ».

C'est évidemment parce qu'il était conscient de cette faille dans son raisonnement, que le Gouvernement espagnol a cru bon d'invoquer — et c'est là sa seconde erreur de base — la circonstance que Boter contestait aussi « la qualité pour agir de certaines des parties ». L'artifice est évident. Les contestations relatives à la qualité pour agir de certaines des parties sont prévues expressément, par l'article 745, 2^o, de la Loi de procédure civile, comme étant des « *incidentes* », ce qui justifierait l'application en l'espèce de l'article 758, qui se rapporte *spécifiquement aux incidents* et stipule, comme on l'a vu, que l'appel sur les décisions qui les tranchent sera admis à deux effets.

Or, il a été démontré ci-dessus (*supra*, n^o 629) que l'adjonction par Boter, à son déclinatoire, d'une contestation relative à la qualité des requérants à la faillite était illégale, et n'avait été admise par le juge de Reus que pour favoriser la manœuvre dilatoire de Boter.

Voilà donc que cet artifice servait une deuxième fois.

C'est donc en violation des dispositions impératives de la Loi de procédure civile que l'appel de Boter fut admis à deux effets, avec la conséquence que cette illégalité allait bloquer pendant plus de quatorze ans tous les recours fondamentaux de la société faillie et d'autres personnes coïntéressées.

(636) On a vu dans quelles circonstances le groupe March réussit, avec le concours des tribunaux, à éluder l'obstacle que constituait, pour l'achèvement de ses plans, la suspension de la procédure qu'il avait lui-même provoquée. Il obtint en effet sans difficulté de la Cour d'appel de Barcelone que celle-ci *exceptât de la suspension* les actes de procédure conduisant à la nomination des syndics, agents indispensables pour procéder à la vente des biens. Ce fut le deuxième arrêt rendu par la Cour d'appel de Barcelone, le 7 juin 1949, celui, qui, pour reprendre l'expression de l'avocat de la Barcelona Traction, admit l'appel Boter à un effet et demi.

Les circonstances dans lesquelles cette décision fut obtenue ont été suffisamment commentées ci-dessus (*supra*, n^o 153), et son illégalité manifeste sera démontrée à la section suivante (*infra*, n^{os} 689 et ss.).

On rappellera en outre que, pour parvenir à la vente des biens, il fut encore nécessaire au groupe March d'obtenir des tribunaux qu'ils donnent à l'ordonnance du juge de Reus du 5 avril 1948, exceptant de la suspension les actes rentrant dans la deuxième section relative à la saisie des biens, une interprétation, aussi extensive qu'illégale, qui eut pour effet de *libérer les actes relatifs à la liquidation* des biens, de la suspension qui affectait l'ensemble de la procédure (*supra*, n^{os} 626 et ss.).

(637) C'est à un autre artifice — et à une autre illégalité — que les tribunaux recoururent pour s'assurer que les dispositions légales en matière d'admission d'appels à un ou deux effets ne pourraient jamais jouer en faveur de la société faillie.

La « libération » — illégale — de la deuxième section tout entière, si elle présentait l'avantage insigne de permettre la liquidation des biens, avait par contre l'inconvénient d'ouvrir la voie aux recours que la société faillie ne manquerait pas d'intenter contre les actes relatifs à la vente.

Sans doute suffisait-il, pour qu'ils ne fussent pas un obstacle à la vente désirée par le groupe March, de les rejeter. C'est ce qui fut fait uniformément, ainsi que le rappellera la section VII du présent chapitre.

Mais ce n'était pas assez : les procédures d'appel prennent nécessairement un certain temps, et il fallait éviter que l'exécution finale du plan March ne fût retardée par l'admission à deux effets des appels de la société faillie.

Qu'à cela ne tienne. Les tribunaux espagnols, et principalement la Cour d'appel de Barcelone, allaient trouver le moyen d'éviter qu'il soit fait application aux dits appels des règles légales en matière d'appel à deux effets.

(638) Le *Contre-Mémoire*, comme il fallait s'y attendre, soutient que ces règles ne sont pas applicables aux décisions rendues dans le cours de la procédure de vente des biens d'une faillite, décisions contre lesquelles l'appel ne serait jamais recevable qu'à un seul effet.

Il se fonde à cette fin sur l'article 1531 de la Loi de procédure civile, applicable à une phase des procédures d'exécution individuelle qu'on appelle *via de apremio*. Dans son annexe n° 140 (vol. VIII, p. 218), le *Contre-Mémoire* commence par donner de cet article une traduction qui, pour être apparemment littérale, n'en est pas moins erronée :

« *Todas las apelaciones que sean procedentes en la vía de apremio del juicio ejecutivo serán admitidas en un solo efecto* »

ce que le Gouvernement espagnol traduit par : « Tous les appels qui sont valables en matière de contrainte de procédure d'exécution seront recevables avec effet dévolutif seulement ». Cette traduction tend à faire croire que l'article 1531 exprimerait une règle générale applicable à toutes les procédures d'exécution, et par conséquent à la faillite. Or, il n'en est rien. L'article 1531 de la Loi de procédure civile est un texte qui vise exclusivement la procédure très spéciale qui est dénommée *juicio ejecutivo*.

Qu'est-ce que le *juicio ejecutivo*? C'est une procédure particulière se déroulant en trois phases :

a) Dans une première phase, un demandeur qui détient un des six titres comportant voie parée, prévus à l'article 1429 de la Loi de procédure civile, sollicite et obtient du juge à la fois une injonction au débiteur et une saisie conservatoire

b) Si le débiteur s'oppose à la demande, s'ouvre une procédure déclaratoire et contradictoire qui se clôt par une *sentencia* appelable à deux effets, sauf dans les cas où elle est explicitement déclarée exécutoire nonobstant appel;

c) Après cette *sentencia*, — et éventuellement après qu'ait été rendue la décision en degré d'appel — commence la phase dite *via de apremio del juicio ejecutivo* prévue par les articles 1481 à 1531 de la Loi de procédure civile, au cours de laquelle ont lieu la vente des biens saisis conservatoirement et le paiement au créancier.

Le *Contre-Mémoire* n'hésite pas à affirmer que la disposition de l'article 1531 est applicable en matière de faillite. Pour tenter de justifier sa thèse, le Gouvernement espagnol fait appel à l'article 1236 de la Loi de procédure civile, qui, suivant lui, renverrait à l'article 1531. Il sera facile de démontrer qu'il n'en est rien. En effet, cette disposition, qui concerne d'ailleurs la faillite des non-commerçants, prévoit simplement que « l'aliénation (des biens de la faillite) aura lieu avec les formalités établies pour la vente des biens de toute nature dans la *via de apremio del juicio ejecutivo* ».

Il est clair que le renvoi fait par l'article 1236 est *limité aux formes prescrites* pour la vente et ne peut être considéré comme rendant applicable, en matière de faillite, la disposition particulière de l'article 1531, qui n'a rien à voir avec les formalités de la vente, mais qui règle l'*effet des appels* dans la *via de apremio del juicio ejecutivo*.

Force est donc de reconnaître qu'à défaut de dérogation spécifiquement prévue par la loi, ce sont les règles générales prérappelées qui auraient dû trouver application. Or, elles ont été constamment éludées en l'espèce.

(639) Il faut rendre cette justice au *Contre-Mémoire* que, dans ce cas, il s'est borné à reprendre la thèse soutenue par la Cour d'appel de Barcelone dans l'arrêt du 13 juin 1952 (*M.*, I, n° 234 et ss., p. 105; *A.M.*, n° 226, vol. IV, p. 852; et *infra*, n° 772), qui réforma une ordonnance du juge spécial qui avait admis à deux effets l'appel de la Barcelona Traction contre sa décision rejetant un *incident de nullité* présenté par la Barcelona Traction dans la procédure de vente des biens.

Il est particulièrement révélateur que le juge spécial s'était fondé, pour admettre l'appel à deux effets, sur la disposition de l'article 758 précité de la Loi de procédure civile, et, cette fois, à juste titre puisqu'*en ce cas il s'agissait vraiment d'un incident* et que cette règle spécifique était donc applicable en l'espèce.

Quand on rapproche la décision de la Cour d'appel du 13 juin 1952, écartant cette disposition légale dans un cas où elle était manifestement applicable mais aurait eu pour effet d'ajourner la livraison des biens au groupe March, de celle du 7 juin 1949 qui, en violation de la loi, appliqua cette même disposition au déclinatoire Boter parce qu'elle paralysait ainsi *sine die* les recours du failli, on comprend mal comment le Gouvernement défendeur peut s'indigner de voir le Gouvernement belge invoquer la discrimination.

Il faut souligner, enfin, que la thèse soutenue par la Cour d'appel dans son arrêt du 13 juin 1952 était *neuve* : en novembre 1951, dans des circonstances tout aussi graves, elle avait été saisi d'un recours de la Barcelona Traction visant à obtenir que son *appel contre la décision autorisant la vente des biens* soit admis à deux effets. La Barcelona Traction ayant offert de fournir caution, la Cour se trouvait, cette fois encore, devant une disposition impérative, l'article 385 de la Loi de procédure civile, qui l'obligeait à admettre l'appel à deux effets. Cependant, elle ne songea pas un seul instant, pour l'éluider, à invoquer l'astucieuse argumentation qu'elle devait soutenir quelque six mois plus tard. Elle se borna à affirmer que les articles 383, 384 et 385 de la Loi de procédure civile ne pouvaient être appliqués systématiquement dans la procédure universelle de faillite, spécialement en ce qui concerne les mesures comprises dans la deuxième section (Arrêt du 27 novembre 1951 - *A.M.*, n° 189, vol. III, p. 735).

La mesure est comble quand on se rappelle (*M.*, n° 203, p. 93) que la même Chambre de la Cour d'appel avait, par un arrêt du 4 décembre 1950, *rendu dans une autre affaire de faillite, réformé un jugement qui n'avait admis l'appel qu'à un seul effet* (*A.M.*, n° 190, vol. III, p. 737).

Les explications embarrassées que le *Contre-Mémoire* cherche à donner de ces deux décisions contradictoires, laissent intact le grief de discrimination que le Gouvernement belge a fait valoir.

3° *L'incident Genora.*

(640) C'est avec la même complaisance que les juridictions espagnoles se sont prêtées à la manœuvre de la société Genora pour prolonger les effets du déclinatoire Boter (voir *supra*, n°s 121 et ss., pp. 71 et ss.).

Le Gouvernement espagnol expose le problème au Chapitre III (IV, n°s 192 et 193, pp. 369 à 371) du *Contre-Mémoire*, et présente les choses comme si cette prolongation de quatre années, allant du 22 avril 1949 jusqu'à mars 1953 (c'est-à-dire à une date postérieure à la vente, intervenue le 4 janvier 1952, et à l'adjudication définitive du 17 juin 1952), était chose absolument normale.

On sait — le Gouvernement espagnol le rappelle d'ailleurs lui-même — que le déclinatoire Boter ayant été rejeté par le juge spécial le 12 février 1949, Boter fut cependant admis à interjeter appel à deux effets. Le Gouvernement espagnol allègue que le 22 avril 1949, lorsque les parties comparurent devant la Cour d'appel, la question aurait été tranchée en quelques mois si les parties n'avaient pas soulevé d'incidents (*C.M.*, n° 192, p. 369). Mais le fait est que, après que, le 23 avril 1949, la Barcelona Traction eut comparu à son tour devant la Cour et que son intervention eut été admise comme régulière par ordonnance du 10 mai (*M.*, I, n° 139, p. 67), une société du groupe March, la société Genora, introduisit le 11 mai 1949 un recours en rétractation (*recurso de súplica*) (*M.*, n° 139, p. 67) rejeté par arrêt du 21 mai 1949 (*A.M.*, n° 112, vol. II, p. 417; *A.C.M.*, n° 135, vol. VIII, p. 208). Après quoi, Genora introduisit une question incidente de nullité dite de *previo y especial pronunciamiento* (*C.M.*, p. 370, note 1; *M.*, n° 140, p. 67).

L'admission de l'incident de nullité, et son instruction de préférence à la continuation de l'instruction du déclinatoire de compétence, étaient inadmissibles, d'abord parce que la qualité de la Barcelona Traction pour être partie à la faillite avait déjà fait l'objet de plusieurs décisions judiciaires, celle qui vient d'être rappelée et d'autres, qui l'avaient précédée (*C.M.*, p. 500, note 3, et p. 501, note 1), ensuite parce qu'elle était contraire à l'ordre de priorité des incidents que le Gouvernement espagnol a lui-même indiqué (*C.M.*, n° 190, p. 369; *A.C.M.*, n° 132, vol. VIII, p. 204).

Le Gouvernement espagnol reconnaît que les questions de compétence priment les demandes incidentes à trancher préalablement, puisque celles-ci ne peuvent être examinées que par le juge compétent. Sans doute, le Gouvernement espagnol essaie-t-il, par des considérations obscures figurant à l'annexe n° 132 du chapitre III (*A.C.M.*, vol. VIII, pp. 204 et 205, particulièrement p. 205), d'accréditer cette conception qu'il n'a pas explicitée dans le corps même du *Contre-Mémoire*, selon laquelle les incidents à trancher préalablement devraient avoir priorité sur la question du déclinatoire de compétence, *s'ils sont introduits dans le cadre du déclinatoire lui-même*. Cette affirmation est inexacte; mais, fût-elle admise comme vraie, elle serait sans application en l'espèce, puisque l'incident introduit par Genora visait, non pas le déclinatoire de compétence lui-même ni la qualité de celui qui l'avait introduit, mais, ce qui est tout différent, celle de la Barcelona Traction pour être partie à la procédure sur le déclinatoire, et ce, alors qu'elle n'avait pas encore adhéré à l'appel de Boter contre le jugement du 12 février 1949 (ce qu'elle ne fit qu'en avril 1953) (1).

(1) C'est faire bon marché aussi du fait que les juridictions espagnoles n'ont pas appliqué ce principe à la demande de nullité introduite, comme incident à trancher préalablement, par la Barcelona Traction les 5 et 31 juillet 1948, et qui comportait, comme le déclinatoire Boter, une contestation formelle de la juridiction des tribunaux espagnols.

4° *Application abusive du principe: le criminel tient le civil en état.*

(641) Ainsi qu'il a été exposé *supra*, n° 124, le principe selon lequel le criminel tient le civil en état, principe attesté notamment par les articles 362 et 514 de la Loi de procédure civile, fut utilisé d'une manière à ce point abusive qu'il constitue un véritable détournement de procédure. En effet, l'usage que fit le Ministère public de son pouvoir discrétionnaire de requérir et la mise en prévention et les jonctions ou disjonctions de procédures, ne peut s'expliquer que par le désir de servir les desseins du groupe March et de prolonger la suspension de la première section de la faillite.

5° *La prétendue responsabilité de la Barcelona Traction ou du Gouvernement belge dans les retards.*

(642) Comme le Gouvernement espagnol ne peut nier les retards ni contester que la suspension ait eu une durée exceptionnelle, il va jusqu'à soutenir qu'elle fut bénéfique pour la Barcelona Traction, celle-ci ayant pu adhérer, en avril 1953, à l'appel de Boter contre le jugement du 12 février 1949 et ainsi soulever, indirectement, l'incompétence du juge de Reus, ce qu'elle n'aurait pas fait régulièrement et en temps voulu par son opposition! On s'étonne que le Gouvernement espagnol ose présenter un pareil argument! En effet, de deux choses l'une : ou bien le jugement du 12 février 1948 était *firme*, comme le soutient le Gouvernement espagnol, et dès lors le déclinatoire Boter était de toute manière tardif, en sorte que l'adhésion à l'appel Boter ne pouvait être d'aucun secours; ou bien le jugement n'était pas *firme* (ainsi que le soutient le Gouvernement belge), et dès lors les procédures de la Barcelona Traction (opposition et demande de nullité) ont valablement soulevé l'exception de non-jurisdiction.

(643) Le Gouvernement espagnol attribue à la Barcelona Traction, aux personnes qui ont agi en liaison avec elle, telles MM. Andreu et Sagnier, voire au Gouvernement belge, la responsabilité des retards intervenus.

En ce qui concerne le retard qui fut la conséquence indirecte et imprévisible des interventions de MM. Andreu et Sagnier, le Gouvernement belge s'en est déjà expliqué *supra*, n° 124 et suiv.

Mais le Gouvernement espagnol prétend également imputer à la Barcelona Traction la responsabilité de certains autres retards, au motif que lorsque Boter et Genora demandèrent des délais extraordinaires de preuve, la Barcelona Traction aurait pu les éviter en produisant elle-même les documents demandés (*C.M.*, IV, n° 211, b, p. 548). Cette argumentation vise :

- a) La demande de délai de preuve de huit mois, présentée par Boter et, conjointement avec lui, par les demandeurs à la faillite, par requête du 13 avril 1948 (*A.M.*, n° 105, vol. II, p. 404);
- b) La requête similaire présentée par Genora le 7 septembre 1949 dans le cours de la procédure d'appel de Boter contre le jugement du 12 février 1949 (*M.*, I, n° 141, p. 67; *A.C.M.*, Ch. IV, n° 21, vol. IX, p. 367).

Sans préjudice au grief que le Gouvernement belge a déjà fait valoir quant à l'insertion de pareilles demandes de délais extraordinaires de preuve dans le cadre des contestations portant sur la qualité de l'une ou l'autre partie (*supra*, n° 629 et ss.), le reproche fait à la Barcelona Traction est absolument injustifié.

(644) Tout d'abord, en ce qui concerne la demande introduite le 13 avril 1948 par Boter et les demandeurs à la faillite et l'ordonnance du 14 avril y faisant droit (*A.M.*, n^o 105 et 106, vol. II, pp. 404 et 405), elles se situent à un moment où la Barcelona Traction n'était pas encore partie à la procédure et ne pouvait dès lors prendre attitude. A supposer qu'elle eût dans la suite apporté les documents réclamés par Boter, ses adversaires n'auraient pas manqué d'en tirer la conclusion qu'elle se soumettait tacitement à la compétence du tribunal (1).

En ce qui concerne la seconde demande, émanant, celle-là, de Genora, il n'est pas du tout exact que la Barcelona Traction demeura passive. Par son écrit du 9 septembre 1949, elle s'opposa à l'octroi du délai extraordinaire de huit mois (*M.*, I, n^o 141, p. 67; *A.R.*, n^o 108). Cette fois encore, si la Barcelona Traction, au lieu d'agir de cette façon, avait produit les pièces réclamées, ses adversaires n'auraient pas manqué d'y voir soumission tacite de sa part à la compétence du tribunal.

(645) Le Gouvernement espagnol perçoit tellement bien que cette question de la suspension est un des points cruciaux de la présente affaire, qu'il essaie, par quelques considérations fort sommaires (*C.M.*, IV, n^o 191, p. 369, avec référence aux annexes n^{os} 133 et 134, vol. VIII, pp. 206 et 207) de démontrer que, compte tenu de la nature de la procédure de faillite, de la complexité de son objet et de la pluralité des sujets qui y interviennent, « les suspensions qui ont affecté le cours de la procédure de faillite de Barcelona Traction, n'eurent pas pour effet de prolonger *plus que de raison* la durée du procès ». D'autre part, il contre-attaque en prétendant démontrer que, dans d'autres systèmes juridiques et notamment en Belgique, la durée des procès de faillite est également parfois considérable (*A.C.M.*, n^o 134, vol. VIII, p. 207).

Les annexes n^{os} 133 et 134 auxquelles se réfère le *Contre-Mémoire* au n^o 191, n'ajoutent rien à cette argumentation. L'annexe n^o 133 se borne, en effet, à rappeler en gros quels furent les recours et à en faire la statistique. Mais le problème n'est pas là. Car ce que le Gouvernement belge reproche au Gouvernement espagnol, ce n'est pas que ses juridictions n'aient pas rendu de nombreuses décisions. Ce dont il fait grief aux juridictions espagnoles, c'est que celles-ci aient réalisé le tour de force consistant à tenir suspendus les recours qui tendaient à faire trancher la question de la compétence ainsi que la question de fond, tout en permettant que se poursuive la procédure de la seconde section.

Quant à l'annexe n^o 134, elle vise simplement à démontrer que les procédures de faillite peuvent avoir une longue durée dans divers pays, et notamment en Belgique. Ce point n'est pas davantage contesté, mais ce que le Gouvernement espagnol ne peut démontrer, en dépit des études de droit comparé qu'il invoque, c'est qu'il soit normal et admissible qu'une procédure puisse aboutir à la liquidation globale du patrimoine du débiteur failli, sans que celui-ci ait jamais pu s'expliquer sur la compétence et le fond. C'est d'ailleurs parce que cette démonstration est impossible que le Gouvernement espagnol fait un aussi gros effort pour tenter de prouver que le jugement était irrévocable et que, par conséquent, la vente pouvait avoir lieu.

(1) Sur la soumission tacite à la compétence d'un Tribunal, v. *A.R.*, n^o 118.

C'est en vain qu'il espère ainsi échapper au scandale majeur dénoncé par le Gouvernement belge, à savoir que les biens de la faillie furent vendus sans que la société faillie ait eu l'occasion de s'expliquer ni sur la compétence des juridictions saisies, ni quant au fond. Face à ce scandale, tout juriste doit réagir, comme le fit avec force le Juge Danckwerts, dans la procédure devant les tribunaux de Londres opposant Sidro au Comité des obligataires (*O.C.*, I, n° 305, p. 260; *A.O.C.*, n° 35, vol. II, pp. 460 à 463 [traduction] et pp. 464 à 466 [texte en langue anglaise]).

(646) En tout état de cause, le Gouvernement belge soutient que s'il fallait admettre que, correctement appliqué, un système juridique peut aboutir aux énormités qui ont été dénoncées, ce système serait lui-même en dessous du *standard* minimum de protection des droits des étrangers, imposé par le droit international.

En effet, si l'on suit le Gouvernement espagnol dans ses explications, il serait normal, dans la procédure espagnole, que :

a) N'importe quel créancier soulève, à n'importe quel moment, même lorsque les juridictions compétentes ont considéré la décision comme irrévocable, des déclinatoires de juridiction camouflés en déclinatoires de compétence, avec cette conséquence que le procès pourrait être indéfiniment suspendu puisqu'il n'y a pas de limite à ce type de manœuvres et que, d'après le Gouvernement espagnol, les déclinatoires de compétence ou de juridiction doivent toujours être admis *a tramite*, qu'ils émanent d'étrangers ou d'Espagnols, et même s'il est évident que les requérants n'agissent que dans le but d'empêcher le failli de se défendre;

b) Que les appels sur les décisions rendues sur de pareils déclinatoires, devraient être admis à deux effets;

c) Que la procédure sur ces déclinatoires pourrait elle-même être suspendue dès lors qu'une partie introduit un incident à trancher préalablement, à condition que cet incident soit soulevé dans le cadre de la procédure relative au déclinatoire de compétence. Or, comme ces incidents doivent également être reçus *a tramite*, sans discrimination, d'après le Gouvernement espagnol, il serait possible, non seulement d'aboutir à une suspension indéfinie de la procédure par le jeu de déclinatoires de compétence successifs, mais de suspendre l'instruction relative à ces déclinatoires eux-mêmes par des incidents supplémentaires;

d) Pour faire bonne mesure, d'après le Gouvernement espagnol, il suffirait encore qu'une procédure pénale soit ouverte sous les prétextes les plus fallacieux, pour que cet incident, qu'il considère comme devant être tranché le premier dans la hiérarchie des divers incidents telle qu'il l'a présentée (*C.M.*, IV, n° 190, p. 369), entraîne un effet suspensif supplémentaire dont la durée dépendra du caprice de la partie plaignante et du bon vouloir du ministère public.

Même si de telles énormités devaient être considérées comme le résultat d'une application normale du droit espagnol, encore ne comprendrait-on pas que des procédures indéfiniment suspendues, ou en tous cas suspendues pour un délai considérable, aient pu aller de pair avec la vente des biens avant que le débiteur failli ait pu s'expliquer quant à la compétence des juridictions saisies et quant au fond de l'affaire.

Sous-section 2

Décisions qui ont déclaré les recours irrecevables ou qui y ont définitivement fait obstacle.

a) *Décisions basées sur le défaut de qualité de l'auteur du recours.*

1° *A l'égard des sociétés auxiliaires.*

(647) Ces recours, exposés aux nos 117 et 118 du *Mémoire* (I, pp. 59 et 60), se justifiaient par le sort fait à l'Ebro et aux sociétés auxiliaires qui, quoique non déclarées en faillite, étaient finalement placées dans une situation d'impuissance et de dépossession pire que si elles avaient été mises en faillite elles-mêmes.

(648) On a rappelé ci-dessus (n° 131) que la société Ebro, au siège de laquelle furent pratiquées, à partir du 13 février 1948, les seules opérations de saisie auxquelles le jugement de faillite donna lieu, introduisit simultanément, le 16 février 1948, trois actions, l'une de récusation du juge n° 4 de Barcelone, la deuxième de récusation du juge de Reus (et il ne sera point question ici de ces deux actions en récusation, qui seront réexaminées à l'annexe n° 108), la troisième en reconsideration du jugement de faillite (*M.*, n° 117, p. 59; *A.M.*, n° 77 et 78, vol. II, pp. 326 et 335).

(649) La demande en reconsideration fut rejetée par l'ordonnance du 18 février 1948 (*A.M.*, n° 81, vol. II, p. 339), au motif que l'Ebro n'était pas partie au jugement de faillite, bien que le juge de Reus eût reconnu, dans l'ordonnance qu'il avait rendue le 17 février 1948 sur la demande de récusation, que l'Ebro « en subit les conséquences » (*A.M.*, n° 80, vol. II, p. 338).

L'Ebro présenta, le 19 février 1948, une demande de reconsideration contre l'ordonnance du 18 février 1948. Par une ordonnance du 23 février 1948 (*A.M.*, n° 82, vol. II, p. 340), le juge de Reus décida qu'il y avait lieu de surseoir à statuer sur ce recours en reconsideration, et ce, à raison de la suspension de la procédure résultant du déclinatoire Garcia del Cid (1).

La suspension provoquée par le déclinatoire Garcia del Cid ayant pris fin le 5 mars, le juge statua par jugement du 17 mars 1948 sur la demande de reconsideration

(1) Le même sort échet d'ailleurs à l'écrit d'opposition de l'Ebro du 23 février 1948, par lequel cette société demandait la suspension de la saisie de ses biens, précisément en raison du déclinatoire Garcia del Cid, demande qui fut rejetée par ordonnance du 26 février 1948 (*A.O.C.*, n° 31, vol. II, p. 404).

du 19 février 1948 (*A.M.*, n° 91, vol. II, p. 359). On lit avec surprise dans ce jugement le considérant suivant lequel « il n'apparaît pas d'où dérivent les pouvoirs de celui qui a agi au nom de Riegos y Fuerza del Ebro, ni quels pouvoirs détient celui qui les a délivrés, et les limites en étant les conciliations et les procès, il existe une insuffisance de pouvoir pour exercer la représentation de cette société ». Cette formule quelque peu sibylline, utilisée le lendemain du remplacement des administrateurs d'Ebro, révèle que le juge était informé de la manœuvre que ce remplacement préparait et qui allait se produire six jours plus tard, le 23 mars 1948 : à cette date, l'avoué Pablo Camps Pascual, déclarant agir au nom de diverses sociétés, et notamment de l'Ebro, se désista des demandes formulées par ces sociétés et déclara, en outre, que ses mandants, c'est-à-dire les pseudo-conseils d'administration désignés dans les conditions qui ont déjà été décrites ci-dessus (n° 83 et ss.), « n'objectent rien à la saisie de leurs biens puisqu'ils sont une appartenance médiate et civilissime du failli ».

Pour écarter l'Ebro (et les autres sociétés auxiliaires) du prétoire, trois mécanismes distincts ont donc été utilisés :

- a) Un moyen d'irrecevabilité tiré de ce que l'Ebro (et les autres sociétés auxiliaires) n'était pas partie à la faillite et ne pouvait par conséquent former de recours;
- b) La suspension de la procédure;
- c) La manœuvre de désistement des avoués désignés par les pseudo-conseils d'administration.

On n'examinera ici que le premier et le troisième de ces mécanismes, la suspension de la procédure ayant déjà été traitée et n'ayant d'ailleurs joué qu'un rôle accessoire et temporaire en ce qui concerne ces recours.

(650) Cependant, avant d'entreprendre cet examen, on répondra à deux observations de caractère purement polémique du Gouvernement espagnol, figurant aux n° 140 et 141 du *Contre-Mémoire* (IV, pp. 332 à 334).

Le Gouvernement espagnol soutient (et le Gouvernement belge ne peut pas laisser passer sans les rencontrer d'emblée, de pareilles allégations), que :

- a) L'Ebro ne voulut jamais faire recours contre le jugement de faillite en tant qu'il déclarait la Barcelona Traction en faillite et ordonnait la saisie de ses biens;
- b) L'Ebro contesta la saisie de son actif en fondant son recours sur l'affirmation fautive que la Barcelona Traction ne possédait pas la totalité ou même une part importante de ses actions.

(651) a) En ce qui concerne la première assertion, le Gouvernement espagnol tire, des prémisses inexactes qu'il a posées, la conclusion que « le recours d'Ebro eût-il été instruit, et en supposant même — ce qui était juridiquement impossible — qu'il eût eu gain de cause, les tribunaux espagnols n'auraient pu révoquer ou rétracter la déclaration de faillite de la Barcelona Traction, ni lever la saisie de ses actions et droits ».

Le Gouvernement espagnol, dans ses *Exceptions Préliminaires* (1963, I, p. 253), avait été à cet égard, ainsi que le conseil du Gouvernement belge l'a signalé dans sa plaidoirie (*P.O.*, III, p. 623) « meilleur joueur », puisqu'on y avait reconnu que l'Ebro et la Barcelonesa avaient agi logiquement en limitant le recours à ce qui les intéressait, c'est-à-dire à la contestation de la légitimité des mesures de saisie qui les affectaient directement. Au surplus, il sera rappelé dans la troisième partie de la *Réplique*, que, eussent-ils été accueillis, les recours de l'Ebro eussent stérilisé le jugement de faillite en le privant de tout effet pratique.

(652) b) L'étrange allégation du *Contre-Mémoire* selon laquelle le recours de l'Ebro était fondé « sur l'affirmation fautive que Barcelona Traction ne possédait pas la totalité ni même une part importante de ses actions » (*C.M.*, IV, n° 140, p. 333), allégation à première vue incompréhensible, se trouve quelque peu éclaircie par l'indication que « en maints passages il est dit (lisez : dans le recours de l'Ebro) que Barcelona Traction et Ebro sont deux personnes morales tout à fait distinctes et indépendantes, car, sans préjudice des relations d'ordre financier qu'avaient pu avoir les deux sociétés, Barcelona Traction en février 1948 ne possédait pas la totalité des actions émises par Ebro ». En d'autres mots, l'Ebro aurait opposé à la saisie de son patrimoine sa personnalité juridique distincte de celle de la Barcelona Traction, et cette personnalité distincte résulterait du fait que cette dernière ne possédait pas la totalité des titres.

Or, l'imputation à l'Ebro d'un pareil raisonnement est elle-même totalement inexacte — ou, pour employer le langage du *Contre-Mémoire*, fautive. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire les extraits mêmes du recours de l'Ebro cités en note dans le *Contre-Mémoire* (pp. 333-334, note 4) et notamment la phrase : « Nous ne voyons point d'inconvénient à admettre, sur le plan spéculatif, que Barcelona Traction puisse posséder toutes les actions émises par la société mandante ». On ne peut plus clairement indiquer que l'affirmation de la personnalité distincte de l'Ebro n'était nullement liée à la dénégation de la concentration de toutes les actions de l'Ebro entre les mains de la Barcelona Traction.

C'est du reste ce qui résulte à toute évidence de la lecture du recours une fois les extraits replacés dans leur contexte.

En outre, le recours s'insurgeait — et à juste titre — contre la circonstance que la décision de saisie des biens de l'Ebro — mal fondée en droit — reposait, en fait, sur des éléments de preuve à la fois anciens et insuffisants :

« Le droit — dit l'Ebro — doit s'appliquer sur des faits, non sur des éléments hypothétiques et peut-être faux.

Si en effet le Tribunal estime que la possession par la société faillie de la totalité des actions de Riegos implique pour la masse de la faillite le droit de saisir les biens de la dite société émettrice, il est indispensable de vérifier si actuellement la Barcelona Traction possède réellement et effectivement ces titres, et après cela procéder à leur saisie (*ocupación*) » (*A.M.*, n° 77, vol. II, p. 330).

Si le représentant de l'Ebro à Barcelone et ses conseils espagnols savaient que les titres de l'Ebro avaient été remis en gage à la National Trust en vertu des contrats de *trust*, ils ignoraient quelle était la situation exacte de ces titres au moment de la faillite et quelles en étaient les conséquences en droit canadien — le seul applicable en l'espèce.

Il était donc parfaitement légitime que, dans ce recours, présenté de toute urgence, ils se bornent à mettre en doute les affirmations hâtives sur lesquelles reposait la décision du juge de Reus, et que celui-ci eut d'ailleurs soin de ne jamais vérifier comme l'Ebro l'y avait invité (1).

(653) On examinera à présent le moyen de droit retenu par le juge de Reus pour déclarer le recours de l'Ebro irrecevable, à savoir que n'étant pas partie à la faillite, elle n'avait pas qualité pour demander la reconsidération du jugement ou pour faire opposition (2).

Selon une règle qui se retrouve dans toutes les législations, et qui dérive du principe de droit naturel qu'exprime l'adage : *Nemo debet inaudito damnari* (3), seules peuvent être affectées par une décision de justice les personnes qui ont été parties à la procédure. Cette doctrine, que le Tribunal Suprême avait consacrée dans une série d'arrêts (4), doit également s'appliquer en matière de faillite, ainsi que le Tribunal Suprême l'a proclamé dans son arrêt du 9 juin 1932 (*Aranzadi*, n° 1094).

Pour éviter que des tiers soient éventuellement affectés par des décisions de justice sans qu'ils puissent faire valoir leurs droits, la procédure espagnole contient un certain nombre de règles, en quelque sorte préventives, car elles ont pour but de porter la procédure à la connaissance des tiers intéressés et, par conséquent, de leur permettre d'y intervenir :

a) L'article 260, § 2, de la Loi de procédure civile prévoit que : « Ils (les ordonnances, jugements et arrêts) seront notifiés également, *quand il en sera ainsi ordonné*, aux personnes auxquelles ils se réfèrent et auxquelles ils pourraient porter préjudice » (5) (6).

(1) Si le juge avait demandé, comme il en avait le devoir, qu'on lui produisit des extraits du registre des actions nominatives de l'Ebro, il n'aurait pas manqué d'être embarrassé par le fait qu'au 12 février 1948, un grand nombre d'actions étaient inscrites au nom de la National Trust et quelques-unes au nom de personnes physiques, administrateurs ou anciens administrateurs de la société.

(2) C'est en effet la forme qu'elle donna à son recours du 23 février 1948 (*M*, n° 118, p. 60, note 1).

(3) Cet adage est repris de façon expresse dans un texte ancien de droit espagnol, le code des *Siete Partidas* d'Alphonse X, de 1265, 3^e, XXII, 20.

(4) Arrêts du 8 juillet 1902 (*Col. Leg.*, XII, 56 et ss.); 13 juin 1928 (*Col. Leg.*, CII, 190 et ss.); 2 février 1929 (*Col. Leg.*, CV, 488 et ss.); 13 janvier 1949 (*Aranzadi*, n° 86); 31 décembre 1949 (*Aranzadi*, 1950, n° 7); 22 mai 1950 (*Aranzadi*, n° 743); 22 novembre 1957 (*Aranzadi*, n° 3413); 10 avril 1966 (*Aranzadi*, n° 1779).

(5) Le Tribunal Suprême a admis l'application de cette disposition dans ses arrêts des 18 juin 1930 (*Aranzadi*, n° 1025) et 27 septembre 1935 (*Fenech*, *op. cit.*, II, p. 2591).

(6) On relèvera que, si le juge de Reus n'a pas estimé devoir ordonner la notification du jugement aux sociétés dont les biens devaient être saisis — et c'est précisément un des griefs qui est formulé à l'égard du jugement du 12 février 1948, et des jugements postérieurs, qui ont étendu les saisies à des sociétés qui n'étaient pas déjà citées dans ce jugement — le juge n° 4 de Barcelone estima, lui, ne pas pouvoir passer à l'exécution de la saisie des biens de l'Ebro le 13 février, sans notifier au préalable le jugement aux représentants de cette société, ce qu'il fit en en faisant donner lecture intégrale par le greffier (Recours en reconsidération de l'Ebro du 16 février 1948 — *A.C.M.*, n° 77, vol. II, pp. 326 et ss.).

Le Gouvernement espagnol a tenté d'ironiser à propos de ce texte en soutenant que le Gouvernement belge faisait abstraction de l'incidente : « quand il en sera ainsi ordonné » ; mais son ironie porte à faux, d'abord parce que, en définitive le jugement de faillite a dû être notifié à l'Ebro, en quelque sorte par la force des choses (voir note 6 de la page 485) ; ensuite parce que, si l'article 260, § 2, accorde au juge un certain pouvoir discrétionnaire, il est évident qu'il doit l'exercer conformément au bon sens et à l'équité, en tenant compte du but de cette disposition, qui est de permettre à celui qui pourrait subir un préjudice à raison d'une décision rendue dans une procédure où il n'a pas été cité comme partie, bien qu'il y ait un intérêt, d'avoir connaissance de cette procédure, de demander à y être reçu comme partie et, par voie de conséquence, d'exercer son recours contre la décision qui lui porte préjudice.

b) Diverses dispositions éparses du code civil (articles 1084, 2; 1475; 1478, 3^o et 1480 à 1482, etc...) prévoient la mise en cause de tiers, dès lors qu'il s'agit de personnes intéressées ou qui pourraient être préjudiciées par la décision. Cette mise en cause, qui est destinée précisément à éviter que des tiers puissent être lésés par une décision, se retrouve en outre dans une série de dispositions légales : Loi des sociétés anonymes du 17 juillet 1951, art. 70 — Loi des baux urbains, texte du 13 avril 1956, articles 25, I; 26, II; 27; 129, I, II — Règlement sur les accidents de travail du 22 juin 1956, art. 171, 172, 174, etc... — Loi du 27 décembre 1956, art. 30 et 32.

c) Soucieuse de la protection, sous tous ses aspects, des personnes qui, par fraude ou même par erreur, ne sont pas citées par l'adversaire, la Loi de procédure civile leur confère, dans plusieurs de ses dispositions, un droit d'intervention *a posteriori*. On citera parmi celles-ci, comme les plus importantes, l'article 73 qui prévoit que pourront soulever des questions de compétence non seulement les défendeurs, mais « ceux qui peuvent être légitimement partie au procès intenté » ; l'article 191, qui concède la faculté de récuser, non seulement à ceux qui sont parties légitimes, mais également à ceux qui « ont le droit de l'être et qui comparaissent dans l'affaire à laquelle se réfère la récusation » (ce qui est un moyen indirect d'octroyer une large liberté d'intervention dans les procès à des tiers intéressés) ; l'article 271, qui prévoit la citation à comparaître « de ceux qui doivent être partie au procès ».

d) Enfin, et surtout, l'article 1813 de la Loi de procédure civile prévoit d'une façon tout-à-fait générale, dans les procédures de juridiction volontaire, l'intervention du tiers qui peut faire état d'un intérêt légitime.

e) La jurisprudence a fait très largement application de ces principes en prévoyant l'intervention des tiers intéressés lorsqu'ils n'ont pas été appelés au procès (1).

Appliquant ces principes généraux à la matière de la faillite, un des auteurs les plus récents, Ramirez (*La Quiebra*, I, pp. 743 et ss.) enseigne :

« Finalement, nous ne croyons pas que dans la faillite sur requête la qualité pour s'opposer au jugement déclaratif de faillite appartient seulement au failli et à ses créanciers, à l'exception de celui qui a demandé la déclaration de faillite. Ainsi que nous l'avons exposé lorsque nous avons étudié la faillite sur aveu, nous estimons que cette qualité appartient à des tiers qui pour des raisons de caractère moral ou économique ont un intérêt légitime ou véritable dans la faillite, dans la mesure où ils sont affectés de quelque manière que ce soit. Et ceci parce que si le jugement déclaratif de faillite, par suite de son

(1) Arrêts des 21 mars 1911 (*Col. Leg.*, XXXVIII, 788 et ss.); 6 mars 1946 (*Aranzadi*, n° 260); 8 juillet 1948 (*Aranzadi* n° 976); 17 octobre 1949 (*Aranzadi*, n° 1233); 17 février 1951 (*Aranzadi*, n° 589) et 17 octobre 1961 (*Aranzadi*, n° 3604).

Les arrêts précités des 21 mars 1911, 17 octobre 1949, 17 février 1951 et 17 octobre 1961 ont décidé, d'une façon tout-à-fait générale, qu'il faut admettre au procès celui qui invoque un intérêt légitime.

caractère général, crée une nouvelle situation juridique qui affecte tant le failli que ses créanciers et que certains tiers, il serait inexplicable de laisser ces derniers sans défense tandis qu'aux autres on reconnaît un moyen d'attaquer le jugement de faillite » (1).

(654) A cette démonstration, le Gouvernement espagnol oppose une série d'arguments (*C.M.*, IV, nos 146 et 147, pp. 337 à 339; *A.C.M.*, n° 89, vol. VIII, p. 50).

Tout d'abord, le Gouvernement espagnol soutient que la thèse du Gouvernement belge ne coïncide pas avec la prétendue reconnaissance par l'Ebro, devant les tribunaux espagnols, que des tiers ne pouvaient faire opposition à un jugement de faillite (*C.M.*, n° 146, p. 338). D'autre part, il objecte à la doctrine professée par Ramirez qu'elle se justifie en droit français, mais non en droit espagnol (*A.C.M.*, n° 89, vol. VIII, p. 52).

(655) En ce qui concerne la reconnaissance attribuée à l'Ebro, le Gouvernement espagnol se réfère apparemment à la demande de reconsidération introduite le 19 février 1948 par cette société (*A.C.M.*, n° 87, vol. VIII, p. 37). Le Gouvernement espagnol isole astucieusement quelques mots du texte de cette demande en reconsidération. Dans celle-ci, l'Ebro, se référant à l'article 1326 de la Loi de procédure civile, lequel est à mettre lui-même en relation avec l'article 1028 du Code de commerce de 1829, déclarait admettre que l'opposition au sens strict ne pouvait être invoquée que par le failli, mais elle exposait qu'elle introduisait une demande en reconsidération (au sens large, ainsi que prévu par l'article 377 de la Loi de procédure civile) non pas pour s'immiscer dans les problèmes d'autrui, mais parce que certaines dispositions de ce jugement avaient été édictées expressément contre elle et qu'elle était ainsi elle-même soumise, sans être faillie, aux organes de la faillite de la Barcelona Traction. L'avoué de l'Ebro en tirait comme conséquence, parlant de cette société : « toutes ces choses l'intéressent substantiellement et de cet intérêt direct naît et dérive son droit à former recours, en lui donnant une personnalité légitime indéniable ». L'écrit se réfère ensuite aux arrêts de la Cour Suprême du 6 mars 1946 (*Aranzadi*, n° 260) et du 21 mars 1911 (*Col. Leg.*, XXXVIII, 788 et ss.).

Les considérations développées par l'Ebro ne s'écartaient donc aucunement de celles soutenues aujourd'hui par le Gouvernement belge.

(656) En ce qui concerne l'enseignement de Ramirez, le Gouvernement espagnol avait fait plaider lors de la procédure orale, que cet auteur se réfère exclusivement à des publicistes italiens, et que la position de ceux-ci s'expliquait par la circonstance que la loi

(1) Ce principe est tellement évident que la théorie de l'intervention de tiers intéressés est reprise par le juge spécial lui-même dans son jugement du 8 juin 1963 statuant sur la demande de reconsidération introduite par la National Trust contre l'ordonnance du 4 février 1949, qui avait refusé de la tenir pour partie, et dans laquelle on n'est pas peu étonné de lire (*A.C.M.*, n° 199, vol. IX, p. 287) :

« Considérant que l'un des principes généralement les plus admis est celui-ci que l'un des buts, le plus remarquable peut-être, de la tutelle et de la protection juridiques est celui qui consiste à garantir les intérêts juridiquement protégeables, considérés dans leur acception la plus large, et que c'est de là que découle la doctrine selon laquelle peuvent comparaître dans les procédures, et y intervenir, des personnes qui, quoique n'ayant pas été expressément convoquées, font preuve d'un intérêt réel, personnel et authentique dans les questions soumises à l'examen et à la décision des juges et des tribunaux, ce qui donne lieu à la figure dénommée « tiers intervenant dans le procès » ; mais que son application dans la pratique n'est pas seulement conditionnée par l'allégation de l'intérêt, mais aussi par la justification, en principe du moins, que cet intérêt existe et mérite la protection juridique ».

italienne sur les faillites permet expressément aux tiers intéressés de faire tierce opposition. Le conseil du Gouvernement belge a déjà répondu à cet argument (*P.O.*, III, pp. 999 et 1000) et a montré que Ramírez (*op. cit.*, p. 734, note 24) ne se référerait pas seulement à des auteurs italiens, mais à neuf auteurs français (Lyon-Caen et Renault, Renouard, Thaller, Wahl, Alauzet, Bedarride, Boistel, Bravard-Veyrières, Massé) et à un auteur argentin (Raimundo Fernandez). Dans le *Contre-Mémoire*, c'est cette fois la référence aux auteurs français qui est critiquée. Celle-ci s'avère cependant d'autant plus pertinente que, ainsi que le Gouvernement belge l'a établi, les auteurs français traitaient eux-mêmes d'une législation qui jusqu'au décret-loi du 14 juin 1938 ne prévoyait pas expressément la tierce opposition. La référence à l'auteur argentin Raimundo Fernandez était également particulièrement typique, puisque la loi argentine sur la faillite du 27 septembre 1933 et l'article 1447 du Code de commerce argentin ne prévoient expressément que l'opposition du failli.

La réponse du Gouvernement espagnol à ces observations fait l'objet de l'annexe n° 89 au *Contre-Mémoire* (vol. VIII, p. 50). On y trouve développés les arguments suivants :

a) Le Gouvernement espagnol invoque, notamment, un arrêt de la Cour Suprême du 8 novembre 1895 (*Col. Leg.* (1909) 39, p. 203) faisant application de dispositions légales en vigueur à l'époque à Cuba et aux Philippines, et analogues aux articles 1170 et 1171 de la Loi de procédure civile, en vertu desquels les créanciers peuvent faire opposition au jugement déclaratif de la faillite civile, dispositions applicables également à la faillite commerciale.

Ce que le Gouvernement espagnol ne démontre pas, c'est que cet arrêt aurait posé comme règle que, *seuls* parmi les tiers intéressés, les créanciers peuvent faire opposition au jugement de faillite.

Le Tribunal Suprême a clairement adopté l'opinion contraire lorsque, dans son arrêt du 12 avril 1913 (*Jurisprudencia Civil*, éd. Reus, vol. 127, pp. 187 et ss.), il a admis un ex-commanditaire à faire opposition à un jugement de faillite, en sa qualité de tiers intéressé, afin que soit déterminée une autre date pour la rétroactivité des dettes de la faillite que celle admise par le juge, et ce, alors que cet ex-commanditaire n'était évidemment pas créancier.

De plus, on ne peut pas perdre de vue que si les créanciers sont admis à faire opposition dans la faillite commerciale, ce n'est pas pour des raisons purement formelles, mais parce qu'ils sont *intéressés*, par exemple à contester la faillite ou à soulever un déclinaoire de compétence. C'est donc *l'intérêt* qu'ils peuvent avoir qui est le fondement de leur faculté de recourir, et l'on ne voit dès lors pas pourquoi, la *ratio legis* étant identique, des tiers affectés par une faillite, sans être pour autant créanciers au sens strict, ne pourraient, eux aussi, intervenir, que ce soit par la voie de l'opposition spécifique prévue par l'article 1028 du Code de commerce de 1829, ou par la voie de la reconsidération prévue par l'article 377 de la Loi de procédure civile (1).

(1) Quoiqu'il ne s'agisse pas de la même procédure, celle de l'article 1028 du Code de commerce de 1829 devant être introduite dans un délai de huit jours, tandis que celle, générale, prévue par l'article 377 de la Loi de procédure civile doit l'être dans les cinq jours, les textes légaux emploient dans les deux cas le vocable « *reposición* ».

b) Le Gouvernement espagnol répète, par ailleurs, que la doctrine juridique espagnole considère que, dans le procès de faillite, « il ne s'établit de relation juridique qu'entre deux parties : le débiteur en faillite, d'une part, et les créanciers, d'autre part, et que, par suite, doivent en être exclus tous ceux qui n'ont pas la qualité de créancier ou de débiteur failli » (*C.M.*, IV, n° 146, b, p. 338).

Or, il suffit de lire les auteurs cités par le Gouvernement espagnol (*C.M.*, p. 338, note 1), pour constater que les textes invoqués n'ont nullement la portée que leur attribue le Gouvernement espagnol, ces auteurs n'ayant en aucune façon considéré la situation des tiers qui sont affectés par la faillite sans être personnellement déclarés faillis.

c) Le Gouvernement espagnol soutient, d'autre part, que les arrêts des 17 octobre 1949 (*Aranzadi*, n° 86) et 17 février 1951 (*Aranzadi*, n° 589), cités par le Gouvernement belge au cours de la Procédure orale (*P.O.*, III, p. 1000), n'auraient pas la portée que celui-ci leur attribue et il conteste de même l'interprétation donnée par le Gouvernement belge aux arrêts qui avaient été invoqués par l'Ebro dans son recours en reconsidération du 19 février 1948 (*A.C.M.*, n° 87, doc. 2, vol. VIII, p. 37) et notamment les arrêts du 21 mars 1911 (*Col. Leg.*, XXXVIII, 788 et ss.) et du 6 mars 1946 (*Aranzadi*, n° 260).

Il suffit cependant de relire les passages relevant de ces divers arrêts pour constater que ces contestations sont totalement dénuées de fondement.

Ainsi, l'arrêt du 17 octobre 1949 pose en principe que l'omission dans la requête de personnes qui auraient dû être citées comme parties adverses ne cause de préjudice qu'au demandeur seul, la décision à intervenir devant être sans effet vis-à-vis des personnes non citées. Il résulte également de cet arrêt que peuvent intervenir, non seulement ceux qui peuvent se prévaloir d'un droit, mais aussi d'un simple intérêt.

Fenech, dans son ouvrage sur la *Doctrina Procesal Civil del Tribunal Supremo*, volume III, pages 4155 et 4156, cite d'ailleurs l'arrêt du 17 octobre 1949, sous un passage ainsi libellé :

« c) Si l'action a dû être dirigée contre diverses personnes et a été exercée uniquement contre l'une d'entre elles, on ne peut prétendre qu'il y a défaut d'action; mais la sentence produira uniquement ses effets en ce qui concerne celui ou ceux contre qui les actions ont été exercées et non à l'encontre des autres, étant donné que personne ne peut être condamné sans avoir été entendu et avoir perdu le procès » (pp. 4142 et 4153).

De même, est tout aussi inopérante la critique dirigée par le Gouvernement espagnol contre la référence faite par le Gouvernement belge à l'arrêt du Tribunal Suprême du 17 février 1951. Cet arrêt, tout en reprenant la théorie, admise par le Tribunal Suprême, selon laquelle les tiers affectés par un litige peuvent y intervenir, rappelle cependant que cette intervention ne peut avoir pour effet de faire ramener la procédure en arrière, autrement dit que, comme en droit procédural français et belge, l'intervenant doit prendre la procédure dans l'état où il la trouve lors de son intervention, et accepter, par exemple, que certaines mesures d'instruction aient déjà été prises en son absence.

Quant aux arrêts des 21 mars 1911 et 6 mars 1946, cités par l'Ebro dans son recours en reconsidération du 19 février 1948, l'annexe 89 au chapitre III du *Contre-Mémoire* se borne à en déduire qu'« en général, l'intervention de tiers n'est pas recevable, bien

Le Gouvernement belge considère comme précieuse cette concession, malgré la restriction que le Gouvernement espagnol y apporte tout aussitôt en prétendant que les cas d'intervention ne se sont produits depuis plusieurs années qu'au cours de procès portant sur des litiges relatifs à des contrats de bail ..., car on ne comprend pas pourquoi, si l'intérêt des tiers doit être sauvegardé dans les cas cités, il n'aurait pas à l'être dans celui, assurément sans précédent, d'un jugement de faillite ordonnant la saisie des biens de tiers.

(657) Le Gouvernement espagnol termine ses développements en invoquant que l'Ebro n'aurait pu faire valoir ses intérêts propres que par la voie d'une *terceria de dominio*, point de vue déjà adopté par le juge de Reus, qui avait indiqué cette voie à l'Ebro dans son jugement du 17 mars 1948 (*A.M.*, n° 91, vol. II, p. 360).

De son côté, le Tribunal Suprême, dans son arrêt du 14 mai 1949, ayant exprimé l'avis que la procédure adéquate serait la procédure déclaratoire, l'Ebro introduisit l'une et l'autre (1).

Par une action de *mayor cuantia*, introduite le 6 juillet 1949 (*A.M.*, n° 118, vol. II, p. 427; *supra*, n° 139) devant le tribunal de Barcelone et dirigée contre les membres du pseudo-conseil d'administration de l'Ebro et contre le séquestre provisoire, elle demanda que fût dit pour droit que les premières personnes mises en cause n'avaient pas qualité d'administrateurs de l'Ebro et que le séquestre provisoire ne pouvait s'arroger la qualité d'assemblée générale.

Par une seconde action, introduite le 15 septembre 1949 devant le juge spécial (*supra*, n° 140), elle reproduisit pour partie les demandes formulées devant le tribunal de Barcelone par le recours du 6 juillet 1949 et constituait par ailleurs une véritable *terceria de dominio*.

(658) Le Gouvernement espagnol a examiné ces deux actions sous la rubrique : « Actions déclaratives intentées en 1949 par le pseudo-conseil d'administration de l'Ebro » (*C.M.*, IV, n° 149 et ss., pp. 340 et ss.). Il a, tout d'abord, commencé, comme il le fait fréquemment, par soulever des arguments purement polémiques, auxquels il sera répondu ci-dessous.

En ce qui concerne l'action mue par acte du 6 juillet 1949, le Gouvernement espagnol soutient que « En somme, il y avait un revirement complet — on ne prétendait

(1) Le Gouvernement espagnol ne paraît pas reprendre à son compte ces deux suggestions. Pour lui, il apparaît que seule la *terceria de dominio* pouvait être adéquate (*C.M.*, n° 146, d, p. 339, et n° 196, p. 542).

Or, il va de soi que la *terceria de dominio* ne pouvait être engagée qu'au nom de l'Ebro contre la Barcelona Traction représentée par les organes de la faillite, et non par les administrateurs légitimes de l'Ebro agissant en leur nom personnel contre les pseudo-administrateurs nommés par le séquestre provisoire. C'est parce que le Gouvernement espagnol affecte de considérer la *terceria de dominio* comme seul recours adéquat, qu'il doit en même temps essayer de démontrer que l'action intentée par l'Ebro le 15 juillet 1949 n'était pas recevable parce que les biens avaient été restitués et parce que l'action ne pouvait être engagée par le conseil d'administration de l'Ebro que le Gouvernement espagnol prétend ne pas être légitime (*C.M.*, n° 154, p. 345, et n° 198, p. 543).

plus contester les mesures relatives à la saisie des actifs des filiales; on s'en prenait aux décisions du jugement du 12 février 1948, dont, auparavant, on disait qu'elles n'affectaient d'aucune manière l'Ebro » (C.M., IV, n° 150 in fine, p. 342).

Cette argumentation se fonde sur une présentation caricaturale des actions intentées. Celles intentées d'entrée de jeu par l'Ebro — *reconsidération et opposition* — ne mettaient en cause le jugement de faillite que dans la mesure où il comportait des mesures concernant l'Ebro, mais, dans cette mesure, le jugement était entrepris, et il est donc inexact de dire que ces procédures n'avaient pas mis en cause le jugement du 12 février 1948.

D'autre part, l'écrit du 6 juillet 1949 (dont le Gouvernement espagnol ne donne pas le texte, mais qui figure à l'annexe au *Mémoire* belge n° 118, vol. II, p. 427) tendait à voir reconnaître, par les personnes mises en cause, la légitimité du conseil d'administration de l'Ebro désigné à Toronto, ce qui équivalait à contester les dispositions du jugement du 12 février 1948 en application desquelles les pseudo-administrateurs avaient été nommés, c'est-à-dire des dispositions ayant une incidence sur l'Ebro, et non toutes les autres dispositions du jugement.

En ce qui concerne l'action mue par l'écrit du 15 septembre 1949, l'argumentation espagnole tient en trois points (C.M., n° 152, p. 343), tous également contestables.

Tout d'abord, on ne voit point pourquoi les « anciens » administrateurs eussent dû agir en nom personnel. En s'attribuant, comme le dit le Gouvernement espagnol, la représentation de l'Ebro qu'à leur sens ils avaient toujours, ils posaient devant la juridiction saisie la question de savoir *qui* avait qualité pour représenter l'Ebro. Ce qui est reproché aux juridictions espagnoles, c'est de s'être dérobées en n'examinant que la seule question formelle de la désignation dernière en date des avoués. Il est à noter, d'ailleurs, que des actions du type de celles que le Gouvernement espagnol prétend présenter à l'heure actuelle comme seules adéquates, furent introduites par les administrateurs révoqués de l'Ebro et que celles-ci furent également repoussées (M., I, n° 146, p. 70).

Les mêmes observations valent pour le second argument du Gouvernement espagnol, selon lequel la question de la qualité, non plus, cette fois du conseil d'administration mandant, mais des avoués mandataires (ce qui revient au même), devait être discutée dans une procédure déclaratoire à intenter par les membres du conseil d'administration contre d'autres membres.

(659) Le Gouvernement espagnol soutient enfin que : « la demande n'était pas non plus une demande en revendication dite *terceria de dominio* ou une action en réparation bien qu'elle fût qualifiée " action en restitution " ».

Les arguments que le Gouvernement espagnol invoque à l'appui de cette thèse sont de deux ordres :

D'une part, l'action intentée n'avait d'autre objet que de parer au défaut de qualité de l'Ebro dans les demandes qu'elle avait introduites antérieurement, relativement à une procédure à laquelle elle n'était pas partie. D'autre part, les biens des sociétés auxiliaires avaient été rendus à celles-ci au début d'avril 1948, et par conséquent il n'y avait plus matière à *terceria de dominio*.

(660) Le second de ces arguments a déjà été réfuté (*supra*, n^o 48 ss.). Quant au premier argument, il met en pleine lumière les contradictions dans lesquelles verse le Gouvernement espagnol. Que l'action mue par l'écrit du 15 septembre 1949 soit une action complexe comportant, d'abord, des demandes de nullité en ce qui concerne les dispositions du jugement du 12 février 1948 qui s'appliquaient à l'Ebro, puis une demande de restitution, est tout à fait évident. C'était d'ailleurs le seul processus logique. En effet, la seule action de *terceria de dominio* n'eût pas été adéquate, puisqu'il ne s'agissait pas de revendiquer des biens saisis par erreur par le séquestre provisoire, mais de s'en prendre aux dispositions du jugement lui-même, sans l'annulation duquel la demande en restitution ne pouvait aboutir (1).

2° *A l'égard du personnel dirigeant de l'Ebro et des administrateurs de l'Ebro et des autres sociétés auxiliaires.*

(661) En ce qui concerne les actions intentées par le personnel dirigeant de l'Ebro et des autres sociétés contre les décisions du commissaire les destituant et celles des administrateurs contre les organes de la faillite, le détail en a déjà été exposé plus haut. Le Gouvernement espagnol (*C.M.*, IV, p. 335, notes 1 et 2), comme le juge de Reus l'avait fait, soutient que par leur recours — et cette considération est très clairement exprimée dans un des attendus du jugement du 20 mars 1948 (*A.M.*, n^o 122, vol. II, p. 436) — les dirigeants destitués et les administrateurs des filiales ne pouvaient faire valoir les droits qui appartiennent en propre aux filiales elles-mêmes (et qu'on leur déniait!) et que, s'ils avaient des droits propres à invoquer, ils devaient le faire en dehors de la procédure de faillite.

Ce soutènement méconnaît de façon incompréhensible le fait que les membres du personnel étaient victimes d'un acte d'autorité pris à leur égard par le commissaire de faillite en vertu des pouvoirs à lui conférés par le jugement, et qu'ils ne pouvaient, dès lors, poursuivre l'annulation de la mesure prise contre eux qu'en s'en prenant au jugement. Toute action dirigée par eux contre leur employeur, à savoir la société Ebro, eut été vaine, puisque ce n'était pas l'employeur qui avait mis fin sans préavis ni indemnité à leurs contrats d'emploi.

En vain, le Gouvernement espagnol objecterait-il que les administrateurs des sociétés auxiliaires auraient dû introduire une action déclaratoire, en dehors de la procédure de faillite, contre les pseudo-conseils d'administration désignés par le séquestre dépositaire siégeant en sa qualité d'assemblée générale. Pareil procès eût peut-être été

(1) Toute l'argumentation du Gouvernement espagnol en ce qui concerne la *terceria*, développée notamment à l'annexe 50 au *Contre-Mémoire*, vol. VII, p. 288, porte complètement à faux; le Gouvernement espagnol fonde son raisonnement sur les articles 908 et suivants du Code de commerce, dont la seule lecture fait apparaître qu'il s'agit de biens incorporés par erreur dans la masse active de la faillite. Lorsque, comme en l'occurrence, ce n'est nullement par erreur que des biens ont été compris dans la masse de la faillite, mais à raison du jugement déclaratif lui-même, il y a lieu tout d'abord de recourir contre le principe même de l'inclusion prévu par ce jugement. Dans une espèce concernant la communauté conjugale, le principe a été posé par le Tribunal Suprême dans son arrêt du 4 décembre 1958 (*Aranzadi*, 4036) dans lequel on peut lire : « le problème que pose la saisie du fait qu'elle porte sur les acquêts (*bienes gananciales, bienes de la sociedad conyugal*) n'est pas relatif à la méconnaissance de propriété (d'un tiers) mais au point de savoir s'ils sont ou non dans le cas de pouvoir garantir la dette dont l'exécution est demandée ».

adéquat, si les administrateurs légitimes s'étaient heurtés à des personnes qui, à raison d'une voie de fait, auraient prétendu s'arroger la qualité de conseil d'administration légitime. Mais, en l'occurrence, c'est en vertu du jugement lui-même que le séquestre provisoire s'était constitué en assemblée générale des sociétés filiales et avait destitué le conseil d'administration, la nomination des nouveaux administrateurs n'ayant été effectuée que quatre semaines plus tard (1). C'est donc contre le jugement qu'il fallait recourir, et ce dans le cadre de la procédure de faillite, et non en dehors de la faillite par la voie d'une action à laquelle le juge saisi n'aurait pas manqué d'opposer que les mesures attaquées n'étaient que l'exécution d'une décision rendue par un autre tribunal.

3° A l'égard de la National Trust.

(662) On a exposé ci-dessus (n° 135) dans quelles conditions la National Trust se heurta également à un refus d'audience lorsqu'elle voulut intervenir dans la procédure de faillite, en faisant, le 27 novembre 1948, acte de comparution et en présentant, en même temps, l'exception de non-jurisdiction en faveur de la *Supreme Court d'Ontario* (Canada) (*A.M.*, n° 140, vol. III, pp. 517 à 535). Par une ordonnance sommaire du 4 février 1949 (*A.M.*, n° 141, p. 536), qualité fut déniée à la National Trust pour intervenir à la faillite (et dès lors pour faire valoir sérieusement l'exception et non, à l'instar de Boter, uniquement pour suspendre la procédure dans la section première).

Cette ordonnance rejeta sans explication la demande de la National Trust tendant à être admise comme partie à la faillite. Elle comportait simplement un dispositif suivant lequel : « il n'y a pas lieu d'admettre comme partie dans cette procédure universelle, l'Avoué M. Creus au nom et en représentation de la National Trust parce que cette entité n'avait pas qualité, du point de vue procédural (*legitimada procesalmente*) pour comparaître dans les procédures présentes ».

Procédant, pour motiver son écrit du 8 février 1949, par conjectures, la National Trust forma une demande de reconsidération (*A.M.*, n° 142, vol. III, p. 537). Confronté avec cette demande de reconsidération particulièrement bien motivée, le juge spécial rendit, le 25 mars 1949, une ordonnance dans laquelle, arguant de l'admission à deux effets de l'appel de Boter contre le jugement du 12 février 1949, il se déclara dessaisi du dossier de la première section au profit de la Cour, ce qui le dispensait de statuer sur la demande de reconsidération de la National Trust.

Etant donné que l'ordonnance du 4 février 1949 ne comportait aucune espèce de motivation, c'est tout-à-fait gratuitement que le Gouvernement espagnol attribue au juge spécial n° 1 l'argumentation qui figure, non dans l'ordonnance du 4 février 1949, mais dans le jugement du 8 juin 1963 par lequel son successeur, le juge spécial n° 4, repoussa finalement la demande de reconsidération introduite le 8 février 1949 (*C.M.*, n° 185, p. 365).

(663) La motivation de cette dernière décision, par laquelle le Gouvernement espagnol prétend justifier l'ordonnance du 4 février 1949, ne trouve aucune confirmation dans le droit espagnol.

(1) Voir *supra*, n° 82 et 84.

Ainsi qu'il a été exposé ci-dessus (*supra*, n° 494), l'institution du *trustee* n'est pas du tout contraire à l'ordre public espagnol et il est parfaitement conforme à l'article 1255 du Code civil, que les parties confèrent à un mandataire commun le droit d'agir à leur place, à la condition que ce mandat donné à un tiers ne les rende pas incapables d'agir en tout état de cause, ce qui n'était pas le cas puisqu'aussi bien, si le *trustee* fût demeuré inactif, alors que 20 % des obligataires l'auraient sommé d'agir, ceux-ci auraient pu reprendre leur liberté d'action.

Il est indifférent que la National Trust ait pu, ou non, être considérée comme la véritable titulaire des droits de créance, du moment que, comme il a été démontré, son intervention se justifiait dès l'instant où elle pouvait faire état d'un intérêt légitime dont l'existence n'était pas, en l'espèce, contestable.

(664) Plus grave encore était la discrimination résultant de l'admission comme partie à la faillite du Comité des obligataires Prior Lien (*M.*, I, n° 158, p. 74). Ce comité avait été désigné à Londres par l'assemblée des porteurs d'obligations réunis le 8 avril 1948 (*A.M.*, n° 138, vol. III, p. 511; *A.R.*, n° 134, app. 5).

Ainsi que le *Contre-Mémoire* le rappelle lui-même (IV, Chap. III, n° 186, p. 366), ce comité comparut devant le juge spécial le 11 août 1948. Il demandait, dans son écrit de comparution,

- a) qu'il lui fût donné acte des allégations y contenues;
- b) que fût admise la comparution de son avoué, en tant que mandataire du Comité *agissant au nom et en représentation de tous les porteurs d'obligations Prior Lien*;
- c) que fût donnée à cet avoué communication de la totalité du dossier afin qu'il pût défendre les droits de ceux qui l'avaient constitué, en tant que créanciers de la société faillie.

Par son ordonnance du 20 septembre 1948 (*A.C.M.*, n° 124, vol. VIII, p. 189), le juge déclara que:

« Il est donné acte à M. Manuel Borrajo Fujol, avoué, agissant au nom et en représentation du Comité des obligataires Consolidated 6 1/2 % Prior Lien bonds de la Société Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd., de sa comparution et de sa qualité de partie dans cette procédure, à la seule fin qu'il puisse faire valoir les droits que la loi accorde aux créanciers... ».

Le Gouvernement espagnol fait remarquer à ce propos que : Le juge ne reconnut aucune valeur à la convention ou pacte de l'assemblée de Londres, puisqu'il n'accorda pas au Comité la représentation qu'il prétendait assurer de *tous* les obligataires Prior Lien : il n'attribua aucune importance juridique aux allégations du Comité, et n'en donna même pas acte; et il admit le Comité comme partie au procès pour autant que ses membres fussent des créanciers, et ce à seule fin qu'ils pussent faire valoir les droits que la loi accorde aux créanciers. (*C.M.*, IV, Chap. III, n° 186, pp. 366-367).

Cette interprétation constitue une altération manifeste du contenu de l'ordonnance du 20 septembre 1948, et ne peut évidemment pas être admise comme la justifiant. En effet :

1°) Du moment que, de l'aveu du Gouvernement espagnol, le juge n'admettait pas le comité comme représentant *tous* les obligataires Prior Lien, il apparaissait clairement que le comité des obligataires était admis à la procédure en tant que tel et en nom propre, car, pour être reçu comme mandataire de certains créanciers, il eût fallu que le comité indiquât *nommément* quels étaient les obligataires dont il était le mandataire, et que le tribunal lui en donnât acte;

2°) Pour pouvoir être admis régulièrement comme partie à la procédure de faillite, le comité des obligataires eût dû posséder la personnalité juridique (article 2 de la Loi de procédure civile). Or, tel n'était pas le cas, tandis qu'au contraire, la National Trust satisfaisait à cette condition;

3°) Le comité, dans son écrit, n'alléguait nullement qu'il était lui-même créancier, ni que ses membres le fussent à titre personnel. Le Gouvernement espagnol se trompe manifestement lorsqu'il déclare que le comité fut admis « comme partie au procès pour autant que ses membres étaient des créanciers » (*C.M.*, n° 186, p. 367). Il interprète dès lors d'une façon tout à fait erronée la réserve figurant dans la proposition incidente de l'ordonnance du 20 septembre 1948, suivant laquelle le comité était admis « à la seule fin qu'il puisse faire valoir les droits que la loi accorde aux créanciers ». Suivant cette interprétation, il résulterait de ce membre de phrase que le juge avait entendu ne pas accorder au comité des obligataires plus de droits que n'en auraient éventuellement eu les créanciers. Il est donc patent que le juge n'a pu admettre le comité ni ses membres *comme créanciers*, mais seulement *en représentation* de créanciers, c'est-à-dire des obligataires Prior Lien au nom desquels le comité prétendait agir.

4°) Enfin, le juge n'avait pas le droit d'admettre le comité des obligataires à la cause sans tenir compte de la restriction figurant à la résolution 1°) K (prise lors de l'assemblée du 8 avril 1948), à savoir que le comité des obligataires obtenait de la majorité des obligataires présents « pouvoir de représenter les obligataires dans toute procédure en cours ou future, où qu'elle soit intentée, et le cas échéant, de nommer dans cette procédure telle personne, ou personnes, que le comité estimera opportunes, *sans préjudice des droits existants du Trustee* » (*A.M.*, n° 138, vol. III, p. 512).

On comprend, dans ces conditions, que lors du procès qu'intenta la Sidro, le 28 juillet 1949, devant la *High Court of Justice* de Londres, contre le Comité des obligataires (*M.*, I, n° 164, p. 76), le Juge Danckwerts déclara dans son jugement du 25 juillet 1952 (*A.M.*, n° 143, vol. III, p. 554) :

« Selon l'opinion que je me suis faite, la National Trust Company, Limited a de sérieux motifs de se plaindre des défendeurs, qui ont méconnu les termes du contrat de fidéicommis ainsi que les termes de leur nomination. Si la National Trust Company, Limited avait été la partie requérant une déclaration concernant ses droits dérivant du contrat de fidéicommis, je pense qu'il aurait été correct de faire une telle déclaration. Mais il ne me semble pas que les demandeurs sont dans une position identique. Il est exact que j'ai considéré les actes que les défendeurs ont accomplis en représentation tant des demandeurs que de tous les autres obligataires comme contraires aux termes des documents en question. Mais c'est parce que c'est le trustee qui aurait dû agir conformément au contrat, et non pas le Comité d'obligataires. Le Comité s'est dissous et n'existe plus. En conséquence, dans les circonstances du présent cas, je pense que je ne dois faire aucune déclaration ».

b) *Extinction par substitution d'avoué et désistement.*

(665) Il ne suffisait pas au groupe March que le juge de Reus eût ordonné, par le jugement déclaratif du 12 février 1948 ou par ses décisions subséquentes, la saisie des biens des sociétés auxiliaires; ni qu'il eût permis, dans le même jugement, au séquestre provisoire de se constituer en assemblée générale de l'Ebro et des autres filiales et sous-filiales, grâce au mythe de la prétendue possession médiata et civilissime, pour remplacer leurs administrateurs par les hommes de paille de March; ni que dans des jugements subséquents Ebro eût été déclarée sans qualité pour se pourvoir contre ces décisions; ni, enfin, que l'examen des divers recours eût été suspendu par le mécanisme des déclinaatoires Garcia del Cid et Boter.

Les recours des sociétés auxiliaires embarrassaient le groupe March. Aussi estima-t-il devoir s'en débarrasser par un moyen radical : la révocation systématique des avoués qui représentaient les sociétés auxiliaires dans les différents recours, et leur remplacement par d'autres avoués, désignés par les pseudo-conseils d'administration. Cette manœuvre fut utilisée aussi bien à l'égard des avoués désignés par les conseils d'administration originaires avant la révocation de ceux-ci que, en ce qui concerne l'Ebro, à l'égard de ceux désignés par le conseil d'administration élu par l'assemblée réunie à Toronto le 30 avril 1949, comme ce fut le cas lors de l'intentement de l'action déclaratoire de l'Ebro du 6 juillet 1949, ou lors de l'intentement de l'action en nullité et en restitution du 15 septembre 1949 (*supra*, n° 657).

(666) Le but des substitutions d'avoués fut révélé avec un cynisme particulier lors de la première d'entre elles.

Le 23 mars 1948, l'avoué Camps Pascual se présenta devant le juge de Reus au nom de l'Ebro et de huit autres sociétés auxiliaires et déclara se désister au nom des sociétés, ses mandantes, « de toutes demandes faites dans les diverses branches de cette procédure universelle de faillite » (*A.M.*, n° 92, vol. II, p. 362.

C'était une première irrégularité que le caractère collectif de cet acte de désistement s'appliquant à des procédures différentes non autrement spécifiées introduites par deux avoués au nom de sociétés diverses.

(667) Mais que dire du surplus de l'écrit ? Des sociétés qui avaient été dépossédées de leurs biens, et leurs dirigeants qui avaient été déchus de leurs charges par de véritables voies de fait, venaient exposer avec sérieux aux organes judiciaires qu' « ils reconnaissent ne pas avoir le droit d'être parties », parce que la procédure « se réfère à la faillite de la Barcelona Traction et non aux sociétés subsidiaires dont les actions et les droits, du fait qu'ils appartiennent au failli, ont été saisis sans que cela porte atteinte à leur fonctionnement ni à leur personnalité juridique qui subsiste ». Que cependant « ils n'objectent rien à la saisie de leurs biens . . . » et qu'ils promettent « l'obéissance la plus absolue et la plus loyale aux actes de saisie exécutés par le tribunal n° 4 de Barcelone et en conséquence par le juge commissaire et le séquestre provisoire-administrateur de la faillite ».

(668) Il apparaissait d'autre part que l'avoué signataire du désistement avait été désigné par des administrateurs nommés par le séquestre provisoire et agissait suivant ses instructions, alors que le recours qui faisait l'objet du désistement tendait précisément à enlever au séquestre provisoire partie des pouvoirs qui lui avaient été attribués par le jugement ! On se trouvait donc dans une situation où l'auteur originaire du recours était finalement représenté par les délégués de son adversaire ! Pour paraphraser une formule dont le *Contre-Mémoire* est particulièrement friand, il s'agissait d'un « auto-procès ».

(669) Ainsi, par une audacieuse combinaison avec la substitution d'avoués, le désistement était entièrement détourné de son but légal, tel qu'il est prévu par les articles 409 et 846 de la Loi de procédure civile. Contrairement aux prescriptions de ces textes légaux, on ne se trouvait pas en présence d'un plaideur mettant fin au recours qu'il avait intenté par erreur, ou qui était devenu sans objet, mais d'un plaideur exclu de la procédure par son adversaire et mis dans l'impossibilité d'encore se faire entendre. On ne pouvait imaginer violation plus flagrante des droits de la défense.

Il aurait suffi au tribunal de comparer les griefs invoqués par la partie mise hors combat par l'effet du désistement, avec les rétractations inouïes contenues dans l'écrit de désistement, pour constater qu'entre ceux qui se désistaient et la partie originaire il existait une telle opposition d'intérêts, qu'accueillir le désistement équivalait à offrir aux uns le dépouillement de l'autre.

Cependant, ce scandale n'émut pas le juge de Reus, qui avait du reste lui-même mis en doute, par une étrange prémonition, dans son ordonnance du 17 mars 1948, les pouvoirs de l'avoué agissant pour l'Ebro.

Il se borna, dans son ordonnance rendue le 23 mars (*A.M.*, n° 93, vol. II, p. 363), à reconnaître la validité de la constitution de l'avoué dernier en date, en se référant simplement à l'article 9, 1°, de la Loi de procédure civile, sans même paraître s'apercevoir que les pouvoirs les plus récents, délivrés à l'avoué Camps au nom de l'Ebro, émanaient d'un autre conseil d'administration que ceux des avoués tacitement révoqués; il n'ordonna pas la notification du désistement à ces derniers, qui n'eurent donc pas la possibilité de faire entendre leurs moyens, et sereinement déclara terminées les instances introduites par l'Ebro (1).

(670) Malgré ce succès rapide, la quasi-simultanéité de la substitution d'avoués et du désistement dut toutefois apparaître, à la réflexion, comme révélant trop crûment l'objectif d'étouffement poursuivi à l'égard des conseils d'administration légitimes. Toujours est-il qu'elle ne se renouvela pas, ni devant la Cour d'appel de Barcelone, saisie du recours introduit par l'avoué légitime de l'Ebro contre l'ordonnance du 23 mars 1948, ni devant le juge spécial, lorsque celui-ci fut saisi, en 1949 et 1950, des actions déclaratoire et de *tercería de dominio*. Dans ces divers cas, il n'y eut *provisoirement* que constitution d'un nouvel avoué, en remplacement de celui nommé par les conseils d'administration légitimes. Les désistements n'intervinrent qu'ultérieurement (2).

Mais il va de soi que la finalité de la manœuvre était la même, et que le résultat, pour les sociétés auxiliaires, était identique. Avant même tout désistement, les avoués nouvellement désignés étaient à même de veiller à ce que les juridictions n'eussent pas l'occasion d'accueillir le recours ou l'action qui leur avaient été adressés, au nom des sociétés, par leurs mandataires révoqués. La méconnaissance des droits de la défense demeurerait donc totale.

(671) A aucun moment, cependant, les diverses juridictions où se produisirent des substitutions ne se soucièrent des circonstances anormales dans lesquelles elles survenaient, ni de leurs conséquences inadmissibles.

La Cour d'appel de Barcelone, saisie du recours de l'Ebro représentée par son conseil d'administration légitime, se dispensa de statuer, en se bornant à son tour à admettre dans son ordonnance du 10 juin 1948 (*A.M.*, n° 116, vol. II, p. 424) la validité de la manœuvre qui s'était répétée devant elle et par laquelle l'avoué Lago, désigné par le pseudo-conseil d'administration de l'Ebro, avait été substitué à l'avoué légitime Anzizu. L'article 9, 1°, de la Loi de procédure civile ne fut cette fois pas même cité, mais comme le tribunal de Reus, la Cour d'appel en fit application en se bornant à constater que la constitution de l'avoué Lago était la dernière en date.

Et c'est de la même façon, en quelque sorte automatique ou mécanique, que les juridictions de première instance ou d'appel accueillirent les substitutions d'avoués qui se produisirent devant elles dans la suite.

(1) Le juge de Reus, contrairement aux dispositions formelles des articles 410 et 846 de la Loi de procédure civile, ne prononça pas de condamnation de l'Ebro aux frais de l'instance qu'elle déclarait sans fondement.

(2) Le 5 octobre 1951 pour l'action déclaratoire de l'Ebro, et le 10 novembre 1953 pour l'action de *tercería de dominio* (*A.O.C.*, n° 31, vol. II, pp. 407 et 408).

(672) Déléguée à diverses reprises au Tribunal Suprême, cette manière de faire échappa à sa censure et fut même, semble-t-il, approuvée par des motifs, dont la faiblesse apparaît cependant insigne.

Trois décisions de l'espèce ont été citées dans le *Mémoire*. Les deux premières, celle du 14 mai 1949 et celle du 13 octobre 1950, sont reproduites dans les annexes au *Mémoire* (n° 117, vol. II, p. 425; n° 121, vol. II, p. 434), tandis que celle du 3 juillet 1953 est mentionnée aux annexes des *Observations* et *Conclusions* (I, n° 31, vol. II, p. 408). Leurs motifs sont semblables, et on pourra donc s'attacher, à titre exemplatif, à celle du 14 mai 1949.

A vrai dire, le Tribunal Suprême invoqua comme argument essentiel que le recours en cassation était irrecevable, et fonda essentiellement (1) sa décision sur la circonstance que la décision attaquée ne mettait pas fin au procès.

L'argument était on ne peut plus pharisaïque. En effet, dès l'instant où l'avoué constitué par le conseil d'administration légitime était écarté, l'admission de son remplaçant ne mettait sans doute pas fin au procès — du moins tant qu'il n'y avait pas désistement formel — mais elle scellait le sort des recours des sociétés auxiliaires (2) puisque le nouvel avoué avait pour mission de les faire échouer.

C'est donc à tort que le Tribunal Suprême se prévalait de l'article 1729 de la Loi de procédure civile, qui ne lui permettait de connaître que des recours contre des décisions qui mettent fin au procès.

(673) Mais le Tribunal Suprême ne se borna pas à déclarer le recours inadmissible. Dans un motif surabondant, il approuva l'admission des avoués dont la constitution était dernière en date, et écarta comme mal introduite la contestation élevée par la requérante quant à la capacité de ceux qui avaient prétendu faire office, en son nom, de mandants.

L'arrêt ne faisait en somme que reprendre et approuver l'argument tiré par le juge de Reus de l'article 9, 1^o, de la Loi de procédure civile (3), alors qu'il sautait aux yeux que la situation devant laquelle on se trouvait était différente. Car la règle invoquée s'applique au cas où une même personne, ayant désigné un premier avoué, révoque expressément ses pouvoirs, ou les révoque tacitement en en désignant un autre pour la représenter à l'instance. Or, ici ce n'était qu'en apparence la même personne qui désignait les avoués successifs. En réalité, et notoirement, c'était deux groupes rivaux, qui avaient sur le procès des vues opposées, qui agissaient de la sorte. Le litige portait dès lors très précisément sur leurs droits respectifs à représenter la même société.

(1) L'arrêt du 14 mai 1949 contenait un autre motif de rejet, plus sérieux du fait que la décision avait été rendue dans une procédure de récusation dirigée contre le juge n° 4 de Barcelone, lequel agissait, en vertu d'une commission rogatoire, comme auxiliaire du juge de Reus, en sorte qu'aucune de ses décisions ne pouvait être considérée comme définitive.

(2) Il en alla ainsi même dans le cas des actions intentées en 1949 par l'Ebro représentée par un avoué nommé par le nouveau conseil d'administration légitime. Celui-ci eût pu, après la substitution de son avoué par celui désigné par le pseudo-conseil, renommer le premier avoué, mais il va de soi que ce petit jeu n'eût en rien modifié la situation.

(3) Cet article est libellé comme suit : « La représentation de l'avoué cessera : 1^o par la révocation expresse ou tacite de (son) pouvoir, dès que cela résultera des actes. On le considérera comme révoqué tacitement par la nomination postérieure d'un autre avoué qui se présentera dans la même affaire ».

On se trouvait dès lors devant le conflit classique qui se produit lorsque, par exemple, un plaideur vient à décéder et que deux personnes se prétendent également habilitées à exercer les droits du *de cuius* ; ou encore lorsque deux conseils d'administration prétendent l'un et l'autre représenter régulièrement une société. Ces questions sont connues en droit anglo-saxon sous le nom de procès d'interférence (1) ; en droit allemand sous la dénomination de *Streit um die Parteierolle* (2), et se présentent aussi en droit français et belge (3).

Dans chacun de ces systèmes de procédure, on reconnaît que ne se pose pas seulement un problème formel, mais une véritable question relative aux droits des parties.

A suivre le Gouvernement espagnol, il n'en serait pas ainsi en droit espagnol ; les juridictions saisies auraient à avoir égard simplement à la désignation dernière en date d'un avoué, ce qui est absurde, puisque rien n'empêche le litigant écarté du prétoire par la désignation d'un avoué par un autre plaideur, de désigner à son tour un nouvel avoué, et ainsi *ad infinitum*. Dès lors, à moins de considérer le droit espagnol, dans ce domaine, comme un ensemble dérisoire de règles purement formalistes, il faut admettre que les juridictions espagnoles auraient dû examiner les droits des *mandants* de chacun des avoués.

(674) Le Tribunal Suprême reconnaissait du reste que le litige qui lui était soumis portait en réalité, ainsi que le lui exposait l'Ebro dans ses recours, sur la qualité des mandants, auteurs des pouvoirs détenus par les avoués rivaux. On se demande dès lors par quel excès de formalisme, les deux avoués se trouvant à la barre (et devant le Tribunal Suprême ils y étaient simultanément), il ne reconnut pas la nécessité de vider l'incident (4).

Même s'il estimait que l'incident eût dû faire l'objet d'une action distincte de la part de ceux qui estimaient être pourvus du droit de représenter une personne morale, il eût dû tenir compte du fait qu'une telle action était introduite par le recours du président de l'Ebro du 2 mars 1948 (*M.*, I, n° 120, p. 60 ; *A.M.*, n° 87, vol. II, pp. 348 et ss.), et que la question était posée en tête de celles soulevées par les actions introduites les 6 juillet 1949 et 15 septembre 1949.

(1) Le *leading case* en Grande-Bretagne est une décision rendue par la Chambre des Lords en 1924 — en cause *Russian Commercial and Industrial Bank v. Comptoir d'Escompte de Mulhouse (House of Lords and Privy Council — 1925 — pp. 130 et 131)*.

(2) Voir spécialement Hellwig, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, I, Leipzig, 1912, pp. 217, 563 et ss., 595, 599, 600 ; Kohler, *Succession in das Prozessverhältnis*, dans *Zeitschrift für Zivilprozessrecht*, XII (1888) spécialement pp. 131 et ss.

(3) Voir notamment la note 1 à la *Pasicrisie*, 1930, I, pp. 360 et 361, et l'arrêt de la Cour de Cassation de Belgique du 15 octobre 1964 (*Pasicrisie*, 1965, I, pp. 167 et 168).

(4) Comme il ne s'agissait pas d'un problème de forme, qui peut être soulevé à nouveau dans la suite, mais d'une question de fond, on considérera comme trompeuse ou en tout cas comme inadéquate, la référence faite par le Gouvernement espagnol à l'acte de l'Ebro du 5 avril 1950 (*A.C.M.*, n° 98, vol. VIII, p. 114). Il suffit de lire cet écrit pour constater que l'Ebro a bien considéré la question du défaut de qualité comme une question de fond, ce qui va de soi (« un prétendu défaut de qualité constitue le fond de l'affaire ou une part du fond de l'affaire et peut être allégué à l'encontre de la requête, soit à titre d'exception dilatoire en vertu du 2° alinéa de l'article 533 du Code de procédure civile, soit comme une exception péremptoire lors de la réplique au cas où le défendeur ne ferait pas usage de la procédure dilatoire préalable »). Du fait que la possibilité est offerte aux parties de soulever le moyen, soit à titre d'exception dilatoire, soit à un stade ultérieur comme exception péremptoire, il ne faut point inférer qu'il ne s'agit pas d'une question de fond.

Enfin, il est particulièrement incompréhensible que lorsque l'Ebro eut introduit l'action déclaratoire du 6 juillet 1949, que l'arrêt du 14 mai 1949 avait lui-même indiquée comme pertinente, le Tribunal Suprême demeura indifférent et passif devant la réédition du procédé de substitution d'avoués, qu'elle avait pour objet d'écarter.

(675) Le Gouvernement espagnol semble avoir reconnu dans le *Contre-Mémoire* l'impossibilité de faire sienne la motivation, purement formaliste, adoptée par le Tribunal Suprême à l'appui de l'admission des substitutions d'avoués suivies de désistement à plus ou moins brève échéance.

Les tribunaux espagnols, explique-t-il, « se trouvèrent ainsi placés devant une situation particulière : dans chaque litige deux avoués ou deux groupes prétendaient être les représentants légitimes d'Ebro ; les uns justifiaient leur prétention par des décisions de tribunaux et des inscriptions portées au Registre du commerce ; les autres, par un document qui n'était pas enregistré et qui était affecté d'un vice de nullité radicale et absolue par application de l'article 878 du Code de commerce. Placés devant cette alternative, force leur était, légalement, de statuer en faveur des premiers ». (*C.M.*, IV, n° 153, p. 345).

Cette motivation empruntée à l'arrêt par lequel, le 8 février 1950, la Cour d'appel de Barcelone (*A.M.*, n° 120, vol. II, p. 431) admit la régularité de la substitution, a du moins le mérite de ne pas avoir esquivé la véritable question qui se posait devant elle, savoir le choix entre les titres produits par les deux groupes rivaux qui prétendaient l'un et l'autre à la direction de l'Ebro et, par suite, au droit de la faire représenter en justice par un avoué de son choix.

Mais, pour le surplus, comment ne pas être frappé de la pauvreté des arguments retenus. Ils étaient au nombre de deux : d'une part, le défaut d'enregistrement en Espagne de la délibération prise par le nouveau conseil ; d'autre part, le défaut de validité du vote émis au nom de la Barcelona Traction par son *receiver*, M. Clarkson, alors qu'en vertu du jugement de faillite, la gestion des actions appartenait aux organes de la faillite, c'est-à-dire à cette date aux *syndics* (1).

Or, il était clair que s'il y avait eu défaut d'enregistrement d'une pièce, il était aisé à la partie intéressée de réparer l'oubli sans qu'il puisse en résulter pour elle une incapacité définitive à s'en prévaloir. Quant aux effets du jugement de faillite, la Cour, et après elle le Gouvernement espagnol, paraissent ne pas se rendre compte que c'est à une réformation partielle dudit jugement que tendaient les actions de l'Ebro.

Ce n'est donc que par une monstrueuse pétition de principe que l'on prétendit dénier à l'Ebro et aux sociétés auxiliaires, par le mécanisme de la substitution des avoués et des désistements, la possibilité de mettre en cause le jugement du 12 février 1948 en ce qu'il les affectait. On verra donc là une démonstration supplémentaire, par l'absurde,

(1) La Cour d'Appel corsait d'ailleurs encore son argumentation en se référant au décret-Loi du 17/7/1947, d'où elle concluait que l'Ebro avait son domicile à Barcelone et que, dès lors, l'assemblée générale de la société eut dû se tenir dans cette ville!

Ainsi qu'il a déjà été exposé (*supra*, n° 672), le Tribunal Suprême, dans son arrêt du 13 octobre 1950 (*A.M.*, n° 121, vol. II, p. 434), ne reprit pas ces arguments, et déclara le recours irrecevable en partant de considérations en tout point analogues à celle de l'arrêt du 14 mai 1949, auxquelles elles faisaient expressément allusion.

du déni de justice, d'ores et déjà dénoncé par le Gouvernement belge et qui a consisté à inclure les sociétés auxiliaires dans la faillite, sans les mettre en faillite, et, pour comble d'iniquité, sans leur permettre de se défendre contre les mesures prises à leur égard.

(676) De toute manière, s'il fallait admettre que le droit espagnol est ce que le Gouvernement espagnol prétend, il en résulterait qu'il ne prévoit pas, dans des cas comme ceux qui ont été décrits, de remède procédural. Voilà des sociétés dont les biens sont saisis, sans qu'un jugement de faillite ait été prononcé à leur encontre et sans qu'elles aient été appelées à la cause. Par surcroît, elles sont finalement représentées par un conseil d'administration qui n'a d'autre souci que de capituler pour elles, alors qu'elles tentent vainement de se faire rendre justice. Cela signifierait qu'en droit espagnol, des tiers, traités comme l'Ebro et les sociétés auxiliaires le furent, se trouveraient enfermés dans un cercle infernal sans avoir aucune possibilité de le rompre. Dès lors, le droit espagnol serait en dessous du *standard minimum* de respect dû aux droits de la défense en général et aux droits des étrangers en particulier.

c) *Extinction par la prétendue chose jugée.*

(677) Ainsi qu'il a été dit (*supra*, n° 144 ss.), la déclaration de chose jugée apparaissait *prima facie* comme le moyen le plus topique pour faire échec aux procédures de la Barcelona Traction et des cointéressés.

C'est manifestement dans ce but que les promoteurs de la faillite provoquèrent le prononcé des ordonnances des 2 et 17 mars 1948, par lesquelles le juge de Reus prétendait conférer à son propre jugement du 12 février 1948 la force de chose jugée.

Le Gouvernement belge a déjà démontré (*supra*, n° 145-146) que les explications données par le Gouvernement espagnol pour justifier les deux ordonnances dont question ne résistent pas à l'examen. La requête des demandeurs à la faillite du 28 février 1948 qui (conjointement avec celle de Garcia del Cid de la même date) conduisit à l'ordonnance du 2 mars 1948; et de même la requête des demandeurs à la faillite du 16 mars 1948, à laquelle il fut fait droit par l'ordonnance du 17 mars 1948, avaient bien l'une et l'autre pour objectif de faire déclarer le jugement du 12 février 1948 coulé en force de chose jugée.

Il ne rentrait pas dans les pouvoirs du juge de Reus de rendre de pareilles ordonnances, et ce faisant, il commit une erreur grossière et palpable.

En effet, d'après l'article 408 de la Loi de procédure civile, la force de chose jugée au sens formel d'une décision judiciaire intervient *ope legis* par le seul fait de l'écoulement du délai, sans qu'il soit nécessaire que la déclaration expresse en soit faite.

Ceci signifie, d'une part, que la décision a la force de chose jugée et la conserve même si le juge saisi d'un recours contre cette décision omet de le constater, et d'autre part, qu'il n'appartient pas au juge qui a rendu une décision de constater que celle-ci est passée en force de chose jugée, sauf s'il est lui-même saisi d'un recours contre sa propre décision.

Il peut se faire, en effet, qu'un recours (par exemple l'opposition à la faillite ou la demande en reconsidération) doive être porté, non pas devant la juridiction supérieure, mais devant le juge lui-même qui a rendu la décision originale.

Dans ce cas, et dans ce cas seulement, il peut être amené à constater que sa première décision a acquis la force de chose jugée parce que le recours n'a pas été présenté dans le délai imparti par la loi, et à déclarer que ce recours est de ce fait irrecevable.

(678) Or, telles n'étaient pas, comme on vient de le voir, les circonstances dans lesquelles le juge a rendu ses ordonnances des 2 et 17 mars 1948.

Dès lors, dans la mesure où dans celles-ci le juge de Reus prétendait faire une telle constatation, il excédait le pouvoir juridictionnel qui lui était conféré par la loi; son prononcé sur ce point n'avait pas le caractère d'une décision judiciaire, et ne pouvait donc produire aucun des effets juridiques qui s'attachent à celles-ci (1).

Cependant, par suite de la suspension résultant du déclinaoire Borer venant délivrer les juridictions saisies du souci de statuer sur les recours de la Barcelona Traction, ces deux ordonnances ne jouèrent finalement pas, dans la procédure, le rôle d'extinction de certains recours pour lequel elles avaient été conçues.

La dernière d'entre elles, celle du 17 mars 1948, ne demeura cependant pas totalement lettre morte. La Cour d'appel invoqua dans son arrêt du 5 février 1952 confirmant la décision du juge spécial autorisant la vente des biens. On reviendra sur cet arrêt dans la section suivante du présent chapitre.

(1) Même lorsque le juge spécial, par jugement du 7 juin 1963, statua finalement sur l'opposition de la société faillie et la rejeta, comme ayant été présentée hors délai, il ne fit pas mention de ces deux ordonnances par lesquelles le juge de Reus avait prétendu faire lui-même cette constatation (A.C.M., n° 196, vol. IX, p. 281).

SECTION VII

LES MESURES PRÉPARATOIRES A LA VENTE ET LA VENTE

(679) C'est essentiellement la vente au groupe March, par autorité de justice, de ce qui constituait, en Espagne, un titre au contrôle des entreprises du groupe de la Barcelona Traction, qui a consommé le préjudice causé aux actionnaires, en majorité belges, de cette société, préjudice dont le Gouvernement belge demande présentement réparation. La démonstration en a été faite dans la première partie de cette *Réplique*.

(680) L'illégalité flagrante, dénoncée dans le *Mémoire*, des actes qui ont préparé, facilité, autorisé ou approuvé cette aliénation revêt donc, en l'espèce, une importance particulière.

Le *Contre-Mémoire* ne consacre cependant que huit pages de son « Exposé de droit » (1) à ces questions essentielles.

Il est vrai que dans la partie de l'« exposé des faits » que le *Contre-Mémoire* consacre à l'aliénation des biens (2), se trouvent aussi mêlées certaines considérations de droit, dont il a paru préférable néanmoins de reporter la réfutation ici.

Reprenant l'ordre suivi dans la première partie de la *Réplique*, la présente section examinera successivement les violations flagrantes du droit espagnol commises à l'occasion de :

- 1) l'autorisation de la nomination des syndics ;
- 2) l'autorisation de la vente des biens ;
- 3) l'adoption des modalités et conditions de la vente.

Un bref épilogue traitera de l'adjudication et de certains des recours qui s'en suivirent.

(1) *C.M.*, IV, Chap. IV, pp. 532 à 540.

(2) *C.M.*, Chap. III, pp. 374 à 426.

(681) Avant d'aborder la première de ces subdivisions, il est nécessaire, pour permettre à la Cour de réaliser la gravité des infractions légales qui ont été commises dans cette phase essentielle de la procédure, d'exposer synthétiquement certaines particularités du droit espagnol de la faillite.

a) La première consiste en ce que, à partir du jugement déclaratif, la procédure de faillite connaît d'abord une phase intérimaire, de caractère essentiellement conservatoire, où la gestion et la conservation des biens sont confiées à un *depositario*, terme que le Gouvernement belge a traduit dans ses écrits par l'expression « séquestre provisoire ».

Celui-ci est, suivant l'article 1044, 4^o, du Code de commerce de 1829, chargé de la *conservation* de tous les biens saisis, tant meubles qu'immeubles (Art. 1046, 4^o et 5^o), jusqu'à ce que les syndics soient nommés.

Sa gestion est placée sous le contrôle du commissaire (Art. 1045, 5^o).

Outre l'administration et la conservation des biens, le séquestre provisoire a, suivant l'article 1181 de la Loi de procédure civile (1), l'obligation de recouvrer les créances du failli et de proposer au juge l'aliénation des biens meubles qui ne peuvent se conserver.

La mission du séquestre provisoire peut prendre fin de deux manières : soit par la rétractation (*reposición*) du jugement de faillite, auquel cas le séquestre provisoire restituera au failli les biens saisis et lui rendra compte des actes d'administration qu'il aurait accomplis durant ses fonctions (Art. 1167 de la Loi de procédure civile); soit par la nomination des syndics par l'assemblée des créanciers, auquel cas il remettra aux syndics les biens saisis et rendra compte au tribunal de son administration (Art. 1185 de la Loi de procédure civile).

Dans cette dernière hypothèse, une fois les syndics nommés, la procédure de faillite entre dans une deuxième phase qui doit la conduire, normalement, à son terme, soit par la conclusion d'un concordat entre le failli et ses créanciers, soit par la liquidation des biens de la masse en vue de la répartition de son produit entre les créanciers.

Les syndics ont, en effet, des attributions beaucoup plus étendues que celles du séquestre provisoire. Suivant l'article 1218 de la Loi de procédure civile, au sein qui leur incombe de poursuivre l'œuvre du séquestre provisoire quant à l'administration des biens saisis et le recouvrement des créances du failli, vient s'ajouter (Art. 1218, 4^o)

(1) Cette disposition, comprise dans le titre XII de la Loi de procédure civile relatif à la faillite des non-commerçants (*concurso*), est applicable à la faillite des commerçants (*quiebra*) réglée par le titre XIII de la même loi, en vertu de l'Art. 1319 de celle-ci, qui stipule que, pour tout ce qui n'est pas prévu au Code de commerce (lisez de 1829, la Loi de procédure civile de 1881 étant de quatre ans antérieure à l'instauration en Espagne du Code de commerce actuellement en vigueur) et dans ledit titre XIII, on fera application, en ordre supplétif, des dispositions du titre XII. Lorsque, dans la suite de l'exposé, il sera fait état d'articles compris dans ledit titre XII, c'est que ceux-ci sont applicables en matière de faillite conformément au renvoi de l'Art. 1319 précité.

la tâche de procéder à « la vente et réalisation de tous les biens, droits et actions du failli, dans les conditions les plus avantageuses et en respectant les formalités de droit »; c'est à eux aussi, suivant le même article, qu'il appartient d'examiner les titres de créance et d'en proposer la reconnaissance et le classement à l'assemblée des créanciers. Enfin, c'est à eux qu'incombe la mission de payer les créanciers à l'aide des fonds liquides qu'ont procurés à la masse le recouvrement des créances, l'administration des biens et la réalisation de ceux-ci (Articles 1286 et ss. de la Loi de procédure civile).

En résumé, alors que le séquestre provisoire a une mission limitée à la conservation des biens de la masse, l'activité des syndics doit, au contraire, tendre à « liquider » ces mêmes biens pour en répartir le produit entre les créanciers.

b) La deuxième particularité du droit espagnol de la faillite réside dans le fait que la *procédure* est divisée en cinq « sections », dotées d'une certaine autonomie (Art. 1321 de la Loi de procédure civile) (1). La première comprend tout ce qui est relatif à la déclaration de faillite, aux mesures qui dérivent de celle-ci et de son exécution (en ce compris les recours contre le jugement de faillite), à la *nomination des syndics* et au concordat éventuellement conclu entre le failli et ses créanciers. La deuxième englobe la saisie des biens et leur administration, jusqu'à la liquidation totale et la reddition de comptes des syndics. La troisième concerne les conséquences de l'effet rétroactif qui s'attache à la déclaration de faillite. La quatrième, l'examen, la reconnaissance et le classement des créances ainsi que leur paiement. Enfin, la cinquième vise la qualification de la faillite et la réhabilitation du failli (Art. 1322 de la Loi de procédure civile) (2).

(682) Les dispositions légales particulières que l'on vient de rappeler peuvent se synthétiser comme suit :

a) La loi a veillé à ce que, dès la déclaration de faillite, les biens du failli soient *mis à l'abri* de toute malversation, en les confiant à un séquestre provisoire, qui toutefois *n'a pas le pouvoir de les vendre*, sauf dans le cas exceptionnel où ils risqueraient, sinon, de dépérir.

(1) Art. 1321. — « La procédure en ce qui concerne les faillites des commerçants, se divisera en 5 sections; à l'intérieur de chacune de ces sections les actes de procédure s'y référant constitueront des dossiers séparés (*piezas separadas*), lesquels se subdiviseront à leur tour en autant de branches qu'il sera nécessaire pour le bon ordre et la clarté de la procédure et pour que celle-ci se poursuive avec toute la rapidité possible sans être ralentie par des incidents sur lesquels il ne pourrait pas être procédé simultanément ».

(2) Art. 1322. — « La Section I comprendra tout ce qui est relatif à la déclaration de faillite, les dispositions qui en résultent et leur exécution, la nomination des syndics, ainsi que les incidents concernant leur destitution et leur remplacement, et le concordat entre les créanciers et le failli qui mettrait fin à la procédure.

La Section II comprendra les formalités de saisie (*ocupación*) des biens du failli et tout ce qui concerne l'administration de la faillite jusqu'à la liquidation totale et la reddition des comptes des syndics.

La Section III comprendra les actions auxquelles donne lieu l'effet rétroactif de la faillite sur les contrats et actes d'administration du failli antérieurs à la déclaration de faillite.

La Section IV comprendra la vérification et la reconnaissance des créances contre la masse, la détermination de leur rang respectif et le paiement des créanciers.

La Section V comprendra la qualification de la faillite et la réhabilitation du failli ».

b) Si le jugement déclaratif n'est pas rapporté, le séquestre provisoire est appelé à *céder la place aux syndics*.

c) La nomination de ceux-ci doit s'effectuer *dans la première section* de la procédure (celle-là même où se déroulent les recours contre le jugement de faillite).

d) Cette nomination présuppose la *convocation* en assemblée *des créanciers*, auxquels il appartient de nommer les syndics.

e) Une fois nommés, les syndics doivent, sauf concordat qui doit intervenir dans la première section, procéder, *dans le cadre de la deuxième section* de la procédure de faillite, à la liquidation des biens, en tant que moyen de se procurer l'argent nécessaire au paiement des créanciers.

f) Les syndics doivent ensuite, *dans le cadre de la quatrième section* de la procédure, après avoir vérifié et classé les créances suivant leur ordre de préférence, procéder au paiement des créanciers.

Sous-section 1

La nomination des syndics

(683) La première partie de la présente *Réplique* (*supra*, n° 151 et ss.), a précisé comment la convocation de l'assemblée des créanciers et la nomination des syndics par cette assemblée se heurtaient à deux obstacles qui, pendant plus d'un an, furent considérés, tant par les tenants du groupe March que par les tribunaux, comme insurmontables.

Il suffira donc ici d'en rappeler la nature et de démontrer que, contrairement à la thèse que le Gouvernement espagnol cherche à accréditer, c'est au mépris de dispositions légales aussi claires qu'impératives que ces obstacles furent — lorsque le groupe March en manifesta le désir — sommairement écartés par l'arrêt de la Cour d'appel de Barcelone du 7 juin 1949, confirmé, sur recours en rétractation de la Barcelona Traction, par arrêt de la même Cour du 30 juin 1949.

a) *Premier obstacle légal : absence d'une liste des créanciers.*

(684) Le commissaire a, en vertu de l'article 1342 de la Loi de procédure civile (1), l'obligation de présenter « au Juge la liste des créanciers du failli qu'il a dû établir dans les trois jours suivant la déclaration de faillite ». Et c'est seulement « au vu » d'une liste nominative que le juge, aux termes de ce même article 1342, fixe la date de la réunion de la première assemblée des créanciers. Il ne peut d'ailleurs en être autrement puisque, suivant l'article 1063 du Code de commerce de 1829 (2), auquel l'article 1342 renvoie expressément, le commissaire doit convoquer les créanciers par une circulaire à remettre

(1) Art. 1342. — « Le Commissaire présentera au Juge la liste des créanciers du failli qu'il doit dresser dans les trois jours qui suivent la déclaration de faillite, et au vu de cette liste, tenant compte de ce qui est établi à l'article 1062 du Code, modifié par la loi du 20 juillet 1878, on fixera la date pour la réunion de la première assemblée générale, à laquelle seront convoqués les créanciers de la façon prévue par l'article 1063 dudit Code.

S'il existe des créanciers dont le domicile est inconnu, on les convoquera par avis de la manière prévue par l'article 1197 de la présente loi ».

(2) Art. 1063. — « Le Commissaire veillera à établir, dans les trois jours suivant la déclaration de faillite, la liste des créanciers du failli d'après ce qui résulte du bilan, et les convoquera à l'assemblée générale par circulaire rédigée à cet effet, qui sera portée à domicile pour les créanciers qui résident dans la même localité et expédiée par le premier courrier aux absents, l'une et l'autre formalités étant consignées au dossier.

Si le failli n'avait pas présenté son bilan, on établirait la liste des créanciers qui doivent être convoqués individuellement d'après les renseignements fournis par le Grand Livre; et dans le cas où celui-ci n'existerait pas, d'après les autres livres et papiers du failli et les indications que fournirait celui-ci ou ses employés ».

à domicile aux créanciers résidant dans la localité et à envoyer « par le premier courrier » à ceux qui ne s'y trouvent pas. Autrement dit, *tous les créanciers connus doivent faire l'objet d'une convocation personnelle.*

(685) Or, comme il a été exposé ci-dessus (*supra*, n° 152), dans le document qu'il présenta au juge de Reus le 27 février 1948 (*A.R.*, n° 33), le commissaire s'était borné à indiquer le montant global en principal des émissions d'obligations en circulation de la Barcelona Traction, avec mention des intérêts arriérés au 31 décembre 1946 sur les deux catégories d'obligations en Livres sterling, alors que bon nombre de ces obligations faisaient l'objet d'inscriptions nominatives (1). Le relevé établi omettait, d'autre part, toute mention des dettes autres qu'obligataires, alors que le montant de pareilles dettes figurait au passif du bilan de la Barcelona Traction au 31 décembre 1946 (2), bilan sur lequel le commissaire déclarait se fonder.

L'insuffisance manifeste de ce premier document avait amené le juge, lorsqu'en mars 1948, à la faveur d'un déblocage temporaire de la procédure, il prit les premières mesures en vue de la convocation de l'assemblée des créanciers, à sommer le commissaire d'établir la liste requise par la loi (*supra*, n° 152), mais le nouveau document que le commissaire lui remit à cette effet le 17 avril 1948 (*A.R.*, n° 34) n'était qu'un résumé du précédent et ne répondait pas plus que celui-ci à la disposition impérative de la loi.

(686) En omettant d'établir cette liste nominative des créanciers, le commissaire avait donc violé une disposition impérative de la loi. Il tenta, il est vrai, de s'en excuser en indiquant, dans le document précité du 17 avril 1948, que « les formalités de saisie n'ont pas permis au commissaire soussigné de savoir le nom des créanciers... parce que les seules dettes connues jusqu'à présent sont les diverses émissions d'obligations constituées par des titres au porteur ». L'affirmation du commissaire n'était pas seulement doublement inexacte, ainsi qu'il a été souligné plus haut, mais elle faisait apparaître une autre omission, non moins grave, dont cet organe de la faillite s'était rendu coupable dans l'exercice de sa charge.

En effet, si les « formalités de saisie... » ne lui avaient appris le nom d'aucun créancier, c'est parce qu'il n'était pas en possession des « livres de comptabilité, papiers et documents de toute sorte » de la société faillie, dont le juge de Reus avait cependant ordonné la saisie, mais qui se trouvaient évidemment au Canada. Le commissaire, on l'a vu, (*supra*, n° 152), n'avait fait aucune tentative pour entrer effectivement en possession de ces livres et documents, bien que (voir *supra*, n° 549) la loi espagnole (3) oblige les organes de la faillite à procéder à l'appréhension matérielle des biens, papiers et documents du failli.

(1) Voir le certificat du registre des obligations nominatives de la Barcelona Traction à la date du 12 février 1948 (*A.R.*, n° 35).

(2) Elles y figuraient sous la rubrique « *Accounts payable and accrued charges* » et y étaient portées pour la somme de 157.692,50 \$.

(3) Voir notamment les articles 1045 et 1046 du Code de commerce de 1829.

Sans doute, pour les titres des sociétés auxiliaires, les organes de la faillite avaient-ils, on l'a vu, estimé pouvoir se dispenser de toute saisie effective grâce à la « possession médiate et civilissime » que leur avait conférée le jugement de faillite. Mais ce subterfuge ne s'appliquait évidemment pas aux livres de comptabilité, dont la possession médiate et civilissime n'aurait été d'aucun secours.

L'excuse invoquée par le commissaire n'en était donc pas une et, en manquant ainsi aux devoirs de sa charge, il mettait le juge dans l'impossibilité légale de fixer date pour la convocation de l'assemblée des créanciers (1).

(687) Si (*supra*, n° 152) le *Contre-Mémoire* passe cette question entièrement sous silence, la Cour d'appel de Barcelone, elle, s'est rendu compte de cet obstacle légal qui, de toute façon, s'opposait à la convocation des créanciers; mais, au lieu de le respecter, elle a osé cette chose extraordinaire — sans même y être invitée par aucune des parties, et donc spontanément — de prévoir, dans le dispositif de son arrêt du 7 juin 1949, que « l'énumération ou relevé des créanciers qu'aurait dressé le commissaire » pourrait être remplacé « s'il y a lieu » par les « déclarations ou excuses qu'il aurait formulées », sans tenter d'ailleurs de justifier, dans aucun de ses motifs, pareille entorse à la règle légale.

La Cour ne pouvait faire savoir plus clairement au juge spécial que, lorsqu'il réexaminerait la demande de convocation des créanciers présentée par la société Namel, du groupe March, il n'aurait pas à s'arrêter à l'obstacle légal que l'absence de liste des créanciers opposait à cette convocation.

Cette « indication » donnée au juge était, à toute évidence, doublement illégale, d'abord, par son contenu et ensuite, parce qu'en la formulant, la Cour statuait sur une demande que les parties ne lui avaient pas soumise.

On est surpris de constater que le Gouvernement espagnol, qui attache tant de prix au « principe dispositif », c'est-à-dire celui de la « passivité du juge », au point de proclamer qu'il est interdit à ce dernier de prendre en considération les circonstances les plus gravement suspectes dans lesquelles des demandes lui sont soumises, demeure muet devant la méconnaissance par la Cour de Barcelone d'un même principe dans ce qu'il a d'incontestable, à savoir la règle qui défend au juge de statuer *ultra petita* (2).

(1) Dans ce sens, voir la citation de Ramirez reproduite à la note (4) au bas de la page 516 ci-dessous.

(2) Dans l'annexe I au Chap. III (vol. VII, pp. 5 et ss.) que le *Contre-Mémoire* consacre à ce fameux « principe dispositif », on lit (p. 6) que celui-ci « régit aussi la relation qui doit exister entre le dispositif du jugement prononcé par les juges et les tribunaux et les questions qui leur ont été soumises par les parties ». Le *Contre-Mémoire* cite à l'appui de cette règle, d'ailleurs incontestée, l'article 359 de la Loi de procédure civile, qui stipule que les jugements doivent être conformes aux requêtes et autres prétentions présentées régulièrement par les parties au cours du procès. Plus loin (p. 7), la note annexée au *Contre-Mémoire* résume cette règle en quelques mots : « Le juge ne peut pas accorder plus que ce qui lui a été demandé (excès) ou résoudre une question qui ne lui a pas été posée par les parties ».

b) *Deuxième obstacle légal : la suspension de la procédure.*

(688) La première partie de la présente *Réplique* (*supra*, n° 153) a exposé comment les déclinatoires de compétence présentés successivement par deux comparses du groupe March, MM. Garcia del Cid et Boter, avaient eu pour but et pour effet, par application de l'article 114 de la Loi de procédure civile (1), de suspendre la procédure de faillite, et ce depuis le lendemain du jugement déclaratif du 12 février 1948 et, pratiquement de manière continue, jusqu'en 1963. Elle a montré, à cette occasion, que, pendant neuf mois, ni le groupe March, ni le commissaire, ni le juge n'avaient estimé possible de considérer la remise à une date ultérieure de la nomination des syndics comme pouvant « entraîner des préjudices irréparables », ni donc de faire application, en faveur de cette nomination, du deuxième alinéa de cet article, qui ne permet de déroger à la suspension résultant d'un déclinatoire que lorsque pareils préjudices sont à craindre.

(689) C'est en janvier 1949, on l'a vu (*supra*, n° 153), que le groupe March se décida à faire entrer, coûte que coûte, la procédure de faillite dans sa phase de liquidation, ce qui supposait nécessairement que les syndics fussent nommés, puisqu'eux seuls avaient le pouvoir de vendre. Il a été exposé comment la première demande d'une société du groupe March, la Société Namel, tendant à obtenir cette nomination, fut, une première fois, rejetée par le juge spécial, comment le recours de Namel contre cette décision fut suspendu, et dans quelles circonstances — particulièrement révélatrices de la collusion existant entre les divers comparses du groupe March — la question fut portée devant la Cour d'appel de Barcelone, qui, par son arrêt du 7 juin 1949, décida d'« excepter » de la suspension les seuls actes nécessaires à la nomination des syndics.

Tout en épingleant certaines considérations extra-légales par lesquelles la Cour de Barcelone tentait de justifier son extraordinaire décision par les circonstances particulières de la cause, et en soulignant que la vraie justification s'en trouvait, en fait, dans le souci de répondre aux desiderata du groupe March, la première partie de la *Réplique* (*supra*, n° 153) avait renvoyé à la présente section la démonstration du manque de fondement des motifs juridiques invoqués par la Cour d'Appel de Barcelone, auxquels le *Contre-Mémoire* n'a d'ailleurs rien trouvé à ajouter.

(690) Au moment où la Cour d'Appel prit cette décision, l'état de la procédure ne laissait pas d'être assez complexe, et il convient sans doute de le déterminer clairement.

(691) Il était la résultante d'une série de décisions prises par les tribunaux.

a) La procédure de faillite était, *dans son ensemble*, suspendue par l'effet du déclinatoire Boter, en application de l'article 114 de la Loi de procédure civile (ordonnance du 31 mars 1948 — *A.M.*, n° 100, vol. II, p. 399).

b) Les actes à exécuter dans la *deuxième section*, dérivant de l'exécution du jugement de faillite, avaient été exceptés de cette suspension (ordonnance du 5 avril 1948 — *A.M.*, n° 103, vol. II, p. 402).

(1) Le texte de cet article est cité intégralement à la page 89 ci-dessus. Le Gouvernement belge a démontré par ailleurs (*supra*, n° 619 ss.) que c'est à tort que le juge de Reus en avait fait application au déclinatoire Boter, parce que celui-ci visait la juridiction des tribunaux espagnols dans leur ensemble. Mais, en l'appliquant incorrectement, la Cour d'appel de Barcelone a ajouté une deuxième faute à la première.

c) Saisi en juin-juillet 1948 des recours fondamentaux de la Barcelona Traction (opposition au jugement de faillite — incident de nullité), le juge spécial avait sursis à statuer par suite de la suspension qui affectait la procédure (ordonnances des 26 juin et 3 août 1948 — *A.M.*, n^{os} 126 et 131, vol. II, pp. 442 et 487).

d) Saisi en janvier 1949 de la demande prérappelée de Namel tendant à obtenir la nomination des syndics, le juge spécial avait décidé qu'il n'y avait pas lieu d'y procéder (ordonnance du 12 février 1949 — *A.M.*, n^o 145, vol. III, p. 564) au motif que cette nomination rentrait dans la première section, qui était suspendue.

e) Le même 12 février 1949, le juge spécial avait rendu un jugement rejetant le déclinatoire Boter, contre lequel ce dernier avait aussitôt interjeté appel, et cet appel avait été admis à deux effets par ordonnance du 25 mars 1949 (*A.M.*, n^o 111, vol. II, p. 416).

f) Le 26 mars 1949, le juge spécial, se trouvant, du fait de l'admission à deux effets de l'appel de Boter, dessaisi du dossier de la faillite (1), avait rendu une ordonnance par laquelle il déclarait n'y avoir pas lieu à statuer, pour l'instant, sur le recours en reconsidération de Namel contre la décision rappelée sub d) ci-dessus.

C'est dans ces conditions que la Cour, appelée à connaître de l'appel Boter, fut saisie incidemment par Genora, une autre société du groupe March, d'une demande insidieuse ayant trait à la nomination des syndics (*supra*, n^o 153). Dans le dispositif de son écrit de comparution devant la Cour, du 23 avril 1949, Genora sollicita, en effet, à titre de demande additionnelle, que la Cour ordonnât « la restitution du présent dossier au Tribunal spécial afin qu'il prenne copie des documents nécessaires pour connaître de la reconsidération de l'ordonnance du 12 février dernier » rejetant la demande de Namel (*M.*, I, n^o 170, p. 79, et *A.M.*, n^o 148, vol. III, p. 571).

(692) La Barcelona Traction s'opposa énergiquement à cette demande (*A.M.*, n^o 149, vol. III, pp. 572 et ss.). Afin d'éviter les répétitions, son argumentation, de même que celle sur laquelle se fonde son recours de rétractation (*A.M.*, n^o 151, vol. III, pp. 583 et ss.) contre l'arrêt du 7 juin 1949, seront examinées en même temps que seront dénoncées les erreurs grossières affectant tant ledit arrêt que celui du 30 juin qui le confirma.

(693) Et d'abord le *dispositif* de l'arrêt du 7 juin 1949.

La Cour ne s'y borna pas à faire droit à la demande additionnelle de Genora ci-dessus rappelée, en ordonnant le renvoi, au juge *a quo*, des pièces du dossier qui lui étaient nécessaires à l'examen du recours de rétractation de Namel et qui, par l'effet de l'appel, étaient en possession de la juridiction supérieure. Allant beaucoup plus loin, la Cour commença par déclarer d'initiative « exceptés de la suspension qui affecte la première section de la procédure de faillite, tous les actes qu'il y a lieu de faire pour la

(1) L'admission à deux effets de l'appel de Boter eût fait passer *tout* le dossier de la faillite aux mains de la juridiction du degré supérieur, conformément à l'article 389 de la Loi de procédure civile, si le juge spécial n'avait décidé de conserver par devers lui le dossier de la deuxième section relatif à l'administration des biens de la faillite, et ce en application de l'article 390, 2^o, de la même Loi, qui excepte de la transmission à la juridiction supérieure « tout ce qui se réfère à l'administration, garde et conservation des biens saisis ou séquestrés judiciairement ».

convocation de la première assemblée des créanciers et la désignation des syndics avec les effets qu'ils doivent produire dans la deuxième section (relative à) l'administration des biens saisis... » (*A.M.*, n° 150, vol. III, p. 581).

Une considération bien simple suffira à faire comprendre toute la portée et, aussi, toute la gravité de cette décision rendue — on le répète — *ultra petita* par la Cour d'appel de Barcelone. Se fût-elle bornée à ordonner, comme l'avait demandé Genora, le renvoi au juge spécial des pièces du dossier lui permettant de statuer sur le recours de reconsidération de Namel, que ce juge se fût retrouvé, au point de vue procédural, *exactement dans la même situation* où il était lorsque, le 12 février 1949 (c'est-à-dire *avant* l'admission à deux effets de l'appel *Boter*), il s'était refusé à donner suite à la demande de Namel visant à obtenir la convocation de l'assemblée des créanciers et la nomination des syndics au motif que « le cours de la procédure principale dans laquelle doivent être réalisés les actes sollicités, se trouve suspendu ». Autrement dit, la seule réception par le juge spécial d'un *extrait* du dossier, qu'il possédait *tout entier* lorsque déjà il avait statué le 12 février, n'eût apporté aucun élément nouveau qui lui eût permis de modifier sa décision. Saisi à nouveau des pièces du dossier, le juge spécial n'aurait pu que déclarer non-fondé le recours de rétractation de Namel.

C'est donc pour lever l'obstacle légal de la suspension qui s'opposait à la convocation de l'assemblée en vue de la nomination des syndics, et pour obliger le juge spécial à réformer sa décision du 12 février, que la Cour prit l'initiative d'aller *au delà* de ce que Genora avait sollicité, et prononça cette « exception » à la suspension générale qui affectait la procédure.

Ce faisant, la Cour d'appel de Barcelone a donc non seulement commis une autre infraction flagrante à la loi (en l'espèce à l'article 114 de la Loi de procédure civile), mais elle a, en outre, une nouvelle fois, statué *ultra petita* (1).

(694) Les motifs de l'arrêt du 7 juin ne contiennent aucune justification sérieuse de cette nouvelle infraction à la loi.

La Cour, après avoir rappelé la règle générale de suspension de l'article 114 de la Loi de procédure civile, relève étrangement le fait qu'en l'espèce « il s'agit d'une procédure universelle où il y a un grand nombre de créanciers intéressés, une considérable masse de biens et tout un complexe d'affaires en activité », et en conclut, de sa propre autorité, qu'il doit, dans un tel cas, être fait exception à la règle générale, en ce qui concerne les actes relatifs « à la manière de régler la direction dans la gestion et l'affectation des biens de la masse », actes dont la loi reconnaît l'urgence puisqu'elle dispose (article 1062 du Code de commerce de 1829) que la convocation des créanciers ne pourra être différée de plus de 30 jours après la déclaration de faillite.

(695) Suivant la Cour, cette dernière disposition, spécifique du droit de la faillite, doit avoir le pas sur la disposition générale de l'article 114 de la Loi de procédure civile.

(1) Sur l'atteinte au « principe dispositif » qu'implique une décision rendue *ultra petita* voir note (2) au bas de la page 510 ci-dessus.

Il est remarquable que la Cour, pour justifier l' « exception » à la règle de l'article 114, n'ait, à aucun endroit de son arrêt, invoqué le *deuxième alinéa* de ce même article, qui prévoit une possibilité — une seule — de dérogation à la règle de la suspension édictée par l'*alinéa premier*, à l'égard d'un acte qui, de l'avis du tribunal, « serait absolument nécessaire et dont la remise à une date ultérieure pourrait entraîner des préjudices irréparables ».

La raison en est claire : la Cour n'aurait pu alléguer qu'il y avait péril en la demeure, puisque les biens saisis se trouvaient confiés à un séquestre provisoire, lequel, sous le contrôle du commissaire, disposait de tous les pouvoirs nécessaires à l'administration et à la conservation des biens de la masse (1).

Ne pouvant invoquer la seule disposition légale qui eût pu être d'application, la Cour dut, dès lors, recourir à la motivation embarrassée qui vient d'être rappelée : elle la jugea, elle-même, si peu convaincante que lorsqu'elle dut, comme il est de pratique courante, après l'énoncé de son dernier « Considérant » indiquer les dispositions légales spécifiques sur lesquelles elle allait fonder son dispositif, elle ne mentionna plus ni l'article 114 de la Loi de procédure civile, ni l'article 1062 du Code de commerce de 1829, qui constituaient, cependant, la base de son argumentation erronée.

(696) Elle se borna, à cet endroit, à invoquer l'article 390, 2^o, et l'article 1321, tous deux de la Loi de procédure civile.

Le premier — on l'a vu ci-dessus (*supra*, n^o 693) — n'aurait pas permis au juge spécial, même lorsqu'il aurait reçu en retour les pièces nécessaires du dossier, de faire droit au recours de Namel et de convoquer l'assemblée des créanciers.

Le second, l'article 1321, organise la division de la procédure de faillite en cinq sections. La Cour d'appel a cru y trouver le moyen de donner satisfaction au groupe March, alors que, comme elle le reconnaît elle-même, « la convocation de l'assemblée des créanciers et la désignation des syndics appartiennent bien à la *première section de la procédure de faillite*, dont le cours est suspendu ».

Pour y arriver, elle a, manifestement, forcé le sens de cet article. Celui-ci (2), en effet, se borne à prévoir que chaque section de la faillite peut, à son tour, être subdivisée en « branches » (*ramos*), de manière qu'il puisse être procédé avec toute la diligence voulue, en évitant que des incidents ne pouvant être résolus immédiatement viennent paralyser la section tout entière.

Mais alors que la *première section tout entière*, avec d'ailleurs l'ensemble de la procédure, se trouvait suspendue en vertu d'une disposition impérative de la loi, cet article ne pouvait, à toute évidence, être invoqué, comme le fit la Cour, pour justifier une exception au profit de certains actes particuliers relevant de la dite section, sans qu'il fût, au préalable, constaté que leur ajournement causerait « un préjudice irréparable » au sens de l'article 114, alinéa 2, de la Loi de procédure civile.

(1) D'autre part les « créanciers », c'est-à-dire, en fait, le groupe March, n'avaient certes pas à se plaindre de la gestion du séquestre provisoire, puisqu'à sa sortie de charge, 4 mois après la décision de la Cour, on allait lui conserver le pouvoir d'administration des entreprises saisies en le nommant directeur général des sociétés auxiliaires (*supra*, n^o 87).

(2) La traduction en est reproduite à la note (1) de la page 506 ci-dessus.

Au surplus, si telle était la portée de l'article 1321, il ne se conçoit pas que la Cour, si elle avait voulu respecter l'égalité des parties, ne l'ait pas également invoqué pour faire échapper à la suspension cette autre partie de la première section qui concernait les recours du failli et qui, plus que tout autre acte, méritait, dans une saine conception de la justice, d'être jugée avec un maximum de diligence.

Ce n'est pas ce que fit la Cour. Au contraire, par un autre arrêt (*supra*, n° 120), et qui pis est, *était du même jour*, elle maintint, expressément et dans toute sa rigueur, la règle de la suspension en ce qui concerne l'examen des recours du failli. Une fois encore, la balance de la justice espagnole était à deux poids...

(697) Tous les arguments qui viennent d'être évoqués, et bien d'autres encore, la Barcelona Traction les avait fait valoir en substance lorsqu'elle s'était opposée à la prétention de Genora. Comme l'arrêt du 7 juin ne les avait pas rencontrés de manière sérieuse, elle les avait réitérés dans le recours en rétractation (*súplica*) qu'elle présenta le 14 juin 1949 contre le susdit arrêt (*A.M.*, n° 151, pp. 583 et ss.)

Parmi eux, il en est un, d'importance, que l'arrêt du 7 juin passa complètement sous silence (1), ce qui explique pourquoi il n'a pas été mentionné dans l'analyse qui vient d'être faite de l'arrêt.

Répondant à l'argument que Genora prétendait tirer de l'article 1062 précité du Code de commerce de 1829, à savoir que la réunion de l'assemblée des créanciers ne pouvait en aucun cas être différée de plus de 30 jours après la déclaration de la faillite, la Barcelona Traction (*A.M.*, n° 149, vol. III, pp. 575 et 576) avait fait valoir que ces derniers termes devaient s'entendre comme visant une *déclaration ayant acquis force de chose jugée*, (*una declaración firme*), après examen et rejet de l'opposition du failli.

A l'appui de son affirmation, qu'elle qualifiait d' « axiome en droit commercial », la Barcelona Traction citait l'opinion de Rives y Martí, une autorité classique espagnole en la matière.

On ne peut mieux faire que reproduire ici les propres termes de cet éminent juriste, qui a le mérite d'avoir posé et résolu la question avec une égale clarté :

* VIII. — CONVOCATION DES CREANCIERS A LA PREMIERE ASSEMBLEE GENERALE. — La convocation des créanciers à la première assemblée générale est la dernière des dispositions qui doivent être prises dans le jugement même où se fait la déclaration de faillite, ainsi que le prévoit l'article 1044 du Code de commerce ancien toujours en vigueur par suite du renvoi exprès qu'y fait l'article 1333 de l'actuelle Loi de procédure civile.

Est-elle d'exécution immédiate comme les dispositions précédentes (du jugement de faillite)?

(1) Ceci constituait une nouvelle violation flagrante du « principe dispositif », tel que le *Contre-Mémoire* le décrit lui-même dans une note annexe (*A.C.M.*, n° 1, vol. VII, pp. 5 et ss.) On y lit, en effet (*ibidem*, p. 7) que « les tribunaux ne peuvent, quand une question de fait ou de droit leur a été posée, la laisser sans réponse, car, en ce cas, ils violeraient le principe d'adaptation par omission de prononcé.

Ce principe s'impose de façon si impérieuse à la conduite observée par les tribunaux espagnols que, même dans les cas où ils pourraient se prononcer sur le fond d'une requête ou d'un recours en se fondant sur une seule des questions qui leur ont été posées, ils ont coutume d'examiner toutes et chacune des questions suscitées par les plaideurs ».

En cas de faillite sur aveu il n'y a pas de doute, puisque, comme il n'est pas possible d'en révoquer la déclaration, la procédure doit suivre son cours et il n'y a pas de raison de retarder l'exécution de la convocation de la première assemblée. Le doute apparaît lorsqu'il s'agit de faillite sur requête, où il peut y avoir opposition du failli et où existe la possibilité que la déclaration de faillite soit révoquée et reste sans effet.

Le Code de 1829, dans le court espace de six articles se contredit de manière évidente à ce sujet; car, alors qu'il déclare dans son article 1028 que le failli sera admis à demander la reconsidération de la déclaration de faillite « sans préjudice de l'exécution provisoire des ordonnances relatives à la personne et aux biens du failli » (1), dans l'article 1033 il stipule que la réclamation du failli contre le jugement de faillite n'empêchera ni ne suspendra pas l'exécution des dispositions prévues au titre IV du livre IV, parmi lesquelles figure la convocation de la première assemblée. Lequel de ces deux articles doit prévaloir? A notre sens, le premier, parce que le second doit être considéré comme abrogé du fait qu'aucune référence n'y est faite dans la Loi de Procédure civile, au contraire du premier qui est cité expressément dans l'art. 1326; et en outre parce que s'il est raisonnable et juste de prévoir l'exécution immédiate, nonobstant l'opposition du failli, de tout ce qui conduit à s'assurer de la personne et des biens du failli, telle l'arrestation de celui-ci, l'interception de sa correspondance, la publication par avis, et la saisie (*ocupación*) des biens (*pertenencias*) ainsi que l'inventaire des livres et papiers, toutes choses qui peuvent lui être restituées s'il est fait droit à sa réclamation et si la déclaration de faillite est laissée sans effet, on se heurte par contre à un inconvénient insurmontable pour faire ce qui est nécessaire à la convocation de l'assemblée, car une fois celle-ci réunie et les syndics nommés, la procédure dans toutes ses différentes parties reçoit une telle impulsion, ainsi que nous le verrons, qu'il pourrait bien arriver que la masse soit liquidée avant que la reconsidération ait été tranchée, et dans le cas où cette dernière serait résolue dans un sens favorable au débiteur, comment pourrait-on lui restituer ce qui n'existe plus?

Ce critère est corroboré par les art. 1030 dudit Code ancien, et 1328 de la Loi de procédure civile. Tous deux concordent à dire que la procédure sur reconsidération doit être traitée en présence du créancier qui a demandé la faillite et de tout autre ou tous autres qui auraient appuyé son action; et si le Code, pas plus que la Loi, ne dit rien en ce qui concerne les syndics, qui sont les représentants légitimes de la masse des créanciers, c'est parce qu'il paraît supposer que ceux-ci n'ont pas été nommés et ne doivent pas l'être jusqu'à ce que la procédure sur reconsidération ait pris fin. » (2)

Cette opinion doctrinale est approuvée sans réserve par l'éminent auteur espagnol De la Plaza, spécialiste du droit procédural et ancien président de la première chambre du Tribunal Suprême (3). C'est dans le même sens également que conclut Ramirez (4) dans son ouvrage récent consacré au droit espagnol de la faillite.

(1) Les italiques figurent au texte.

(2) Rives y Martí, *Teoría y práctica de actuaciones judiciales en materia de Concurso de acreedores y quiebras*, II, 2^e édition, pp. 272 et suiv. Madrid, 1904. — Cet auteur invoque encore, à l'appui de son opinion, l'article 1167 de la Loi de procédure civile, aux termes duquel lorsque la déclaration de faillite est rapportée « le séquestre provisoire et le secrétaire feront remise au débiteur » de tous les biens saisis. Le fait que les syndics ne sont pas mentionnés dans cet article implique en effet que, dans l'esprit du législateur, tant que le jugement de faillite peut être rapporté, les syndics ne peuvent être nommés.

(3) *Derecho Procesal civil español*, II, Madrid, 1945, p. 652 : « En ce qui concerne la convocation de l'assemblée, dont le seul but est de procéder à la nomination des syndics, il semble résulter de l'article 1033 du Code de 1829 et de la référence expresse qui y est faite au Titre IV commençant par l'art. 1044, que cette convocation doit être faite immédiatement ». Rives y Martí estime avec raison (*op. cit.*, vol. II, pp. 272-274) que cette mesure qui, en réalité, n'est pas nécessaire à la sécurité des biens dont l'administration est confiée provisoirement au séquestre provisoire, doit être ajournée « jusqu'à ce que le jugement déclaratif de faillite soit coulé en force de chose jugée (*hasta que sea firme el auto de declaración de quiebra*) ».

(4) *La Quiebra*, I, Barcelone, 1959, p. 488 : « Nous estimons donc, devant la disposition expresse de l'art. 1044 du vieux Code de commerce, que la convocation réelle et effective des créanciers à la première assemblée générale ne peut être décidée et exécutée que : 1^o Quand le

Que pouvait faire la Cour de Barcelone devant une interprétation aussi logique de la loi, à laquelle elle ne pouvait opposer aucune opinion doctrinale ou décision jurisprudentielle divergente? Embarrassée, elle préféra, dans son arrêt du 7 juin 1949, ignorer, purement et simplement, l'argument mis en avant par la Barcelona Traction. Et lorsque la Barcelona Traction, en reprenant le moyen dans son recours en rétractation, l'obligea à sortir de son silence, elle s'en tira, dans son arrêt confirmatif du 30 juin 1949 (*A.R.*, n° 110), par ce qu'il faut bien appeler une dérobade. Faisant allusion à la citation, faite par la Barcelona Traction, d'une « autorité bien connue », elle déclara que cette opinion ne pouvait être retenue parce que « en vertu des dispositions de l'article 1330 de la Loi de procédure civile, s'il est fait opposition à cette déclaration (de faillite) et qu'elle est repoussée, le recours (d'appel) n'est admis qu'à un seul effet, l'effet dévolutif, et en conséquence ce qui est prévu dans la décision contenant cette déclaration demeure exécutoire avec toutes ses conséquences et ses incidences . . . ».

La Cour, en citant cet article, enfonçait une porte ouverte, car il n'est jamais venu à l'esprit d'aucun auteur de nier que l'appel contre la décision rejetant l'opposition du failli ne peut être admis qu'à un seul effet. Mais, en l'espèce, comme on le sait, le recours d'opposition du failli n'avait même pas été examiné en première instance, en sorte que la Cour ne pouvait tirer de l'article cité aucune conséquence allant à l'encontre de l'opinion de Rives y Martí.

(698) Sans doute le Gouvernement espagnol a-t-il eu conscience de la faiblesse extrême de l'argument invoqué par la Cour d'Appel de Barcelone, car il l'a passé sous silence dans le *Contre-Mémoire* (1). Après une simple allusion, du reste plus qu'obscur (2), à la question clairement posée à la Cour par la Barcelona Traction, il s'est borné à affirmer que la règle de l'article 1062 du Code de commerce de 1829 « est d'une telle clarté qu'on n'en saurait obscurcir les termes par des interprétations hasardeuses » (*C.M.*, IV, n° 231, p. 392). Ce qui est plus vite dit que démontré.

suite de la note 4 de la page 516)

commissaire, en exécution de son devoir légal, aura présenté l'« état » ou « liste des créanciers » du failli; 2° Et quand, en outre, le jugement déclaratif de faillite sera coulé en force de chose jugée (*haya ganado firmeza*), soit parce que l'opposition n'y est pas faite, soit parce que celle-ci a été rejetée ».

Dans le même sens encore : Saura Juan, *Quiébras*, Barcelone, 1952, p. 82.

(1) Le *Contre-Mémoire* ne fait d'ailleurs aucune allusion à cet arrêt de la Cour d'appel du 30 juin 1949, dont le Gouvernement belge a tenu à reproduire en annexe les considérants (*A.R.*, n° 110).

(2) L'allusion faite à l'argument soutenu par la Barcelona Traction dans ses écrits présentés à la Cour d'Appel de Barcelone, est absolument incompréhensible et constitue une véritable déformation du moyen invoqué par la société faillie. Au n° 231 (pp. 391-392), après avoir rappelé une fois de plus que, suivant l'article 1062 du Code de commerce de 1829, l'assemblée des créanciers ne pourra se tenir plus de 30 jours après la déclaration de faillite, le *Contre-Mémoire* ajoute :

« La société faillie affirmait que le calcul du délai devait se faire à partir du moment où la déclaration de faillite était devenue irrévocable du fait qu'il avait été statué sur l'opposition formulée par elle hors délai ».

Il suffira à la Cour de se référer aux annexes au *Mémoire* précitées, qui contiennent les deux écrits présentés à la Cour d'Appel de Barcelone par la Barcelona Traction, pour se convaincre que cette société n'a jamais soutenu rien de semblable.

(699) Il faut relever, d'autre part, qu'en faisant précéder l'exposé qu'il allait faire de la nomination des syndics et de la vente des biens d'un paragraphe intitulé « Conséquences de l'irrévocabilité du jugement du 12 février 1948 en ce qui concerne la vente des biens formant la masse de la faillite » (*C.M.*, IV, p. 376), le Gouvernement espagnol facilitait sans doute en partie sa tâche, mais reconnaissait, au moins implicitement, que les actes de procédure qu'il allait analyser supposaient que le jugement de faillite fût préalablement devenu irrévocable — ce qui, ainsi que le Gouvernement belge le démontre par ailleurs, n'était pas le cas en l'espèce.

(700) Ainsi, on peut conclure de l'examen qui vient d'être fait des arguments présentés tant par la Cour d'appel de Barcelone que par le *Contre-Mémoire*, que le Gouvernement belge est fondé à retenir comme une des illégalités flagrantes commises par les juridictions espagnoles, le fait d'avoir autorisé la convocation de l'assemblée des créanciers et la nomination des syndics, alors que la procédure était suspendue et que le jugement de faillite n'était pas coulé en force de chose jugée (1) (2) (3).

(1) Les arrêts des 7 et 30 juin 1949 firent, de la part de la Barcelona Traction, l'objet d'un pourvoi en cassation qui fut déclaré irrecevable par arrêt du Tribunal Suprême du 9 novembre 1949 (*M.*, I, n° 172, p. 79; *A.O.C.*, n° 31, vol. II, pp. 413 et 414).

(2) Suite à l'arrêt du 7 juin, le juge spécial instruisit la demande de Namel et, malgré l'opposition acharnée de la Barcelona Traction (*A.M.*, n° 152, vol. III, p. 589), y fit droit par jugement du 28 juillet 1949 (*A.M.*, n° 153, vol. III, pp. 600 et ss.) convoquant l'assemblée des créanciers. Cette décision fit l'objet d'une série de recours de la part de la Barcelona Traction, qui porta l'affaire jusque devant le Tribunal Suprême, lequel déclara le pourvoi irrecevable par arrêt du 16 janvier 1952 (*M.*, n° 173, pp. 79 et 80; *A.M.*, n° 154, vol. III, p. 603; *A.O.C.*, n° 31, vol. II, p. 414). Le *Contre-Mémoire* (p. 390, note 1) prétend, à tort, que la Barcelona Traction se serait mise en contradiction avec elle-même; il n'en est rien : si elle a effectivement soutenu, dans son recours contre l'arrêt du 7 juin 1949, que la Cour d'appel avait, par sa décision, préjugé de la décision qu'aurait à prendre le juge spécial quant à la convocation des créanciers, l'arrêt du 30 juin a écarté le moyen. Il était donc parfaitement logique que, devant le juge spécial, la Barcelona Traction soutint que, *suyant la Cour d'appel elle-même*, le juge n'était en rien lié par les susdits arrêts et pouvait donc parfaitement rejeter la demande de Namel visant à la convocation de l'assemblée des créanciers.

(3) La nomination des syndics par l'assemblée donna lieu également à une série de recours qui, fondés sur les nouvelles illégalités qui avaient été commises à cette occasion, se terminèrent par un arrêt du Tribunal Suprême du 1^{er} juillet 1951 déclarant le pourvoi de la Barcelona Traction irrecevable (*M.*, n° 174 et 175, pp. 80 et 81; *A.M.*, n° 157 à 159, vol. III, pp. 612 et ss.; *A.O.C.*, n° 31, vol. II, p. 415).

Sous-section 2

*Autorisation de vendre les biens*a) *Conséquences de la nomination prématurée et illégale des syndics.*

(701) L'illégalité commise en nommant les syndics, alors que l'ensemble de la procédure de faillite était en suspens et que les recours de la société faillie contre la déclaration de faillite n'avaient pas été examinés, allait forcément créer dans la suite de la procédure une *situation anormale* et sans précédent, qui n'avait pas été prévue par le législateur, et à laquelle, dès lors, il était impossible d'appliquer, sans tomber dans l'arbitraire le plus complet, les préceptes que la loi avait édictés pour les cas normaux.

Pour s'en rendre compte, il suffit de rappeler que, suivant le système légal de la faillite en Espagne, les syndics ont normalement le pouvoir de réaliser l'actif en vue de payer les créanciers, et que cette réalisation se situe, suivant la loi (art. 1322 de la Loi de procédure civile), dans la deuxième section de la procédure. Or, celle-ci avait été déclarée exceptée de la suspension par l'ordonnance du juge de Reus du 5 avril 1948 (1).

En sorte que, *théoriquement*, dans le cas d'espèce, par suite de la nomination des syndics, la voie conduisant à la liquidation de l'actif se trouvait ouverte, alors que tant la compétence des tribunaux espagnols que la validité du jugement de faillite étaient encore *sub judice*.

Une hypothèse aussi absurde ne pouvait évidemment être conforme aux intentions du législateur qui, en conférant aux syndics le pouvoir de vente, n'avait pas envisagé le cas où ceux-ci auraient été, en violation de la loi, prématurément nommés dans une procédure suspendue et où les recours du failli se trouvaient paralysés.

(702) Cette hypothèse n'avait certainement pas été envisagée non plus par le juge de Reus quand, faisant droit à la requête des demandeurs à la faillite (2), il avait rendu son ordonnance précitée du 5 avril 1948 : en déclarant exceptés de la suspension « les actes à exécuter dans la deuxième section qui dérivent de l'exécution du jugement de déclaration de faillite et des décisions postérieures auxquelles celui-ci a donné lieu », le juge n'avait pu viser les actes de liquidation de la masse faillie, puisque, au moment

(1) Le Gouvernement belge a dénoncé par ailleurs (*supra*, n° 627), l'illégalité de cette décision. Il reviendra dans les paragraphes qui suivent sur l'interprétation qu'il convient de lui donner.

(2) Ceux-ci n'avaient d'ailleurs demandé que la poursuite des « formalités de la deuxième section relative à la saisie (*ocupación*) » (A.M., n° 101, vol. II, p. 400).

où il statuait, la nomination des syndics, seuls qualifiés pour y procéder, se heurtait à un obstacle légal dont le juge lui-même reconnaissait le caractère insurmontable (*supra*, n° 153, p. 88 ss.). Il avait du reste motivé sa décision par la considération que « les actes d'administration de la faillite ne peuvent être paralysés sous peine de subir un grave préjudice » (*A.M.*, n° 103 vol. II, p. 402).

S'il avait entendu donner à son ordonnance du 5 avril une portée plus large, le juge aurait, au surplus, commis une infraction flagrante à l'article 114 de la Loi de procédure civile, étant donné que ce n'est que la suspension des actes relatifs à la conservation et à l'administration des biens qui était susceptible d'entraîner le « préjudice irréparable » qui, suivant le deuxième alinéa dudit article, peut, seul, justifier une dérogation.

(703) Du reste, dans aucun des écrits, qu'ils émanent de Namel, Genora, des demandeurs à la faillite ou autres alliés du groupe March, qui à partir de janvier 1949, se succédèrent en vue de provoquer la nomination des syndics, il ne fut fait la moindre mention du pouvoir de liquidation appartenant aux syndics qu'on voulait nommer; l'accent était mis au contraire sur la nécessité, sans plus tarder, de « consolider l'organe administratif de la faillite » (1) et sur la nature d'acte d'administration que revêtait la nomination des syndics. La société Namel, qui la première prit l'initiative de solliciter cette nomination, alla même jusqu'à dire :

* ... c'est la première fonction des syndics que d'administrer la masse dans le sens objectif de la faillite. Il est certain qu'ils ont d'autres fonctions. Mais il est non moins certain que dans la situation spéciale où se trouve la présente faillite ces autres fonctions ne pourraient pas être remplies par les syndics sans attendre la main-levée de la suspension ...

... Pour plus de clarté, nous nous permettons de proposer au Juge qu'il pourrait souligner, dans la décision que nous sollicitons, la limitation de ce qu'en ce qui concerne l'activité des syndics, elle ne peut excéder leurs fonctions d'administration » (*A.M.*, n° 146, vol. III, pp. 566-567).

Il est non moins remarquable que dans son fameux arrêt du 7 juin 1949, la Cour d'Appel eut soin de ne pas invoquer, pour précipiter le passage du régime du séquestre provisoire à celui des syndics, la circonstance que seuls ces derniers avaient le pouvoir de vendre et de payer les créanciers, ce qui était l'aboutissement normal de toute faillite. Elle se contenta de souligner que les syndics constituaient

* ... un organisme pour la direction et l'administration de la masse de biens, qui ne peuvent rester, jour après jour et sans que l'on sache jusqu'à quand, entre les mains d'un séquestre provisoire étranger à l'affaire ... » (*A.M.*, n° 150, vol. III, p. 581).

(704) Ce « péché originel », dérivant de l'illégalité de leur nomination, exerça une influence déterminante sur l'attitude que les syndics, et le groupe March qui les avait désignés, adoptèrent à l'égard de l'aliénation des biens de la masse.

En premier lieu, les syndics attendirent près de deux ans avant de proposer au commissaire la vente des biens.

(1) Ecrit de Namel du 3 janvier 1949 (*A.M.*, n° 144, vol. III, p. 560). Dans le même écrit, Namel qualifiait la nomination des syndics d'« acte le plus essentiel du point de vue de l'administration de la masse ».

En second lieu, lorsque finalement ils firent cette proposition, ils n'invoquèrent pas le pouvoir général de vente, propre à leur charge, mais, au contraire, la disposition légale (art. 1181 de la Loi de procédure civile) qui permet au *séquestre provisoire* de « proposer au juge la vente des biens meubles qui ne peuvent être conservés » (*A.M.*, n° 175, vol. III, p. 673).

Le caractère doublement anormal de l'attitude ainsi adoptée par les syndicis, mérite de retenir l'attention parce qu'il révèle, à la fois, l'existence d'un obstacle légal s'opposant à la vente souhaitée par le groupe March, et l'habile subterfuge auquel il fut recouru, avec l'appui inconditionnel des tribunaux espagnols, pour permettre à ce dernier d'arriver à ses fins.

On commentera successivement, dans les paragraphes qui suivent, ces deux aspects particuliers de l'attitude des syndicis, aspects qui sont d'ailleurs étroitement liés entre eux.

b) *L'interlude de deux ans.*

(705) On peut reproduire, à propos de la vente des biens, l'observation faite précédemment concernant la nomination des syndicis : ce qui à *première vue* surprend, c'est non pas que la vente ait été faite aussi tôt, mais, au contraire, aussi tard.

En effet, suivant l'article 1234 de la Loi de Procédure civile :

« Une fois mis en possession des biens et effets de la faillite civile (*concurso*), les syndicis procéderont à leur aliénation . . . ».

Et l'article 1235 précise même que si les syndicis estiment qu'il y a lieu, dans l'intérêt de la masse, d'ajourner la vente de certains biens, ils auront à demander l'autorisation du tribunal, et celle-ci obtenue, à justifier, devant l'assemblée des créanciers, des causes qui ont motivé cet ajournement.

Ces deux préceptes légaux, applicables à la faillite des commerçants en vertu du renvoi général de l'article 1319, imposent donc aux syndicis de procéder sans retard à la vente.

Il est intéressant de noter que le *Contre-Mémoire* lui-même, dans l'annexe qu'il consacre aux « règles du droit espagnol régissant les fonctions du séquestre-dépositaire et des syndicis, pour ce qui est de la vente des biens composant la masse de la faillite » (*A.C.M.*, n° 150 vol. VIII, p. 282) cite ces deux articles et en conclut que « les syndicis doivent vendre aussi rapidement qu'ils ont été mis en possession des biens et effets de la faillite ».

Le Gouvernement espagnol fait ainsi sienne la thèse de la Cour d'Appel de Barcelone, qui, dans son arrêt du 5 février 1952, rejetant le recours de Barcelona Traction contre les décisions du Juge spécial ayant autorisé la vente (1), déclara applicables à la faillite

(1) Cet arrêt sera examiné ci-dessous (*infra*, n° 717 ss.).

« les articles 1234 et 1235 qui fixent exactement, avec toute précision, le moment de la vente, et ce moment se situe, sans doute aucun, immédiatement après que les syndics aient été nommés et que les biens et effets de la faillite leur aient été remis; qu'il faut noter que, pour la vente, ils n'ont besoin d'aucune autorisation, ni du commissaire, ni du juge, ni des créanciers, parce qu'ils doivent y procéder par ordre de la loi, ainsi qu'on peut le déduire du mot « procéderont » qu'emploie le législateur; que c'est précisément pour ne pas vendre que l'article 1235 exige que les syndics obtiennent l'autorisation provisoire du juge et définitive des créanciers; de sorte qu'il ne fait aucun doute que ces articles, faute de faire des distinctions, s'appliquent aux ventes de toutes espèces, tant à celles qui visent à la conservation des biens, qu'à celles qui ont pour objet de procéder à leur liquidation » (*A.M.*, n° 192, vol. III, p. 742).

Il est donc légitime de se demander comment, en dépit de ces dispositions légales impératives et du désir évident du groupe March de s'emparer des biens le plus vite possible, deux ans se passèrent sans que les syndics proposent la vente et sans qu'ils estiment devoir solliciter, en vue d'un ajournement aussi prolongé, l'autorisation du tribunal, comme le prescrit l'article 1235 précité.

La réponse à cette question est évidente : les syndics n'avaient pas à se justifier de n'avoir point proposé la vente des biens, parce que celle-ci était légalement impossible vu la situation de la procédure.

(706) L'obstacle légal était double : il était impossible de procéder à la liquidation des biens du failli alors que 1° le jugement de faillite n'était pas coulé en force de chose jugée (*firme*), et 2° que la procédure de faillite *dans son ensemble* était suspendue par suite d'un déclinatoire de compétence.

(707) Quant à la nécessité de la *firmeza* du jugement déclaratif de faillite, l'auteur espagnol déjà cité, Ramirez (1), déclare qu'il faut poser

« la règle générale suivante : *La liquidation ou réalisation des biens du failli n'est juridiquement possible que lorsque le jugement déclaratif de faillite acquiert force de chose jugée (gana firmeza)*, de même que n'est possible la liquidation du patrimoine saisi au débiteur, en exécution d'un quelconque jugement le condamnant au paiement d'une somme d'argent, que lorsque ce jugement est coulé en force de chose jugée (*firme*) » (2) (3).

Cette règle, du reste incontestée en doctrine et en jurisprudence espagnoles, l'auteur précité la fonde, non seulement sur le principe général de l'article 919 de la Loi de procédure civile suivant lequel sont seules exécutoires les décisions *firmes*, mais encore sur la disposition, particulière celle-là au droit de la faillite, de l'article 1028 du Code de commerce de 1829, suivant lequel, lorsque le failli a formé opposition, on ne peut exécuter, et encore à titre provisoire seulement, que les mesures conservatoires adoptées quant à la personne et aux biens du failli. Et l'auteur conclut, avec une logique implacable, que :

(1) « *La Quiebra* », t. II, pp. 722 et ss.

(2) Les italiques sont au texte.

(3) On peut citer dans le même sens l'opinion de Rives y Martí longuement relatée ci-dessus (*supra*, n° 697, pp. 515 et 516); ainsi que Rodríguez, *Ley de quiebras y suspensiones de pagos*, Mexico, D.F., 1943, pp. 238 et 239.

« ce serait un non-sens que d'admettre que, alors que de telles mesures tendant seulement à la conservation des biens, ne peuvent être exécutées qu'à titre provisoire, l'on puisse consommer de manière définitive l'aliénation ou liquidation de biens qui ne sont saisis et administrés que « provisoirement » et à titre exceptionnel ».

Cette interprétation de la loi en vigueur en Espagne n'a pas seulement pour elle le bon sens mais aussi, pourrait-on dire, le droit naturel. Il ne faut pas oublier que la déclaration de faillite a, en l'espèce, été rendue sur requête, c'est-à-dire hors la présence de la société faillie, qui n'a donc pas pu exposer au juge les arguments péremptoires qui s'opposaient à une telle déclaration. Il est impensable que le législateur espagnol ait entendu permettre qu'en pareil cas, il soit procédé à la liquidation totale des biens de la masse sans que le failli ait eu l'occasion de se faire entendre, fût-ce en première instance, dans ses moyens de fait et de droit.

(708) La suspension qui affectait la procédure de faillite par suite du déclinatoire Boter, empêchait évidemment aussi, les syndics de procéder, dans l'exercice normal de leurs fonctions de liquidateurs, à l'aliénation de l'ensemble des biens de la masse.

En effet, l'article 114 de la Loi de procédure civile, déjà souvent cité ici, prescrit, en cas de déclinatoire de compétence, la suspension de toute la procédure, et ne permet de dérogation que pour « les actes dont la remise à une date ultérieure pourrait entraîner des préjudices irréparables ».

Comme il a été démontré ci-dessus, l'ordonnance du juge de Reus du 5 avril n'avait et ne pouvait avoir légalement, vu précisément la disposition formelle de l'article 114, d'autre portée que celle de permettre la continuation des actes de conservation et d'administration des biens de la masse.

c) La « vente d'urgence » proposée par les syndics.

(709) Comment le groupe March a-t-il pu échapper à cette double impasse légale, qu'il avait lui-même créée dans le but de paralyser les recours du failli?

Comme il est normal, la règle de l'impossibilité de vendre les biens du failli avant que la déclaration de faillite ne soit devenue *firme*, comporte certaines exceptions inspirées du bon sens.

Ainsi, l'article 1181, 3^o de la Loi de procédure civile fait obligation au séquestre provisoire de « proposer au juge l'aliénation des biens meubles qui ne peuvent pas se conserver ».

Cette obligation n'est qu'un aspect particulier du devoir général qu'a le séquestre provisoire, comme tout administrateur, de veiller à la conservation des biens confiés à sa garde. A cette exception, Ramirez (1) en ajoute une autre, inspirée d'ailleurs

(1) *Op. cit.*, t. II, pp. 728 et ss.

du même principe : le séquestre provisoire peut aussi procéder à la vente de certains biens de la masse, s'il a besoin de fonds pour couvrir les dépenses indispensables à l'entretien des autres biens de la masse. Dans l'un et l'autre cas, le séquestre provisoire doit, au préalable, obtenir l'autorisation du commissaire (1).

Ces dispositions légales ne mentionnent que le séquestre provisoire, mais Ramírez (2) estime que dans l'hypothèse, qu'il qualifie d'« anormale » et même d'« absurde », où les syndics auraient été nommés avant que le jugement de faillite ne soit devenu *firme*, ces mêmes dispositions leur seraient applicables, leur pouvoir de vente devant se limiter, tant que la *firmeza* du jugement déclaratif ne sera pas acquise, aux cas particuliers qu'elles prévoient.

Bien qu'une simple lecture de ces textes légaux suffise pour apprécier le caractère extrêmement restrictif des dérogations qu'ils prévoient et l'esprit dans lequel le législateur les a autorisées, c'est dans celles-ci que le groupe March et les syndics osèrent chercher un semblant de justification légale à la vente en bloc de tous les « biens » de la Barcelona Traction, c'est-à-dire d'un ensemble d'actions, obligations et créances lui conférant le contrôle absolu du groupe le plus important d'entreprises d'électricité d'Espagne.

Encore fallait-il trouver un prétexte qui permit d'alléguer, avec une apparence de vraisemblance, que ces actions, obligations et créances étaient assimilables à des « biens qui ne se conservent pas », parce qu'elles étaient, en fait, exposées à une détérioration ou dépréciation rapide exigeant leur vente immédiate.

Ce prétexte n'existait pas quand les syndics furent nommés. Et il fallut au groupe March près de deux ans et le concours des autorités espagnoles pour l'inventer de toute pièce.

(710) L'examen détaillé reproduit dans la première partie de la *Réplique* (*supra*, n° 156 et ss., pp. 93 et ss.) des « motifs de la demande d'autorisation de vente des syndics » a permis d'établir que :

- (1°) Pour justifier « les possibilités légales d'effectuer la vente », les syndics n'ont invoqué que des dispositions légales qui leur imposent, soit de veiller à la défense des droits de la faillite ainsi qu'à la conservation et à l'administration des biens saisis, soit de proposer au juge la vente des biens meubles qui peuvent se détériorer; en sorte qu'on peut conclure que c'est bien une *vente d'urgence ou conservatoire* qu'ils ont proposée au commissaire, ainsi que l'indique d'ailleurs clairement l'intitulé du paragraphe IV de leur requête au commissaire : « Il est nécessaire de procéder sans plus tarder à la vente des biens qui constituent la masse de la faillite comme moyen d'en conserver la valeur » (*A.M.*, n° 175, vol. III, p. 673).
- (2°) La déclaration conjointe et le communiqué officiel espagnol qui l'a suivie, avec les accusations graves et les menaces de poursuite qu'elles annonçaient contre le groupe de la Barcelona Traction, ont joué dans la requête des syndics *un rôle déterminant pour justifier une prétendue vente d'urgence*.

(1) Art. 1354 de la Loi de procédure civile. — « Les autorisations que donne le commissaire pour les ventes urgentes des effets de la faillite, ou pour les frais indispensables à leur conservation, doivent faire l'objet d'une ordonnance formelle, rendue sur demande du séquestre provisoire ».

(2) *Op. cit.*, t. II, p. 731 et note (15).

(3^o) En tant qu'ils se fondaient sur ces accusations et menaces et sur l'éventuelle insuffisance de trésorerie que leur mise à exécution aurait pu entraîner (*A.M.*, n^o 175, vol. III, p. 672), les motifs d'urgence invoqués par les syndics étaient, à un double titre, dépourvus de tout fondement. D'une part, les propos comminatoires du Ministre espagnol ne furent suivis, en définitive, d'aucune poursuite nouvelle (1) et tombèrent dans l'oubli le plus complet à partir du jour où ils eurent rempli leur office, qui était précisément de fournir aux syndics le prétexte recherché. D'autre part, une insuffisance de trésorerie ne pouvait être sérieusement redoutée, même compte tenu des poursuites en cours pour délit monétaire (1) car les avoirs en caisse et banque de ces sociétés étaient passés de quelque 156 millions de pesetas, au jour de la déclaration de faillite, à plus de 266 millions de pesetas, à fin 1951 (2). D'ailleurs près de quatre ans s'écoulèrent, après la vente, avant que Fecca n'investisse un centime d'argent frais dans l'affaire.

(4^o) Injustifiée en tant que vente d'urgence, l'aliénation proposée par les syndics ne pouvait être présentée non plus comme une vente « au moment opportun » (voir *infra* n^o 714 ss. la thèse du *Contre-Mémoire* à ce sujet), car le moment choisi par les syndics ne pouvait être plus inopportun. En effet, les tarifs d'électricité, notoirement insuffisants depuis de nombreuses années, avaient fait l'objet d'une réforme profonde en janvier 1951 et il était dès lors certain, au moment où les syndics proposèrent la vente, qu'à plus ou moins brève échéance, le rendement des affaires d'électricité en Espagne se trouverait considérablement augmenté et leurs biens valorisés en conséquence (*supra*, n^o 194).

d) *Justification donnée par le Contre-Mémoire de la décision de vendre.*

(711) C'est dans trois paragraphes de l'exposé de droit du *Contre-Mémoire* (IV, n^{os} 176 à 178, pp. 533 à 535) que la Cour trouvera la quintessence de l'argumentation espagnole qui tend à justifier en droit cette mesure d'une extraordinaire gravité.

Ne pouvant nier l'évidence, le Gouvernement espagnol admet sans ambages qu'il s'est bien agi d'une « vente d'urgence ». Mais il s'indigne de ce que le Gouvernement belge ait soutenu que « les titres furent aliénés par assimilation à des biens périssables » (3).

(1) Seule la plainte pour délit monétaire, qui existait depuis 1948, poursuivit son cours, mais encore n'aboutit-elle, comme la jurisprudence constante du Tribunal des délits monétaires permettait de s'y attendre, qu'à une condamnation de l'Ebro à une amende du double des sommes exportées, soit 66 millions de pesetas, somme sans aucun rapport avec l'« embargo » de 400 millions de pesetas qui pesait sur les biens de l'Ebro. Il est à noter que cet « embargo » existait, lui aussi, depuis 1948, et que ce n'est qu'en 1951 que les syndics songèrent à l'invoquer comme un motif de plus de procéder à la vente d'urgence.

(2) C'est ce qui résulte du bilan de l'Ebro au 31 décembre 1951, établi par le pseudo-conseil d'administration (*A.R.*, n^o 111).

Pour apprécier ce que la situation de trésorerie des sociétés auxiliaires avait d'exceptionnellement favorable, il suffira, à titre comparatif, de signaler que l'une des plus importantes sociétés d'électricité d'Espagne, Iberduero, avait, à fin 1951, des disponibilités de l'ordre de 2.800.000 pesetas, tandis que l'Hidroeléctrica Española, autre société très importante, ne disposait, en caisse et banque, que de quelque 1.400.000 pesetas. C'est ce qui résulte du bilan publié par ces deux sociétés au 31 décembre 1951.

(3) Le *Mémoire* (I, n^o 198, p. 90) disait textuellement : « La demande du 13 août était motivée avant tout par la nature prétendument périssable des biens à vendre... » ; et il reprenait l'argument au n^o 363, p. 177, où, parlant des titres appartenant à Barcelona Traction, il continuait : « l'assimilation de ceux-ci à des denrées périssables... était contraire à tout bon sens, car il ne s'agissait en rien de valeurs spéculatives... ».

L'argumentation présentée par le *Contre-Mémoire* à l'appui de cette critique est tellement embarrassée et si peu convaincante, qu'il suffira, pour être édifié, d'en reproduire les termes :

« Le fait que la vente fut urgente ne justifie pas que l'on qualifie des effets de commerce de « denrées périssables ». Le fait que la Loi de procédure civile considère urgente l'aliénation des biens ne pouvant pas être conservés, ne veut pas dire que seule une telle vente puisse être tenue pour urgente, et moins encore que les biens vendus d'urgence constituent des denrées pouvant être physiquement détruites par le temps » (*C.M.*, IV, n° 176, p. 533).

Ce raisonnement n'énerve en rien le grief du Gouvernement belge car le *Contre-Mémoire* ne peut effacer le fait que, pour justifier légalement leur demande d'autorisation de vente, les syndicats n'invoquèrent que des dispositions applicables aux biens qui ne se conservent pas, c'est-à-dire aux biens périssables, et que le juge spécial n° 2, dans son ordonnance du 27 août 1951, accéda à la demande des syndicats en se bornant à faire référence aux « considérations et raisonnements formulés dans l'écrit » des syndicats (*A.M.*, n° 179, vol. III, p. 684).

(712) Le Gouvernement espagnol semble s'être rendu compte que cette argumentation, loin d'infirmar la thèse belge, la confirmait, car à peine l'a-t-il exposée qu'il l'abandonne pour recourir à une toute autre justification. C'est, en effet, dès l'alinéa suivant qu'on peut noter ce glissement dans l'argumentation espagnole :

« Dans le cas concret de la Barcelona Traction, la vente urgente de ses biens ne se heurtait à aucun obstacle légal; non seulement parce que les syndicats, et même le séquestre-dépositaire, peuvent procéder à la vente urgente des biens afin d'en conserver la valeur mais encore parce que la faculté de vendre était parmi celles qui revenaient aux syndicats, dont la fonction est essentiellement celle d'aliéner et qui se déroule dans la deuxième section de la faillite ».

Cet appel au *pouvoir général de vente* des syndicats (que ceux-ci, eux-mêmes, n'avaient pas osé invoquer), pour justifier, dans les circonstances de la cause, la vente de tous les biens de la Barcelona Traction, le *Contre-Mémoire* ne peut l'appuyer sur aucune argumentation juridique sérieuse. Aussi, bat-il immédiatement en retraite en enchaînant dans les termes suivants :

« Que les syndicats aient été ou non empêchés de réaliser leur fonction exécutoire — étant donné l'état où se trouvait alors la procédure de faillite —, la vente proposée par eux au commissaire devait être autorisée conformément à ce que prescrivent l'article 1354 du Code de procédure civile ou l'article 1084 du Code de commerce de 1829 ».

(713) C'est donc au lecteur qu'il appartient de choisir celui de ces deux articles qui lui paraîtrait le mieux justifier que la vente des biens saisis ait été autorisée, « que les syndicats aient été ou non empêchés de réaliser leur fonction exécutoire ».

Le premier cité, l'article 1354 de la Loi de Procédure civile, prescrit, on l'a vu, que les *autorisations* que donnera le commissaire pour les *ventes urgentes* feront l'objet d'une ordonnance rendue sur requête du *séquestre provisoire*.

Puisque cet article ne parle que du *séquestre provisoire*, c'est donc bien qu'il n'envisage comme « ventes urgentes » que celles auxquelles cet organe provisoire de

la faillite peut procéder, c'est-à-dire les ventes « de biens meubles qui ne peuvent se conserver ». En l'invoquant, le *Contre-Mémoire* reconnaît du même coup que c'est bien de ce genre de vente urgente qu'il s'est agi en l'espèce, contrairement à ce qu'il insinuait quelques alinéas plus haut.

Le Gouvernement belge se bornera, à cet égard, à répéter que l'assimilation, en vue de leur vente, des actions et obligations des sociétés auxiliaires, propriété de la société faillie, à des « biens qui ne peuvent se conserver », est une aberration, qui, non seulement viole manifestement la lettre et l'esprit de la disposition légale invoquée, mais heurte le bon sens le plus élémentaire.

(714) En invoquant, alternativement, l'article 1084, le *Contre-Mémoire* révèle son extrême embarras en même temps qu'il se prépare à verser dans une autre contradiction. En effet, au paragraphe suivant (n° 177, p. 534), oubliant qu'il vient de faire appel à cette disposition pour justifier la vente « que les syndics aient été ou non empêchés de réaliser leur fonction exécutoire », il va citer ce même article, à l'appui de la thèse que « la vente des biens saisis entre normalement dans les facultés des syndics ».

En réalité, l'article 1084 du Code de commerce de 1829 ne jette, on va le voir, aucune lumière sur le point à trancher.

Il est demeuré en vigueur par le renvoi exprès qu'y fait l'article 1358 de la Loi de Procédure civile, qui stipule que, pour l'évaluation et la vente des biens de la masse, suivant leur diverse nature, on s'en remettra aux articles 1084 à 1088 du Code de commerce.

Comme le signale le *Contre-Mémoire* lui-même (n° 240, p. 397), ces articles règlent « toutes les formalités concernant la vente... en matière de faillite ».

Il est donc vain d'y chercher la réponse à la question fondamentale examinée ici et qui est de savoir si, dans la présente espèce, eu égard à l'état de la procédure de faillite, les syndics disposaient du pouvoir général de vente que leur reconnaît l'article 1218 de la Loi de procédure civile.

En d'autres termes, l'application de ces articles, de pure procédure, *présuppose* que les syndics aient un tel pouvoir.

Ainsi lorsque l'article 1084 dispose que

« les syndics, compte tenu de la nature des effets de commerce de la faillite et en recherchant le plus grand avantage possible pour les intérêts de celle-ci, proposeront au commissaire la vente qu'il convient d'en faire aux moments opportuns et le juge déterminera ce qui convient, en fixant les prix de vente minima ... »

il est clair qu'il se borne à régler la *procédure* que les syndics doivent suivre pour l'évaluation et la vente des « effets de commerce », par opposition à celle, différente, qui est prescrite par les articles 1087 et 1088 pour les biens d'une autre nature. Cette disposition légale n'a donc nullement la portée de conférer aux syndics, à l'égard des « effets de commerce », un pouvoir de vente plus large que pour les autres biens composant la masse, pouvoir qu'ils pourraient exercer, alors même que l'état de la procédure leur interdirait de vendre ces autres biens.

Le *Contre-Mémoire* fausse donc manifestement la portée de cette disposition légale, dont il a reconnu lui-même ailleurs (IV, n° 240, p. 397) la portée purement procédurale, lorsqu'il prétend en conclure (n° 177, p. 534) que

« lorsque les biens saisis au failli sont des effets de commerce (1), les syndics ont le pouvoir d'en réaliser la vente, parce que dans ce cas, outre qu'il existe des raisons d'urgence, ils agissent dans le cadre de leurs fonctions et sans qu'aucun obstacle légal ne s'y oppose ».

« Outre qu'il existe des raisons d'urgence » : ces termes révèlent que le *Contre-Mémoire* est si peu convaincu de sa propre interprétation de l'article 1084, qu'il a senti le besoin de la renforcer en y introduisant, au passage, la notion d'urgence.

On verra d'ailleurs plus loin que la Cour d'Appel de Barcelone n'a même pas songé à invoquer cette disposition dans son arrêt du 5 février 1952.

(715) De l'examen qui précède, il résulte que le *Contre-Mémoire* est incapable d'opter pour une argumentation nettement définie, faute de pouvoir l'asseoir sur une base légale sérieuse, ce qui explique le caractère embarrasé et souvent contradictoire de sa tentative de justification.

e) *Arguments invoqués par les Tribunaux pour justifier l'autorisation de vendre.*

(716) Qu'en est-il des trois décisions judiciaires elles-mêmes, rendues soit pour autoriser la vente, soit pour écarter les recours de la société faillie contre cette autorisation ?

Et tout d'abord, l'ordonnance du juge spécial n° 2 du 27 août 1951 autorisant la vente. En se bornant, comme on l'a vu, à y justifier sa décision par simple référence aux « considérations et raisonnements formulés dans l'écrit » des syndics et à l'approbation lapidaire qu'y avait donnée le commissaire, le juge faisait siens, sans réserve, les motifs, tant de fait que de droit, que les syndics avaient fait valoir pour justifier la vente d'urgence de tout le patrimoine de la Barcelona Traction.

Ce laconisme du juge spécial dans la susdite ordonnance fut largement compensé par l'extrême prolixité dont il fit preuve dans le jugement du 15 septembre 1951, par lequel il rejeta le recours de reconsidération de Barcelona Traction contre sa première décision (*A.M.*, n° 181, vol. III, pp. 708 à 718).

Des vingt-neuf « considérants » que comporte cet extraordinaire jugement (2), les deux derniers seulement se rapportent à la question présentement traitée, c'est-à-dire

(1) Dans l'argumentation que le *Contre-Mémoire* développe au sujet de la vente, l'affirmation — inexacte — que les biens de la Barcelona Traction étaient des « effets de commerce », joue un rôle important. Elle sera rencontrée plus loin (*infra*, n° 733).

(2) C'est ainsi que le Gouvernement belge l'avait qualifié dans le *Mémoire*, en ajoutant qu'il contenait un « long réquisitoire de tous les crimes entassés par la Barcelona Traction depuis sa fondation » (*M.*, I, n° 202, p. 92).

Le *Contre-Mémoire* (n° 251, pp. 403 et 404) feint de s'en indigner; la lecture de ce jugement et de l'arrêt de la Cour d'appel qui le confirma, démontrerait, au contraire, combien est fautive l'allégation « que la société faillie n'a jamais été entendue par les Tribunaux espagnols ».

à la justification légale de l'autorisation qu'il avait accordée sommairement, le 27 août, de vendre la totalité des biens composant la masse, en dépit de l'état où se trouvait la procédure de faillite.

Le premier d'entre eux constate que les « effets de commerce » sont des biens qui, par suite de la faillite, subissent une dépréciation qui croît avec la durée de la procédure et que les syndics, obligés de proposer la vente au moment opportun, doivent éviter.

Dans le dernier, le juge balaie rapidement les objections fondamentales que Barcelona Traction avait formulées contre la décision de vendre : la suspension de la procédure n'y faisait pas obstacle puisque la deuxième section dans laquelle a lieu la vente, en était exceptée; quant à la force de chose jugée de la déclaration de faillite, c'était là un problème totalement étranger à la section d'administration et à la question débattue dans le recours

« qui est centrée sur l'article 1084 du Code de commerce de 1829; vente au moment opportun, selon l'appréciation discrétionnaire, en même temps que pondérée et exacte de la situation économique de la faillite, ce qui est précisément ce que les syndics ont fait ».

Pour le Juge spécial donc, la vente était justifiée par la dépréciation progressive des biens de la masse, mais le pouvoir qu'avaient les syndics d'y procéder trouvait sa source dans l'article 1084 du Code de commerce de 1829 applicable aux « effets de commerce ».

Cette motivation, qui s'écartait complètement de celle invoquée par les syndics et acceptée par le juge lui-même dans son ordonnance du 27 août, reposait sur une interprétation grossièrement erronée de l'article 1084, dont la véritable portée, strictement procédurale, a été analysée ci-dessus.

(717) Aussi la Cour d'appel de Barcelone, saisie de l'appel de la Barcelona Traction contre le jugement du 15 septembre 1951, tout en déclarant accepter les considérants du jugement *a quo*, s'empressa d'y substituer une argumentation toute différente, dans l'arrêt qu'elle rendit le 5 février 1952 (*A.M.*, n° 192, vol. III, p. 740).

(suite de la note 2 de la page 528)

Encore une fois, l'argument du *Contre-Mémoire* porte à faux : le grief du Gouvernement belge est que les recours fondamentaux de la société faillie, c'est-à-dire essentiellement son opposition et son incident de nullité, n'ont jamais été examinés suivant la procédure fixée par la loi.

La circonstance que certains des arguments sur lesquels la société a fondé ces recours, aient été sommairement écartés, dans des « considérants » surabondants, véritable *obiter dicta*, de certaines décisions judiciaires traitant de tout autres questions, ne peut tenir lieu du « *fair hearing* » auquel toute partie a droit en justice.

Le Gouvernement belge voit au contraire dans cette sorte d'apologie de la procédure de faillite, présentée hors de propos, tant par le juge spécial n° 2 que par la Cour d'Appel de Barcelone à l'occasion de l'autorisation de vente des biens, une nouvelle violation de la loi en même temps qu'une preuve évidente de mauvaise conscience de la part des juridictions qui ont rendu ces décisions.

Toutefois, avant d'exposer sa thèse nouvelle (1), la Cour d'appel estima que « pour les déductions ultérieures », il était « nécessaire » d'établir, entre autres, que :

a) L'ordonnance du 17 mars qui avait déclaré le jugement de faillite coulé en force de chose jugée (*firme*), avait elle-même acquis la force de chose jugée; ces deux dispositions étaient, dès lors, définitives « tant que le contraire n'aura pas été décidé aux termes d'un incident de nullité ou de tout autre recours ».

b) La deuxième section de la procédure de faillite, à la demande et de l'accord des parties, n'était pas soumise à la suspension et n'avait pas été limitée à des actes de procédure déterminés.

Eussent-elles été exactes — *quod non* —, que ces prémices auraient rendu superflues le plus clair des « déductions » qui suivaient. A ce titre, elles méritent qu'on s'y arrête.

(718) Et, d'abord, l'irrévocabilité du jugement de faillite. Sans oser prendre franchement à son compte l'affirmation que le jugement déclaratif de faillite était coulé en force de chose jugée (*firme*), la Cour d'appel se retranchait derrière l'ordonnance du 17 mars 1948, par laquelle le juge de Reus avait prétendu conférer à son propre jugement du 12 février 1948 force de chose jugée (*firmeza*).

L'excès de pouvoir ainsi commis privait manifestement cette ordonnance de tout effet juridique, ainsi que le Gouvernement belge l'a démontré par ailleurs (*supra* n° 677). En l'invoquant, la Cour d'appel n'invoquait rien (2).

Il est d'ailleurs significatif que, lorsqu'à propos de la nomination des syndics, elle s'était, pour la première fois, heurtée à l'argument que la Barcelona Traction fondait sur l'absence de *firmeza* du jugement déclaratif de faillite, la Cour d'appel, malgré l'embarras manifeste que lui causait ce moyen (3), n'avait pas songé à invoquer cette ordonnance du 17 mars 1948.

(1) On n'analysera pas ici les trois premiers considérants qui, de l'aveu de la Cour elle-même, ne contiennent que des lieux communs « indigne(s) de figurer dans une décision judiciaire » mais qu'elle a dû néanmoins insérer dans son arrêt, à l'intention du plaideur apparemment imbécile qu'est la Barcelona Traction qui semble les ignorer.

Leur ton, à l'instar de celui du jugement du 15 septembre 1951, révèle de manière saisissante l'état d'esprit de ces juridictions à l'endroit de la Barcelona Traction.

On ne peut s'empêcher de penser que ce ton, en singulier contraste avec celui employé précédemment, a été donné par la Déclaration conjointe et le communiqué officiel du Gouvernement espagnol, publiés en juin 1951.

(2) La Cour d'Appel en était, elle-même, tellement consciente, qu'après avoir affirmé que ces deux décisions étaient définitives, elle ajouta « tant que le contraire n'aura pas été décidé, aux termes d'un incident de nullité ou de tout autre recours ». Cette réserve n'était pas dépourvue de cynisme, lorsqu'on se rappelle que depuis près de quatre ans la Barcelona Traction avait présenté une demande incidente de nullité de la procédure qui visait, entre autres, l'ordonnance du 17 mars 1948, et que ce recours fondamental avait été, dès son introduction, paralysé par la suspension de la procédure.

(3) On se rappellera que la Cour, après avoir purement et simplement passé ce moyen sous silence dans son arrêt du 7 juin 1949, n'avait pu, sur recours de la Barcelona Traction, qu'y opposer, dans son arrêt du 30 juin 1949, une argumentation sans consistance (*supra*, n° 697).

Fallait-il qu'elle soit à court d'arguments pour en faire, dans son arrêt du 5 février, un préliminaire nécessaire à ses « déductions ultérieures »!

(719) Quant à l'autre obstacle majeur qui s'opposait à la vente des biens, à savoir la suspension de la procédure de faillite, encore une fois, la Cour d'appel n'osa pas l'aborder de front : elle se borna à constater, assez singulièrement, qu' « à la demande et de l'accord des parties, la deuxième section n'est pas suspendue ». Certes, le juge peut accorder l'exception prévue par le deuxième alinéa de l'article 114 de la Loi de procédure civile en faveur des actes dont l'ajournement pourrait causer un préjudice irréparable; par ailleurs, pour qu'il puisse y consentir il faut qu'il en soit requis par une partie ayant qualité. En revanche, ni la demande d'une des parties, ni même leur accord n'autorisait le juge à consentir une dérogation non expressément prévue par cette disposition légale d'ordre public.

Or, il a été démontré plus haut que l'ordonnance du 5 avril 1948 n'avait pas et ne pouvait légalement avoir excepté de la suspension les actes devant conduire à la « liquidation totale » du patrimoine du failli, parce que personne n'avait, à ce moment du moins, allégué que l'ajournement de la vente des biens pouvait causer un préjudice irréparable. Pour qu'il en fût autrement et que soit écarté, dès lors, l'obstacle légal qui s'opposait à la vente, il eût fallu, en 1951, qu'une décision des tribunaux constate que la remise de ladite vente à une date ultérieure eût causé à la masse un « préjudice irréparable » au sens de l'article 114. Or, ni le juge spécial ni la Cour d'appel n'osèrent exciper de pareille motivation. La Cour raisonna donc exactement à l'envers quand, pour écarter l'obstacle de la suspension, elle soutint que la marche de la deuxième section « n'a pas été limitée à des actes de procédure déterminés ». Et quand plus loin, dans son huitième considérant, elle affirma qu'une fois commencée, et libérée de la suspension « *par application de la loi* », la deuxième section ne peut voir son cours arrêté, elle fut, évidemment, incapable d'indiquer la disposition de la loi qui prévoit, en cas de suspension de la procédure de faillite en vertu de l'article 114, la libération de toute la deuxième section. Et pour cause : une telle disposition n'existe pas.

(720) Quant à l'argumentation nouvelle de la Cour, elle était à la mesure des préliminaires sur lesquels elle reposait.

Dans son cinquième considérant, par exemple, elle en référa, en termes élogieux, aux « considérants » du jugement du 15 septembre 1954, « dignes de la science du juge spécial qui les a rédigés », mais ce fut pour s'empressement d'en démolir le système. Par ailleurs, après avoir commencé par invoquer l'article 1358 précité de la Loi de procédure civile, lequel renvoie à l'article 1084 du Code de commerce de 1829, elle ne mentionna même pas ce dernier, sur lequel, cependant, le juge spécial avait axé toute son argumentation en soutenant qu'il conférerait aux syndics le pouvoir de vendre « au moment opportun ». En revanche, excipant de ce que l'article 1358 « ne précise rien au sujet du moment de la procédure où peuvent être vendus les biens », et du silence de la Loi de procédure, dans sa partie relative à la faillite, elle eut recours aux articles 1234 et 1235 de la Loi de procédure civile, applicables en cas de faillite civile et argumenta de ce qu'eux fixent « avec toute précision » le moment de la vente, c'est-à-dire immédiatement après que les syndics ont été nommés.

Puis, sur sa lancée et inconsciente du coup fatal qu'elle portait ainsi au système si ingénieusement élaboré jusqu'ores, elle ajouta :

« ... il faut noter que, pour la vente, ils n'ont besoin d'aucune autorisation, ni du commissaire, ni du juge, ni des créanciers, parce qu'ils doivent y procéder par ordre de la loi, ainsi qu'on peut le déduire du mot « procéderont » qu'emploie le législateur; que c'est précédemment pour ne pas vendre que l'article 1235 exige que les syndics obtiennent l'autorisation provisoire du juge et définitive des créanciers ... » (*A.M.*, n° 192, vol. III, p. 742).

Mais si cela était vrai, pour quelle raison les syndics avaient-ils attendu deux ans pour vendre, et pourquoi, à ce moment-là, encore avaient-ils jugé nécessaire d'adresser au commissaire un écrit de dix pages pour essayer de justifier ce qu'à en croire la Cour, ils auraient eu, non seulement le droit mais le devoir, de faire depuis longtemps? Pourquoi le commissaire dut-il en référer au juge spécial? Pourquoi celui-ci dut-il rendre une ordonnance « accédant à la demande des syndics » et consacrer vingt-neuf considérants à essayer de justifier sa décision, sur un recours du failli qui, dans la thèse de la Cour, aurait été, purement et simplement, téméraire et vexatoire?

En voulant trop prouver, la Cour d'appel n'a fait que souligner, d'une part, les multiples contradictions des diverses thèses soutenues tour à tour et, d'autre part, l'impossibilité où se sont vus tant les tribunaux que le *Contre-Mémoire*, de trouver, dans les dispositions légales en vigueur, la justification d'un acte qui ne s'explique, en définitive, que par la volonté arrêtée des tribunaux espagnols d'accorder à Juan March tout ce qu'il demandait, au moment même où il le demandait.

(721) Curieusement, bien qu'elle eût pris la précaution de poser comme préalable « nécessaire » que le jugement de faillite était devenu irrévocable, la Cour d'appel consacra trois considérants à tenter de prouver que, même si le jugement avait été susceptible de recours, la vente des biens eut encore été possible.

Elle usa, à cet égard, de deux arguments dont il est facile de démontrer le manque de fondement.

a) Elle soutint, d'abord, que la règle légale suivant laquelle une décision ne peut être exécutée que lorsqu'elle est *firme*, ne s'appliquerait pas aux procédures d'exécution et surtout pas aux procédures de faillite.

Elle fut, cependant, incapable, et pour cause, d'indiquer le texte légal qui aurait justifié son affirmation, ni d'appuyer celle-ci sur une quelconque citation doctrinale ou jurisprudentielle.

En réalité, pareille thèse ne résiste pas à un examen même sommaire. Comme le démontre fort bien Ramirez (*supra*, n° 707), la liquidation finale de la procédure de faillite, en tant que mesure d'exécution, n'est pas possible tant que le jugement déclaratif n'est pas devenu irrévocable, et ce, non seulement en vertu de la règle générale de l'article 919 de la Loi de procédure civile mais aussi de la règle, particulière à la procédure de faillite, de l'article 1028 du Code de commerce de 1829.

b) Comme deuxième argument, le Cour d'appel invoqua la division de la procédure de faillite en sections, suivant la règle bien connue des articles 1321 et 1322 de la Loi de procédure civile. Elle soutint que cette division impliquerait que la deuxième

section devrait se dérouler de manière totalement indépendante, et en quelque sorte inexorablement, quel que soit le sort des actes de procédure rentrant dans les quatre autres sections. C'était là, *une nouvelle fois, une affirmation* à l'appui de laquelle la Cour d'appel ne put citer aucune autorité. L'argument qu'elle invoqua pour tenter de justifier cette étonnante assertion était d'un simplisme désarmant : cette indépendance totale de la deuxième section résulterait du fait que, selon l'article 1350 de la Loi de procédure civile, il faut placer en tête du dossier relatif à la deuxième section, une copie certifiée du jugement déclaratif de faillite « *sans autre antécédent* ». Puisque cette disposition légale — expliqua gravement la Cour d'appel — n'exige pas qu'en outre, mention soit faite que le jugement déclaratif de faillite a acquis force de chose jugée, c'est bien que pareille condition n'est pas nécessaire au déroulement normal et intégral de la deuxième section de la faillite.

Or, il résulte, manifestement, du texte de l'article 1350 (1) que celui-ci se borne à désigner les deux pièces qui doivent figurer en tête du dossier de la deuxième section. En revanche, rien ne permet d'en déduire qu'un failli devrait subir la vente de ses biens avant d'avoir été entendu sur le point de savoir si c'est à bon droit ou à tort qu'il a été déclaré en faillite. Pour qu'une mesure aussi dérogoratoire au bon sens le plus simple et à l'équité la plus élémentaire puisse être consommée, il est évident qu'il ne suffit pas du prétendu silence du législateur mais qu'il faudrait un texte, particulièrement formel et singulièrement précis.

Mais il y a plus : l'indépendance totale que la Cour d'appel voulait conférer à la deuxième section à l'égard des autres parties de la procédure, est, dans le système légal espagnol de la faillite, un pur non-sens, ainsi qu'un exemple suffira à le démontrer. Il n'est pas contesté que le failli peut, en vue d'éviter la liquidation de ses biens, proposer un concordat à ses créanciers. Or, ces propositions concordataires ne peuvent être présentées que dans le cadre de la première section de la faillite. Ce qui signifie que si la première section de la faillite est paralysée, la procédure concordataire ne peut être amorcée. Ce qui signifie encore, au cas où la thèse de la Cour d'appel de Barcelone devrait être admise, qu'un failli pourrait se voir imposer la vente de ses biens sans avoir jamais eu l'occasion de proposer un concordat, quelque alléchant que puisse être celui-ci. Telle est la conséquence, absolument inadmissible, de la thèse défendue par la Cour. Or, si une conséquence est inadmissible, c'est que le principe d'où elle procède l'est également. On comprend, dès lors, qu'eu égard au caractère indéfendable de son raisonnement, la Cour d'appel ait pris la précaution de le faire précéder de l'affirmation — fausse, elle aussi — selon laquelle le jugement de faillite était devenu irrévocable.

f) *L'autorisation de vente en tant que détournement de la procédure de faillite de son but légal.*

(722) L'exposé qui précède, en s'attachant à démontrer qu'en l'espèce, *vu l'état de la procédure*, la décision de vendre ne pouvait être prise qu'en violation flagrante de la loi, n'a examiné la question que sous son aspect principalement procédural.

(1) *Art. 1350 de la Loi de procédure civile* : « En tête du dossier relatif à cette Section, on mettra copie conforme du jugement de déclaration de faillite, sans autre antécédent, et l'on joindra ensuite l'inventaire qui doit être dressé de tout l'avoir de la faillite existant au domicile du failli, conformément aux numéros 3^o, 4^o et 5^o de l'article 1046 du Code de Commerce ».

A les considérer, maintenant, sous l'angle des principes fondamentaux du droit de la faillite, les actes et décisions qui conduisirent à la vente apparaissent peut-être plus choquants encore, en ce qu'ils révèlent crûment que le *seul but* poursuivi dans cette singulière faillite fut la *vente des biens au groupe March* et que, partant, la faillite fut détournée de la fin que la loi lui assigne et qui n'est pas de vendre les biens du failli, mais de payer ses créanciers.

Deux ordres de considérations permettront à la Cour de se convaincre qu'il en a bien été ainsi :

— Les syndics, au mépris de leurs devoirs les plus élémentaires, n'eurent pratiquement d'autre activité que de préparer et de réaliser une vente ruineuse pour la société faillie.

— Les syndics vendirent les biens à un moment où il leur était légalement impossible de payer les créanciers.

1° La vente, seul but et seule activité des syndics.

(723) Sans doute, dans la majorité des cas, la liquidation des biens de la masse est-elle le seul *moyen* pour les organes de la faillite de se procurer l'argent nécessaire au paiement des créanciers. Il est fatal qu'il en soit ainsi, particulièrement en droit espagnol puisque, ainsi qu'on l'a démontré ci-dessus (*supra*, n° 496), pour que la faillite puisse être valablement déclarée, il faut qu'il y ait une cessation générale des paiements dénotant l'insolvabilité définitive du commerçant.

Mais dès le moment où, au prix d'une première et flagrante illégalité, une société qui était parfaitement solvable, avait été déclarée en faillite, la liquidation de tous ses biens ne constituait pas nécessairement le seul moyen, ni le meilleur, d'assurer le paiement de ses créanciers.

(724) Pour apprécier les moyens d'action dont les organes de la faillite auraient pu disposer en l'espèce, il y a lieu, évidemment, de se mettre à leur place, c'est-à-dire de tenir compte du jugement déclaratif de faillite tel qu'il avait été rendu, et, également, d'accepter, toujours évidemment aux seules fins du raisonnement, l'interprétation et l'exécution que les organes de la faillite lui ont données. On ne reviendra donc, ici, ni sur l'absence d'appréhension des biens dont la saisie avait été ordonnée, ni sur l'usage intensif et excessif que firent les organes de la faillite de la possession médiate et civilissime.

(725) Quelle était la situation à laquelle les organes de la faillite avaient à faire face ?

D'une part, la société faillie était une *holding* qui, non seulement contrôlait une série de sociétés exploitant en Espagne, mais possédait, en outre, sur elles, directement ou par l'intermédiaire d'International Utilities Finance, de substantielles créances, immédiatement exigibles, à concurrence de quelque 50 millions de dollars.

D'autre part, les sociétés auxiliaires, et particulièrement l'Ebro, avaient, au moment de la déclaration de faillite, des *disponibilités*, en caisse et banques, de près de 160 millions de pesetas (équivalant à l'époque à quelque 14 millions de dollars), dispo-

nibilités qui n'ont fait que s'accroître dans la suite, et un crédit pratiquement illimité auprès des banques, étant donné que depuis de nombreuses années, ces sociétés avaient financé la plus grande partie de leurs installations nouvelles en réinvestissant le plus clair du produit de leur exploitation.

Or, la loi espagnole (article 1218, 3^o, de la Loi de procédure civile) (1) fait un devoir aux syndics de « recouvrer et toucher toutes les créances » du failli.

Sans doute, ces créances étaient-elles contractuellement exigibles en dollars à Toronto. Toutefois, il était loisible aux syndics, en tant, d'une part, que « représentants légaux » de la Barcelona Traction, et, d'autre part, en tant que maîtres absolus des sociétés auxiliaires (ils l'avaient montré à suffisance en changeant de fond en comble les statuts de celles-ci et en hispanisant deux d'entre elles), d'accepter pour compte de l'une, et de faire accepter par les autres, le paiement de ces créances par leur équivalent en pesetas au cours du jour du paiement. Ce recouvrement aurait pu avoir lieu progressivement, afin de ne pas bouleverser la trésorerie des sociétés auxiliaires et de permettre à celles-ci, en cas de besoin, de recourir au crédit, comme il leur était loisible de le faire puisqu'elles n'étaient pas en faillite.

(726) Que firent, au contraire, les syndics ? Il est extrêmement révélateur de constater qu'ils *n'entreprirent aucune démarche* pour le recouvrement, fût-ce partiel des créances de la faillie (2), en dépit de l'obligation qui leur en était faite par la loi.

(1) L'article 1218, 3^o, fait aussi obligation aux syndics de payer les sommes nécessaires à la défense des droits du failli et à la conservation de ses biens. S'ils n'estimaient pas pouvoir, à ce titre, payer les intérêts des obligations en pesetas de la Barcelona Traction, pour éviter la vente du gage de 2.640.000 £ d'obligations First Mortgage, ils auraient dû le racheter, en application de l'article 918 du Code de commerce, lorsque le *trustee* manifesta son intention de le vendre, suite à la suspension du service des intérêts. En s'abstenant de faire l'une et l'autre choses, ils causèrent un préjudice de plus de 2.000.000 de £ à la masse, du fait que le *trustee* vendit les 2.640.000 £ d'obligations First Mortgage pour la somme nécessaire au remboursement des obligations en pesetas de la Barcelona Traction (équivalent à environ 640.000 £). Il est révélateur que ce fut Juan March qui fit cette fructueuse opération à leur place.

Le *Mémoire* (I, n^o 110, p. 56 et p. 97 note (1)) avait dénoncé cette grave omission. Le *Contre-Mémoire* (n^o 125, pp. 320 à 323) y objecte que le *trustee* Westminster Bank avait, à part la suspension des intérêts, d'autres motifs qui lui auraient permis d'exécuter le gage.

Qu'importe, si *en fait* le *trustee* n'a invoqué que la suspension des intérêts (*A.C.M.*, n^o 65, doc. 2, vol. VII, p. 333).

Quant à imputer la responsabilité à la Barcelona Traction elle-même, c'est une galéjade : les syndics avaient à accomplir spontanément leur devoir légal. En insistant pour qu'ils le fissent, la Barcelona Traction avait déjà été au-delà de ses obligations.

Ce manquement à leurs devoirs révèle combien peu les syndics se préoccupaient des intérêts de la masse. Il est significatif qu'ils ne feignirent de s'en souvenir que lorsqu'il s'agit pour eux de vendre les biens : à ce moment, ce fut l'intérêt de la masse qu'ils invoquèrent, pour justifier la liquidation de celle-ci comme moyen d'en conserver la valeur.

(2) Au contraire, en tant que « titulaires » des actions de l'Ebro, la seule chose qu'ils firent fut de ratifier, en assemblée générale, la décision du pseudo-conseil d'administration de cette société, « de ne pas verser d'intérêts à International Utilities Finance Corporation ». Résolution seizième de l'assemblée générale de l'Ebro du 14 décembre 1949 (*A.M.*, n^o 164, vol. III, p. 640). Or, International Utilities Finance Corporation devait elle-même des intérêts équivalents à la Barcelona Traction.

Or, s'ils l'avaient fait, ils auraient pu, en un temps raisonnable, recueillir dans les caisses de la faillite des sommes suffisantes pour leur permettre de rembourser intégralement les créanciers de la société faillie. En effet, les dettes de celle-ci, libellées en devises étrangères, devaient être *obligatoirement* (voir *infra*, n^{os} 755 ss.) converties en pesetas au cours du jour de la déclaration de faillite; le passif total de la faillite, en *principal* et *intérêts arriérés*, ne s'élevait qu'à 371 millions de pesetas alors que, comme dit ci-dessus, le montant du disponible s'élevait à quelque 160 millions de pesetas et qu'à fin 1951 il était de plus de 266 millions.

La carence, véritablement incroyable des syndics ne s'explique que par le dessein préconçu de vendre les biens litigieux à Juan March.

2^o La vente à un moment où les syndics ne pouvaient légalement payer les créanciers.

(727) Si, comme le veut la loi (1), la vente des biens du failli n'est pas une fin en soi, mais un moyen de procurer aux syndics les ressources nécessaires à rembourser les créanciers, il est logique, dans des conditions normales, de ne procéder à la liquidation que lorsque l'état de la procédure permet d'accomplir les préliminaires indispensables au paiement des créances (c'est-à-dire, essentiellement, la vérification et le classement, par ordre de préférence, des diverses créances produites) et d'effectuer ce paiement lui-même.

On a vu (*supra*, n^o 681), que ces actes préparatoires et le paiement rentrent dans la quatrième section de la procédure de faillite (article 1322 de la Loi de procédure civile). Or, celle-ci se trouvait, en l'espèce, suspendue, en même temps que l'ensemble de la procédure de faillite, par application de l'article 114 précité de la Loi de procédure civile (2).

Les syndics nommés par les votes de Juan March ne pouvaient ignorer, en août 1951, que cette suspension n'était pas près d'être levée (3). Ils savaient donc qu'ils ne pourraient, avant longtemps, ouvrir les voies légales conduisant au paiement des créanciers.

Aussi leur fallait-il tenter de donner à leur proposition de vente une autre justification que celle de payer les créanciers. Ce fut la « vente d'urgence ».

(1) L'article 911 du Code de commerce s'exprime comme suit : « On payera les créanciers, conformément à ce qui est établi dans les articles suivants, avec le produit des biens de la faillite après les déductions prescrites dans les articles antérieurs ».

Les déductions dont parle cet article visent les biens qui doivent être exclus de la masse en vertu des articles 908 à 910 du même Code, tels par exemple les biens appartenant à des tiers, les biens dotaux, les biens paraphernaux, les biens confiés en dépôt ou à l'administration du failli, les marchandises qu'il détiendrait à titre de commissionnaire, les biens vendus au comptant au failli dont le prix n'aurait pas été antérieurement payé, etc...

(2) On verra, dans la sous-section 3 ci-dessous, le nouveau subterfuge que le groupe March imagina pour faire échapper à cette suspension le paiement des seuls créanciers qui l'intéressaient, à savoir les obligataires, et les illégalités flagrantes que les Tribunaux commirent en autorisant et en approuvant les propositions qui leur furent faites à cette fin.

(3) La procédure d'appel sur le déclinatoire Boter, qui tenait la procédure de faillite en suspens, était encore à cette époque paralysée par l'incident Genora, qui ne devait prendre fin que plus d'un an après (*supra*, n^o 640).

(728) La Barcelona Traction ne manqua pas de rappeler, dans son recours en reconsidération contre la décision du 27 août 1951 (*A.M.*, n° 180, vol. III, p. 695) les stipulations de l'article 911 du Code de commerce (*supra*, p. 536, note 1), ni de souligner que les syndics ne manifestaient, dans leur écrit proposant la vente, aucune intention de destiner le produit de la vente au paiement des créanciers, et elle en concluait :

« ... la proposition des syndics n'a pas pour objet de payer les créanciers, mais bien simplement de faire passer en des mains étrangères toutes les actions et titres de crédit qui forment le capital et le patrimoine des sociétés indûment saisies et administrées ».
(*A.M.*, vol. III, p. 696).

Le moyen dut embarrasser et le juge spécial n° 2, qui n'y fit aucune allusion dans aucun des vingt-neuf « considérants » de son jugement du 15 septembre 1951, et la Cour d'appel, qui n'en parla pas davantage dans les onze « considérants » qu'elle estima, dans son arrêt du 5 février 1952, devoir ajouter à ceux du juge spécial.

Ce silence, inadmissible, ne constitue pas seulement une nouvelle violation du « principe dispositif » (voir *supra*, n° 687 et note 2 p. 510), mais l'aveu que l'une et l'autre juridictions étaient parfaitement conscientes de la distorsion des règles légales, qu'une fois de plus Juan March leur demandait d'avaliser, en autorisant une vente qui ne répondait pas au but que la loi lui assigne (1).

(1) Concernant les décisions qui autorisèrent la vente, la Barcelona Traction poussa ses recours jusque devant le Tribunal Suprême, en dépit de l'opposition à laquelle elle se heurta de la part de la Cour d'Appel qui lui refusa la délivrance des copies des pièces du dossier nécessaires à la préparation du pourvoi. Finalement dans son arrêt du 12 janvier 1954, le Tribunal Suprême, une fois de plus, déclara le recours irrecevable (*M.*, I, n° 205, p. 94; *A.O.C.*, n° 31, vol. II, p. 419).

La décision par laquelle le juge spécial n° 2 n'admit qu'à un seul effet l'appel contre son jugement du 15 septembre 1951, longuement commenté plus haut, donna aussi lieu à toute une série de recours qui aboutirent à l'habituel arrêt du Tribunal Suprême déclarant le pourvoi en cassation irrecevable (*A.O.C.*, n° 31, vol. II, p. 418, note 1).

Le *Mémoire* (n° 203, p. 93) avait dénoncé l'*injustice flagrante* de l'arrêt de la Cour d'appel du 27 novembre 1951 (*A.M.*, n° 189, vol. III, pp. 735 et ss.) refusant d'admettre à deux effets l'appel contre une décision qui entraînait, pour la société faillie, des conséquences irréparables. Il avait, en outre, souligné le caractère *discriminatoire* de cette décision résultant de la circonstance que la même Chambre de la Cour d'appel avait, par arrêt du 4 décembre 1950 (*A.M.*, n° 190, vol. III, p. 737), rendu dans une autre affaire de faillite, réformé un jugement qui n'avait admis l'appel qu'à un seul effet. Le *Contre-Mémoire* (nos 204-205, pp. 545-546) esquisse une laborieuse réponse au grief belge.

Quant aux règles légales applicables à l'admission à un ou deux effets des actes d'appel, le Gouvernement belge les a déjà rappelées ci-dessus (*supra*, n° 634) pour démontrer ensuite (*supra*, n° 637 et ss.) qu'est inexacte la thèse espagnole suivant laquelle on ne pourrait jamais admettre d'appel à deux effets dans le cas de la procédure de vente sur faillite.

Le Gouvernement belge maintient donc qu'il y a eu violation grossière et palpable du droit espagnol lorsque la Cour d'appel a refusé, dans son arrêt du 27 novembre 1951, l'application de l'article 385 de la Loi de procédure civile et l'offre de caution qui avait été faite par Barcelona Traction.

Quant aux explications embarrassées du *Contre-Mémoire* pour tenter de démontrer que l'arrêt du 4 décembre 1950, rendu dans une autre procédure de faillite, se présentait dans un contexte tout à fait différent, il suffit de lire cet arrêt, reproduit à l'annexe précitée au *Mémoire*, pour se rendre compte que les circonstances distinctes dans lesquelles ledit arrêt fut rendu, sont impuissantes à justifier la contradiction formelle qui existe entre la décision rendue par la Cour d'appel en cette occasion et celle qu'elle rendit le 27 novembre 1951 en cause de Barcelona Traction.

Sous-section 3

Modalités et conditions de la vente

(729) Illégale dans son principe même, la vente des biens de la Barcelona Traction le fut également dans ses modalités et, pratiquement, dans chacune de ses conditions.

a) *La vente aux enchères sans évaluation contradictoire.*

(730) La première partie de la *Réplique* a démontré le rôle important qu'a joué, dans le déroulement de la manœuvre de spoliation, l'astucieuse combinaison de la vente à l'intervention d'un courtier — il faut lire : sans évaluation contradictoire — avec celle de la vente aux enchères, cette dernière devant fournir, *en apparence*, au failli les meilleures garanties, *tout en réalisant, par le jeu d'un cahier des charges habilement conçu, son total dépouillement* (*supra*, n^{os} 182 et suiv.).

Si la manœuvre était évidente, encore faut-il démontrer ici qu'elle n'a été possible qu'à la faveur d'une violation de la loi.

(731) Il n'est pas exagéré de dire que l'argumentation du *Contre-Mémoire* en la matière repose essentiellement sur un jeu de mots.

Les articles 1084 à 1089 du Code de commerce de 1829 règlent, encore à l'heure actuelle, en vertu du renvoi qu'y fait l'article 1358 de la Loi de procédure civile, la procédure à suivre pour l'évaluation et la vente des biens de la masse, selon la nature diverse de ceux-ci, que ce même article classe en trois catégories : « effets de commerce (*efectos mercantiles*), biens meubles d'une autre espèce et biens immeubles ».

Si l'on sait que, pour la vente des « effets de commerce », les articles 1084 à 1086 du Code de commerce de 1829 ne prévoient pas d'évaluation contradictoire, à l'encontre de ce que stipulent les articles 1087 et 1088 pour les biens des deux autres catégories, on comprend l'intérêt majeur qu'a le *Contre-Mémoire* à essayer de démontrer que les actions, obligations et créances, propriété de la Barcelona Traction, auraient constitué des « effets de commerce », au sens de l'article 1084 du Code de Commerce de 1829 (1).

(1) L'intérêt du *Contre-Mémoire* à soutenir cette thèse — mal fondée ainsi qu'on le verra — était double parce que, comme il a été signalé ci-dessus, le *Contre-Mémoire*, à la suite du Juge spécial n^o 2, a cherché à trouver dans l'article 1084 la justification du pouvoir qu'avaient les syndics, quel que fût l'état de la procédure, de vendre les biens du failli rentrant dans la catégorie des « effets de commerce » (*supra*, n^o 714).

C'est donc une question de terminologie qui sert de base à une partie importante du système de défense du Gouvernement défendeur, de même qu'à l'argumentation des tribunaux espagnols qui se sont servis de l'expression « effets de commerce » (*efectos de comercio, efectos mercantiles*) pour tenter de justifier la procédure suivie pour la vente des « biens » de la Barcelona Traction. Dès lors, il a paru préférable de traiter cette question dans le corps de la *Réplique* elle-même, plutôt qu'en annexe, comme l'a fait, pour la plus grande part de sa prétendue « démonstration » le *Contre-Mémoire* (*A.C.M.*, vol. VIII, pp. 274 et ss.).

(732) L'opinion du Gouvernement espagnol, sur le sens à donner aux termes « effets de commerce », est exposée aux nos 238 et 239, IV, pp. 395 et 396 du *Contre-Mémoire*.

Cette qualification serait, selon lui, « fondamentale » pour déterminer les *normes de procédure applicables* à la vente (1).

Sa thèse tient en peu de mots :

« Il a été exposé déjà (par. 2 de la présente Section) que ce qui a été vendu, c'étaient les actions et les obligations dont Barcelona Traction était propriétaire, avec les droits, pouvoirs et privilèges y attachés. En droit espagnol, les droits attachés à des actions et à des obligations ne sauraient être qualifiés autrement que « d'effets de commerce ». »

Le *Contre-Mémoire* procède ensuite, à sa manière, à une exégèse sommaire de l'article 1358 de la Loi de procédure civile, en tant que cet article distingue, du point de vue de la procédure à suivre pour leur évaluation et leur vente, trois catégories de biens.

« Sans préjudice — dit-il — de l'examen détaillé qui est fait de la question à l'Annexe N° 149 au présent Chapitre, il importe de signaler que, d'une façon générale, on entend par « effets de commerce » les choses qui font l'objet d'opérations commerciales, par opposition aux biens meubles qui ne sont pas choses commerciales, comme, par exemple, le mobilier, les installations, les machines, etc. ». (2)

Pour le Gouvernement espagnol, donc, par l'expression « biens meubles qui ne seraient pas des effets de commerce », le Code de 1829 n'aurait entendu désigner que des *biens non commerciaux* (3).

(1) Elle l'est aussi, dans le système du *Contre-Mémoire*, pour la *détermination du pouvoir de vente* des syndicats puisque l'exposé auquel il est fait référence ci-dessus, se situe dans le paragraphe intitulé : « Décision de vente des « effets de commerce » dont la société faillie était propriétaire » (*C.M.*, p. 395).

(2) Le *Contre-Mémoire* prend la précaution, à la note (1) de la page 395, de dire que : « Le terme « effet de commerce » (*efecto de comercio* ou *efecto mercantil*) a, en droit espagnol, un sens beaucoup plus large que dans la terminologie juridique française. Il s'applique non seulement à la lettre de change, au billet à ordre, etc., mais également aux actions et obligations émises par les sociétés. (Voir *infra*, n° 239, et Chap. III, Annexe n° 149.) »

(3) Mention ne sera pas faite ici des biens de la troisième catégorie, c'est-à-dire des immeubles, parce que leur définition ne fait pas l'objet de contestation entre les Parties. On remarquera, toutefois, que dans la mesure où les syndicats ont prétendu inclure dans l'objet de la vente, tout le patrimoine des sociétés auxiliaires, l'application de l'article 1087 (évaluation contradictoire) s'imposait, puisque ces patrimoines comprenaient des biens immobiliers aussi nombreux qu'importants.

Cet exposé sommaire, totalement dépourvu de référence doctrinale ou jurisprudentielle, ne trouve pas plus d'appui dans l'annexe annoncée (*A.C.M.*, n° 149, vol. VIII, pp. 274 et ss.), qui est loin d'éclairer le problème.

On y trouve, à la première ligne, l'affirmation encourageante que

« La locution « effets de commerce » a, dans la loi, un sens clair et sans équivoque ».

Ce sens, qui est défini, dans les lignes suivantes, comme « clairement générique », est évidemment celui qui convient à la thèse du *Contre-Mémoire* et englobe « les titres et valeurs émis par... les sociétés commerciales ou industrielles... ».

Mais cette affirmation catégorique se trouve contredite au paragraphe suivant de la même note-annexe :

« En régissant l'aliénation des biens du failli, le législateur de 1829 emploie la locution « effets de commerce » dans toute l'ampleur du terme.

Dans d'autres préceptes des deux Codes de commerce (de 1829 et de 1885) et de la Loi de procédure civile, cette locution est, par contre, utilisée avec un sens plus restreint, mais, dans ce cas, « effet commercial » équivaut, de façon précise et spécifique, aux valeurs ou crédits, actions ou obligations, à l'exclusion des marchandises comme objet de commerce ».

Et l'auteur de la note-annexe croit pouvoir concilier ce qui n'est pas conciliable par cette singulière affirmation :

« Il suffira de glaner parmi une cinquantaine d'articles s'y rapportant pour démontrer ou bien que les articles 1084 et suivants en employant l'expression « effets de commerce » s'en servent dans le sens générique que nous (1) leur avons attribué, ou bien que, si l'on veut donner à l'expression un sens spécifique, qu'il ne saurait s'agir que des valeurs émises par l'Etat... et de celles des sociétés ou entreprises commerciales ou industrielles... ».

Ce qui revient à dire que, suivant l'auteur de la note-annexe, l'article 1084 pourrait s'entendre dans un sens qui excluerait des « effets de commerce » les marchandises faisant l'objet du commerce du failli, pour ne comprendre que les titres-valeurs.

Suit une laborieuse compilation des multiples articles de loi « glanés » dans divers codes et dont le seul trait commun est d'utiliser le mot « effets ». Tant et si bien, qu'arrivé au terme de la note-annexe, le lecteur patient est amené irrésistiblement à la conclusion que la locution « effets de commerce » n'a dans la loi ni un sens « clair » ni un sens « sans équivoque ».

(733) Avec tout le respect dû à l'argumentation du Gouvernement espagnol, qu'il soit permis de suggérer qu'il eût été de meilleure méthode, s'il souhaitait dégager le véritable sens que le législateur de 1829 avait entendu attacher aux mots « effets de commerce » en même temps que la « *ratio legis* », de lire les articles suivant immédiatement l'article 1084.

(1) L'auteur de la note-annexe, suivant en cela le *Contre-Mémoire*, ne cite, en effet, aucune autorité, doctrinale ou jurisprudentielle, à l'appui de son exposé, qui n'est donc que l'expression d'une opinion personnelle et anonyme.

Car, l'article 1086 suffit à révéler que le législateur, lorsqu'il parle des « effets de commerce » pour les distinguer des autres biens composant la masse, vise les marchandises en magasin faisant l'objet du commerce courant du failli.

Cet article prescrit, en effet, au commissaire, pour déterminer le prix auquel il y a lieu de vendre « les effets de commerce », de tenir compte « de leur *coût suivant les factures d'achat* et les frais occasionnés postérieurement, en appliquant les augmentations que permettrait le *prix courant des marchandises (généros) de même espèce et qualité sur les mêmes marchés (plazas de comercio)* ».

Le critère légal apparaît, dès lors, clairement : lorsque les syndics trouvent, parmi les biens de la masse, des marchandises qui sont d'un commerce habituel, c'est-à-dire telles qu'il s'en négocie régulièrement sur le marché, dont celles de même espèce et qualité font l'objet d'un prix-courant, et dont, au surplus, on peut facilement vérifier le coût d'acquisition par les factures d'achat du commerçant, il n'y a aucune raison de recourir à des évaluations contradictoires, puisque leur réalisation sur le marché, à l'intervention d'un courtier de commerce, doit permettre de les négocier au prix normal ou courant, au moment de la vente.

Par contre, lorsqu'il s'agit d'autres biens meubles, la détermination de leur valeur vénale, en l'absence d'un marché organisé, est forcément difficile. Aussi le législateur a-t-il logiquement prévu que, dans ce cas, ces biens doivent, au préalable, faire l'objet d'une *expertise* contradictoire.

Est-il besoin de dire, que s'agissant de vendre en bloc les actions, obligations et créances propriété de Barcelona Traction, qui représentaient un ensemble d'entreprises industrielles de grande importance et dont aucune n'avait jamais été cotée en Bourse (1), il eut été impossible, sans aller directement à l'encontre du texte et de l'esprit de la loi, d'appliquer à leur aliénation les normes prévues pour les marchandises de négociation courante, et ce, sous le fallacieux prétexte que les mots « effets de commerce » auraient été quelquefois utilisés par le législateur pour désigner des titres représentatifs d'actions ou d'obligations (2)?

(1) Il est évident, de plus, que les cours de bourse auxquels étaient traités à l'époque les titres d'autres sociétés d'électricité d'Espagne ne pouvaient fournir d'indication utile sur la valeur marchande des titres composant l'actif de Barcelona Traction, qu'après une étude comparative de la structure technique et financière de ces autres sociétés d'électricité et de celles du groupe Barcelona Traction.

(2) Une telle application de l'article 1084 est encore plus inadmissible dans le système échafaudé par le *Contre-Mémoire*, selon lequel la vente n'aurait pas porté sur les titres eux-mêmes, mais exclusivement sur *les droits*, au premier rang desquels figurerait le fameux « droit de domination » de Barcelona Traction sur les sociétés auxiliaires. Le Gouvernement espagnol songe-t-il sérieusement à soutenir que la loi a entendu soumettre l'aliénation d'un tel droit — à supposer qu'il soit reconnu en droit espagnol — aux mêmes règles que celles qui régissent la vente des denrées et marchandises d'un commerçant en faillite?

(734) Les syndics, au surplus, ne s'y étaient pas trompés. En effet, l'expert commercial consulté par eux sur « la meilleure manière de vendre les valeurs négociables » (1) figurant dans la faillite, avait déclaré :

« Après avoir mené à bien les études et démarches nécessaires, je conclus que les caractéristiques, nationalités et importance variées des valeurs que l'on prétend vendre (actions ordinaires, à terme, sans valeur nominale, privilégiées, parts de fondateurs, etc.) rendent hasardeuse leur aliénation par un courtier de commerce, à moins de courir le risque de pertes graves sur le prix.

Que l'absence de cotation desdites valeurs dans les Bourses espagnoles suscite une grande difficulté pour la fixation du prix d'autant plus qu'il n'existe pas de précédentes transactions sur ces valeurs ni d'éléments suffisants pour établir leur prix coûtant même approximatif ».

(A.C.M., n° 152, doc. n° 4, vol. VIII, p. 316).

L'expert avait, dès lors, conseillé de recourir à la vente aux enchères publiques. Les syndics, dans leur écrit précité du 13 août 1951 demandant l'autorisation de vendre, ne purent que suivre l'avis de l'expert et exprimèrent l'opinion que :

« ... cherchant la meilleure garantie des intérêts en cause, il devrait être procédé à leur vente aux enchères publiques, l'estimation de ces biens étant effectuée dans la forme établie par l'article 1087, sans préjudice de ce qu'un « courtier de commerce » de la place intervienne à la vente ».

(A.M., n° 175, vol. III, p. 674).

En conclusion de leur écrit (*ibid.*, p. 679) les syndics invoquèrent à nouveau l'article 1087, qui est précisément celui qui prévoit l'expertise contradictoire. Le commissaire se référa expressément au même article dans le bref écrit par lequel il transmit au Juge spécial n° 2, avec son approbation, la proposition des syndics (A.M., n° 178, vol. III, p. 683). Par son ordonnance du 27 août, ce magistrat accéda sans réserve à la demande des syndics, en précisant que la vente devrait être effectuée aux enchères publiques « après due évaluation », ce qui, dans le contexte de sa décision, signifiait qu'il acceptait également le mode d'évaluation proposé par syndics et commissaire (A.M., n° 179, vol. III, p. 684).

(735) Le *Mémoire* (I, nos 208 et 209, p. 95) a décrit la volte-face qui se produisit ultérieurement lorsque le groupe March comprit, quelque deux mois plus tard, que cette expertise contradictoire risquait de s'avérer très gênante pour lui (*supra*, n° 182).

Feignant d'oublier ce qu'ils avaient demandé par leur écrit du 13 août, les syndics, le 11 octobre 1951, au terme d'un exposé passablement embarrassé sur les changements survenus depuis 1829 dans la terminologie légale (A.M., n° 195, vol. III, pp. 749 et ss.), demandèrent au commissaire de se charger lui-même d'évaluer les biens, ce que ce dernier accepta avec empressement dans l'écrit qu'il adressa au juge spécial, deux jours après, tout en sollicitant de se faire assister dans l'évaluation par l'expert Soronellas (2).

(1) Par un de ces petits « coups de pouce » dont il est coutumier, le *Contre-Mémoire*, dans le titre de l'annexe 152 cité ci-dessus, présente le rapport de l'expert Climent comme ayant porté sur la meilleure façon de vendre « les effets de commerce dont saisie fut faite dans la faillite de la Barcelona Traction », bien que cette appellation ne figure pas dans le rapport dudit expert.

(2) Le rapport dudit expert a fait l'objet de longs développements dans la première partie de la présente *Réplique* (nos 184 et suiv.) ainsi qu'à l'annexe n° 40.

Le 15 octobre, le juge spécial accueillit, à nouveau, cette requête, sans se soucier aucunement du fait qu'il se mettait ainsi en contradiction avec ce qu'il avait lui-même décidé le 27 août (*A.M.*, n° 197, vol. III, p. 753). Dans le jugement qu'il rendit, sur recours de reconsidération de Barcelona Traction (1), le 5 novembre 1951, il tenta, bien en vain, d'expliquer qu'il n'y avait pas contradiction (*A.M.*, n° 199, vol. III, pp. 761 et ss.).

(736) L'inexplicable ne peut s'expliquer. Aussi, le *Contre-Mémoire*, peu convaincu, lui aussi, par ces « explications », préfère passer sous silence l'évidente contradiction entre les deux décisions successives du juge spécial n° 2.

« Quant à rappeler ce que les syndics demandèrent — explique-t-il — cela n'a aucune incidence sur le débat, seule importe ici la décision que prit le juge, laquelle fut manifestement correcte ».
(*C.M.*, IV, n° 262, p. 413).

Par ce raisonnement, le *Contre-Mémoire* passe évidemment à côté du grief belge. Ce qui est reproché au juge spécial n° 2, ce n'est pas d'avoir rectifié spontanément une erreur des syndics, mais, après avoir accepté, sans réserve, une première demande des syndics proposant l'expertise contradictoire, d'avoir décidé exactement le contraire, lorsque, changeant d'avis, ces porte-parole du groupe March, deux mois plus tard, lui demandèrent de s'en tenir à une évaluation unilatérale par le commissaire.

Le Gouvernement belge voit dans ce comportement du juge spécial n° 2 une preuve de plus de la docilité avec laquelle ce dernier accédait à toutes les requêtes du groupe March, même lorsque celles-ci étaient contradictoires.

(737) Le *Mémoire* (n° 208, p. 95) avait présenté le mode d'évaluation prescrit par l'article 1087 pour les biens autres que les « effets de commerce », comme allant de pair avec la vente aux enchères publiques que l'article 1088 prévoit pour ce genre de biens.

Le *Contre-Mémoire* (n° 257, p. 410) combat cette argumentation en disant que

« ... le mode d'estimation ne dépend pas du fait que la vente ait lieu ou non aux enchères, elle dépend de la nature des biens vendus. Le texte légal est d'une telle clarté qu'il se passe de tout commentaire ».

Sans doute, cet argument part-il de l'idée que les biens à vendre avaient la nature d'« effets de commerce ». Il a déjà été démontré plus haut que ce point de départ est faux.

(1) C'est dans ce recours de reconsidération, du 17 octobre, que Barcelona Traction contesta formellement que les biens vendus pussent être qualifiés d'« effets de commerce » (*A.M.*, n° 198, vol. III, pp. 754 et ss.). Le *Contre-Mémoire* cherche à tirer parti du fait que c'est seulement dans ce recours que Barcelona Traction nia que ses biens fussent des « effets de commerce », alors qu'elle aurait, suivant lui, fait une reconnaissance explicite sur ce point dans les actes antérieurs de la procédure. Certes, lorsque Barcelona Traction avait recouru en reconsidération contre l'ordonnance du 27 août qui autorisait la vente des biens, n'avait-elle pas présenté de contestation formelle à cet égard. Mais il suffit de lire ce recours (*A.M.*, n° 180, vol. III, pp. 685 et ss.), introduit dans les 4 jours qui suivirent l'ordonnance, pour se rendre compte que cette société, estimant que des raisons péremptoires de droit s'opposaient à ce qu'il fût procédé à la vente, ne pensa pas à ce moment à examiner la question de savoir si les biens qui, suivant elle, ne pouvaient en aucune manière être vendus, constituaient, ou non, des « effets de commerce ».

Mais il est une autre considération qui semble avoir complètement échappé au Gouvernement défendeur, bien qu'elle soit de simple bon sens. Si le législateur a organisé un système d'évaluation et de vente différent pour les biens autres que les « effets de commerce » (quel que soit le sens que l'on attache à ces termes), c'est évidemment afin de donner au failli la garantie que ses biens seront vendus dans des conditions de prix optima. Or, cet objectif ne peut être atteint par le seul recours à la vente aux enchères publiques, si celle-ci n'est précédée par une évaluation sérieuse, permettant la fixation d'un prix minimum de mise aux enchères correspondant sensiblement à la valeur réelle des biens que l'on se propose d'aliéner.

En effet, lorsqu'il s'agit, par hypothèse, des biens dont la valeur ne peut être facilement déterminée par référence à un cours de bourse ou à un prix-courant, et, plus particulièrement, dans le cas de biens ayant une nature aussi spéciale et individualisée que ceux que possédait la Barcelona Traction, seules les personnes connaissant l'affaire sont capables d'en donner une estimation tant soit peu exacte. C'est ce qu'a parfaitement compris le législateur en exigeant, pour des biens de ce genre, que la vente aux enchères soit précédée d'une expertise contradictoire, où le failli a son mot à dire et qui permettra de fixer, en connaissance de cause, le montant de la mise à prix (1).

(738) C'est à juste titre que le Gouvernement belge retient comme une violation flagrante des lois en vigueur, l'élimination en l'espèce par le juge spécial de la garantie que constitue pour tout failli l'évaluation contradictoire, préalablement à leur vente, des biens qui ne sont pas d'un commerce courant (2).

b) *Le cahier des charges de la vente.*

(739) La première partie de la *Réplique* a souligné le caractère extraordinaire et inédit de ce document, le rôle essentiel qu'il a joué dans le dénouement de la manœuvre ourdie par le groupe March et l'extrême célérité avec laquelle il fut approuvé par le commissaire et par le Juge spécial (*supra*, n^{os} 199 et suiv.).

(1) Sans doute, comme le *Contre-Mémoire* le souligne par ailleurs, cette évaluation ne sert, en cas de vente aux enchères, qu'à la fixation d'un prix minimum. Mais il est tout-à-fait inexact de minimiser l'incidence que peut avoir celui-ci sur le prix auquel les biens seront finalement adjugés.

Indépendamment même de l'existence, comme en l'espèce, d'un cahier des charges qui excluait toute possibilité réelle d'enchères, une mise à prix trop basse aura presque inévitablement une influence fâcheuse sur le prix de l'adjudication, car les enchérisseurs éventuels ne disposeront en général, lorsqu'il s'agira de biens difficiles à évaluer, que de très peu de moyens pour estimer dans quelle mesure la valeur *réelle* des biens justifie qu'ils offrent plus que le prix minimum fixé par les vendeurs eux-mêmes.

(2) Ici encore Barcelona Traction intenta contre ces mesures arbitraires une série de recours qui se terminèrent par l'arrêt de la Cour d'appel de Barcelone du 22 janvier 1952 rejetant le recours de réclamation (*queja*) que Barcelona Traction avait dû présenter directement devant elle, le juge spécial n^o 2 ayant refusé de délivrer à Barcelona Traction la copie des pièces du dossier nécessaires à la formation du recours d'appel (*M.*, I, n^o 209, pp. 95 et 96; *A.M.*, n^{os} 198 et 199, vol. III, pp. 754 et ss.; *A.O.C.*, n^o 31, vol. II, p. 420).

La présente subdivision se limitera à la démonstration de l'illégalité des principales dispositions qu'il contient.

Première condition : l'objet de la vente.

(740) Les biens vendus sont énumérés et décrits longuement dans la première partie du cahier des charges (*A.M.*, n° 201, vol. IV, pp. 767 à 780). Leur énumération est reprise, une deuxième fois, dans la deuxième partie, intitulée « Conditions de la vente aux enchères » et en constitue la première condition (*ibidem*, p. 781).

L'exposé fait dans la première partie de la *Réplique*, a établi que la vente a porté à la fois

- 1°) sur la possession médiata et civilissime des titres situés hors d'Espagne;
- 2°) sur les titres des filiales de Barcelona Traction imprimés en Espagne et
- 3°) sur les biens appartenant aux sociétés filiales, du moins en tant qu'ils étaient compris dans les « droits inhérents » aux titres.

(741) Dans la mesure où l'aliénation portait sur la « (possession) acquise en vertu du jugement déclaratif de faillite et de la saisie qui l'a suivi ». (10^e condition du « Cahier » — *A.M.*, *ibid.*, p. 786), c'est-à-dire sur la possession médiata et civilissime que le Juge de Reus avait entendu conférer aux organes de la faillite sur les vrais titres se trouvant au Canada hors de portée des syndics vendeurs (1), la vente était radicalement nulle au regard de la loi espagnole.

En effet, l'article 1445 du Code civil définit le contrat d'achat-vente, comme étant celui par lequel « l'un des contractants s'oblige à livrer (*entregar*) une chose déterminée (*determinada*), et l'autre à payer, en contrepartie, un prix certain (*precio cierto*) en argent ou autre signe qui en tient lieu ».

L'article 1461 fait figurer comme première obligation du vendeur « la remise (*entrega*) et la garantie (*saneamiento*) de la chose qui fait l'objet de la vente ».

Et l'alinéa 1^{er} de l'article 1462 précise :

« La chose vendue sera considérée comme livrée lorsqu'elle sera mise au pouvoir et en la possession de l'acheteur ».

On notera que, au contraire d'autres législations, le droit espagnol fait de la vente un contrat qui, s'il n'est pas accompagné ou suivi de la remise ou livraison à l'acheteur de la chose vendue, n'opère pas transmission de la propriété (2).

(1) Sur l'interprétation du jugement de faillite et des décisions connexes sur ce point, voir la première partie de la *Réplique* (*supra*, n° 70 et suiv.); sur l'illégalité de l'application de cette notion de « possession médiata et civilissime » aux titres valeurs, spécialement lorsqu'ils sont saisis dans le cadre d'une faillite, et la nécessité d'une appréhension matérielle de ces titres, voir la section III du présent chapitre et notamment les n° 549 et suiv.

(2) L'article 609 du Code civil, qui traite des modes d'acquisition de la propriété, stipule que celle-ci s'acquiert et se transmet par opération de la loi, par donation, succession testamentaire ou ab intestat et *par certains contrats moyennant la tradition (tradición)*.

Ces principes du Code civil sont applicables aux ventes commerciales en général (1) et sont consacrés par une jurisprudence constante (2).

Enfin, on trouve une confirmation de l'application de cette règle à la matière des *ventes judiciaires*, dans l'article 1509 de la Loi de Procédure civile, qui stipule qu'une fois effectuée l'adjudication, le juge l'approuvera sur-le-champ, en ordonnant, s'il s'agit de biens meubles, que remise en soit faite dans les trois jours à l'acheteur, contre consignation du prix. L'arrêt du Tribunal Suprême du 26 juin 1946, dont un extrait a été cité aux pages 408 et 414 ci-dessus, explique d'une façon particulièrement claire qu'il doit en être ainsi comme

« conséquence logique de l'obligation que les biens meubles soient toujours à la disposition du tribunal qui les met aux enchères, conformément à ce qui est stipulé dans les art. 1409 et 1410 de la même loi, et de la nécessité procédurale de ce qu'au dossier figurent à tout moment, comme étant au pouvoir de ceux qui les détiennent matériellement, les biens saisis (*embargados*) ou vendus aux enchères ».

Cette disposition est applicable, à défaut de disposition spécifique, aux ventes judiciaires en matière de faillite. Ramirez, pour sa part, estime que « sans saisie il n'y a pas d'affectation réelle et effective du patrimoine du failli aux fins de la faillite, car, sans appréhension matérielle, on ne peut parler de dépôt ou séquestre, et à défaut de ceux-ci, il n'est pas possible de parler d'administration, ni, par voie de conséquence, d'aliénation » (3).

Devant la clarté des principes énoncés, on ne peut que conclure que, dans la mesure où ce sibyllin cahier des charges faisait des titres déposés à Toronto ou de leur possession médiate et civilissime l'objet de la vente judiciaire, les Tribunaux, en l'approuvant, ont violé la loi (4).

(742) Au surplus, le cahier des charges, bien qu'il ne fit pas mention *expresse* des faux titres, créés en Espagne, pour quatre des cinq sociétés filiales de Barcelona Traction, par les pseudo-assemblées de celles-ci tenues en décembre 1949, les comprit, cependant, dans l'objet de la vente.

En effet, dans sa première partie, intitulée « Biens faisant l'objet de la vente aux enchères », il se réfèrait expressément, pour chacune des sociétés en question, aux actes notariés, dressés en février 1950, pour constater les délibérations, visant notamment la création des faux titres, prises en décembre 1949 aux fins de leur inscription au registre du commerce (*A.M., ibidem*, p. 773 — actions et obligations de l'Ebro; p. 774 — actions de Catalanian Land; p. 775 — actions d'Electricista Catalana et d'Union Eléctrica de Cataluña).

(1) Article 50 du Code de Commerce — Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, p. 66, 4^e éd., Madrid 1962.

(2) Voir la jurisprudence citée dans la Section III du présent chapitre, n° 551, p. 407 ss.

(3) Ramirez, *op. cit.*, t. II, p. 772. L'auteur cite plusieurs autres opinions doctrinales à l'appui de la sienne. Par contre, il ne peut citer, en sens contraire, que les consultations publiées pour le compte du groupe March.

(4) Quant à la thèse du *Contre-Mémoire* selon laquelle la vente n'aurait porté que sur les droits et non sur les titres auxquels ils sont incorporés, mal fondée en fait, elle est insoutenable en droit, ainsi qu'il a été démontré à la section III du présent chapitre. Voir également note (2) au bas de la page 547 ci-dessous.

En outre, comme il a été exposé dans la première partie de la *Réplique*, dans la 10^e condition du cahier des charges, intitulée « Délivrance des biens vendus », il était stipulé que les syndics devraient remettre à l'adjudicataire

« les autres titres ou documents faisant foi que lui ont été transférées la propriété et les appartenances des biens vendus — leur possession effective et celle acquise en vertu du jugement déclaratif de faillite et de la saisie qui l'a suivi ».

Enfin, cette interprétation du cahier des charges, quant à l'objet de la vente, est confirmée, de manière décisive, par le contrat de *livraison* qui fut passé entre les syndics et Fecsa, le 17 juin 1952, en présence du commissaire. Ce contrat constata, expressément, la remise à l'adjudicataire des titres fabriqués en Espagne sur ordre des pseudo-assemblées, titres que les syndics, en leur qualité de représentants « légaux » de Barcelona Traction, s'étaient fait remettre, le 3 janvier 1952, par les pseudo-conseils d'administration. (*A.M.*, n° 223, vol. IV, pp. 847 à 849) (1).

Il a été démontré à la section V du présent chapitre que les « nouveaux » titres ont été créés en violation des statuts de ces sociétés et des lois applicables.

L'approbation, par le commissaire et les tribunaux, de l'aliénation de ces titres, constitue donc une nouvelle illégalité et une injustice grossière constitutives de déni de justice (2).

(1) C'est ce même contrat de livraison qui acta la remise à la Fecsa, en représentation des actions et obligations d'International Utilities, d'un *giro*, c'est-à-dire d'une traite ou lettre de change, dont au surplus ni le tireur, ni le montant n'étaient indiqués. Il est impossible de comprendre quel effet juridique syndics et adjudicataire ont cherché à atteindre en recourant à ce procédé aussi extraordinaire que sans précédent.

(2) Dans son arrêt du 5 février 1952 (*A.M.*, n° 192, vol. III, pp. 740 et ss.), déjà longuement commenté à la sous-section qui précède, la Cour d'appel avait consacré deux considérants à tenter de rencontrer l'argument de Barcelona Traction, suivant lequel la vente des titres était impossible parce que ceux-ci n'étaient pas en possession des syndics. Le premier cherche à présenter la notion de possession médiate et civilissime comme étant « virtuellement admise » dans l'ordre juridique espagnol; son argumentation, des plus superficielle, ne mérite pas qu'on s'y arrête car la question a été amplement traitée dans la section III du présent chapitre.

Beaucoup plus remarquable est le dernier considérant de la Cour d'appel parce qu'il révèle, encore une fois, le caractère singulièrement opportuniste des décisions prises en la cause par les tribunaux espagnols. Dans la thèse de la Cour d'appel, si l'on n'admettait pas l'application de la possession civilissime

« on aboutirait, dans le cas qui nous occupe, à une conclusion bien douloureuse, à savoir que lorsque le failli sera une entité étrangère et aura à l'étranger ses titres-actions et ses biens, tandis que ses obligations se trouveront en Espagne, tout se réduirait à la contemplation par les autorités et les citoyens espagnols, par-dessus la frontière du failli et de ses titres ».

La Cour d'appel, après avoir fait état de l'arrêt du Tribunal Suprême du 17 avril 1917, qui a déjà été commenté ci-dessus (*supra*, n° 563) conclut :

« Et c'est sur base de cette doctrine et des mesures d'annulation de titres et de délivrance de *duplicata*, contenues dans cette sentence de la plus haute juridiction, que dans le cas de cette faillite, toutes les mesures nécessaires doivent être appliquées, pour que les créanciers puissent recouvrer ce qui leur appartient légitimement, d'une entité débitrice qui, avant la faillite, de nombreuses années même avant, ne voulait ou ne pouvait payer, qui, durant la faillite, a procédé de même et qui, lorsque la vente des biens a été réalisée, n'a pas pu ou n'a pas voulu se substituer à l'acheteur ».

Ces considérations, outre qu'elles donnaient une bénédiction spontanée (la question des faux titres n'avait pas même été abordée dans les recours de Barcelona Traction) à la création des faux titres, constituaient l'introduction dans la jurisprudence espagnole d'une nouvelle règle : la fin justifie les moyens.

On comprend que le *Contre-Mémoire* ait préféré élaborer sa propre justification, tant de la possession médiate et civilissime, que de la création des faux titres, plutôt que de reprendre celle de la Cour d'appel, qui, au surplus, était inconciliable avec la thèse du Gouvernement défendeur, suivant laquelle la création des faux titres aurait été un acte extrajudiciaire, n'engageant pas la responsabilité de l'Etat espagnol.

(743) Si le cahier des charges a incontestablement voulu englober dans l'objet de la vente les biens des sociétés filiales en même temps que les actions représentatives du capital de celles-ci, le Gouvernement belge n'entend pas soutenir que l'ensemble des biens et installations de ces sociétés ont été directement et effectivement transférés à Fecsa par la vente du 4 janvier 1952.

Il est certain que ces biens n'ont pas été livrés à Fecsa, en même temps que les faux titres dont il est ci-dessus question, par le contrat précité du 17 juin 1952 entre les syndics et Fecsa.

Il est non moins certain que les mesures de réorganisation auxquelles il a été fait allusion dans le *Mémoire* (nos 251 et 252), pp. 111 et 112, et *A.M.*, n° 236, vol. IV, pp. 932 et ss.), ainsi que dans la *Réplique* (*supra*, n° 212 et suiv.), ont comporté le transfert des biens de certaines filiales à Fecsa, ce qui impliquait qu'elle n'en était pas devenue propriétaire par suite de l'adjudication.

D'ailleurs, l'aliénation directe des biens de ces sociétés de services publics eût posé au groupe March, comme on l'a vu, des obstacles insurmontables, que la création des faux titres et leur vente avaient eu pour but de contourner.

La seule explication possible de la rédaction volontairement ambiguë du cahier des charges fut le souci des syndics, étant donné le caractère, pour le moins précaire, de la possession que le groupe March allait acquérir des titres et droits composant l'actif de Barcelona Traction, de renforcer sa position, en vue d'éventuelles contestations ultérieures, par l'affirmation que le transfert des titres entraînerait celui du patrimoine des sociétés filiales.

Il n'en reste pas moins que cette ambiguïté du cahier des charges portait atteinte au principe de l'article 1445 du Code civil cité ci-dessus, qui prévoit que la vente doit porter sur une « chose déterminée » (*cosa determinada*).

Un arrêt du Tribunal Suprême du 3 décembre 1928 a précisé à cet égard que :

« Il faut bien connaître la chose (vendue) en tant qu'objet certain, même si on ne peut la voir; mais il est nécessaire que des précisions soient données en manière telle que l'on sache, sans qu'il soit besoin d'un accord ultérieur, ce qui constitue l'objet de l'achat et de la vente ». (*Col. Leg.*, vol. 186, p. 436).

Un autre arrêt du Tribunal Suprême, du 9 mars 1961, justifie la jurisprudence que l'on vient de citer par la considération que :

« l'indétermination de l'objet vendu est une cause d'inexistence du contrat ». (*Aranzadi*, n° 946).

(744) En outre, dans la mesure où la vente n'a pas porté directement sur les biens des sociétés filiales, saisis et englobés cependant dans la masse faillie ainsi qu'il a été démontré ci-dessus, il y eut, à nouveau, contradiction flagrante et discrimination dans l'application de la loi. En effet, les syndics ayant sollicité et obtenu l'autorisation de vendre *tous les biens saisis*, l'aliénation, néanmoins, n'a pas porté sur tous et chacun de ceux-ci. Une seule explication est possible : la saisie illégale des biens des filiales, indispensable au début de la procédure de faillite, s'avéra inutile, voire gênante, dans la suite,

et dès lors, sans y mettre formellement fin, les syndics agirent comme si elle n'existait pas. Encore une fois, les tribunaux qui avaient ordonné cette saisie ne firent aucune difficulté pour avaliser des conditions de vente qui ignoraient délibérément les mesures ainsi prises.

(745) Cette première condition du cahier des charges se terminait par une clause D, de la plus haute importance :

* Les dits biens sont vendus avec l'obligation de procéder à la liquidation et au paiement des dettes garanties par les charges qui les grèvent *.

Cette stipulation, absolument extraordinaire dans une vente sur faillite, était si intimement liée à celle du prix à payer par l'adjudicataire, contenue dans la deuxième condition de la vente, qu'il a paru préférable d'en traiter avec celle-ci.

Deuxième condition : la mise à prix.

(746) Sous cet intitulé anodin, la deuxième condition constituait la pierre angulaire de cette construction astucieusement agencée qu'était le cahier des charges (*A.M.*, *ibidem*, pp. 781 et 782). Elle contenait une série de stipulations de la plus haute importance, toutes pareillement illégales, que l'on peut grouper sous trois rubriques principales :

1. *Fixation, pour la mise aux enchères, d'un prix minimum sans aucun rapport avec la valeur réelle des biens vendus.*
2. *Stipulation d'un prix incertain, dont une partie était laissée à l'appréciation souveraine des syndics vendeurs.*
3. *Obligation imposée à l'adjudicataire de « liquider et payer » les dettes obligataires de la Barcelona Traction, et ce, principalement en devises étrangères.*

On reprendra successivement chacune de ces stipulations en démontrant qu'elles constituaient autant de violations flagrantes de la loi espagnole.

1. *Fixation, pour la mise aux enchères, d'un prix minimum sans aucun rapport avec la valeur réelle des biens vendus.*

(747) En fixant le prix de la vente à 10 millions de pesetas, plus l'obligation pour l'adjudicataire d'acquitter le passif obligataire de Barcelona Traction, le cahier des charges entérinait les conclusions absurdes auxquelles l'expert Soronellas, désigné par le commissaire pour évaluer les biens à vendre, était arrivé au terme de son indéfendable rapport (*supra*, n^{os} 184 et suiv.).

En approuvant cette mise à prix dérisoire, les tribunaux ont fait leurs les conclusions dudit expert et commis un déni de justice qui a joué un rôle déterminant dans le préjudice causé aux actionnaires de Barcelona Traction.

2. *Stipulation d'un prix incertain, dont une partie était laissée à l'appréciation souveraine des syndics vendeurs.*

(748) La première partie de la *Réplique* s'est longuement étendue sur le 5^o du paragraphe A de la deuxième condition, qui mettait à charge de l'acquéreur :

« tous autres droits desdites obligations, droits que les syndics ont le pouvoir de reconnaître, déterminer et déclarer effectifs ».

Le *Contre-Mémoire* s'est efforcé de démontrer que cette clause ne conférait aux syndics aucun pouvoir arbitraire quant à la détermination du prix. Ses « explications » ont été réfutées (*supra*, n^o 201). Ce qui reste acquis, c'est que, par le jeu de cette clause, les syndics, élus par le groupe March, futur adjudicataire, pouvaient, à leur gré, augmenter ou diminuer la charge imposée à l'adjudicataire. Cette clause constituait, dès lors, une violation de l'article 1445 du Code civil, qui exige que la vente comporte un prix certain, et de l'article 1449 du même Code, qui stipule que « la fixation du prix ne pourra jamais être laissée à l'arbitraire d'une des parties contractantes ».

3. *Obligation imposée à l'adjudicataire de « liquider et payer » les dettes obligataires de la Barcelona Traction, et ce, principalement en devises étrangères.*

(749) La vente par les syndics des « biens » de la masse, grevés du droit de gage existant en faveur des obligations en £ de Barcelona Traction, avec imposition « de payer et liquider » ces obligations, et ce, principalement en devises étrangères, constituait une procédure, non seulement unique dans les annales de la justice espagnole, mais absolument incompatible tant avec les principes les plus fondamentaux du droit de la faillite qu'avec le but que la loi assigne à cette institution.

Le recours à cet extraordinaire procédé ne s'explique, encore une fois, que par la nécessité où s'est trouvé le groupe March, pour l'accomplissement de ses desseins illicites, de surmonter les obstacles légaux qui s'y opposaient et par le souci des tribunaux de lui prêter, à cette fin, leur indispensable concours.

C'est ainsi qu'il a fallu confier à l'adjudicataire, c'est-à-dire à un tiers, le soin de rembourser les obligations hors du cadre de la procédure de faillite, parce que les syndics, vu la suspension de cette procédure, étaient dans l'impossibilité légale de payer les obligataires, comme tout autre créancier d'ailleurs.

Il fallut aussi que ce fût un tiers qui se chargeât d'effectuer ce remboursement *en devises*, car, en aucune hypothèse, les syndics d'une faillite déclarée en Espagne n'auraient pu payer les créanciers autrement qu'*en pesetas* ; or, le remboursement *en devises* était à plus d'un titre, comme on le rappellera ci-dessous, une pièce essentielle du plan March.

Les procédés utilisés et les infractions commises, à cette occasion, aux règles d'ordre public régissant la faillite seront, pour plus de clarté, subdivisés en trois points que l'on examinera successivement :

- La vente à l'adjudicataire des biens de la masse grevés du droit de gage garantissant les obligations de la Barcelona Traction, comme moyen de charger l'acquéreur du paiement de celles-ci.

- L'obligation imposée à l'adjudicataire de rembourser ces obligations dans la monnaie du contrat, c'est-à-dire *principalement en livres sterling*.
- L'ignorance systématique et délibérée de toutes les règles légales relatives au paiement des créances et à la procédure qui doit nécessairement le précéder.

(1^o) *La vente à l'adjudicataire des biens de la masse grevés du droit de gage garantissant les obligations de Barcelona Traction, comme moyen de charger l'acquéreur du paiement de celles-ci.*

(750) Certes, il n'est pas anormal que le propriétaire d'un bien donné en gage, le vende, en laissant à l'acquéreur le soin de rembourser, le moment venu, le créancier-gagiste.

Mais une telle opération est inadmissible dans le cadre d'une liquidation des biens composant la masse active de la faillite.

Il n'est pas normal, en effet, que, dans la masse active de la faillite, figurent des biens encore grevés d'un droit de gage.

Ainsi qu'il a été exposé par ailleurs (*supra*, n^o 585), l'article 918 du Code de commerce de 1885 prévoit, en cas de faillite, pour les biens donnés en gage, une alternative : ou les organes de la faillite décident de les faire rentrer dans la masse active moyennant remboursement préalable et intégral de la dette gagée, ou ils ne font pas usage de cette faculté; en ce cas, le créancier-gagiste pourra, en dehors de la procédure de faillite, vendre les biens à l'échéance de la dette en suivant les formalités fixées par la loi et en versant à la masse le solde du prix obtenu après remboursement de sa créance.

On a vu (*supra*, n^{os} 494 et 584 à 586) que, dans le cas de la Barcelona Traction, le gage détenu par *National Trust* au profit de l'ensemble des obligations en livres sterling avait été inclus dans la masse (1), en violation flagrante : d'abord, des dispositions des *Trust Deeds* qui régissaient ces émissions d'obligations; ensuite, dudit article 918, puisque la dette gagée n'avait pas été, au préalable, remboursée intégralement.

(751) Mais, une fois inclus dans la masse, ces biens auraient dû, tout au moins, suivre le sort des autres éléments d'actif, c'est-à-dire, le cas échéant et le moment venu, être vendus, afin que le produit de leur aliénation serve au payement, par les syndics, de l'ensemble des créanciers (art. 911 précité du Code de commerce de 1885), suivant les formalités et l'ordre prescrits par la loi, ainsi qu'il sera exposé plus loin (2).

(1) Cette inclusion s'était opérée, il n'est pas superflu de le rappeler, en vertu du jugement de faillite et des décisions connexes, et ensuite par la création et la remise aux syndics des faux titres, destinés, en Espagne, à se substituer aux titres véritables détenus par *National Trust* à Toronto.

(2) La loi espagnole en matière de faillite ne contient, en effet, aucune disposition qui prévoit, soit un système de vente particulier pour les biens gagés qui auraient été inclus dans la masse sans désintéressement préalable du créancier-gagiste, soit une affectation particulière au profit de celui-ci du produit obtenu par la vente de ces biens.

Ainsi qu'il sera montré plus loin, l'ensemble des biens est vendu, et le produit en est réparti entre tous les créanciers suivant le rang qui aura été reconnu à chacun, lors de la procédure d'examen et de classement des créances.

Du moment que la vente organisée par le cahier des charges prévoyait que les biens passeraient à l'acquéreur *grevés du gage* qui pesaient sur eux, et que cet acquéreur aurait l'obligation de rembourser les seuls *bénéficiaires* de ce gage, l'opération ne présentait plus rien de commun avec la vente telle que l'organisent les dispositions légales en matière de faillite, en tant que moyen de liquider l'actif pour régler le passif.

En réalité, ces biens, quoique inclus dans la masse faillie, étaient vendus par les syndics comme si ces organes de la faillite avaient été les représentants des seuls créanciers-gagistes, et n'étaient chargés que de procéder à la réalisation du gage pour le compte et au seul profit de ceux-ci (1), en suivant la procédure d'exécution propre à ce genre d'opération.

En d'autres termes, après avoir illégalement inclus ces biens dans la masse de la faillite, au mépris de leur affectation en gage, les tribunaux les en firent sortir, mais par une procédure illégale, au prétexte qu'il s'agissait de biens grevés d'un gage.

(752) Cette méconnaissance, puis cette reconnaissance, chaque fois par des voies illégales, du droit de gage grevant les biens de la Barcelona Traction, fournissent une autre preuve de l'application discriminatoire par les tribunaux des règles légales, au gré des exigences du groupe March.

Cette soudaine « résurrection », à l'occasion de la vente, du droit de gage, aussi intempestive qu'illégale, était, en effet, nécessaire à l'accomplissement de la manœuvre, parce qu'elle était le seul moyen de faire passer à l'adjudicataire, en même temps que les biens vendus, la charge de rembourser les obligations en devises étrangères, opération à laquelle il était légalement impossible, ainsi qu'on le verra, que les syndics procédassent eux-mêmes.

(753) Illégal et discriminatoire par la manière dont il « jouait » ainsi avec le droit de gage, le procédé aboutissait au résultat ahurissant de priver les syndics de leur mission essentielle, qui est, en définitive, de payer les créanciers, et de confier cette tâche à un tiers.

Renvoyant à plus tard (2) l'examen de la vaine tentative que fait le *Contre-Mémoire* pour justifier la légalité de cette substitution, on se bornera à prendre acte de ce que, ici encore, de l'aveu du Gouvernement espagnol lui-même, seule la fin justifiait le moyen :

« La méthode — explique le *Contre-Mémoire* — consistant à imposer à l'adjudicataire l'obligation de payer les obligataires — en tant que condition préalable à la remise des biens adjugés — était la seule qui permit aux créanciers de percevoir intégralement leur dû dans la monnaie convenue » (*C.M.*, IV, n° 265, p. 415).

(1) On peut même dire au profit de certains de ceux-ci puisque, comme on le verra, d'autres créanciers garantis par le même droit de gage, en vertu des *Trust Deeds*, furent purement et simplement ignorés (par exemple, le *Trustee* pour ses frais et honoraires).

(2) Il paraît préférable, en effet, de traiter de cette question en même temps que de la violation de toutes les règles légales applicables au paiement des créanciers dans le cadre de la procédure de faillite.

En assignant à cette manœuvre du groupe March un but, à première vue, légitime, le Gouvernement espagnol oublie de faire remarquer qu'elle profitait, avant tout, au groupe March, détenteur de 85 % des dites obligations; par ailleurs, il ne justifie ni les illégalités qui viennent d'être dénoncées, ni celle, dont il va être traité, à savoir l'omission de convertir en monnaie nationale, ainsi que l'exige le droit de la faillite, les dettes de la société faillie exprimées en devises étrangères.

(2°) *L'obligation imposée à l'adjudicataire de rembourser ces obligations dans la monnaie du contrat, c'est-à-dire principalement en livres sterling.*

(754) La première partie de la *Réplique* expose que l'obligation, faite à l'adjudicataire, de payer plus de 9,5 millions de livres sterling, avait pour but et eut pour effet, dans les circonstances de la cause, de décourager tout enchérisseur autre que le groupe March.

Le remboursement en livres sterling du petit nombre d'obligations de la Barcelona Traction qui n'étaient pas en mains du groupe March, devait, en outre, permettre à celui-ci, moyennant un sacrifice modeste en devises, de masquer la spoliation que la procédure de faillite avait pour but de perpétrer, en présentant celle-ci comme *le seul moyen* de vaincre la volonté arrêtée de la Barcelona Traction de ne pas payer à ses obligataires ce qui leur était contractuellement dû.

Mais si, par le procédé utilisé, un petit nombre d'obligataires furent effectivement remboursés dans la monnaie contractuelle, la vérité n'en reste pas moins qu'une procédure de faillite poursuivie régulièrement en Espagne n'aurait jamais pu aboutir à un tel remboursement en devises, mais seulement à un remboursement en pesetas, solution que les porteurs d'obligations en £ avaient toujours repoussée.

Pour donner satisfaction au groupe March, *il fallait donc violer la loi*. C'est ce qui fut fait.

(755) Le *Mémoire* (I, n° 212, pp. 96 et 97) avait déjà signalé que, suivant le droit espagnol, du fait de la déclaration en faillite de Barcelona Traction en Espagne,

« les obligations n'étaient plus... payables en £ à l'étranger, mais en Espagne en pesetas, et que leur conversion en monnaie nationale devait se faire, suivant une règle universellement admise, au cours du jour de la déclaration de faillite » (1).

Le *Contre-Mémoire* (IV, n° 258, p. 410) y oppose l'affirmation catégorique que :

« La thèse selon laquelle la déclaration de faillite aurait eu pour effet de convertir les obligations en livres sterling en obligations en pesetas est une pure invention dépourvue de tout fondement en droit positif ».

(1) Le *Mémoire* citait, à l'appui de cette affirmation, Travers, « *Le droit commercial international* », Paris 1935, vol. II, fasc. 1, n° 11.361 et suivants.

Le Gouvernement espagnol ne peut fonder son opinion que sur la considération que :

« La faillite — et le Gouvernement belge ne devrait pas l'oublier — est déclarée pour que les créanciers perçoivent leur dû, dans la monnaie convenue et non pas pour favoriser le failli aux dépens de ses créanciers, dans des conditions que ledit failli n'aurait pas même pu obtenir à l'aide de conventions extra-judiciaires ».

C'est tout ce que le *Contre-Mémoire*, généralement si prolixe, trouve à opposer à la thèse prétendument inventée du Gouvernement belge, quant au caractère obligatoire de la conversion. Il passe, immédiatement (*C.M.*, *ibidem*), à la question de la date, et par conséquent du *cours* auxquels la conversion doit être opérée. Il la résout par une autre affirmation : la conversion doit avoir lieu au jour où les créanciers sont payés.

« Le droit espagnol — ponctue-t-il — ne laisse pas place au moindre doute là-dessus ».

A l'appui de cette surprenante affirmation, il cite, en note (*ibidem*, p. 411, note 1), un arrêt du Tribunal Suprême du 9 novembre 1957. Or, cet arrêt, qui a trait à une action individuelle en recouvrement d'une créance en dollars, n'a strictement *aucun rapport* avec la question *spécifique* que pose, *en cas de faillite* du débiteur, le sort des dettes contractées en devises étrangères (1).

(756) C'est un principe général du droit de la faillite de la plupart des pays, que *tous les biens* du failli doivent être vendus afin d'être transformés en liquidités en monnaie nationale (*moneta fori*) qui seront réparties entre les créanciers, suivant les règles établies par la loi. L'autre volet de l'opération est la conversion en monnaie nationale des *dettes du failli*, afin que tous les créanciers puissent participer à la distribution des espèces en monnaie nationale qu'aura réalisées la vente des biens.

Cette règle est imposée, d'une manière inéluctable, par le but même de l'institution de la faillite, qui est de liquider les biens pour payer le passif, opération qui n'est possible que si on constitue deux masses, l'une active, l'autre passive, exprimées, toutes deux, en une même monnaie, c'est-à-dire, évidemment, en monnaie nationale (*moneta fori*).

(757) Il n'est ni contestable, ni contesté (2), que le droit espagnol de la faillite a adopté cette règle. S'il n'existe pas une disposition spécifique de la loi qui la consacre expressément, elle se dégage clairement d'autres dispositions légales en vigueur en

(1) La citation faite par le *Contre-Mémoire* de cette décision *isolée* du Tribunal Suprême souligne le caractère controversé, en droit espagnol, de la question du moment auquel une dette en devises doit être convertie *lorsqu'il s'agit de cas autres que celui de la faillite*. Hernandez Gil (*Derecho de obligaciones*, t. I, Madrid 1960, p. 414) affirme qu'en principe « la solution correcte est de s'en tenir à la date de l'échéance », bien qu'il reconnaisse que l'arrêt du 9 novembre 1957 « semble révéler une certaine tendance en faveur de la date du paiement effectif » (p. 471). En conclusion, l'arrêt cité par le *Contre-Mémoire* est non seulement étranger à la matière de la faillite, mais même sur le terrain du droit commun, qui lui est propre, le critère qu'il établit est discutable.

(2) Sauf par le Gouvernement défendeur dans les termes que l'on sait.

matière de faillite. Telle est l'opinion du professeur Garrigues (1), la grande autorité en matière de droit commercial espagnol. Voici en quels termes il s'exprime, lorsqu'il parle des effets de la faillite sur la modification des créances :

« (a) La conversion de toutes les créances en argent. La faillite étant une procédure d'exécution forcée, toute créance ayant pour objet une prestation patrimoniale autre que l'argent *devra être convertie en la valeur pécuniaire de cette prestation au moment de la déclaration de faillite*, pour autant que cette conversion soit possible parce qu'il s'agit de prestations qui peuvent être payées avec des éléments du patrimoine du débiteur. Sont exclues, par conséquent, les prestations strictement personnelles du débiteur (par exemple la reddition de comptes).

Notre Droit positif ne dit rien sur ce point. Mais les dispositions légales relatives au paiement des créances présupposent que ces paiements sont faits précisément en argent (voir art. 1381 en relation avec les art. 1286 à 1294 de la Loi de procédure civile).

La conversion doit se faire en monnaie nationale. Cette règle s'applique tant aux créanciers en monnaie étrangère qu'à ceux qui ont en leur faveur une « clause de paiement en or » »

C'est exactement dans le même sens que se prononce Ramirez (2) :

« Si la faillite est, comme nous le répétons, une procédure d'exécution collective ou universelle, ou une forme d'exécution pour les créances en argent, il est naturel, pour ne pas dire obligatoire, que toute créance contre le failli ayant pour objet une prestation patrimoniale autre que l'argent, *devra être convertie en la valeur pécuniaire de cette prestation au moment de la déclaration de faillite*, pourvu que cette conversion soit possible...

... Et il en va de même en ce qui concerne les prestations convenues en monnaie étrangère. Inutile de dire que s'il est vrai que notre droit positif ne dispose rien à ce sujet, nous devons forcément conclure à la réalité de cet effet de la déclaration de faillite puisque les dispositions légales qui réglementent la procédure de faillite, du moins dans les étapes de liquidation et paiement, partent de l'hypothèse que le paiement s'effectue en argent et au prorata entre les créanciers monétaires. Evidemment, s'agissant de la réduction ou conversion en argent de créances patrimoniales non monétaires ou convenues en monnaie étrangère, *cette conversion devra se faire en la monnaie courante en Espagne*, soit, obligatoirement, en pesetas (art. 1170-1 du Code civil) ».

Ces deux auteurs sont également d'accord pour dire que cette conversion doit être faite *à la date de la déclaration de faillite* (3).

Aucun des deux auteurs ne cite une seule opinion en sens contraire. Il est difficile d'apercevoir, dans ces conditions, sur quelle base le *Contre-Mémoire* a pu avancer ses

(1) Garrigues : *Curso de Derecho Mercantil* (1^{re} éd., Madrid 1940, t. II, p. 471). L'auteur confirme son opinion dans la dernière édition de la même œuvre datant de 1962.

(2) Ramirez, *op. cit.*, t. II, pp. 259 à 261.

(3) Ramirez (*ibid.*, p. 261, note 195) relève toutefois une distinction faite par Satta, qui estime que si les créances étaient *échues et impayées avant* la déclaration de faillite, ce serait la valeur de celles-ci *au moment de l'échéance*, plutôt qu'à celui de la déclaration de faillite, dont il faudrait tenir compte s'il en résultait *une valeur plus grande*.

affirmations, aussi catégoriques qu'erronées, quant à l'état du droit espagnol en la matière (1).

(758) On comprend encore moins comment le Gouvernement espagnol a pu qualifier la règle invoquée par le Gouvernement belge, de « pure invention dépourvue de tout fondement en droit positif », alors que le droit espagnol est, sur ce point, en harmonie avec le droit de tous les autres pays. Quelques exemples suffiront à l'illustrer :

En France, l'article 475 du Code de commerce stipule que :

« Le jugement qui prononce la faillite ou le règlement judiciaire rend exigibles, à l'égard du débiteur, les dettes non échues.

Lorsque ces dettes sont exprimées en une monnaie autre que celle du lieu où a été prononcée la faillite ou le règlement judiciaire, elles sont converties, à l'égard de la masse, en la monnaie de ce lieu selon le cours du change à la date du jugement ».

Mais, cette disposition légale, qui n'a été introduite dans le Code de commerce français que par l'article 39 du décret du 20 mai 1955, ne faisait que consacrer la jurisprudence constante des tribunaux français, qui s'était établie antérieurement en ce sens malgré l'absence d'une disposition légale spécifique (2).

En Belgique, également, la règle est constamment appliquée par la jurisprudence, bien qu'elle ne soit consacrée par aucun article du Code de commerce .

(1) Conscient que ses affirmations vont directement à l'encontre du droit positif en vigueur tant en Espagne que dans les autres pays, le *Contre-Mémoire* n'essaie même pas de les étayer par une de ces notes doctrinales ou jurisprudentielles dont on trouve tant d'exemples dans les annexes. Plutôt que de se placer sur le terrain du droit, il cherche secours dans des considérations pratiques : si l'on admettait la règle de la conversion, constate le Gouvernement défendeur, « les créanciers qui, pour défendre leurs droits, avaient demandé la faillite, auraient été lésés par leur propre action, à laquelle les avait contraints le comportement frauduleux de la société faillie » (*C.M.*, n° 258, p. 410).

L'allusion, dans ce contexte, aux créanciers qui ont demandé la faillite ne manque pas de piquant. Ceux-ci étant espagnols et agissant pour compte d'un groupe espagnol, étaient les seuls à ne pas pouvoir se plaindre du fait qu'ils recevraient leur paiement dans leur monnaie nationale, d'autant plus que c'est eux qui avaient pris l'initiative de s'adresser aux tribunaux de leur pays. Quant aux créanciers étrangers, le dommage qu'ils auraient pu subir n'aurait pu résulter que soit de la dévaluation de la peseta survenue entre le moment de la déclaration de faillite et celui du remboursement des créanciers, soit de l'impossibilité où ils se seraient trouvés de transférer à l'étranger la contre-valeur des pesetas qu'ils auraient reçues. Dans les deux cas, ce ne serait pas là une conséquence directe de la règle de la conversion obligatoire, mais le résultat de circonstances extrinsèques qui ne peuvent évidemment affecter la validité de cette règle universellement admise.

(2) La Cour de cassation française, dans son arrêt du 17 novembre 1930 (*D.*, 1932, 1, 48) s'exprimait comme suit :

« Vu l'art. 444, al. 1^{er}, C. co., qu'il résulte de ce texte, rapproché de l'art. 445 du même Code, que le montant des créances de tous ceux qui font partie de la masse de la faillite se trouve définitivement fixé au jour du jugement déclaratif et ne peut être modifié par aucun événement postérieur; qu'ils ne peuvent donc faire valoir dans la liquidation que les droits qu'ils ont alors... ».

René Piret (1) s'exprime comme suit :

« La conversion en francs belges des créances de monnaie étrangère existant à charge d'un failli doit se faire, à l'égard de la masse faillie, au cours du jour du jugement déclaratif.

Le choix de cette date a été inspiré, tant à la jurisprudence française qu'à la jurisprudence belge, par la considération des exigences du régime légal des faillites (2) ». (2)

On peut ajouter, aux références citées par Piret, l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 30 décembre 1931, qui s'exprime en termes particulièrement clairs :

« ... que les droits des créanciers sont arrêtés au moment de la déclaration de faillite et que l'admission au passif rend leur créance définitive quant à sa quotité; que la seule manière d'assurer l'application de ces principes, quand il s'agit de créances exigibles en monnaies étrangères, est d'en déterminer le montant en francs belges au cours du change à la date de la déclaration de la faillite; qu'en agir autrement et admettre ces créances pour une somme indéterminée serait rendre la liquidation pratiquement impossible... » (3).

Cette règle a été introduite dans la législation de plusieurs autres pays européens.

Outre le cas de la France cité plus haut, on relèvera en *Italie*, l'article 59 de la loi sur la faillite qui prévoit que :

« Les créances non échues ayant pour objet une prestation en argent déterminée par voie de référence à d'autres valeurs ou ayant pour objet une prestation autre que l'argent concourent selon leur valeur à la date de la déclaration de faillite » (4).

En *Autriche*, l'article 14 de la loi sur la faillite, datée de 1914, est particulièrement clair :

« Les créances qui ne consistent pas en une somme d'argent ou dont le montant est indéterminé ou encore n'est pas exprimé en monnaie nationale, doivent être produites pour la valeur qu'elles ont au moment de l'ouverture de la faillite ».

(1) *Les variations monétaires et leurs répercussions en droit privé belge* (Bruxelles, 1935) p. 119. — Dans le même sens Van Ryn et Heenen, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, 1965, n° 2752, pp. 299 et 300.

(2) Les références citées par Piret en note (2) sont les suivantes : Comm. Brux., 29 nov. 1919, *Jur. comm. Brux.*, 1920, p. 73; — Comm. Brux., 2 juill. 1921, *Id.*, p. 415; — Comm. Brux., 26 nov. 1927, *Id.*, p. 420; — Comm. Anvers, 20 sept. 1933, *Id.* 1934, p. 49; — Comm. Courtrai, 6 oct. 1928, *Jur. comm. Fl.*, 1929, p. 123; — Comm. Gand, 17 nov. 1923, *Pas.*, 1924, III, p. 112; — Comm. Liège, 9 août 1923, *Jur. Liège*, 1924, p. 293. — Comp. Cass. fr., civ., 17 nov. 1930, *D.P.*, 1932, I, p. 48, note Chéron; — Douai, 7 déc. 1933, *Gaz. Pal.*, 1934, I, p. 381.

(3) *Jur. comm. de Bruxelles*, 1933, p. 206.

(4) Voir à ce sujet les intéressants développements du Professeur Tullio Ascarelli, *Obbligazioni Pecuniarie* (1959) p. 419.

Ces citations pourraient être allongées par d'autres dans le même sens (1).

(759) Il ne restait plus au Gouvernement défendeur, dans son impossibilité d'opposer le moindre argument au principe de droit dont le *Mémoire* avait dénoncé la violation, qu'à tenter de minimiser la portée de la violation ainsi commise :

« En définitive, le grief belge se fonde sur le fait que les tribunaux espagnols n'ont pas accepté de favoriser les subtiles combinaisons financières de la société faillie. Mais on ne peut pas croire sérieusement que l'adoption de tel ou tel taux de change déterminé puisse servir de base à une accusation de déni de justice, étant donné surtout que l'évaluation n'avait pas pour but de fixer le prix de vente du patrimoine de Barcelona Traction, mais de fixer le prix minimum qui pouvait fort bien être augmenté au cours de la vente aux enchères » (*C.M.*, IV, n° 258, p. 411).

Le Gouvernement espagnol commet ainsi une double erreur.

En premier lieu, la question n'est pas seulement de savoir s'il convient d'appliquer un taux de change plutôt qu'un autre (2), mais de déterminer si et à quelle date les dettes en devises du failli doivent être converties en monnaie nationale.

(1) La Loi allemande fournit un exemple particulièrement éclairant :

Dans le paragraphe 69 de la « Konkursordnung » il est stipulé que pour participer à la distribution, les dettes exprimées en monnaie étrangère doivent être converties en monnaie allemande; mais la loi ne fixe pas expressément la date à laquelle cette conversion doit être effectuée et, partant, le taux de change applicable. Jurisprudence et doctrine sont cependant unanimes pour décider que, conformément aux principes fondamentaux de la loi allemande sur la faillite, c'est le taux en vigueur au moment de la déclaration de faillite qui doit être appliqué (Jaeger, *Konkursordnung*, 8^e éd., 1958, Lent et Weber, paragraphe 69 note 8; Mentzel-Kuhn, *Konkursordnung*, 7^e éd., 1962, paragraphe 69 note 6; voir aussi note 4 où, soit dit en passant, il est précisé expressément que c'est le cours du change officiel qui doit être appliqué).

La pratique des Etats européens est bien décrite par le Professeur Doelle dans son article intitulé « Konkurs », dans le *Dictionnaire du droit comparé* (1933), V, 114 :

« Pour assurer aux créanciers un traitement égal, il est indispensable de rendre toutes les créances semblables et, par là, comparables. Comme il s'agit seulement d'une répartition en argent de l'avoir du failli, la créance de chaque créancier personnel doit être exprimée en une somme d'argent précise et doit, par conséquent, le cas échéant, être convertie, aux fins de la faillite, sur la base de sa valeur, dans la monnaie du pays en question au moment de l'ouverture de la faillite ».

Le Professeur Doelle énumère ensuite plus de dix pays européens qui ont adopté cette règle.

En ce qui concerne le droit anglo-américain, la position est la même : le Professeur Nussbaum, *Money in the Law* (2^e éd., 1950), p. 375, affirme d'une manière tout-à-fait générale :

« Dans le cas de faillite, la conversion en monnaie locale va de soi, étant donné que la réalisation des biens de la masse et la distribution du produit ainsi obtenu, au créancier, ne peuvent être effectuées que sur cette base ».

Le droit anglo-américain fait une distinction suivant que la dette en devises étrangères est venue à échéance avant ou après la déclaration de faillite. Dans le premier cas, la conversion est effectuée normalement sur la base du taux en vigueur à la date où la dette aurait dû être mais n'a pas été payée. Dans le deuxième cas, le taux de change est celui en vigueur à la date du jugement déclaratif de faillite. En Angleterre la règle a été clairement établie dans le cas de *Re Russian Commercial and Industrial Bank*, (1955) Ch. 145. Aux Etats-Unis, Colliers, *Bankruptcy*, un ouvrage qui fait autorité en la matière, déclare (vol. III, p. 1925) :

« En conséquence, la date à laquelle les dommages-intérêts pour rupture anticipée doivent être calculés et convertis en dollars U.S., doit être la date de l'introduction de la demande (de faillite) ... ».

(2) Il faut remarquer qu'en l'espèce, si au lieu d'appliquer le taux de change en vigueur au jour de la déclaration de faillite, on avait appliqué le taux de change officiel, (seul concevable pour une conversion imposée légalement) au jour du paiement, ceci aurait eu pour effet de réduire encore substantiellement le passif obligataire de la Barcelona Traction traduit en pesetas. En effet, par suite de la dévaluation de la Livre sterling survenue en 1949, le taux officiel du change était, en 1951, de 30 pesetas par £, au lieu du cours de 45 pesetas par £ applicable en février 1948.

En second lieu, l'absence de conversion des dettes libellées en devises a constitué une violation flagrante du droit espagnol de la faillite, qui a eu une incidence extrêmement lourde sur le préjudice subi par les ressortissants belges. En effet, la dette obligatoire mise à charge de l'adjudicataire par le cahier des charges s'élevait à environ 9.592.000 £, qui, traduites en pesetas au cours réel de fin 1951 (110 pesetas par £), représentaient 1.055.000.000 de ptas. Eût-on respecté la règle légale en vigueur, et converti cette même dette obligatoire au taux de 45 pesetas par £ en vigueur au 12 février 1948, que le passif obligatoire se serait trouvé réduit à 431.000.000 de ptas., soit une différence de 623.000.000 de pesetas (1).

Le Gouvernement belge est donc parfaitement fondé à invoquer cette erreur grossière commise par les tribunaux espagnols comme constitutive d'un déni de justice.

3° *Ignorance systématique et délibérée de toutes les règles légales relatives au paiement des créances et à la procédure qui doit nécessairement le précéder.*

(760) Les paragraphes qui précèdent ont indiqué sommairement les raisons pour lesquelles il s'était avéré nécessaire de faire sortir du cadre de la procédure de faillite l'opération de vente des biens et de *remboursement* des obligations en livres sterling de Barcelona Traction, en imposant à un tiers, l'adjudicataire, la charge de payer les obligataires.

Cet objectif avait été atteint en procédant, non sous forme de liquidation normale de la masse active, mais en recourant à la procédure de *réalisation des biens gagés*, indument inclus dans la masse, et en imposant à l'acquéreur l'obligation de payer directement les obligations garanties par ce gage.

L'objet du présent paragraphe sera de décrire la procédure ordonnée par la loi espagnole, pour la liquidation des biens de la masse, pour la vérification et le classement des créances et pour le paiement des créanciers.

a. *Liquidation des biens de la masse.*

(761) Le but de la vente est, on le répète, de procurer *aux syndics* les fonds à l'aide desquels ils pourront procéder au paiement des créanciers. L'article 911 précité du Code de commerce de 1885 est formel à cet égard; et le *Contre-Mémoire* (n° 268, p. 417) le reconnaît lui-même sans ambages :

« Le but fondamental de la faillite — on n'insistera jamais trop sur ce point — est de réaliser le patrimoine du failli afin de payer les créanciers à l'aide du produit obtenu ».

(1) Il faut rappeler que le chiffre de 9.592.000 £ comprenait les 2.640.000 £ d'obligations First Mortgage qui constituaient le gage de la Westminster Bank vendues par elle à Juan March dans les conditions dénoncées ci-dessus (*supra*, n° 725, p. 535 note 1). C'est ce qui explique principalement que le passif de la faillite, converti en pesetas au cours du jour de la déclaration de faillite, soit passé de 371 millions de pesetas, chiffre cité plus haut (*supra*, n° 726), à la date du 12 février 1948, à celui de 431 millions, cité ci-dessus, à fin 1951.

Mais, l'article 1240 de la loi de procédure civile exige que le prix payé par l'adjudicataire des biens, « soit mis en dépôt à la disposition du tribunal ».

Cette règle, qui n'est, d'ailleurs, que la confirmation, en matière de faillite, de celles applicables à toute procédure d'exécution conduisant à la vente de biens, impose, à toute évidence, que le prix soit payé dans le cadre de la *procédure de faillite*, afin d'être confié à la garde du tribunal et que son emploi puisse être contrôlé par celui-ci.

Or, dans le cas d'espèce, seule la somme dérisoire de 10 millions de pesetas est entrée dans les caisses de la faillite. Le surplus a consisté dans l'obligation assumée par l'adjudicataire de payer, ou de désintéresser autrement les obligataires, en dehors de la procédure de faillite c'est-à-dire sans le contrôle des autorités judiciaires.

Sur ce point déjà, il y a eu violation d'une règle légale impérative.

b. *Procédure de vérification et de classement des créances.*

(762) Le jugement déclaratif de faillite ne fait qu'ouvrir une procédure. Il n'a pas pour effet de reconnaître ou de dénier aucun droit aux créanciers. Le fait, pour ceux-ci, d'être admis à prendre part à la procédure et à participer aux assemblées de créanciers, n'implique pas davantage une reconnaissance de la validité de leur créance.

Dès lors, lorsque la procédure de faillite entre dans sa phase de liquidation et que les créanciers sont amenés à *faire valoir leur droit* de recevoir une quote-part du patrimoine du débiteur transformé en argent, il est nécessaire que ce droit soit, préalablement, vérifié.

Cette vérification s'opère suivant une procédure qui se situe dans la *quatrième section* de la faillite (art. 1322 de la Loi de procédure civile) et s'appelle « l'examen et la reconnaissance des créances ».

L'article 1378 précise qu'en tête du dossier de cette section, figurera la « liste générale des créanciers » et que le juge fixera le délai endéans lequel les créanciers devront présenter *aux syndics* les titres justificatifs de leurs créances, ainsi que le jour où se tiendra *l'assemblée des créanciers chargée de procéder à l'examen et à la reconnaissance* de ces créances.

Cette assemblée devra être convoquée — suivant le renvoi fait par ledit article 1378 — conformément à l'article 1101 du Code de commerce de 1829, c'est-à-dire par convocation personnelle des créanciers et publication d'annonces, ce qui devra être acté au dossier. Les articles 1102 et suivants du Code de commerce de 1829 règlent, de manière précise, la procédure à suivre pour la présentation des titres de créance aux syndics, leur vérification par ceux-ci à l'aide des livres comptables du failli, l'établissement par les syndics de la liste générale des créances à charge de la faillite, la communication au commissaire de ladite liste, etc...

L'art. 1105 détermine la procédure à suivre à l'assemblée des créanciers : lecture de la liste des créances et du rapport des syndics sur chacune d'entre elles, observations des créanciers et du failli à leur sujet, vote sur la reconnaissance ou l'exclusion des créances, réserve du droit des créanciers et du failli de contester les décisions de l'assemblée...

Les créanciers, dont la créance aura été reconnue, recevront leurs titres en retour, avec annotation faisant mention de cette reconnaissance et indiquant le montant reconnu (article 1109).

(763) Ce n'est là encore que la première étape préparatoire au paiement des créanciers.

Une fois tranchées les réclamations auxquelles ont pu donner lieu les décisions relatives à la reconnaissance ou à l'exclusion des créances, ou expiré le délai pour leur introduction, il faut encore procéder au classement (*graduación*) des créances ainsi reconnues.

En effet, la *par conditio creditorum* ne signifie pas que tous les créanciers participeront, sur le même pied, à la répartition. Il y aura lieu d'établir, entre eux, un classement par ordre de préférence.

La procédure à suivre à cet effet est réglée par les articles 1266 à 1277 de la loi de procédure civile.

C'est à une nouvelle assemblée des créanciers, convoquée à cette fin, qu'il appartient de donner aux créanciers leur rang respectif (art. 1266).

Préalablement à la tenue de l'assemblée, les syndics doivent dresser quatre listes, chacune d'entre elles énumérant les créanciers des diverses catégories (créanciers pour travail personnel, créanciers hypothécaires, créanciers dont le titre résulterait d'un acte public, créanciers chirographaires — art. 1268).

A la même occasion, les syndics doivent établir une note relative aux biens qui appartiendraient à des tiers (art. 1269).

L'article 1271 règle la tenue de l'assemblée, et les articles 1272 à 1274, les dispositions à prendre si les majorités requises par la loi ne sont pas réunies.

Enfin les articles 1275 à 1277 traitent des recours contre les décisions adoptées.

(764) La brève énumération des multiples dispositions légales applicables en la matière, montre le souci du législateur d'entourer la procédure préparatoire au paiement des créanciers de toutes les garanties voulues.

Or, dans le cas de Barcelona Traction, il n'y eut ni examen, ni reconnaissance, ni classement des créances. Il fut procédé au remboursement d'une catégorie de créanciers exactement comme si ces dispositions légales d'ordre public n'existaient pas, en abandonnant, au surplus, à un tiers, le soin de vérifier l'authenticité des titres qui lui seraient présentés — et en se désintéressant totalement des autres créanciers, pour la satisfaction desquels il n'y avait rien dans les caisses de la faillite.

Cet illogisme a, cependant, une logique. Il eût été, en effet, impossible de procéder par les voies légales, vu la suspension qui affectait l'ensemble de la procédure de faillite. Ce l'était à ce point qu'il n'y eut même pas la moindre tentative, de la part des syndics

ou du groupe March, pour obtenir des tribunaux que, à son tour, la quatrième section bénéficie d'une décision l'exceptant expressément de la suspension générale. Juge spécial et Cour d'appel se bornèrent à couvrir cette nouvelle et flagrante illégalité en approuvant, *in globo*, le cahier des charges, la vente et son exécution.

C'est cependant le *Contre-Mémoire* lui-même (IV, n° 1, p. 240) qui rappelle que les règles légales qui régissent la faillite sont d'ordre public.

Mais, en l'occurrence, l'ordre public, tout comme les autorités espagnoles, dut céder le pas à cet impératif absolu que représentait, aux yeux des juridictions saisies, la réalisation des desseins frauduleux du groupe March.

(765) Niant l'évidence, le *Contre-Mémoire* va jusqu'à soutenir (n° 268, p. 417) que :

« Il est faux de dire que le cahier des charges aurait enfreint les articles 1378 et 1381 du Code de procédure civile — comme l'affirme la société faillie — parce que les créanciers ont été payés avant l'examen et la qualification de leurs créances ».

A l'alinéa suivant, le *Contre-Mémoire* veut recourir une fois de plus, pour justifier cette monstruosité juridique, à la prétendue règle de l'indépendance des diverses sections de la procédure de faillite. Mais l'invocation de cette règle, en l'espèce, est dépourvue de toute signification. En effet, l'examen, la reconnaissance, le classement et le paiement des créances font tous partie de la même section, et toute cette section était suspendue par suite de l'appel relatif au déclaratoire Boter.

« Dans le développement normal d'une procédure de faillite — ajoute-t-il — il est logique que l'examen et la qualification des créances précède le règlement de celles-ci, bien que ces deux opérations se réalisent dans des sections qui peuvent progresser plus ou moins rapidement ».

Le Gouvernement espagnol feint ainsi d'oublier que toutes ces opérations, comme on vient de le rappeler, font partie de la même section.

Vient ensuite un aveu, à peine voilé, de la discrimination dont a été victime Barcelona Traction :

« Qu'il en soit ainsi en général ne veut cependant pas dire que la méthode suivie dans le cas présent constitue un vice de procédure ».

Admirable explication : les lois ne seraient-elles pas les mêmes pour tout le monde, en Espagne ?

Après quelques banalités sur le but fondamental et les principes généraux en matière de faillite (c'était bien le lieu de les invoquer!), le *Contre-Mémoire* ne peut que souligner lui-même l'artifice dont le Gouvernement belge a démontré ci-dessus l'illégalité :

« La vente avec substitution de l'adjudicataire au débiteur pour les charges rendait superflus l'examen et la qualification des créances à l'égard des créanciers jouissant d'un droit de préférence »

Ce qui est, évidemment, plus vite dit que démontré (1).

Enfin, le Gouvernement espagnol en est réduit à invoquer l'absence de préjudice pour la société faillie.

Celui-ci est, cependant, évident : le respect des règles légales aurait, on l'a vu, rendu impossible la consommation de la manœuvre ourdie par le groupe March, et qui a eu pour effet de dépouiller entièrement la société et ses actionnaires (2).

c. *Le paiement des créanciers.*

(766) Quant au paiement des créanciers, des dispositions légales, également impératives (art. 1286 à 1294), en règlent les modalités, suivant les différentes catégories de créances.

L'art. 1291 précise que :

« Pour effectuer le paiement, le *tribunal* émettra un mandat (*libramiento*) sur les syndics en faveur de chaque créancier qui aurait le droit d'être payé complètement, en ordonnant simultanément que les fonds nécessaires soient retirés du dépôt pour être mis à leur disposition ».

* Ce mandat sera délivré au créancier contre remise par celui-ci du document reconnaissant sa créance, lequel sera annulé par annotation signée par le créancier et le greffier et versée au dossier de la branche séparée contenant le titre de la créance, mention en étant faite dans la deuxième section ».

* Les syndics ou celui d'entre eux qui aura été désigné par ses collègues, payera le mandat, contre le reçu apposé par l'intéressé sur ledit mandat; celui-ci sera conservé par les syndics comme pièce justificative de leurs comptes ».

Suivant l'article 1293, les syndics auront à justifier, devant le juge, des paiements effectués en exhibant les reçus, et de l'affectation donnée aux fonds prélevés sur le dépôt; ils devront replacer en dépôt le solde non utilisé.

Ici, aussi, le législateur espagnol se montre particulièrement circonspect dans la manière de régler l'exécution des paiements. C'est sur ordre du juge et eux-mêmes que les syndics (3) doivent procéder à ces paiements, à charge d'en rendre compte immédiatement au juge.

(1) Le *Contre-Mémoire* ignore délibérément qu'il y avait d'autres créanciers, dont les droits étaient garantis en vertu des *Trust deeds*, par les biens vendus et ce sur le même pied que les obligataires tel le *Trustee* pour ses honoraires et frais.

(2) Quant à l'absence de préjudice dans le chef des autres créanciers, le *Contre-Mémoire* ne craint pas d'invoquer lui-même la petite comédie qui se déroula en 1963 lorsque, suite à la levée de la suspension, soit onze ans après la vente, on prétendit quand même procéder à la reconnaissance et au classement des créances : aucun créancier ne protesta — déclare-t-il triomphalement. On conçoit que les syndics, et celui qui s'intitulait « liquidateur de l'Ebro », qui figuraient parmi les créanciers produisant, n'aient pas jugé bon de protester puisque les premiers étaient responsables des illégalités commises et que le second était une créature de Fecca. Quant aux autres, ils estimèrent sans doute que leurs protestations seraient vaines puisque les caisses de la faillite étaient désespérément vides.

(3) La loi a même jugé nécessaire de prévoir expressément que pour que l'un des syndics puisse seul se charger du paiement, il doit être commissionné à cette fin par ses collègues.

(767) L'extrême précision de ces dispositions impératives n'empêche pas le *Contre-Mémoire* (I, n° 267, p. 416) de s'étonner que le Gouvernement belge ait qualifié de « subrogation insolite », l'opération par laquelle les syndics ont, avec l'approbation des tribunaux, délégué à un tiers, Fecsa; société du groupe March, cette mission de paiement que la loi réservait à eux seuls et dont, au surplus, Fecsa ne s'est pas acquittée en respectant les formalités exigées de manière précise par la loi.

Il parle à cette occasion de la « substitution de l'acheteur à la débitrice ». Or, ce n'est pas cela qui s'est produit : c'est *aux syndics*, et non à la société faillie dessaisie de l'administration de ses biens, que Fecsa s'est substituée.

C'est une pure diversion que de tenter, comme le fait le *Contre-Mémoire*, de justifier une telle substitution en faisant appel aux règles du Code civil sur l'extinction des obligations. Tout le monde sait qu'une personne peut payer la dette d'autrui. Mais là n'est pas la question : dans la procédure de faillite, tant la masse active que la masse passive sont placées sous le contrôle des organes de la faillite, d'abord, du tribunal, ensuite. Tous les actes qui affectent l'une ou l'autre des deux masses sont assujettis à des règles d'ordre public et doivent être exécutés dans les formes et par les personnes désignées par la loi. Or, ce qui a été fait en l'espèce, c'est le transfert de toute la *masse active* à un tiers étranger à la procédure de faillite, avec mission de régler *lui-même* la masse passive ou, plus exactement, une partie de celle-ci.

Il suffit de ramener ainsi à ses termes essentiels l'opération effectuée en l'espèce, pour se rendre compte qu'elle est inconciliable avec les principes fondamentaux du droit de la faillite, non seulement de l'Espagne, mais de tous les pays civilisés.

Troisième condition : liquidation et paiement des obligations

(768) Cette condition réglait les *délais, formes et modalités* suivant lesquelles l'adjudicataire devait s'acquitter de l'obligation qu'il avait assumée en vertu de la condition précédente.

Il suffira de s'arrêter brièvement à deux des dix clauses que cette condition comporte :

1) La clause VIII stipule que :

« Seront exclues du paiement, de la garantie ou consignation, réglés dans les paragraphes ci-dessus, les obligations et coupons dont les porteurs en auraient, dans le même délai de 90 jours prévu pour le paiement, ainsi convenu avec l'adjudicataire ».

2) La clause X prévoit que :

« Une fois accomplies par l'adjudicataire les obligations prévues ci-dessus, la masse de la faillite sera libérée des dettes représentées par les dites émissions ».

« De même, les biens vendus seront quittes et libres de toute charge en relation avec les obligations *liquidées par paiement ou par consignation* ».

1. *L'exclusion du paiement des obligations en mains du groupe March.*

(769) La première partie de la *Réplique* (*supra* n° 205) a souligné comment cette clause avait été, de l'aveu même du *Contre-Mémoire*, taillée aux mesures exactes du groupe March.

Pour toute justification, le Gouvernement espagnol (*C.M.*, n° 272 p. 420) dit :

« Il est facile de démontrer que, si la clause était superflue, cela ne saurait suffire à la faire taxer d'illégalité ».

Qu'elle ne fût pas superflue, c'est ce qui a été démontré dans la première partie.

Quant à l'affirmation, libellée au surplus en termes prudents, selon laquelle elle ne serait pas illégale, elle ne résiste pas à l'examen.

S'il était illégal, déjà, de déléguer à l'adjudicataire des pouvoirs que la loi réservait aux syndicats agissant sous le contrôle du tribunal, comment le *Contre-Mémoire* peut-il soutenir que ne le serait pas, la clause qui conférait à l'adjudicataire la libre faculté de passer, avec les créanciers de son choix, telles conventions particulières qu'il lui plairait, pour autant que celles-ci contiennent, au moins, une clause excluant du paiement les obligations appartenant au créancier co-contractant ?

En effet, pareille faculté n'appartenait même pas aux syndicats. Aucune disposition de la loi espagnole n'autorise ceux-ci à faire des conventions particulières avec tous ou certains créanciers, du moins dans la mesure où de telles conventions auraient pour objet de minorer ou de majorer les droits du créancier à l'égard de la masse ou, encore, de diversifier les modes de règlement.

Même les accords éventuels entre le failli et ses créanciers font, eux aussi, l'objet d'une réglementation légale précise. C'est seulement par la voie du concordat à conclure entre le failli et ses créanciers, qu'il peut être apporté, conventionnellement, des modifications aux droits de ceux-ci. Les propositions concordataires doivent être faites en assemblée des créanciers dûment convoqués à cette fin. Ainsi en dispose l'art. 899 du Code de commerce de 1885, qui ajoute que les conventions particulières entre le failli et l'un quelconque de ses créanciers seront nulles et que le créancier qui y consentirait perdrait ses droits dans la faillite.

Diverses autres dispositions du Code de commerce précité et de la loi de procédure civile règlent minutieusement la procédure à suivre.

Les accords autorisés par le cahier des charges entre Fecsa et les obligataires de Barcelona Traction se situaient donc complètement en marge des dispositions régissant la procédure de faillite et constituaient une nouvelle violation de celle-ci.

Faut-il souligner encore ce qu'avait de choquante l'entière liberté laissée à l'adjudicataire quant aux stipulations, autres que l'exclusion du paiement, qu'il pouvait insérer dans les dites conventions ? C'était laisser au groupe March toute latitude pour échafauder toutes les combinaisons qu'il estimerait de son intérêt, sans que ni les syndicats, ni, *a fortiori*, les tribunaux aient, à cet égard, le moindre droit de regard ou d'intervention.

Sans doute, le cahier des charges prévoyait-il que l'adjudicataire aurait à rapporter aux syndics la preuve de l'existence de conventions qui auraient été passées avec certains obligataires en vue de les exclure du paiement. Mais aucune disposition du cahier des charges ne donnait aux syndics le moindre droit de regard sur la manière dont ces conventions seraient finalement exécutées.

Enfin, on ne peut qu'être choqué par l'inégalité que cette clause créait entre les obligataires : Fecca n'était, en effet, aucunement tenue d'accepter de passer une convention avec un obligataire quelconque, même si celui-ci acceptait la condition *sine qua non* d'exclure du paiement en espèces le montant de ses obligations.

On ne pouvait souligner plus clairement qu'il s'agissait là d'une clause dont le groupe March entendait se servir dans son propre intérêt, mais dont il ne voulait pas qu'elle puisse lui être opposée par une personne étrangère à ce groupe.

Il est impossible de concilier une telle disposition avec les principes fondamentaux du droit de la faillite.

2. *Limitation des effets des conventions particulières.*

(770) La clause X de la 3^e condition du cahier des charges contenait une stipulation vraiment extraordinaire. Alors que cette clause prévoyait, dans son premier alinéa, que la *masse de la faillite* serait libérée une fois que l'adjudicataire aurait accompli les conditions prévues au cahier des charges (en ce compris éventuellement la conclusion avec certains des obligataires des conventions particulières qui viennent d'être commentées), le deuxième alinéa stipulait que, par contre, les biens vendus ne seraient libérés des charges les grevant qu'en ce qui concerne « les obligations liquidées *par paiement ou par consignation* ».

Ainsi donc les biens vendus continueraient à être grevés d'une charge réelle au profit des obligations qui auraient fait l'objet de conventions particulières.

Puisque l'accessoire, c'est-à-dire la garantie grevant les biens subsistait, c'est donc bien que le principal, c'est-à-dire l'obligation elle-même, n'était pas éteinte. Et, en effet, quand on relit attentivement la clause VIII de la 3^e condition, on réalise que l'exclusion du paiement ne signifiait nullement l'extinction de l'obligation.

Ceci n'était qu'un trait de plus de l'extrême habileté, et aussi de l'extrême prudence, avec lesquelles Juan March avait conçu et réalisé son plan.

Ne voulant pas se trouver pris au dépourvu le jour où, par impossible, les tribunaux auraient annulé le tissu d'illégalités que constituait cette procédure de faillite et la vente qui avait suivi, Juan March avait fait inscrire dans le cahier des charges une clause qui assurait, à toutes fins utiles, la survie des obligations et de la garantie dont elles jouissaient, alors que cette procédure avait prétendument pour but de les éteindre.

Ainsi donc, par un incroyable paradoxe, au terme de cette extraordinaire procédure de faillite, l'intégralité des biens de Barcelona Traction était passée aux mains de Juan

March, alors que 83,4 % (1) du passif demeurerait destiné à renaître ou à disparaître, selon ce qu'en déciderait le personnage (2).

Cette ultime constatation démontre le bien-fondé du grief fondamental que formule le Gouvernement belge, à savoir qu'en l'espèce, la procédure de faillite a été, avec la complicité des tribunaux espagnols, complètement détournée du but légal que la loi assigne à cette institution, pour se transformer en un simple instrument au service des intérêts de Juan March (3).

*
* *

(1) On se souviendra que 83,4 % des obligations Barcelona Traction firent l'objet des fameuses conventions particulières.

(2) Il est révélateur, à cet égard, que celles des obligations Barcelona Traction appartenant au groupe March qui figuraient inscrites au nominatif au nom de Helvetia Finance, agissant comme *nominee*, et au nom de la Banca March, n'ont fait l'objet d'aucune radiation et étaient encore inscrites au nom de ces firmes au 17 avril 1967, suivant certificat du teneur du registre (A.R., n° 112).

Il en va de même d'un petit nombre d'obligations inscrites au nom de la National Trust en tant que *trustee* de la succession Ashbridge, et ce nonobstant le fait que la National Trust a présenté ces obligations au remboursement à la Fecsa, ainsi qu'il résulte d'une lettre de la National Trust en date du 26 avril 1967 (A.R., n° 113).

(3) Les recours contre l'ordonnance du juge spécial n° 2 du 22 novembre 1951 (A.M., n° 203, vol. IV, p. 789) disposant qu'il soit procédé à la vente aux enchères, laquelle serait soumise au cahier des charges proposé par les syndicats et le commissaire, furent menés aussi jusque devant le Tribunal Suprême, qui, par son arrêt du 30 juin 1953, déclara, une fois de plus, le pouvoi de la Barcelona Traction irrecevable. (M., I, n° 224, p. 100; A.M., n° 204 à 207, vol. IV, pp. 790 et ss.; A.O.C., n° 31, vol. II, pp. 420-421).

Le *Contre-Mémoire* (IV, n° 235, pp. 393-394) voudrait faire croire à la Cour que le système de défense de la Barcelona Traction contre les mesures relatives à la vente a été erratique, voire contradictoire. Il s'en prend particulièrement au recours présenté par la Barcelona Traction le 24 novembre 1951 (A.C.M., n° 161, doc. 5, vol. VIII, pp. 404-405) contre la susdite ordonnance du 22, en lui reprochant sa brièveté.

Ce reproche est à la fois injuste et singulièrement malvenu.

Il est vrai que dans le recours, *présenté dans les 48 heures*, l'avocat de la Barcelona Traction ne développa que le *moyen de procédure* qui s'opposait à ce que pareille décision fût rendue, mais, soulignant qu'il n'avait pas le temps de faire plus, il marqua en termes formels l'opposition de la Barcelona Traction à l'ensemble des conditions du cahier des charges « en se réservant expressément le droit de contester tous ces points dans la procédure ultérieure pertinente ».

Si, avant que la vente eût lieu, la Barcelona Traction n'eut jamais l'occasion de développer ses moyens de fond quand aux illégalités qui affectaient le cahier des charges lui-même, cette circonstance n'est certes pas imputable à la société faillie : le juge spécial n° 2 ayant, suivant son habitude, refusé à la Barcelona Traction le droit d'aller en appel contre sa susdite décision du 22 novembre 1951, ce fut donc directement et par la voie du recours en réclamation (*queja*) que la Barcelona Traction porta l'affaire devant la Cour d'appel.

Par son arrêt du 20 février 1952 (A.M., n° 206, vol. IV, pp. 793 à 795), la Cour d'appel confirma que le juge spécial avait eu raison d'agir de la sorte étant donné que son ordonnance était de *mera tramitación*, ce que le Gouvernement belge avait traduit, peut-être inexactement, par les mots « de simple routine ». Quelle que soit la traduction exacte à donner à cette expression, un fait essentiel demeure : le recours d'appel contre l'ordonnance — lourde de conséquences pour la Barcelona Traction — du 22 novembre 1951 était déclaré *irrecevable*. Qu'importait dès lors que la Barcelona Traction eût fait valoir un moyen plutôt que l'autre, puisque les tribunaux espagnols étaient fermement décidés à n'admettre *aucun recours* contre la décision approuvant le cahier des charges ?

(771) Une fois la vente autorisée, ses modalités arrêtées et le cahier des charges approuvé, le sort de la Barcelona Traction était scellé, et l'adjudication elle-même ne fut plus, comme il fallait s'y attendre, qu'une simple formalité destinée à entériner l'acquisition par la société Fecsa, constituée *ad hoc* par le groupe March, des biens mis en vente.

Le juge spécial fut sans doute du même avis, car il n'estima pas devoir se déranger pour présider la vente aux enchères, comme l'y obligeait l'article 1503 de la Loi de procédure civile (1).

Le *Mémoire* (I, n° 233, p. 105) avait relevé cette nouvelle illégalité et décrit le recours en nullité qu'elle avait provoqué de la part de la Barcelona Traction, et que le juge spécial n°3 (1) avait rejeté par jugement du 1^{er} mai 1952.

Le *Contre-Mémoire*, après avoir affirmé péremptoirement que « l'acte de vente aux enchères fut régulièrement présidé par le commissaire », est contraint d'ajouter, en termes, cette fois, plus réalistes : « La présence du juge n'aurait pas fait surgir d'autres enchérisseurs ni amélioré l'offre de l'enchérisseur unique » (*C.M.*, IV, n° 278, pp. 424-425).

On ne pouvait constater de façon plus crue la réussite complète du stratagème imaginé par le groupe March en proposant le « cahier des charges », ni témoigner plus d'indifférence à l'égard des formalités exigées par la loi.

(772) Au terme de cet exposé, la conclusion s'impose : la phase de liquidation, dont le « coup d'envoi » avait été donné par la Déclaration conjointe des Gouvernements et le communiqué officiel espagnol de juin 1951, a été non seulement menée complètement en marge de toutes les dispositions légales en matière de faillite, mais aussi conduite avec la plus extrême diligence, de manière à donner au groupe March satisfaction entière et *immédiate*. Ce souci de célérité s'est traduit d'abord par la hâte avec laquelle il a été fait droit aux demandes les plus préjudiciables du groupe March, ensuite par l'extrême facilité avec laquelle Fecsa et Juan March obtinrent, des autorités administratives espagnoles, les autorisations nécessaires (*infra* n°s 779 et ss.) et, enfin, par le rejet sommaire des innombrables recours de la Barcelona Traction contre les mesures relatives à la vente et l'échec de toutes les tentatives qu'elle fit pour éviter, ou tout au moins retarder, l'irréparable, c'est-à-dire la livraison des biens à la Fecsa.

Un exemple, d'ailleurs cité par le *Mémoire* (n°s 234 et ss., p. 105), illustre d'une manière particulièrement frappante quelle fut, à cette époque, l'attitude de la Cour d'appel de Barcelone. Par son arrêt du 13 juin 1952, celle-ci réforma, au mépris de la disposition formelle de l'article 758 de la Loi de procédure civile, l'ordonnance du juge spécial n° 3 qui, sur base de cet article, avait admis à deux effets l'appel interjeté par la Barcelona Traction contre son jugement précité du 1^{er} mai 1952. Les arguties par lesquelles la Cour d'appel, une fois de plus (2), tenta de justifier cette violation flagrante

(1) Apparemment, le rôle assigné au juge spécial n° 2 était limité à prendre les mesures relatives à la liquidation du patrimoine de la Barcelona Traction, car peu après la vente du 4 janvier 1952, il fut remplacé dans ses fonctions de juge spécial.

(2) Exactement comme elle l'avait fait pour justifier son extraordinaire décision du 7 juin 1949 relative à la nomination des syndics (*supra*, n° 695), la Cour d'appel trouva, ici encore, une disposition, prétendument spécifique, qui devait avoir le pas sur la règle générale de l'article 758.

de la loi, ne parviennent pas à masquer le seul véritable motif de cette décision : permettre à la Fecsa d'entrer *immédiatement* en possession des biens, ce qui fut fait dès le 17 juin 1952. L'indignation du conseil espagnol de la Barcelona Traction fut telle, qu'il estima trouver dans cette décision de la Cour d'appel une preuve suffisante de partialité pour fonder une demande de récusation de tous les magistrats composant la Chambre de la dite Cour qui avait rendu cette incroyable décision (*M.*, n° 236, p. 106 et *A.M.*, n° 227, vol. IV, pp. 855 et ss.).

SECTION VIII

LES DÉNIS DE JUSTICE VOLONTAIRES ET LES INDICES
DE PARTIALITÉ

Sous-section 1

Les dénis de justice volontaires des autorités administratives

(773) Dans le *Mémoire* (I, n^{os} 353 et ss., pp. 174 et ss.), le Gouvernement belge a reproché aux autorités administratives espagnoles d'avoir traité les affaires de Barcelona Traction « d'une manière injuste et discriminatoire ».

La réponse du Gouvernement espagnol à ce grief fait l'objet, dans le *Contre-Mémoire*, des n^{os} 6 et ss. du chapitre IV (IV, pp. 465 et ss.).

Elle ne rencontre toutefois, en aucune façon, les points précis de la réclamation du Gouvernement belge. Celui-ci n'a jamais combattu la thèse, développée aux n^{os} 8 à 12 du chapitre IV, que « le contrôle des changes est conforme aux règles du droit international ». De même, aucun doute n'a jamais été émis quant au fait que, comme le Gouvernement espagnol l'explique en long et en large sous les n^{os} 13 à 18, des réglementations de change existent dans un grand nombre de pays, qu'elles sont, dans leurs grandes lignes, semblables, et que celle en vigueur en Espagne n'est pas fondamentalement différente de celles d'autres pays. Tout cela est généralement connu et son rappel n'aurait pas dû occuper plus de quelques lignes, au lieu des six pages qui y sont consacrées dans le *Contre-Mémoire*.

(774) Le véritable et, à vrai dire, le seul grief formulé par le Gouvernement belge en la matière est que l'application (et non pas l'existence) des règles espagnoles relatives au contrôle des changes fut abusive à l'égard du groupe de la Barcelona Traction. Les autorités espagnoles avaient, il est vrai, en tout temps « un pouvoir de contrôle » sur tout transfert de devises d'Espagne à l'étranger, et même sur tout mouvement de fonds en Espagne concernant un étranger — cela est incontestable et, répétons-le, incontesté. Mais il n'en résulte pas que l'exercice de ce pouvoir fût entièrement discrétionnaire et exempt de toute restriction. Au contraire, l'exercice de leur compétence par les autorités espagnoles du change était soumis, en droit espagnol, à l'obligation de respecter les fins

en vue desquelles cette compétence leur était attribuée, et le droit international les soumettait à la limitation qui interdit à tout Etat de faire application aux étrangers de sa réglementation dans ce domaine d'une manière qui constitue un abus de droit causant arbitrairement ou gravement et sans nécessité un préjudice aux étrangers.

(775) L'existence d'une pareille limitation en droit international moderne ne sera pas mise en doute (1). Elle a été, en diverses occasions, affirmée par les Etats-Unis d'Amérique lorsque le State Department expliquait que « le droit de régler (les changes avec les étrangers) ne comportait cependant pas le droit d'établir des discriminations à l'égard de ressortissants d'un pays ou de priver les titulaires d'un compte de tout droit de propriété » (2).

Elle fut plus récemment confirmée par l'Institut de droit américain dans son *restatement* du droit des Etats-Unis relatif aux Relations Etrangères (par. 198) (3) dans lequel il est dit que la conduite d'un Etat en matière de contrôle des changes ne peut être réputée conforme au droit international que « si elle est raisonnablement nécessaire pour maintenir la valeur de la monnaie ou protéger les ressources en devises de l'Etat ». Elle a trouvé expression dans de nombreux traités internationaux qui requièrent un traitement « correct et équitable » des étrangers (*fair and equitable*) et dans la majorité des traités d'amitié, de commerce et de navigation que les Etats-Unis d'Amérique ont conclus au cours des deux dernières décennies et qui prohibent des restrictions de change lorsqu'elles sont sans nécessité ou lorsqu'elles contiennent des discriminations arbitraires pour les ressortissants des hautes Parties contractantes (4).

Enfin, le principe exprimé est à la base de la fameuse décision anglaise (5) qui, en matière de législation relative au contrôle des changes admit la validité d'une véritable loi étrangère de change, c'est-à-dire une loi édictée dans l'intention de protéger son économie dans une période de tension nationale et rejeta une « loi passée en apparence dans ce but mais en réalité avec un objectif ne concordant pas avec l'usage des nations ». Le même critère doit évidemment être admis en matière d'application des règles relatives au change. Des mesures prises dans le but réel et sincère de protéger la monnaie ne peuvent prêter à critique, mais si elles tendent, en réalité, à atteindre, par des moyens du contrôle des changes, un but autre que la protection des ressources du pays en matière de devises étrangères, alors l'administration est coupable d'abus de droit; en pareille hypothèse son action répond à la fameuse définition américaine de l'arbitraire, lequel est caractérisé par une *absence de relation raisonnable avec un but légitime* (6).

(1) Voir entre autres F.A. Mann, *Money in public international law, British Yearbook of international law*, 1949, p. 292 : « Les Etats n'encourent pas de responsabilité internationale en raison de leur politique monétaire, sauf si elle implique un abus de droit ou une violation d'obligations résultant d'un traité ». Du même auteur, *Money in public international law, Recueil des Cours*, 96 (1959 A) 7, 9298.

(2) Hackworth, *Digest of International Law*, II, (1941) 68; Memorandum du 1 mars 1961, *American Journal of International Law*, 1962, 165.

(3) *Restatement of the Law (Second) Foreign Relations Law of the United-States*. American Law Institute Publishers 1965.

(4) Voir au sujet de ces traités Mann, *Money and public international law*, pp. 72 et 73.

(5) *Helbert Wagg and Co. Ltd.* (1956) chap. 323, pp. 351, 352.

(6) Voir les paroles fameuses du Chief Justice Hughes in *Norman v. Baltimore & Ohio Railroad Co.* 294 U.S. 240 (1934) à la p. 311.

(776) Le grief belge développé dans le *Mémoire* et dans la première partie de cette *Réplique* est double : les autorités administratives espagnoles se sont rendues coupables d'un exercice abusif du contrôle des changes, lorsque les 30 octobre et 14 décembre 1946, elles ont repoussé le troisième mode de financement du Plan d'arrangement, tandis qu'en diverses circonstances, elles ont abusivement permis au groupe March les opérations requises pour qu'il puisse se rendre maître des avoirs de la Barcelona Traction.

(777) En ce qui concerne le premier grief, le *Contre-Mémoire* est tout à fait incapable de présenter une justification acceptable du refus auquel se heurta le groupe de la Barcelona Traction. Il suggère (*C.M.*, IV, n° 11, p. 468) que, sous le couvert de la dernière modalité proposée pour l'exécution du Plan d'arrangement, il s'agissait de « l'amortissement des obligations libellées en monnaie espagnole et du remplacement de celles émises en monnaie étrangère par d'autres obligations également libellées en monnaie étrangère, d'un montant principal plus élevé que celles qui étaient en circulation ».

Seule, la première de ces opérations nécessitait une autorisation de l'I.E.M.E., puisque la seconde se réalisait entre étrangers à l'étranger et concernait exclusivement des obligations émises en devises étrangères par des sociétés étrangères ayant leur siège à l'étranger. Or, cette première opération ne pouvait soulever de la part de l'I.E.M.E. aucune objection quelconque, puisque l'amortissement de la dette en pesetas de Barcelona Traction s'accompagnait de l'extinction d'une partie de la dette en devises d'Ebro, en sorte que, loin de porter atteinte aux ressources en devises de l'Espagne, elle était bénéfique pour celle-ci.

(778) Comme le lecteur de cette *Réplique* le sait déjà, la vraie raison du refus d'autorisation fut la politique du Gouvernement espagnol de favoriser le passage de Barcelona Traction sous le contrôle de Juan March et d'expulser ainsi les étrangers de ce groupe d'entreprises. Ce point a été établi par la référence à de nombreux documents puisés presque tous dans les annexes au *Contre-Mémoire*. Peut-être n'est-il pas inutile de citer à nouveau *in extenso* les termes sans équivoque employés par Juan March lui-même dans la « déclaration de devises » qu'il fit, selon lui sans y être légalement tenu, à l'Institut espagnol du Change, dès le 9 juillet 1946 (1).

« L'acquisition des valeurs de la Barcelona Traction par le groupe où intervient le soussigné a pour objet, comme le sait le Gouvernement espagnol, de faciliter la nationalisation des commerces d'électricité appartenant actuellement à des étrangers, suivant les arrangements qui, en temps opportun, seront soumis à l'approbation des autorités économique-financières d'Espagne. En conséquence, la participation du soussigné dans les avoirs du susdit groupe est destinée à la nationalisation de référence, objectif qui, à ne pas en douter, mérite la haute considération du Gouvernement espagnol » (*A.C.M.*, n° 8, vol. VI, p. 385).

(1) Il y a lieu de croire, cependant, que la date de cette déclaration (ou tout au moins de la légalisation de la signature que Juan March y apposa) n'est pas celle indiquée dans le document précité de l'I.E.M.E., mais bien le 9 juillet 1948. Il est, en effet, mentionné dans ledit document que cette déclaration fut faite en exécution de la loi du 4 mai 1946, dont la date doit elle-même être rectifiée — ceci est une certitude — par celle du 4 mai 1948 (correctement indiquée dans l'annexe au *Contre-Mémoire* (n° 8, doc. 2, vol. VI, p. 368). Si, sans y être obligé, Juan March a senti le besoin en pleine procédure de faillite de signaler aux autorités du change le but pseudo-patriotique de l'opération à laquelle il était attelé, la chose n'en est que plus significative. On peut supposer que dès cette époque Juan March a informé l'I.E.M.E. de la manœuvre qu'il avait amorcée et qui se poursuivait en 1951 par l'achat des obligations détenues par la Westminster Bank et qui serait couronnée en 1952 par l'adjudication à Fecsa des « biens » de la Barcelona Traction.

C'est cet objet, si franchement décrit et si bien connu du Gouvernement espagnol, qui fut poursuivi par une utilisation abusive du contrôle des changes. La réglementation ne servit que de prétexte ou d'instrument à Juan March et au Gouvernement espagnol pour préparer et réaliser l'élimination des intérêts étrangers — intérêts que, dans son discours du 12 décembre 1946 (*A.M.*, vol. I, p. 219), le Ministre identifiait comme ceux de Sidro (« on suppose qu'elle possède la majorité des actions de Barcelona Traction »). L'usage du contrôle des changes dans un but qui lui est aussi étranger ne peut pas recevoir la sanction du droit international.

(779) Tout autre fut l'attitude de l'I.E.M.E. à l'égard des demandes qui lui furent présentées par le groupe March, c'est-à-dire, en fait, soit par Fecsa, soit par Juan March lui-même.

La preuve de la complaisance dont l'Institut témoigna en ces circonstances est fournie soit par des documents déjà produits par le Gouvernement défendeur lui-même, soit par certaines pièces que le Gouvernement belge verse présentement au dossier.

Elle s'est manifestée à l'occasion de trois opérations :

- 1) le remboursement par la *Westminster Bank* des obligations en pesetas de Barcelona Traction et l'acquisition simultanée par Juan March personnellement d'un nominal de 2.640.000 £ d'obligations First Mortgage de Barcelona Traction qui constituait le gage détenu par la *Westminster Bank* en garantie des obligations en pesetas;
- 2) l'octroi à Fecsa de l'autorisation d'emprunter à Juan March lui-même 1.500.000 £ pour le remboursement, en exécution du Cahier des charges, des obligations en £ de Barcelona Traction se trouvant en des mains autres que celles du groupe March; et enfin
- 3) la conclusion finale de ces deux opérations par la souscription, par Juan March personnellement, de nominal 500.000.000 de pesetas d'actions de Fecsa lors de l'augmentation de capital de cette société le 15 novembre 1952.

Toutes et chacune de ces opérations requéraient une ou des autorisations de la part des autorités administratives. Le Gouvernement espagnol lui-même apporte la preuve que certaines d'entre elles furent accordées sans difficulté, quelquefois d'ailleurs à des conditions qui ne furent pas respectées; pour les autres, le Gouvernement espagnol n'a pas jugé nécessaire de démontrer qu'elles furent sollicitées et obtenues. Si elles le furent, on ne pourra qu'y voir une nouvelle manifestation de complaisance. Si elles ne le furent pas, il faudra bien admettre qu'en Espagne, le respect des lois n'a pas été exigé de la même façon suivant qu'il s'agissait du groupe de la Barcelona Traction ou de celui de Juan March.

On examinera successivement chacune de ces opérations.

(780) Avant de procéder à cet examen, il convient de faire observer que Juan March, bien qu'il fût de nationalité espagnole, était considéré, en Espagne, comme résidant à l'étranger et jouissait, de ce chef, de larges libertés inconnues des Espagnols résidant en Espagne, notamment celle de disposer de ses devises étrangères. Il aurait dû, par contre, subir les restrictions sévères que les lois et règlements espagnols imposent aux personnes ayant ce statut en ce qui concerne les opérations à affectuer en Espagne, en pesetas ou sur titres de sociétés espagnoles.

Or, pareille résidence à l'étranger était toute théorique. Juan March occupait, en effet, notoirement à Madrid un somptueux immeuble situé au n° 68 Nuñez de Balboa, et c'est de là qu'il data les nombreuses lettres écrites en 1948, 1951 ou 1952, et reproduites en annexe au *Contre-Mémoire* (*A.C.M.*, chap. I, n° 113, doc. 3, vol. II, pp. 498 et suiv., et chap. II, n° 8, doc. 5, 7, 9, 10, 14, 15, vol. VI, pp. 375 et suiv.), tandis qu'en 1953, il opposa à une action de la Sidro une exception d'incompétence basée sur le fait qu'il était domicilié à Palma de Majorque, où, en fait, il possédait un palais bien connu des touristes (cf. *A.M.*, n° 246, vol. IV, p. 967, qui ne reproduit toutefois que l'ordonnance recevant le déclinatoire).

L'I.E.M.E. elle-même semble avoir senti le besoin, bien tardivement il est vrai, de demander à Fecsa la justification d'un fait admis sans discussion depuis six ans, à savoir la qualité légale alléguée par Juan March de «résident, actuellement à l'étranger» (*A.C.M.*, chap. II, doc. 13, vol. VI, p. 388). Le *Contre-Mémoire* ne communique pas les preuves produites par l'intéressé à ce sujet, mais seulement ses deux lettres d'envoi (*A.C.M.*, Chap. II, doc. 14 et 15, vol. VI, pp. 389-390). Il semble que les seules pièces présentées aient émané du consulat d'Espagne à Genève.

Ceci dit, on en reviendra aux trois opérations dont question ci-dessus.

a) *L'autorisation du remboursement des obligations en pesetas de Barcelona Traction et de l'achat simultané par Juan March de 2.640.000 £ d'obligations First Mortgage de Barcelona Traction.*

(781) Cette première et double opération est décrite dans la lettre que Juan March lui-même adressa à l'I.E.M.E. le 20 février 1951 (*A.C.M.*, chap. II, n° 8, doc. 1, vol. VI, pp. 366 et 367) pour solliciter les autorisations nécessaires.

La Westminster Bank, en tant que *Trustee* des obligations en pesetas de Barcelona Traction, voulant procéder au remboursement du principal (61.895.000 pesetas) des obligations 6 % à 45 ans de Barcelona Traction (1), devait se procurer les pesetas nécessaires en Espagne et était disposé à céder à cette fin les 2.640.000 £ d'obligations First Mortgage de Barcelona Traction qu'elle détenait en gage de ces obligations.

Dans sa susdite lettre, Juan March demandait à l'I.E.M.E. : 1°) de fournir les pesetas nécessaires contre cession à cet Institut de dollars pour un montant équivalent; 2°) l'autorisation d'introduire en Espagne les 2.640.000 £ d'obligations First Mortgage qui devaient, simultanément avec le remboursement des obligations en pesetas, être domiciliées en Espagne au nom de firmes espagnoles; l'avantage de cette seconde facette de l'opération était présenté dans les termes suivants : « la nationalisation immédiate d'une partie importante de la dette hypothécaire d'une société étrangère dont les uniques biens et toutes les affaires sont situés en Espagne, ce qui suppose une récupération positive en faveur de l'économie espagnole ».

Les documents 2 à 4 de la même annexe 8 au *Contre-Mémoire* (vol. VI, p. 368 à 374) relatent les réactions de l'I.E.M.E. ainsi que l'intervention du Trésor britannique en faveur de l'opération.

(1) La décision de la Westminster Bank était due au fait que, depuis la déclaration de faillite, les organes de la faillite avaient suspendu le service de l'intérêt des obligations en pesetas de la Barcelona Traction (A ce sujet cf. *Mémoire*, I, n° 110, p. 56, n° 214, p. 97, note (1); voir aussi *A.C.M.*, n° 65, doc. 1 et 2, vol. VII, pp. 331 à 333).

Le document n° 5 (*ibidem* p. 375) est l'autorisation donnée le 23 août 1951 à Juan March de réaliser cette double opération. Concernant les 2.640.000 £ d'obligations First Mortgage, il y est dit :

« L'on a également décidé d'autoriser l'introduction sur le territoire national des obligations première hypothèque 5 1/2 % de ladite société Barcelona Traction Light and Power Company Limited, pour un montant nominal de £ 2.640.000, qui seront domiciliées en Espagne au nom de firmes espagnoles ».

Tandis que l'opération de cession de dollars à l'Institut et le remboursement des obligations en pesetas de la Barcelona Traction par la Westminster Bank furent effectivement réalisées (*A.C.M.*, n° 8, doc. 6, vol. VI, p. 376), le deuxième volet de l'opération, concernant l'introduction en Espagne des 2.640.000 £ d'obligations First Mortgage, qui faisait partie intégrante de la demande d'autorisation de Juan March précitée du 20 février 1951, devait rester lettre morte, *sans que jamais l'Institut ne songeât à exiger de Juan March l'exécution de l'engagement qu'il avait contracté à cet égard.*

Les preuves de cette inexécution sont nombreuses :

a) Le 26 novembre 1951 (*A.C.M.*, *ibidem*, p. 377), Juan March informait l'Institut que remise lui avait été faite des récépissés provisoires des obligations First Mortgage, mais que la réception par lui des titres définitifs était « pendante d'une décision des tribunaux du Canada ». Or, c'était là une contre-vérité manifeste, puisque suivant un document produit par le Gouvernement espagnol en annexe au *Contre-Mémoire* (*A.C.M.* Chap. III, n° 191, vol. IX, pp. 265-266), la Cour d'appel d'Ontario avait, dès le 8 juin 1951, confirmé le jugement du 24 novembre 1950 ordonnant la remise par Barcelona Traction à la Westminster Bank des titres définitifs d'obligations First Mortgage, et que cette décision était coulée en force de chose jugée depuis de nombreuses semaines.

b) L'I.E.M.E. rappelait dans sa lettre du 21 février 1952 au Ministre de l'Industrie et du Commerce (Vol. VI, p. 385) l'engagement pris par Juan March et constatait que « jusqu'à maintenant cette seconde opération n'a pas été effectuée ».

c) Le 27 mai 1952, soit plusieurs mois après que Fecca ait été déclarée adjudicataire des biens de Barcelona Traction, un contrat était conclu à Genève entre elle et Juan March, représenté par M. Lopez Olivan, par lequel la société s'engageait à acquérir ou à recevoir comme apport social, les 2.640.000 £ d'obligations First Mortgage, que Juan March tenait de la Westminster Bank. Or, à ce contrat était annexée une lettre de la Société de Banque Suisse du 26 mai 1952 adressée à Juan March et lui confirmant qu'elle détenait les titres obligations pour son compte, sous forme de certificats provisoires (*A.R.*, n° 114).

d) A l'heure actuelle encore, ainsi qu'il résulte d'une communication récente reçue de la National Trust, les titres définitifs des 2.640.000 £ d'obligations se trouvent toujours à Toronto (*A.R.*, n° 115). Ils n'ont donc pas été domiciliés en Espagne au nom de titulaires espagnols.

La conclusion est claire : Juan March, une fois obtenus les autorisations demandées pour les opérations fructueuses qu'il avait en vue, ne s'est plus préoccupé des engagements qu'il avait pris vis-à-vis de l'Institut et celui-ci a négligé de les lui rappeler.

b) *L'autorisation donnée à Fecsa d'emprunter 1.500.000 £ à Juan March pour l'exécution du Cahier des charges de la vente.*

(782) C'est par sa lettre du 11 février 1952, soit plus d'un mois après l'adjudication, que Fecsa, s'adressa à l'I.E.M.E. pour lui exposer les conditions du cahier des charges, en vertu duquel elle s'était engagée à rembourser les obligations de la Barcelona Traction dans la monnaie du contrat, c'est-à-dire à concurrence de 9.500.000 £ en cette monnaie, et sollicita l'autorisation qui lui était nécessaire à cette fin (A.C.M., chap. II, n° 8, doc. 8, vol. VI, p. 378).

Une première remarque s'impose. Comment Fecsa, société constituée au capital de 5.000.000 de pesetas, a-t-elle pu, le 4 janvier 1952, souscrire pareil engagement, alors que, pour pouvoir participer aux enchères, elle avait dû fournir un cautionnement s'élevant à un million de pesetas et un million de dollars (équivalant à 40 millions de pesetas), soit plus de huit fois son capital social, et que ce cautionnement devait, aux termes du cahier des charges, être *perdu*, si le délai prévu s'écoulait sans qu'elle se soit exécutée, ce qui se serait produit, si elle n'avait pas obtenu en temps utile de l'I.E.M.E. l'autorisation indispensable à leur exécution ?

La réponse est certaine : l'attitude de Fecsa eût relevé de la démence, si elle n'avait pas été *certaine à l'avance* que l'I.E.M.E. lui accorderait l'autorisation nécessaire à l'emprunt en devises que l'opération allait requérir. Elle était du reste à ce point confiante dans la réponse favorable qui serait faite à sa demande d'autorisation qu'elle n'introduisit celle-ci qu'avec un mois de retard.

(783) Cette demande portait sur une somme de £ 1.500.000 que March mettrait à la disposition de Fecsa à l'étranger pour rembourser des obligations de Barcelona Traction, comme elle s'y était engagée en souscrivant au cahier des charges (1). Suivant les explications données dans la lettre de Fecsa, la somme prêtée par Juan March ne devait pas lui être remboursée, mais il devrait recevoir en contrepartie « les mêmes valeurs ou obligations de Barcelona Traction que l'on liquide, pour leur équivalence comptable en pesetas, pour être importées en Espagne et transformées, le moment venu, en titres émis dans notre Nation ».

On ne peut pas dire que cette explication brillât par la clarté, mais elle signifiait que March deviendrait créancier de la Fecsa pour l'équivalent en pesetas des obligations remboursées à l'aide de l'avance qu'il faisait, que ces obligations seraient importées

(1) On s'étonnera, à première vue, de la disproportion entre ce montant et celui, plus de six fois supérieur (£ 9.500.000) indiqué comme le montant en principal et intérêts de la charge en livres sterling qui incombait à l'adjudicataire, mais Fecsa expliquait dans sa susdite lettre que si elle n'avait besoin que d'une somme aussi réduite, c'était grâce à la large utilisation qu'elle comptait faire de la disposition du Cahier des charges qui permettait d'exclure du paiement les obligations dont les porteurs en conviendraient ainsi avec l'adjudicataire. Dans une lettre ultérieure du 20 février 1952 (A.C.M., n° 8, doc. n° 10, vol. VI, p. 381) Juan March précisait à l'I.E.M.E. que 85 % de la dette de Barcelona Traction étaient déjà acquis et que « l'opération actuellement projetée réalisera la nationalisation de la totalité de ces valeurs dans les conditions les plus favorables pour l'économie de notre pays ».

en Espagne (1) et que cette créance serait liquidée par Fecsa au moyen de remise de ses actions.

Pour l'économie espagnole, cette opération ne signifiait ni apport ni dépense de devises. Son seul avantage apparent était d'éliminer la dette émise par une société étrangère et circulant à l'étranger, mais le ministre espagnol de l'Industrie et du Commerce, M. Suanzes, avait officiellement déclaré, dans son discours du 12 décembre 1946, qu'il ne pouvait reconnaître cette dette comme pesant sur l'économie espagnole (2).

Par contre, l'autorisation requise était indispensable pour mener à son terme l'opération de « nationalisation » que March avait entreprise, à son profit, avec l'approbation et le concours de M. Suanzes.

Aussi le directeur général de l'I.E.M.E. désira-t-il se faire couvrir par ce ministre lui-même : tel fut l'objet de la longue lettre qu'il lui adressa le 21 février 1952 et qui a déjà été citée plus haut (A.C.M., n° 8, doc. 11, vol. VI, pp. 382 à 386).

L'I.E.M.E. y motivait, par les « circonstances particulières de notre cas », son désir de soumettre l'affaire à l'autorité supérieure.

Il est significatif que l'Institut ait jugé opportun de reproduire intégralement, dans cette lettre au ministre, le passage de la déclaration de devises de Juan March où celui-ci avait décrit, dans les termes clairs qui ont été cités ci-dessus (*supra*, n° 778), le but, qu'il poursuivait au su du Gouvernement espagnol, de « faciliter la nationalisation des commerces d'électricité appartenant actuellement à des étrangers ».

L'I.E.M.E. tenait à souligner que la Fecsa fondait sa demande d'autorisation sur « l'avantage que suppose pour notre économie la nationalisation des valeurs étrangères dont il s'agit, représentatives, en définitive, de biens et d'installations situées sur le territoire espagnol ».

La réaction du ministre Suanzes ne se fit pas attendre : dans les quarante-huit heures il accorda son autorisation (A.C.M., n° 8, doc. 12, vol. VI, p. 387), confirmant par là la faveur avec laquelle il voyait aboutir la manœuvre de Juan March.

c) *La souscription par Juan March en novembre 1952 de 500 millions de pesetas à l'augmentation de capital de Fecsa.*

(784) Cette opération ne fut, à vrai dire, que la continuation ou l'achèvement de celles qui viennent d'être décrites. Fecsa s'était engagée à acquérir ou accepter comme apport les £ 2.640.000 d'obligations que Juan March avait acquises de la Westminster

(1) Apparemment, cette importation ne fut jamais effectuée. C'est du moins ce qui semble résulter du fait que des obligations *nominatives* restent encore aujourd'hui inscrites au registre au nom de l'ancien titulaire, bien qu'elles aient été remboursées par la Fecsa (*supra*, p. 567 note 2), ce qui signifie qu'elles n'ont pas été converties au porteur aux fins de leur importation en Espagne. Si cette supposition est exacte, force serait de constater qu'une fois de plus les autorités espagnoles se sont montrées bien peu exigeantes lorsqu'il s'agissait de veiller à l'exécution ponctuelle des engagements assumés par le groupe March.

(2) Il n'est pas sans intérêt de comparer l'opération ainsi autorisée par l'Institut au profit de Fecsa à celle qui fut refusée à l'Ebro en 1946 et entraîna l'échec du Plan d'arrangement : comme expliqué ci-dessus, l'opération que l'Ebro soumettait à l'approbation de l'Institut consistait à éliminer la dette en pesetas de Barcelona Traction à l'aide des disponibilités en pesetas de l'Ebro, cette société étant en contrepartie libérée pour un montant équivalent (soit, au cours de l'époque, 1.400.000 £ environ) de la dette qu'elle avait contractée vis-à-vis de Barcelona Traction sous la forme d'obligations General Mortgage.

Bank, et en outre l'avance de £ 1.500.000, que Fecsa avait reçue de Juan March devait, comme on l'a vu, être finalement transformée en titres émis en Espagne, à remettre à Juan March.

C'est ce qui fut fait, le 15 novembre 1952, lors de l'augmentation spectaculaire du capital de Fecsa, qui porta celui-ci de 5 à 1.160 millions de pesetas.

Suivant le résumé de l'acte notarié inscrit au Registre de Commerce (A.R., n° 116), Juan March souscrivit et libéra intégralement 100.000 actions de 5.000 pesetas chacune, soit 500 millions, ce qui représentait plus de quarante pour cent du capital.

Or, cette souscription de Juan March dépassait ce qui était autorisé par la loi. (1)

En effet, aux termes du décret-loi du 17 juillet 1947 (article 3), sauf autorisation du ministre des Finances, il est interdit de remettre des titres représentatifs des augmentations de capital à des personnes physiques ou juridiques de nationalité étrangère ou résidant en dehors du territoire national, lorsque ce transfert aurait pour conséquence de mettre en leur pouvoir plus de vingt-cinq pour cent du capital.

Mais l'acte notarié du 15 novembre 1952 ne fait aucune mention de semblable autorisation.

(785) Et, dès lors, le dilemme se pose : ou bien Juan March a obtenu du ministre des Finances l'autorisation légalement requise, et c'est là une nouvelle preuve de l'appui que lui fournirent les autorités espagnoles pour l'exécution de son plan ; ou bien il ne l'a pas obtenue, et il est dès lors établi qu'aux yeux de tous, en Espagne, Juan March n'était pas tenu à l'observation des lois.

Dans les deux cas, le contraste est saisissant entre le traitement dont il bénéficia et les tribulations du groupe de la Barcelona Traction six ans plus tôt.

d) Le communiqué officiel du 16 juin 1951.

(786) Cet exposé des dénis de justice volontaires des autorités administratives ne serait pas complet, si n'était rappelée l'aide décisive qu'au cours même de la procédure de faillite, le Gouvernement espagnol apporta au groupe March par la présentation falsifiée et l'orchestration bruyante des conclusions de la Commission Internationale d'experts. Lorsqu'il passait sous silence, dans son communiqué officiel, la réserve dont les experts avaient accompagné leur justification, par l'apparent refus d'information, du rejet de leurs demandes de transferts et lorsqu'il imputait faussement au groupe de la Barcelona Traction de prétendues fraudes et qu'il laissait prévoir que ces sociétés ne pourraient manquer d'être frappées de condamnations sévères, alors qu'en fait elles ne firent l'objet d'aucune poursuite, le Gouvernement espagnol fournissait aux autorités judiciaires qui allaient ordonner la vente, sinon une justification, du moins un prétexte dont elles ne manquèrent pas de se servir, en même temps qu'une indication de l'attitude officiellement adoptée par l'autorité supérieure à l'égard des intérêts étrangers en cause.

Nul doute, dès lors, que le pouvoir exécutif et les autorités administratives aient leur part de responsabilité dans le préjudice causé aux actionnaires belges de Barcelona Traction et dont l'Etat espagnol est présentement appelé à répondre.

(1) A moins évidemment que Juan March, inscrit comme résidant à l'étranger, lorsqu'il se livrait aux achats massifs de valeurs étrangères de 1947 à 1951 ait cessé de l'être au moment où les opérations se dénouaient par sa souscription à l'augmentation de capital de Fecsa.

Sous-section 2

Les indices de partialité des autorités judiciaires

(787) Il a été montré au chapitre I de cette Deuxième Partie (n^{os} 456 ss.) que des erreurs grossières ou manifestes, de fait ou de droit, commises dans l'application du droit national par les tribunaux d'un Etat à des ressortissants étrangers et qui leur causait préjudice, suffisaient à engager la responsabilité internationale de cet Etat, sans qu'il soit nécessaire d'établir la malveillance ou l'intention discriminatoire.

Conformément à la ligne de conduite recommandée par le tribunal arbitral italo-vénézuélien dans l'affaire *Martini*, si fréquemment citée dans le *Contre-Mémoire*, c'est le caractère objectif des décisions judiciaires critiquées dans le *Mémoire* que le Gouvernement belge s'est efforcé de mettre en lumière dans l'examen qui en a été fait dans les sections précédentes. Ce qui n'empêche que la gravité des déficiences constatées fait supposer leur caractère intentionnel et que cette présomption peut se trouver renforcée par d'autres indices. Il n'est pas sans intérêt, dès lors, de relever ceux-ci.

(788) Ces indices résultent, notamment, de la contradiction des solutions données aux mêmes questions par les mêmes juridictions dans un temps voisin, chaque fois en conformité avec les sentiments qui leur sont supposés.

Il en fut ainsi, notamment, de la négation suivie de la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés auxiliaires et de l'alternance de violation et d'application du droit de gage résultant des *trust deeds*.

Un exemple non moins frappant fut l'usage unilatéral fait de la suspension résultant du déclinatoire *Boter*, qui ajourna pendant près de quinze ans les recours des diverses entités du groupe de la *Barcelona Traction* contre le jugement de faillite et les décisions connexes, tandis qu'il ne retarda ni la nomination des syndics ni la liquidation de tous les biens du failli. A cet égard, les deux décisions rendues le même jour, 7 juin 1949, par la Cour d'appel de Barcelone, sont particulièrement révélatrices.

De même apparaissent tels l'admission du groupement dépourvu de personnalité morale, intitulé Comité des Obligataires *Prior Lien*, comme partie à la procédure de faillite, et le refus de reconnaître la même qualité à la société canadienne *National Trust, trustee* des obligations en Livres sterling de la *Barcelona Traction*.

Le refus répété d'admettre à deux effets les appels de la *Barcelona Traction* contre les décisions relatives à la vente des biens, alors qu'un an auparavant, la Cour d'appel avait décidé le contraire dans une autre affaire de faillite, est un autre indice d'une intention discriminatoire dans l'application au cas d'espèce des dispositions légales.

Il n'en va pas autrement de l'extraordinaire décision de la Cour d'appel de Barcelone, du 13 juin 1952, qui, réformant une décision du juge spécial, n'admit qu'à un seul effet un appel de la Barcelona Traction, et ce au mépris d'une disposition légale formelle, dans le but évident d'éviter que la livraison des biens à la Fecsa souffre le moindre retard.

(789) Mais d'autres indices ont été relevés en grand nombre dans le *Mémoire* et dans cette *Réplique*, soit de contacts irréguliers ayant eu lieu entre le groupe March et diverses juridictions, soit de l'hostilité éprouvée par certaines d'entre elles pour le groupe de la Barcelona Traction, soit de la volonté arrêtée de s'écarter de l'application traditionnelle des textes légaux pour faire aboutir la procédure engagée contre la société canadienne de la manière souhaitée à la fois par le groupe March et le Gouvernement.

Comme indices de contacts irréguliers, on rappellera notamment les circonstances relatives au choix, par le juge de Reus dans son jugement du 12 février 1948, du séquestre provisoire et du commissaire (*Mémoire*, I, nos 95 et 96, pp. 49-50, et *supra*, n° 26, p. 17) — le choix par le séquestre provisoire des nouveaux administrateurs d'Ebro parmi les collaborateurs directs de Juan March (*Mémoire*, n° 105, p. 54) — la mise en question surabondante par le juge de Reus de la validité des pouvoirs de l'avoué d'Ebro, dans son jugement rendu le 17 mars 1948, soit vingt-quatre heures après la nomination par le séquestre provisoire des nouveaux administrateurs de l'Ebro, prélude nécessaire aux substitutions d'avoués et désistements des recours (*Mémoire*, n° 125, p. 62, *supra*, n° 139) — le fait qu'à Madrid même, en 1956, dans une action intentée par la National Trust, un avoué des syndic fut en mesure de présenter un écrit dans lequel il faisait preuve d'une connaissance profonde de la demande avant qu'elle ne lui ait été notifiée (*Mémoire*, n° 258, p. 116).

(790) Comme indices d'hostilité, on rappellera les termes du jugement du 15 septembre 1951 par lesquels le juge spécial n° 2, M. Osorio, repoussa le recours de rétractation de la Barcelona Traction contre l'ordonnance par laquelle il avait ordonné la vente, et ceux de l'arrêt du 5 février 1952 par lesquels ce jugement fut confirmé.

Les vingt-neuf considérants du premier jugement (*A.M.*, n° 181, vol. III, pp. 708 et ss.) étaient, pour la plupart, empruntés à un pamphlet du groupe March, comme le signala à la Cour d'Appel de Barcelone l'avocat M^e Serrano Suñer dans la plaidoirie prononcée le 21 septembre 1953 à l'appui de sa demande de récusation dirigée contre les membres de la Première Chambre de la Cour dans laquelle M. Osorio était venu siéger. On y lisait notamment :

« que... Barcelona Traction s'(était) consacrée uniquement à des spéculations financières au moyen de tous les effets de commerce comprenant *non seulement les siens*, mais aussi ceux de l'Ebro et des sociétés subordonnées qui dans la suite sont apparues » (13^e considérant).

* Que par les circonstances qui entourèrent la création de Barcelona Traction, réalisée apparemment par neuf individus parmi lesquels sept sont également les fondateurs de l'Ebro, selon l'écriture initiale, cette société (Barcelona Traction) se trouva, dès le premier moment, dans l'incapacité économique de payer à ses obligataires le montant de leurs coupons échus, que la première insolvabilité se produisit en 1914, entraînant concrètement les procédures judiciaires devant les tribunaux britanniques et canadiens, qui se terminèrent par la convention de l'année suivante, par laquelle le paiement des coupons était différé jusqu'en 1918, et qui comportait l'émission de nouvelles obligations. Cette convention, également inexécutée, a été à l'origine d'un nouvel arrangement

pendant cette année, d'un autre en 1921 et encore d'un autre arrangement en 1924; toutes ces conventions ont été profitables à Barcelona Traction qui, grâce à elles, a obtenu des bénéfices qui s'approchèrent de 4.000.000 de livres sterling, tandis que de graves préjudices étaient supportés par les obligataires, qui consentirent une remise de dette de 75 % outre l'avilissement des titres et la mise en gage des garanties. Et, malgré tout, a surgi à nouveau l'insolvabilité de 1936, date à partir de laquelle le paiement des intérêts a cessé d'une manière absolue » (14^e considérant).

« Qu'en 1945, Barcelona Traction se trouvant avec un passif supérieur à sept millions de livres sterling, imagina le plan d'arrangement de cette année, par lequel cette dette énorme était annulée, moyennant la remise aux obligataires de trois millions six cent quatre-vingt-cinq mille sept cent quarante-neuf livres sterling; la dette étant ainsi totalement liquidée, la société obtenait un bénéfice d'un montant à peu près égal à celui payé aux obligataires; mais comme Barcelona Traction n'avait pas les devises, la Chade apportait, pour la réalisation de l'opération, un million de livres et les banques espagnoles, après autorisation de l'Institut Espagnol de Monnaie Etrangère, deux millions sept cent mille livres; un bénéfice supérieur à cent quarante millions de pesetas était obtenu par cette seconde partie de l'opération, bénéfice à répartir entre les banques, Barcelona Traction et Chade. Mais, par bonheur, tant le Gouvernement espagnol que le Gouvernement anglais, comme c'était naturel, repoussèrent ce plan, que qualifie son simple exposé, ce qui permet au Juge (el Proveyente) de s'abstenir de le faire » (15^e considérant).

« Que devant semblable situation, certains créanciers qui avaient perdu patience introduisirent la procédure de faillite que Barcelona Traction se permet d'estimer illégale et qui, après l'exposé sommaire des antécédents, est des plus justifiée, puisque depuis de nombreuses années, la société n'accomplit pas cet élémentaire devoir d'être à jour dans le paiement de ses obligations, pas plus qu'elle n'accomplit scrupuleusement les engagements contractés » (16^e considérant).

Il est clair que la plupart de ces considérants étaient complètement étrangers à l'objet de la demande soumise au juge spécial et témoignaient, de sa part, une acceptation sans réserves des allégations les plus folles (1) émises par le groupe March et reprises, d'abord, par les experts désignés par le Gouvernement espagnol et, ensuite, par celui-ci même dans la déclaration conjointe et le communiqué officiel.

Or, la Cour d'Appel de Barcelone, saisie de l'appel de ce jugement, qui n'avait plus de judiciaire que son titre, loin de rien reprendre à la motivation qui le caractérisait, déclara que ses considérants étaient « dignes de la science du juge spécial qui les a rédigés » (cinquième considérant, *A.M.*, n° 192, vol. III, p. 742) et en ajouta d'autres dont le ton témoignait d'une même hostilité à l'égard de la Barcelona Traction (voir notamment deuxième considérant).

(791) Quant à la liberté particulière prise par les tribunaux dans l'application des textes légaux pour permettre aux desseins de March d'aboutir, elle fut exprimée à deux reprises, avec une rare candeur, par la Cour d'Appel de Barcelone. Le 7 juin 1949, après avoir rappelé le prescrit formel de l'article 114 de la loi de Procédure civile imposant la suspension de la procédure lorsqu'est soulevée toute question de compétence, aussi bien lorsqu'elle est introduite par voie d'*inhibitoria* que lorsqu'elle l'est par voie de déclinatoire, cette Cour proclamait tout-à-fait arbitrairement la nécessité de faire exception à cette règle pour la nomination des syndics

« dans des cas comme celui qui se présente actuellement du fait qu'il s'agit d'une procédure universelle où il y a un grand nombre de créanciers intéressés, une considérable masse de biens et tout un complexe d'affaires en activité ». (*A.M.*, n° 150, vol. III, p. 580).

(1) On notera notamment que dans son 14^e considérant, reproduit ci-dessus (n° 790), le juge spécial pousse l'inconscience jusqu'à attribuer à des fautes de gestion l'arrêt du service des obligations survenu en 1914, date où commença la première guerre mondiale et 1936, date du début de la guerre civile.

Et, plus brutalement encore, le 27 janvier 1951, la Cour motiva le rejet d'une réclamation contre l'ordonnance qui avait approuvé la nomination des syndics par l'étonnant considérant que :

* il est nécessaire de bien tenir compte des circonstances exceptionnelles qui entourent la présente faillite, laquelle revêt une certaine nuance de caractère international, étant donné que la société faillie a son siège principal à Toronto (Canada) et un grand nombre de créanciers domiciliés ou répartis dans divers pays européens; qu'il est dès lors évident que les questions complexes qui peuvent se poser, principalement de nature procédurale, doivent être résolues non pas en se basant sur le sens grammatical des préceptes légaux applicables, mais en interprétant ceux-ci d'une manière rationnelle et en leur donnant une certaine élasticité; car autrement il serait totalement impossible de pouvoir instruire la présente faillite, étant donné les difficultés insurmontables qui pourraient se présenter » (A.M., n° 158, vol. III, p. 623).

SECTION IX

LE GRIEF GLOBAL

(792) Les illégalités flagrantes, les anomalies extraordinaires, les contradictions qui ont été dénoncées dans le présent chapitre comme entachant des actes de l'administration ou des décisions judiciaires, ne prennent à vrai dire toute leur signification que si on se rend compte de leur convergence vers l'extraordinaire résultat final obtenu, c'est-à-dire du rôle essentiel que chacune d'elles joua dans cette machination particulièrement complexe et astucieuse du groupe March, et qui finit par le rendre maître du magnifique ensemble d'entreprises de production et de distribution d'électricité de Catalogne.

Il importe de rappeler brièvement les étapes qui conduisirent à ce résultat, car elles dénotent, chez le groupe March, non seulement une longue préméditation, mais une confiance absolue dans l'appui inconditionné que les autorités administratives et judiciaires apporteraient aux thèses et aux demandes les plus insolites et les plus audacieuses.

Sans cet appui, jamais March n'eût pu surmonter les obstacles de droit et de fait qui s'opposaient à ses desseins. Car ce qu'il convoitait, c'était des entreprises appartenant à des sociétés concessionnaires de services publics en plein développement, dont l'activité — ce qui est rare — ne donnait lieu à aucun conflit avec les pouvoirs publics et qui ne connaissaient pas de difficulté financière et jouissaient d'un large crédit. Eût-on pu les prendre en défaut qu'elles auraient trouvé dans leur statut particulier des dispositions les mettant à l'abri contre toute déclaration en faillite par surprise. Elles étaient donc pratiquement invulnérables.

Ces sociétés présentaient toutefois aux yeux des autorités espagnoles un défaut : créées par des étrangers, financées essentiellement par des capitaux étrangers, elle étaient demeurées sous la direction des étrangers, ceux-là même qui contrôlaient la société holding Barcelona Traccion. Cela froissait un certain esprit nationaliste qui se manifesta en Espagne au lendemain de la guerre civile et inspira notamment les décrets espagnols de 1939 et 1947, limitant la participation des étrangers à la constitution ou à l'augmentation du capital des sociétés commerciales. Le Gouvernement belge ne songe pas à contester la licéité internationale de semblables réformes, pas plus que celle des nationalisations auxquelles il a été procédé dans certains pays (1). Mais il va de soi que de telles préoccupations ne pouvaient aucunement justifier une distorsion dans l'application

(1) Les documents produits montrent que, de leur côté, les dirigeants du groupe de la Barcelona Traccion amorcèrent des réformes et entreprirent des négociations pour renforcer la participation espagnole à la direction des entreprises.

des lois par les organes administratifs ou judiciaires dans un sens qui favoriserait des personnes privées espagnoles au détriment de personnes privées étrangères.

C'est cependant ce que March réussit à obtenir.

(793) Convaincu qu'il n'arriverait pas à ses fins de plein gré, il se mit, à partir de 1945, à préparer ses batteries, d'une manière hautement significative de la manœuvre qu'il allait poursuivre. Car on vit cet Espagnol acheter en grand nombre sur le marché, non des actions de Barcelona Traction, qui lui eussent permis d'intervenir au sein des assemblées d'actionnaires de cette société, ni des obligations émises en Espagne en pesetas et dont les intérêts étaient régulièrement payés, mais des obligations émises en livres sterling à l'étranger et dont le service, interrompu par la guerre civile en 1936, n'avait pas repris depuis lors (1).

Bien plus, ces emprunts défavorisés par les circonstances, il mit tout en œuvre pour empêcher d'en améliorer le sort, intervenant, à la fois, et auprès de National Trust pour combattre le Plan d'arrangement et s'opposer à sa prorogation, et auprès du Gouvernement espagnol pour empêcher qu'il marquât son accord aux modes de financement proposés.

Les obligations ainsi acquises ne l'avaient donc pas été à titre de placement, mais comme moyen de « nationaliser » à son profit ces entreprises d'électricité. Il l'avait déclaré sans ambages aux autorités espagnoles et la suite des événements montrera qu'elles allaient à la fois être utilisées comme instruments dans les multiples incidents de la procédure en faillite déclenchée en Espagne (2) et inspirer la principale clause du Cahier des charges de l'adjudication qui, sous couleur de payer intégralement le passif obligataire, allait permettre à Juan March de se rembourser des sommes payées pour ces achats en se faisant attribuer la totalité des biens de la société, les actionnaires de celle-ci étant définitivement sacrifiés.

A toute évidence, ces diverses opérations impliquaient non seulement l'existence d'un plan, mais la confiance totale dans l'appui qui serait apporté à sa réalisation.

(794) Le problème soumis au juge de Reus par la demande en faillite équivalait à rien moins qu'à la quadrature du cercle, puisqu'il fallait, à la fois, saisir les biens des sociétés auxiliaires comme faisant partie de la masse active de la faillite et les placer sous le contrôle du séquestre provisoire, sans toutefois les déclarer en état de faillite, ce qui eut légalement requis des formalités préalables, d'autant plus embarrassantes

(1) Le groupe March en possédait déjà un certain nombre lors de l'assemblée des obligataires Prior Lien convoquée en 1945 pour se prononcer sur le Plan d'arrangement; c'est lui qui constituait essentiellement la petite minorité d'opposants. Mais les achats furent effectués surtout en 1946 au point qu'en décembre 1946, le syndicat March en détenait la majorité; celui-ci en aura 70 % en 1947 et 80 % au moment de l'adjudication. On trouve ces indications dans les annexes au *Contre-Mémoire (A.C.M., chap. I, n° 118, vol. II, pp. 481, 486, 511 et chap. III, n° 8, doc. II, vol. VI, p. 384)*.

(2) Un affidavit de M. Lopez Olivan, publié en annexe au *Contre-Mémoire (A.C.M., n° 118, doc. 2, vol. II, p. 495)* indique qu'en 1947, après l'échec du Plan d'arrangement, Juan March songea à se servir de sa position majoritaire parmi les obligataires Prior Lien pour provoquer, au Canada, la mise en faillite de la Barcelona Traction. Mais cette voie, seule voie régulière, s'avérant lente et incertaine, il préféra s'adresser au juge de Reus.

qu'il s'agissait de sociétés de services publics et qu'aucune d'elles ne connaissait de difficultés de paiement. A cela s'ajoutait que les actions des sociétés auxiliaires appartenant à Barcelona Traction se trouvaient hors d'Espagne, à l'abri des saisies, en sorte que le séquestre provisoire ne pouvait régulièrement espérer exercer les droits y attachés. La principale société auxiliaire, l'Ebro, n'avait-elle pas du reste son siège social au Canada ?

(795) Aucune de ces difficultés n'arrêta le juge de Reus, ni ses successeurs, juges spéciaux et Cour d'Appel de Barcelone, qui, conciliant les inconciliables, admirant la confusion des patrimoines, tout en affectant de maintenir ou rétablir les personnes juridiques distinctes, substituèrent à la possession des titres se trouvant au Canada une possession symbolique qui fut utilisée de bonne heure pour décapiter les sociétés auxiliaires et bientôt les soumettre à des conseils d'administration nouveaux composés d'agents de March — enfin permirent qu'il fût fait usage par les organes de la faillite de cette même possession symbolique pour supprimer, par des modifications de statuts décrétées en Espagne, l'obstacle du statut canadien de deux des principales sociétés et substituer de faux titres aux actions qu'ils n'avaient pu saisir.

Le comble de l'astuce fut sans doute atteint dans les circonstances qui accompagnèrent la vente, lorsqu'à l'initiative du Gouvernement, le communiqué officiel relatif aux conclusions de la commission d'experts, créa l'état d'alarme qui servit de prétexte à la demande d'autorisation de vente, et lorsque les modalités de celle-ci furent savamment élaborées, de manière à s'adapter exactement à la position d'obligataire majoritaire que Juan March s'était assurée, et à mettre Fecsa à l'abri de toute possibilité de compétition lors de l'adjudication publique, qui allait consacrer le dépouillement total des actionnaires, comme du reste des créanciers autres que les obligataires.

(796) On croit rêver lorsqu'on compare le déroulement de cette procédure avec la docte description de l'institution de la faillite donnée dans le *Contre-Mémoire* (IV, pp. 239 à 241). Le but en est défini en termes généraux comme « la protection des créanciers ». Ceux-ci, est-il indiqué, doivent être payés sur un pied d'égalité au moyen du produit de la vente et de la liquidation de tous les éléments de l'actif patrimonial du failli. Il n'est pas précisé, mais il n'est pas non plus nié et il tombe d'ailleurs sous le sens, que le paiement « au marc le franc » ne concerne que les créanciers chirographaires.

Il suffit de confronter cette analyse théorique de l'institution avec les préripéties de la faillite de la Barcelona Traction pour constater que la faillite a été, dans ce cas, complètement détournée de sa fonction, de sa destination : elle n'a été que le moyen pour le principal obligataire de s'emparer des biens de la société, qu'il convoitait de longue date.

(797) Enfin, il convient de rappeler que si, à chaque étape de la procédure, d'innombrables recours furent exercés par les intéressés pour essayer de mettre un terme aux illégalités constatées, les premiers de ces recours, dirigés contre les abus les plus criants entachant le jugement de faillite et les décisions connexes, furent systématiquement étouffés ou ajournés par une variété de moyens, dont l'extraordinaire suspension permit aux syndicats de procéder à la vente des biens saisis ou réputés tels, sans qu'il ait été statué

sur aucun des griefs majeurs, relatifs, notamment, au défaut de juridiction du juge de Reus, au manque de fondement de la déclaration de faillite et aux extensions inadmissibles données aux saisies.

(798) Ainsi, indépendamment des illégalités flagrantes dénoncées dans les huit sections précédentes, le Gouvernement belge doit relever, à charge des autorités judiciaires espagnoles, un déni de justice en quelque sorte global, et qui résulte de la convergence de toutes ces illégalités au service de l'intérêt exclusif d'un particulier : Juan March et son groupe. Cette convergence atteste que, sous le couvert de cette procédure de faillite purement artificielle et marquée d'irrégularités manifestes à chacune de ses étapes, les tribunaux espagnols appelés à intervenir ont permis que se réalise avec leur approbation et grâce à leur concours actif, la spoliation injustifiable d'intérêts étrangers parfaitement légitimes. Comme l'écrivait déjà le Gouvernement belge dans sa *Requête* (I, nos 42 et 43), le caractère illicite, au regard du droit des gens, de l'ensemble des actes, mesures et omissions reprochés aux tribunaux espagnols, se manifeste d'une manière particulièrement évidente dans le résultat final auquel ils ont abouti — résultat recherché et obtenu au bénéfice du seul Juan March et de son groupe.

En détournant ainsi la procédure de la faillite de sa fonction normale, les juges espagnols se sont rendus coupables d'un véritable *abus de pouvoir*, car, sous le vêtement juridique de la faillite, les mesures qu'ils prenaient n'avaient, ne pouvaient avoir et n'ont eu d'autre effet que de servir les intérêts d'un particulier espagnol, au préjudice des ressortissants belges dont le Gouvernement belge assume la protection.

TROISIÈME PARTIE

CHAPITRE I

L'EXCEPTION DE NON-ÉPUISEMENT DES VOIES DE RECOURS INTERNE

(799) L'exception de non-épuisement des voies de recours a été jointe au fond par l'arrêt du 24 juillet 1964, aux motifs que :

« la présente affaire n'est pas de celles où l'allégation touchant le non-épuisement des recours internes soulève sans le moindre doute des problèmes de caractère préliminaire pouvant être réglés indépendamment. Cette allégation est inextricablement liée aux questions de déni de justice qui constituent la plus grande partie du fond. L'exception du défendeur d'après laquelle les recours internes n'auraient pas été épuisés se heurte constamment à la thèse du demandeur d'après laquelle c'est notamment en essayant d'épuiser les recours internes que l'on aurait subi les dénis de justice allégués ».

(800) Les explications complémentaires qui ont été données dans les deux premières parties de la présente *Réplique* ont, semble-t-il, confirmé la justesse de cette décision.

Le Gouvernement belge a tenu, en effet, à établir dans la section III du chapitre I de la première partie, et la section VI du chapitre II de la deuxième partie, que les divers griefs formulés par lui à l'égard du jugement de faillite et des décisions judiciaires connexes, avaient bien fait l'objet de divers recours soumis aux juridictions dans les délais légaux — en ce compris l'opposition de la Barcelona Traction, et que ces recours avaient été paralysés par des décisions constitutives de dénis de justice.

De même, en ce qui concerne les mesures préparatoires à la vente et les modalités de la vente elle-même, il a réuni dans un même exposé la démonstration des illégalités ou injustices grossières qu'il dénonçait et la réfutation des justifications qu'en avaient données les décisions judiciaires incriminées.

(801) On aurait pu croire dès lors que, s'inspirant de l'arrêt du 24 juillet 1964, le Gouvernement espagnol aurait tenu à indiquer, à propos de chacun des griefs, soit que les recours intentés n'étaient pas susceptibles de redresser le vice dénoncé, tandis qu'un autre recours l'eût été, soit que les recours introduits n'avaient pas été épuisés, c'est-à-dire poursuivis et soutenus devant les instances supérieures à une époque où le préjudice subi par les actionnaires de la Barcelona Traction n'était pas consommé ou était encore susceptible d'être effacé, soit encore que les décisions d'étouffement, d'ajournement ou de rejet étaient pleinement justifiées.

Les auteurs du *Contre-Mémoire* n'ont pas eu ce souci.

S'en tenant au système de défense adopté par l'un des conseils de l'Espagne au cours des débats oraux, le *Contre-Mémoire* affecte de considérer comme seule nécessaire et suffisante une opposition qui eût été dirigée contre le jugement de faillite par la Barcelona Traction dans les premiers jours qui suivirent sa publication en Espagne. Tout au plus envisage-t-il en bloc que les critiques dirigées contre d'autres étapes de la procédure de spoliation non autrement désignées eussent dû faire l'objet de la part des intéressés d'une procédure de révision, tandis que les actes critiqués de l'administration auraient été, eux aussi, susceptibles de recours qui n'ont pas été intentés.

(802) D'où la singulière répartition des matières dans le chapitre V qui, après deux sections consacrées à des thèmes généraux, affecte la troisième section dite du « non-épuisement des voies et moyens de recours ouverts en Espagne » au traitement des quatre points suivants :

- 1° la non-utilisation des recours administratifs;
- 2° le défaut d'opposition à la déclaration de faillite;
- 3° la non-utilisation du recours en révision et
- 4° des considérations complémentaires sur la conduite des particuliers devant les juges espagnols, pour terminer par une quatrième section intitulée : « les effets de la négligence des particuliers ».

(803) Le Gouvernement belge ne croit pas pouvoir suivre intégralement le Gouvernement espagnol dans les méandres de cette présentation, dont il n'aperçoit pas le lien logique, et après avoir répondu brièvement dans une première section aux copieuses considérations théoriques du *Contre-Mémoire*, il consacra la deuxième à l'examen des recours effectivement utilisés et à la démonstration qu'ils étaient susceptibles d'être efficaces et suffisants pour remédier aux divers griefs; dans la troisième section, il s'attachera à réfuter les considérations complémentaires du *Contre-Mémoire* quant à la conduite des particuliers devant les juges espagnols; la quatrième section traitera de la révision et des autres recours exceptionnels; enfin, dans la cinquième sera justifiée l'absence de recours contre les dénis de justice en matière administrative.

SECTION I

L'ÉTENDUE DU DEVOIR D'ÉPUISEMENT

(804) Le Gouvernement espagnol consacre, dans son *Contre-Mémoire*, toute la section I du Chapitre V, sous le titre : « Sens et portée de la règle internationale », soit quelque quinze pages, à des considérations générales quant à la portée et au contenu de la règle de l'épuisement des voies de recours internes.

Le Gouvernement belge estime superflu d'engager une controverse académique sans intérêt pratique pour la solution de l'affaire dont la Cour est saisie.

Il juge notamment superflu de revenir sur chacune des citations doctrinales ou jurisprudentielles qui s'ajoutent dans le *Contre-Mémoire* à celles qui se trouvaient déjà dans les *Observations et Conclusions* belges, et de relever les nuances qui séparent les commentaires qu'en donnent les deux Gouvernements.

Après tout, l'un et l'autre sont d'accord pour reconnaître que la responsabilité d'un Etat n'est engagée par la faute d'un tribunal que si son appareil judiciaire a été mis en mesure de redresser le tort illicite causé à un étranger, et s'en est abstenu. On admettra aussi que l'erreur du juge commise dans l'application de la loi interne n'est elle-même génératrice de responsabilité que si elle est grossière et flagrante, ou attribuable à une tendance malveillante ou discriminatoire, en ce sens qu'on a pu dire que la juridiction nationale bénéficie d'une présomption de rectitude.

Le principe ne s'en trouve-t-il pas du reste clairement exprimé dans la définition du déni de justice de Grotius, rappelée en tête de la deuxième partie de la *Réplique* (*supra*, n° 447)?

Mais où le Gouvernement espagnol se trompe manifestement, c'est lorsqu'il entend ériger à la dignité de règle absolue le principe qu'il en déduit du « respect dû à l'organisation judiciaire des Etats de l'époque contemporaine » (*C.M.*, IV, n° 8, p. 589, et n° 9, pp. 590 et 591) et y voir un corollaire de la souveraineté des Etats. Pareille conception est manifestement incompatible avec la notion de responsabilité internationale. Or, le pouvoir judiciaire ne jouit pas à cet égard d'une immunité plus grande que le pouvoir législatif ou exécutif, et sous la réserve de l'épuisement des voies de recours existantes, la violation de la règle internationale ou le déni de justice qu'il commettrait entraînent pour l'Etat obligation de réparer le préjudice qui en serait résulté pour les Etats étrangers ou les ressortissants dont ils assument la protection.

Il n'y a rien, dans la jurisprudence internationale des dernières années, notamment dans celle de la Commission Européenne des Droits de l'Homme, qui témoigne de la régression du contrôle international sur le pouvoir judiciaire national,

que le Gouvernement espagnol croit relever. S'il est vrai que diverses décisions, notamment de la Commission Européenne, ont permis d'affiner l'application de la règle de l'épuisement en fonction des cas d'espèce nouveaux qui se posaient à elle (1), le nombre croissant d'affaires où des réclamations individuelles dirigées contre des décisions judiciaires nationales de dernier ressort ont été reconnues recevables, témoigne de la fermeté avec laquelle cet organe du Conseil de l'Europe entend s'acquitter des responsabilités qui lui incombent.

(805) Rien dès lors ne sert, pour l'examen du bien-fondé de l'exception préliminaire soulevée par le Gouvernement espagnol, de sortir de la question posée dans le *Contre-Mémoire*, à savoir celle de l'étendue de l'obligation faite aux particuliers de recourir aux voies de recours internes pour pouvoir être admis à bénéficier de la protection diplomatique ou judiciaire de leur gouvernement.

La réponse à cette question doit nécessairement être cherchée dans l'article 3 du traité hispano-belge de 1927, que les Parties ont été d'accord de compléter par une référence à la résolution de l'Institut de Droit international adoptée à la session de Grenade en 1956.

L'un et l'autre textes ont été reproduits déjà dans les *Exceptions Préliminaires* et dans les *Observations et Conclusions du Gouvernement belge*. Il a paru utile de les reproduire à nouveau ci-dessous, afin de faciliter les explications qui vont suivre.

L'article 3 du traité hispano-belge est libellé comme suit :

« 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 ».

Et voici le texte de la résolution de l'Institut :

« 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 ».

(806) Le Gouvernement belge a déjà conclu de ces textes, dans les *Observations et Conclusions*, que pour que la protection diplomatique ou judiciaire puisse être exercée par l'Etat demandeur, sans que l'Etat défendeur puisse exciper de la règle du non-épuisement, il faut, mais il suffit, que les intéressés aient en vain fait usage des voies de recours qui

(1) Voir l'article de Wiebringhaus, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes dans la jurisprudence de la Commission Européenne des Droits de l'Homme », *Annuaire Français du Droit International*, 1959, pp. 685 et ss.

- 1°) leur étaient *accessibles*,
- 2°) étaient vraisemblablement *efficaces* et *suffisantes*, c'est-à-dire de nature à faire cesser le préjudice injuste dont ils se plaignaient,
- 3°) que les intéressés aient fait, de ces recours, un usage *normal*, et notamment les aient prolongés pendant une durée raisonnable (cf. *O.C.*, I, n° 217, p. 218).

Seules la deuxième et la troisième de ces conditions ont fait l'objet, dans le *Contre-Mémoire*, d'observations qui paraissent mériter une réponse.

Recours vraisemblablement efficaces et suffisants.

(807) Le Gouvernement belge ne peut suivre le Gouvernement espagnol dans de subtilissimes distinctions qui, *intéressantes* peut-être sur un plan théorique, n'apportent guère de lumière pour la solution de l'affaire.

On n'admettra en tout cas pas la tentative du Gouvernement espagnol de substituer dans la formulation de l'Institut de Droit international l'adverbe « *apparemment* » à « *vraisemblablement* », car ces deux termes sont à certains égards antithétiques. Ce qui est apparent peut être vraisemblable, mais ne l'est pas nécessairement.

Si la simple lecture d'un texte légal dans un code fait apparaître à un plaideur qu'il existe un recours ordinaire accessible, ce recours sera « *apparemment* » efficace, mais si l'étude de la *jurisprudence* et de la *doctrine* révèle que le recours ne peut être utilisé dans telle ou telle éventualité, sinon avec des chances minimes, le recours ne sera pas « *vraisemblablement* » efficace.

Quant à prétendre que s'il y a un doute quelconque quant à l'efficacité d'un recours, les organes de l'Etat défendeur doivent toujours être sollicités, c'est dénaturer la portée et le sens de l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale en cause *Panevezys-Saldutiskis* auquel le Gouvernement espagnol se réfère (*C.M.*, IV, n° 18, p. 599).

L'arrêt pose la règle que lorsqu'il existe un doute raisonnable quant au point de savoir si un recours est accessible ou adéquat, il faut l'introduire. Mais si l'opinion négative a pour elle la *jurisprudence* (ce qui n'était pas le cas dans l'affaire invoquée), il n'y a certes pas lieu d'obliger un plaideur à chercher appui dans une partie de la doctrine pour tenter d'obtenir un improbable revirement de *jurisprudence* (1).

(808) Il faut ajouter que le point de savoir si un recours est vraisemblablement efficace doit s'apprécier par rapport à l'information dont le plaideur disposait au moment où il a dû envisager d'introduire un recours, c'est-à-dire qu'on ne peut prendre en considération dans l'appréciation de son attitude ni les faits postérieurs ni même les informations quant à des faits antérieurs, qu'il n'a pu acquérir que postérieurement.

(1) Le Gouvernement espagnol, qui fait si grand cas de la *jurisprudence* de la Commission Européenne des Droits de l'Homme, paraît avoir perdu de vue que cette Commission, dans sa décision sur requête n° 1661/1962 (*Annuaire* 1963, p. 361), a estimé que pour qu'il y ait doute, il fallait que la question demeurât encore ouverte dans la *jurisprudence* interne de l'Etat concerné (*ead. loco*, p. 369).

C'est ainsi qu'on ne peut faire reproche à la Barcelona Traction de ne pas avoir introduit en 1946 un recours pour détournement de pouvoir (à supposer qu'il en existât) contre les refus d'autorisation opposés au plan d'arrangement, puisque les refus apparaissaient comme l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, et non comme inspirés par une volonté d'hispanisation, qui, si elle existait en filigrane dans des actes antérieurs, ne se confirmera que par des actes postérieurs que la Barcelona Traction n'aurait donc pu invoquer ni, *a fortiori*, démontrer à l'époque.

(809) La règle telle qu'elle est énoncée dans la résolution de l'Institut de droit international arrêtée à la session de Grenade de 1956, ne prévoit pas seulement que les recours doivent être efficaces, mais *suffisans*.

Cette épithète étroitement associée à la notion d'efficacité montre que celle-ci doit être appréciée *in concreto*. Elle indique notamment que, comme l'exposait un des conseils du Gouvernement belge lors des plaidoiries (*P.O.*, III, p. 602) :

« l'efficacité... doit s'apprécier nécessairement à la fois en fonction du grief que l'on fait valoir, de l'injustice que l'on dénonce et de l'objet que l'on désire atteindre. Ainsi, un condamné à mort ne sera pas tenu à se pourvoir en cassation pour faire valoir l'irrégularité de sa condamnation, si ce pourvoi en cassation n'est pas suspensif de l'exécution et compromet les chances de succès d'un recours en grâce ».

Ainsi, ne pourront être considérés comme efficaces et suffisants des recours qui, bien que susceptibles de faire constater l'illégalité d'un acte, ne permettent pas de remettre en question la décision rendue (ce sera par exemple le cas de plaintes disciplinaires ou pénales contre des magistrats, ou des actions en dommages-intérêts contre ceux-ci ou contre les inspireurs, coauteurs ou complices du déni de justice).

(810) Le caractère suffisant exigé du recours pour rendre son utilisation obligatoire aux intéressés est, d'autre part, susceptible de comporter en soi une limitation à la fois dans le temps et, si l'on peut dire, dans l'espace.

Dans le temps : une action judiciaire qui serait suffisante pour obtenir la libération d'une personne séquestrée ou la restitution d'un bien illégalement enlevé, cessera d'être susceptible d'obtenir ce résultat, c'est-à-dire d'être suffisante, et à ce titre obligatoire, si la personne séquestrée est libérée ou décédée, ou si le bien enlevé a été restitué ou détruit.

(811) Ce sont des considérations de cette nature qui expliquent la décision de la Cour dans l'affaire Interhandel (C.I.J., *Recueil* 1959, pp. 6 et ss.), citée dans le *Contre-Mémoire*.

En l'occurrence, la question se posait de savoir si les actions de la société enregistrée aux Etats-Unis sous la dénomination General Aniline and Film Corporation (G.A.F.) étaient contrôlées ou appartenaient à l'I.G. Farben et avaient donc valablement pu être mises sous séquestre par le Gouvernement des Etats-Unis ou si elles appartenaient à la société Interhandel, société suisse.

La Cour a estimé que la troisième exception présentée par les États-Unis quant au non-épuisement des voies de recours interne devait être accueillie, et cette décision s'explique, puis qu'aussi bien les titres étaient bloqués depuis 1942 par le Gouvernement

américain, dans des conditions qui ne pouvaient porter aucun préjudice à la société Interhandel, la General Aniline and Film Corporation continuant par ailleurs ses activités sans encombre et sans qu'il fût porté atteinte à sa structure interne.

Il va de soi que les choses sont tout-à-fait différentes en ce qui concerne la Barcelona Traction.

Ainsi qu'il a été exposé, les mesures de pseudo-normalisation prises à l'égard des sociétés filiales et sous-filiales, et surtout la vente intervenue le 4 janvier 1952, et l'adjudication définitive du 17 juin 1952 ont abouti à une situation telle que le dommage était consolidé dès le 17 juin 1952 au plus tard et qu'il n'eût servi à rien à la Barcelona Traction ou aux autres cointéressés de continuer un combat dépourvu de perspectives, ce que le Gouvernement espagnol a d'ailleurs lui-même reconnu en qualifiant les procédures intentées postérieurement au 4 janvier 1952 de combats d'arrière-garde.

(812) Il y a, de même, limite dans l'espace, c'est-à-dire quant aux personnes qui doivent agir. Si l'acte illicite a lésé plusieurs personnes et que la justice nationale ait été adéquatement saisie par certaines d'entre elles, des griefs qui leur étaient communs, et que l'action intentée ait abouti au rejet de la demande par une décision de principe rendue en dernier ressort, il devient inutile, pour les cointéressés, d'introduire une nouvelle action, désormais vouée à un échec certain. L'appareil judiciaire de l'Etat responsable a, en effet, dans ce cas, eu pleinement l'occasion de porter remède en temps utile au grief qui sera ultérieurement invoqué sur le plan international; l'action intentée par quelques individus aura été de nature suffisante pour fournir l'occasion à la justice nationale de redresser ou réparer la faute commise, et l'échec de l'action intentée aura démontré l'inefficacité de celles que d'autres préjudiciés auraient pu introduire.

(813) Enfin, en ce qui concerne l'*usage normal* des recours accessibles, on comprend mal comment le Gouvernement espagnol semble vouloir s'écarter des commentaires si clairs qu'en avaient donnés MM. Bourquin et Guggenheim dans les travaux préparatoires aux résolutions de l'Institut : à savoir qu'il faut tenir compte de ce que ferait un plaideur normal ayant le souci de défendre ses intérêts (V. *O.C.*, I, n° 222 et ss., pp. 221 et ss.).

(814) Le Gouvernement belge ne croit pas que ces conclusions, déjà formulées en grande partie dans ses *Observations et Conclusions*, soient ébranlées par les commentaires du *Contre-Mémoire*.

C'est ainsi qu'il avoue ne pas comprendre l'affirmation qui s'y trouve, suivant laquelle l'épuisement des recours serait une règle d'interprétation stricte (*C.M.*, IV, n° 6, p. 587). S'agissant en effet d'une règle coutumière qui, par définition, n'est pas formulée en termes immuables, on ne voit pas comment pourrait jouer l'interprétation stricte.

L'ancien Président de la Cour permanente de Justice internationale, M. Max Huber, écrivait en 1952 (cf. *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1952, vol. II, p. 199) :

* Pour le droit non écrit, droit coutumier et règles générales, la rationalité, la conformité avec les principes de justice et d'équité est essentielle; par contre, pour le droit écrit (traités, codification), la certitude de la règle est l'intérêt qui prime ».

Il est vrai qu'en l'espèce, la règle dont le Gouvernement espagnol se prévaut a trouvé son expression dans l'article 3 du traité hispano-belge de 1927, mais il a lui-même expressément reconnu que cet article ne dérogeait pas à la règle coutumière générale. Toute autre interprétation dudit article conduirait d'ailleurs à des résultats inattendus, vu la terminologie restrictive utilisée par le traité.

(815) C'est à tort également que le Gouvernement espagnol a prétendu déduire de la sentence arbitrale rendue dans l'affaire *Ambatielos* que la règle de l'épuisement des voies de recours internes comportait l'obligation de recourir à tous les recours internes théoriquement imaginables, y compris les recours extraordinaires et exceptionnels. La référence faite par cette sentence à « tout le système de protection judiciaire » de l'Etat défendeur, n'a pas cette signification, mais vise l'utilisation, à l'appui des recours, des moyens de fait et de droit que l'Etat demandeur prétendra ultérieurement faire valoir devant une juridiction internationale.

La thèse de l'épuisement de tous les recours quelconques, si exceptionnels fussent-ils, est en contradiction avec la doctrine citée dans les *Observations et Conclusions* (I, p. 221, note 2) et avec la décision du tribunal arbitral en cause *Salem* (*Recueil des Sentences arbitrales des Nations Unies*, vol. II, p. 1189).

(816) Enfin, le Gouvernement belge avoue ne pas avoir compris l'allégation, figurant à vrai dire non pas au Chapitre V du *Contre-Mémoire*, mais au Chapitre III (IV, pp. 512 et ss.), suivant laquelle certaines décisions judiciaires incriminées n'étaient pas des décisions en dernière instance et ne pouvaient, par conséquent, engager une responsabilité internationale.

Il semble qu'il y ait là une confusion manifeste. La règle de l'épuisement des voies de recours n'exige pas que la décision incriminée émane de la Cour suprême de l'Etat, mais uniquement que les possibilités de recours existantes aient été utilisées jusqu'à épuisement, tout au moins tant qu'un résultat pouvait être obtenu dans un délai raisonnable et conserver son efficacité.

Cette notion de délai raisonnable se trouve inscrite expressément à l'article 3 du traité hispano-belge. Elle prend toute sa valeur dans une affaire où le Tribunal suprême rejeta la plupart des recours dont il fut saisi parce que, suivant sa jurisprudence constante, quasi toutes les décisions en matière de faillite — et notamment le jugement déclaratif lui-même — ne sont pas susceptibles, en droit espagnol, après épuisement des voies ordinaires, de recours en cassation du fait qu'elles ne mettent pas fin à la procédure (*Ramirez, La Quiebra*, t. II, p. 328).

SECTION II

LE CARACTERE EFFICACE ET SUFFISANT
DES RECOURS EFFECTIVEMENT UTILISES EN LA CAUSE

Sous-section 1

De la multiplicité des griefs et de la multiplicité des recours à prendre en considération

(817) Il y aura, semble-t-il, pour la Cour nécessité de prendre position, en abordant l'examen du caractère satisfaisant des recours mis en œuvre en Espagne dans l'affaire dont elle est saisie, à l'égard d'une controverse qui a surgi entre les Parties dès les premiers écrits, relativement aux conditions d'application de la quatrième exception, et qui se retrouve aujourd'hui dans le *Contre-Mémoire*.

Suivant ce dernier, un seul des actes incriminés devait faire l'objet de recours, à savoir le jugement de faillite, et ce, non pas dans l'une ou l'autre de ses parties, mais dans son intégralité, car ce serait là le *fait générateur* d'où seraient issues toutes les décisions judiciaires ultérieures attaquées par le Gouvernement belge.

(818) Suivant le Gouvernement belge, au contraire, s'il est exact que le jugement de faillite est le premier en date des actes critiqués, il n'en résulte aucunement qu'il eût suffi, à lui seul, à causer le dommage dont réparation est demandée, ni que les actes ultérieurs en furent la suite logique et nécessaire.

Ainsi, le juge de Reus se fût-il borné à déclarer la faillite de la Barcelona Traction et à ordonner la saisie de ses biens, sans étendre cette saisie aux avoirs des sociétés auxiliaires, ni dispenser les organes de la faillite de toute saisie effective des actions se trouvant au Canada, que le jugement de faillite fût demeuré lettre morte et qu'aucune spoliation ne s'en serait suivie.

(819) De même, si les sociétés auxiliaires et leur personnel dirigeant ne s'étaient vus privés, par les moyens les plus divers, de toute possibilité de se défendre contre les effets d'un jugement qui les frappait directement et avait été rendu sans qu'ils aient été entendus, ils eussent pu normalement espérer faire reconnaître le bien-fondé de leur réclamation.

De même encore, si la Cour d'appel de Barcelone n'avait pas illégalement détaché de la première section de la procédure de faillite la convocation de l'assemblée des créanciers en vue de la nomination des syndics, la Barcelona Traction eût eu en théorie du moins, une chance de faire entendre ses protestations avant que ses biens n'eussent été vendus.

De même enfin, s'il n'avait pas été procédé, par des méthodes indéfendables, à l'hispanisation des sociétés auxiliaires espagnoles et à l'annulation des actions se trouvant au Canada; si les syndicats s'étaient acquittés normalement de leur fonction et s'ils n'avaient pas procédé à une mise en vente dans des conditions qui devaient consacrer la ruine des actionnaires au seul bénéfice de Juan March, etc., etc., le jugement de faillite n'eût pas causé aux actionnaires belges de la Barcelona Traction le préjudice dont la réparation est aujourd'hui demandée.

Comment, dans ces conditions, ne pas comprendre que si le préjudice fut unique, la cause doit en être cherchée dans un enchaînement, un engrenage de décisions qui furent machiavéliquement imaginées, simultanément ou successivement, pour aboutir au résultat extraordinaire du détournement de l'institution de faillite dans l'intérêt exclusif d'un particulier?

(820) Mais, si les causes du préjudice et, par suite, les griefs s'avèrent ainsi multiples et autonomes, comment la Cour pourrait-elle ne pas procéder, séparément à propos de chacun d'eux, à la vérification préalable du point de savoir si, *en ce qui le concerne*, il a été fait un usage normal des recours accessibles?

Tel est le point de vue que le Gouvernement belge s'est efforcé d'exposer dans ses *Observations et Conclusions* (I, n° 229, p. 224); il regrette de ne pas avoir jusqu'ici réussi à se faire comprendre du Gouvernement espagnol.

(821) C'est à tort que celui-ci a cru trouver une contradiction ou un aveu de faiblesse dans l'insistance mise par le Gouvernement belge à faire valoir, d'une part, la multiplicité de ses griefs et, d'autre part, à soutenir *simultanément la régularité et la validité* de l'opposition et des demandes de nullité introduites par la Barcelona Traction contre le jugement de faillite lui-même. Il est clair pourtant que ces arguments s'additionnent sans se contredire.

Sous-section 2

L'opposition et la demande en nullité

(822) Les premiers touchés par le jugement du 12 février 1948, du moins dans la partie susceptible d'être exécutée en Espagne, ne fut pas la société faillie mais, comme il a été abondamment démontré dans la première partie de cette *Réplique*, les sociétés auxiliaires et leur personnel dirigeant. Il était naturel, dès lors, qu'ils entrassent les premiers en lice, pour attaquer non sans doute la disposition du jugement du 12 février 1948 qui avait — à tort — prétendu constater la cessation générale de paiements de la Barcelona Traction, mais les dispositions illégales qui les concernaient.

Néanmoins, vu l'importance primordiale et quasi exclusive donnée dans le *Contre-Mémoire* au recours d'opposition, qui eût dû, suivant lui, être intenté contre le jugement de faillite dans les premiers jours qui suivirent sa publication en Espagne, le Gouvernement belge ne voit pas d'objection à traiter en premier lieu des recours qui furent effectivement introduits par la Barcelona Traction.

(823) A l'appui de son point de vue, le Gouvernement espagnol a élaboré un système, dont les éléments essentiels sont les suivants :

- 1^o) l'écrit du 18 juin 1948 de la Barcelona Traction ne constituait pas une véritable opposition et ne pouvait donc entraîner la rétractation du jugement du 12 février 1948;
- 2^o) en tout état de cause, l'opposition était tardive, le délai de huit jours prévu par l'article 1028 du Code de commerce de 1829 étant expiré (1);
- 3^o) la demande incidente de nullité introduite par la Barcelona Traction par ses écrits des 5 et 31 juillet 1948 n'était pas recevable et ne permettait en tous cas pas de soulever d'une manière adéquate les questions qui y sont visées.

Le Gouvernement belge entend réfuter cette argumentation.

a) *L'écrit du 18 juin 1948 ne constituerait pas une véritable opposition*

(824) Le Gouvernement espagnol soutient que l'acte du 18 juin 1948 ne constituerait pas une opposition, mais l'annonce d'une opposition (*C.M.*, IV, n^o 170, p. 354). Cet argument avait déjà été soulevé dans les *Exceptions Préliminaires*, et il y a déjà été répondu par le Gouvernement belge (*O.C.*, I, n^o 242, et *P.O.*, III, p. 627).

(1) Il sera démontré dans l'annexe n^o 117 que, de toute manière, l'incompétence du tribunal pouvait être soulevée même après que le jugement déclaratif fût, par hypothèse, devenu *firme*.

Or, la seule lecture de l'écrit du 18 juin 1948 (*A.M.*, n° 125, vol. II, p. 440), et particulièrement du dispositif de la demande subsidiaire, fait apparaître qu'il s'agit bien d'une *opposition* et non de l'*annonce* de l'opposition (1). C'est d'ailleurs bien ainsi que l'entendit le juge spécial qui, dans son jugement du 7 juin 1963 (*A.C.M.*, n° 196, vol. IX, p. 281), statua non seulement sur la demande principale contenue dans l'écrit du 18 juin 1948, savoir la demande tendant à obtenir que signification du jugement lui fût faite, mais sur la demande accessoire (*otrosto*) constituant l'opposition (*C.M.*, IV, n° 322, p. 452).

Le juge spécial rejeta les deux demandes, la première, au motif qu'elle était mal fondée, et la seconde, parce qu'elle était tardive — ce qui était, comme on le verra, erroné — et non parce qu'elle n'aurait pas constitué une véritable opposition.

Le dispositif du jugement porte : « et il n'y a pas lieu non plus de déclarer recevable ni de donner suite à l'*opposition formulée par la dite société* contre le jugement » (déclaratif de faillite) (2).

(825) Il existe d'ailleurs en droit espagnol une disposition (article 1326 de la Loi de procédure civile) qui permet de se borner tout d'abord à présenter, en comparaisant à la procédure, l'opposition à la faillite, puis d'en développer ultérieurement les motifs. Cette procédure est d'ailleurs la seule concevable lorsque, comme en l'espèce, le jugement de faillite rendu sur requête n'a pas été notifié au failli. C'est, en pareil cas, seulement après sa comparution et son admission comme partie qu'il peut prendre connaissance du jugement de faillite. Les publications se limitant à annoncer le fait de la déclaration en faillite, l'examen du texte intégral du jugement lui est donc indispensable pour développer les moyens sur lesquels il fondera son recours d'opposition, qu'il doit dès lors se limiter à introduire, sans plus, lorsqu'il fait acte de comparution. C'est ce qui se produisit notamment dans l'affaire *Niel-on-Rupell* (*supra*, n° 509), dans laquelle l'opposition fut présentée le 8 mai 1935, les motifs en étant développés par un écrit du 22 mai 1935, procédure qui ne suscita aucune objection de la part du juge ou de la Cour d'appel.

C'est donc à tort que l'on reprocherait à la Barcelona Traction de ne pas avoir fait état de certains moyens développés aujourd'hui par le Gouvernement belge, alors que la loi donnait normalement à la société faillie la possibilité de les présenter ultérieurement, mais qu'elle en fut empêchée par la suspension de la procédure au delà de tout délai raisonnable. On notera au surplus que, très explicitement, la Barcelona Traction a mentionné, en tête de ses raisons d'opposition « l'incompétence des tribunaux espagnols pour déclarer la faillite d'une société constituée conformément aux lois canadiennes » (*A.M.*, n° 125, vol. II, p. 441), ce que, paradoxalement, les autorités espagnoles interpréteront ultérieurement comme une acceptation tacite de cette compétence (3).

(1) Le dispositif de la demande additionnelle s'exprime comme suit : « Je demande au Tribunal que, dans les termes et avec le caractère exposés, il *vaille bien tenir dès à présent comme fait en temps et forme mon opposition au jugement (auto) de déclaration de faillite de la société, ma cliente*. L'écrit du 18 juin 1948 fut du reste confirmé le 3 septembre (*A.M.*, n° 135, vol. II, p. 493). On se demande pourquoi le *Contre-Mémoire* passe ce fait sous silence.

(2) La conclusion qu'on peut tirer de ce jugement se renforce encore à la lecture de l'ordonnance du 10 juin 1963 (*C.M.*, n° 324, p. 453; *A.C.M.*, n° 198, vol. IX, p. 286), dans laquelle le juge spécial se borna à se référer à son jugement du 7 juin 1963 quand il eut à statuer sur l'écrit confirmatif du 3 septembre 1948.

(3) Sur la prétendue soumission tacite à la compétence des juridictions espagnoles, on verra la note consacrée spécialement à ce problème (*A.R.*, n° 118).

b) *L'opposition du 18 juin 1948 serait tardive.*

(826) Toute l'argumentation du Gouvernement espagnol sur ce point repose sur sa thèse bien connue selon laquelle le délai de huit jours prévu pour l'opposition par l'article 1028 du Code de commerce de 1829 aurait commencé à courir à partir de la publication en Espagne, aux *Boletines Officiales de Tarragone* et de Barcelone, le 14 février 1948.

Le Gouvernement belge a d'ores et déjà démontré (*supra*, n^o 504 ss.) que la publication aurait dû avoir lieu à Toronto et qu'à défaut de cette publication, le délai d'opposition n'a pas commencé à courir, d'où il suit que l'opposition n'était pas tardive, quel que soit l'écrit auquel on se réfère, qu'il s'agisse de celui du 18 juin 1948 ou de celui du 3 septembre 1948.

Il estime donc superflu de revenir ici sur la question.

c) *La demande de nullité introduite par la Barcelona Traction les 5 et 31 juillet 1948 n'aurait pas été adéquate.*

(827) Le Gouvernement espagnol s'est longuement attaché à tenter de faire la démonstration que la demande de nullité introduite par l'écrit du 5 juillet 1948 et l'écrit du 31 juillet 1948, qui la développa, « étaient entachées de vices qui les rendaient nulles » (*C.M.*, n^o 172, p. 355). Il consacre à cette question, non seulement tout le n^o 172 du chapitre III, mais une série d'annexes, qui sont citées dans ce paragraphe.

Le Gouvernement espagnol soutient en premier chef que « c'est un principe fondamental qu'un recours extraordinaire comme le recours en nullité n'est recevable que si le recourant a préalablement épuisé les recours ordinaires (chap. III, annexe n^o 106) ».

Si l'on consulte l'annexe en question, on y lit (*A.C.M.*, n^o 106, vol. VIII, p. 132), dans une citation extraite de Guasp où cet auteur résume l'état de la jurisprudence en la matière :

« que l'incident de nullité étant tenu pour une voie de "recours extraordinaire", il est exigé... que le plaideur ait, au préalable, épuisé la voie des recours ordinaires qui lui étaient ouverts ».

Ces derniers mots, le *Contre-Mémoire* ne les reproduit pas quand il énonce son « principe fondamental ». Ils sont cependant essentiels.

(828) Sans doute est-il tout à fait normal qu'il ne soit pas permis à une partie de présenter, sous la forme d'un incident de nullité, des moyens qu'elle aurait dû faire valoir dans des recours ordinaires qui lui étaient accessibles mais qu'elle n'a pas utilisés dans les délais fixés par la loi.

Mais cette règle ne s'applique évidemment pas quand l'intéressé n'a pu intenter les recours ordinaires dans les délais légaux parce qu'à bon droit il n'était pas partie

à la procédure avant que ces délais n'expirent. La jurisprudence et la doctrine espagnoles sont formelles sur ce point (1).

Or, tel était bien le cas de la Barcelona Traction. La publication de la faillite, n'ayant pas été faite *légalement*, cette société n'avait *légalement* aucune obligation d'être présente à la procédure à un moment plutôt qu'à un autre. Et l'illégalité flagrante commise à l'occasion de cette publication ne pouvait en rien porter atteinte à ses droits, surtout à celui, essentiel, de se défendre en justice. Au moment où elle est intervenue à la procédure de faillite, le 18 juin 1948, elle s'est trouvée en présence d'une série d'ordonnances et de jugements entachés d'illégalités qui avaient déjà été rendus hors sa présence. Ces décisions viciaient le cours de la procédure de faillite et, qui plus est, certaines d'entre elles menaçaient de paralyser, voire de tuer dans l'œuf le recours d'opposition que la société faillie venait de présenter (2). Les délais fixés par la loi pour intenter les recours ordinaires contre ces décisions illégales étaient expirés depuis longtemps. Il ne restait à la Barcelona Traction que la voie de l'incident de nullité pour purger la procédure de faillite de ces vices, la faire rentrer dans son cours normal et ouvrir ainsi la voie à l'examen de ses recours. Il est incontestable, en vertu des principes consacrés par la jurisprudence et la doctrine précitées, qu'elle était recevable à présenter l'incident de nullité.

(829) Pour se convaincre que cette demande de nullité constituait un recours à la fois nécessaire et adéquat, il suffit de noter que la Barcelona Traction ne commença pas par présenter le recours de nullité. Elle introduisit d'abord le recours d'opposition, et ce fut seulement quand ce recours fut paralysé *sine die* par l'ordonnance du 26 juin 1948 du juge spécial (*A.M.*, n° 126, vol. II, p. 442), qui *sursis à statuer* sur le dit recours d'opposition par suite de la *suspension de la procédure* décrétée par l'ordonnance du juge de Reus du 31 mars 1948 recevant le déclinatoire Boter, que la Barcelona Traction se rendit compte que seule une demande incidente de nullité, dirigée contre l'ordonnance du 31 mars 1948 (3) et celles qui l'avaient précédée ou suivie, pourrait empêcher que

(1) Voir notamment les arrêts des 29 décembre 1892, 16 décembre 1908 et 26 février 1919, cités par Manuel Moron, *La Nulidad en el Proceso civil espanol*, et la doctrine (Manuel Morón, *op. cit.*, et Rafael Gimeno Gamarra, *El Incidente de Nulidad de Actuaciones*, in *Revista de Derecho procesal*, Madrid, 1949), selon lesquels le recours en nullité peut être admis, même sur des questions de fond, lorsqu'il a été impossible au litigant, parce qu'il n'était pas partie au procès, de se faire rendre justice par les recours ordinaires.

Voir aussi l'argument par analogie qui peut se dégager de l'arrêt du Tribunal Suprême du 3 novembre 1960 (*Aranzadi*, n° 3453), qui déclare que s'il est vrai que l'incident de nullité ne peut être intenté qu'à l'intérieur de la procédure qui est à sa base, ce principe ne s'applique que lorsque la personne qui a subi le préjudice était partie à la dite procédure, en personne ou par un représentant dûment qualifié.

(2) Il s'agit notamment de l'ordonnance du juge de Reus du 31 mars 1948 recevant le déclinatoire de juridiction de Boter et ordonnant — illégalement, comme le Gouvernement belge le démontre par ailleurs — la suspension de la procédure. Il s'agit aussi des ordonnances du même juge des 2 et 17 mars 1948, par lesquelles ce magistrat prétendit conférer *firmeza* à son propre jugement du 12 février 1948.

(3) Il est intéressant de relever que, dans la décision du juge spécial rejetant le recours de reconsidération de la Barcelona Traction contre l'ordonnance du 26 juin 1948, qui avait sursis à statuer sur le recours d'opposition, ce juge invoquait, comme motif principal, que ce que la Barcelona Traction combattait dans son recours, ce n'était pas, en définitive, l'ordonnance du 26 juin, mais • la légalité et l'opportunité de l'ordonnance du 31 mars passé qui, en admettant la demande incidente de compétence par voie de déclinatoire, a ordonné la suspension de la procédure jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la question soulevée; et comme cette ordonnance

son recours fondamental reste indéfiniment bloqué — comme il devait le rester, en fait, pendant quinze ans.

C'est donc seulement parce qu'il part de la prémisse — fausse, ainsi qu'il a été démontré par ailleurs — que le délai pour former opposition était écoulé, que le *Contre-Mémoire* peut présenter l'incident de nullité comme une vaine tentative de la part de la Barcelona Traction d'introduire, sous une autre forme, un recours qu'elle avait laissé périmer.

(830) Le Gouvernement belge estime qu'il est superflu de revenir ici sur le point de savoir si l'incident de nullité présenté par la Barcelona Traction portait sur des questions de fond ou sur des vices de forme. En effet, en vertu de la jurisprudence et de la doctrine citées à la note 1 de la page 602, du moment que l'intéressé n'était pas partie à la procédure lorsque les décisions attaquées ont été rendues, il a le droit de faire valoir, par la voie de l'incident de nullité, tant des moyens de fond que des moyens de forme.

Il suffit au surplus de parcourir la demande de nullité présentée par la Barcelona Traction le 5 juillet 1948 (*A.M.*, n° 129, vol. II, pp. 447 et ss.), et son écrit du 31 du même mois qui en développait les moyens (*A.M.*, n° 130, vol. II, pp. 466 et ss.), pour se rendre compte que la quasi totalité des moyens invoqués étaient de forme ou de procédure. L'inclusion dans cette demande de certains moyens de fond ne pouvait, à toute évidence, rendre celle-ci irrecevable dans son ensemble, mais n'aurait pu que conduire le juge, s'il n'avait pas fait application de la jurisprudence précitée, à les écarter et à se borner à examiner les vices de forme dénoncés.

(831) Loin de constituer un désaveu du recours d'opposition ou une reconnaissance que celui-ci n'aurait pas été présenté dans les formes et délai voulus, la demande incidente de nullité en constituait au contraire le complément nécessaire, destiné à atteindre le seul but que la Barcelona Traction se proposait, à savoir que les moyens péremptoires tant de fond que de forme qu'elle avait à opposer aux décisions prises, soient examinés par les tribunaux espagnols.

Ce que le Gouvernement espagnol ne peut contester, c'est que, de toute manière, un des deux recours était adéquat. Dès lors, il devient tout à fait académique de disserter du point de savoir lequel d'entre eux doit être considéré comme l'étant à titre principal.

(suite de la note 3 de la page 602)

a acquis autorité de chose jugée parce qu'il n'a pas été recouru contre elle, et que celle que le juge a rendue maintenant n'est qu'une conséquence logique et naturelle de ce qui a été ordonné dans la première, il convient de la respecter *aussi longtemps qu'elle n'a pas été annulée par la procédure idoïne* ». (*A.M.*, n° 127, vol. II, p. 445).

Ces derniers mots montraient que le juge lui-même, admettait la possibilité que la décision du 31 mars fût annulée. Mais on se perd en conjectures quant au point de savoir ce que le juge entendait par « procédure idoïne ». A toute évidence, la seule voie légale possible était précisément l'incident de nullité. Or le même juge avait, 2 jours auparavant, rendu une ordonnance qui sursoyait à statuer sur la demande incidente de nullité de Barcelona Traction qui visait, entre autres, cette ordonnance du 31 mars 1948.

Ainsi les Tribunaux enfermaient la société faillie dans un cercle vicieux dont elle ne sortirait jamais.

Sous-section 3

Le caractère efficace et suffisant des recours autres que ceux exercés en juin et juillet 1948 par la Barcelona Traction

(832) Il a été relevé dans les *Observations et Conclusions du Gouvernement belge* (I, n° 212) que, suivant le dénombrement des *Exceptions Préliminaires*, les décisions judiciaires rendues dans cette affaire s'élevaient aux chiffres-record de :

2.736 ordonnances (en ce non compris la plus grande partie de celles de la Cour Suprême);

194 jugements (*autos*);

37 arrêts (*sentencias*).

Le Gouvernement espagnol se gausse de l'argument que, suivant lui, la Partie demanderesse aurait essayé d'en tirer et qui aurait naïvement tendu à faire admettre que la quantité des recours pourrait éventuellement parer au défaut de qualité.

Faut-il dire que jamais rien de semblable ne fut imaginé! La remarque toute différente faite dans les *Observations et Conclusions* (n° 213) est, qu'en présence d'une telle accumulation des recours et compte tenu de la qualité des conseils auxquels il fut fait appel (1) et de la diversité des griefs dont ils poursuivirent le redressement, il paraît peu croyable que ces conseils se soient uniformément fourvoyés.

(833) On se fût attendu tout au moins qu'incriminant ainsi de façon générale le caractère inadéquat des recours introduits, c'est-à-dire leur inaccessibilité, ou leur inefficacité et leur insuffisance ou leur défaut d'épuisement avant l'écoulement d'un *délai raisonnable*, le *Gouvernement espagnol eût pris la peine d'en faire la démonstration* en reprenant point par point la critique des recours rappelés en détail dans vingt pages des *Observations et Conclusions* (pp. 225 à 245).

Or, il n'en est rien.

Force est, dès lors, de dresser un procès-verbal de carence, et de maintenir dans leur intégralité, en considérant comme ici reproduites les thèses exposées à ce sujet dans les *Observations et Conclusions* et résumées dans la première sous-section.

(1) Les *Exceptions Préliminaires* les qualifient « d'illustres membres du Barreau et des Facultés de Droit » (I, n° 63, p. 51).

SECTION III

REFUTATION DES CONSIDERATIONS DU *CONTRE-MEMOIRE*
QUANT A L'ATTITUDE DE LA BARCELONA TRACTION,
DES ACTIONNAIRES ET DES OBLIGATAIRES

(834) Le Gouvernement espagnol examine à la section II du chapitre V du *Contre-Mémoire* (IV, pages 602 à 604) quels sont les sujets qui, d'après lui, auraient dû épuiser les recours internes dans la présente affaire. Il se borne à conclure que, dans l'hypothèse d'une action internationale menée pour la protection d'actionnaires du chef d'un dommage causé à la société, il faut, pour qu'il soit satisfait à la règle de l'épuisement des recours internes, que la société elle-même ait épuisé ces voies, les actionnaires, particulièrement lorsque, comme en l'espèce, ils disposent du contrôle de la société, pouvant veiller à ce que celle-ci le fasse.

Examinant alors le cas de *protection internationale* des obligataires, le Gouvernement espagnol arrive sensiblement à la même conclusion, en y ajoutant, toutefois, qu'en l'espèce, les obligataires n'ont pas exercé les recours internes qui leur étaient ouverts.

Au même chapitre V (section III, par. 4, pp. 626 à 631), le Gouvernement espagnol traite, sous le titre « Considérations complémentaires sur la conduite des particuliers devant les juges espagnols », à la fois du prétendu non-épuisement, par la Barcelona Traction, de certains recours, et du non-intentement des diverses procédures par les obligataires, dont la Sidro et la Sofina.

Ce paragraphe du *Contre-Mémoire* constitue d'ailleurs un véritable fourre-tout, car le Gouvernement espagnol y inclut des arguments tout à fait disparates qui n'ont pas trouvé place dans d'autres passages du chapitre V (ce qui explique sans doute le titre de « Considérations *complémentaires* ... »).

Pour sa part, le Gouvernement belge traitera :

- dans une première sous-section, du reproche de carence fait à la Barcelona Traction à propos de certains recours qu'elle n'aurait pas intentés;
- dans une seconde sous-section, du même reproche de carence dirigé contre les obligataires, parmi lesquels, la Sidro et la Sofina.

Sous-section 1

(835) La présente sous-section est essentiellement consacrée à la réfutation du reproche fait à la Barcelona Traction de ne pas avoir pris certains recours.

En tout état de cause, pour que les observations du Gouvernement espagnol puissent être retenues, il faudrait qu'il démontre, à propos des divers actes et procédures dont question au *Contre-Mémoire* (IV, p. 627), que les recours qu'il cite :

- a) étaient de véritables recours (et cette observation vaut particulièrement pour le concordat dont il sera question *infra*, n° 842), c'est-à-dire de procédures pouvant aboutir à l'annulation ou à la réformation des décisions prises par les juges ou par divers organes de la faillite;
- b) étaient *adéquats* ou devaient apparaître comme tels à un plaideur normal, c'est-à-dire qu'ils étaient de nature à avoir une incidence réelle, dans un délai raisonnable, sur le déroulement de la procédure.

C'est avec ces critères à l'esprit que l'on examinera ci-dessous (dans la mesure où ces questions n'ont pas déjà été abordées à la section VII du chapitre II, deuxième partie, dans laquelle il est traité de la vente) les critiques que le Gouvernement espagnol dirige contre la Barcelona Traction.

(836) 1°) Le Gouvernement espagnol soutient que l'évaluation effectuée par l'expert désigné par le commissaire n'a fait l'objet d'aucun recours. Mais il n'existe pas, en droit espagnol, de recours contre l'évaluation effectuée par un expert, et l'on ne peut donc faire reproche à la Barcelona Traction de ne pas l'avoir intenté.

Il en est d'autant plus ainsi que cet expert avait seulement été chargé d'assister le commissaire dans l'évaluation que le tribunal avait confié à ce dernier. L'essentiel, au point de vue de l'épuisement des voies de recours internes, est que Barcelona Traction ait, comme on l'a vu (*supra*, p. 544 note 2), poursuivi tous les recours qui lui étaient ouverts contre la *décision illégale* qui avait exclu l'évaluation contradictoire des biens pour la remplacer par l'évaluation unilatérale par le commissaire. Il est contradictoire de soutenir, d'une part, que c'est à bon droit que Barcelona Traction a été exclue de toute participation à la procédure d'évaluation, et de lui faire reproche, d'autre part, de ne pas avoir recouru contre les résultats de l'expertise unilatérale, recours qui, s'ils avaient existé, aurait eu immédiatement pour effet de donner à celle-ci le caractère contradictoire que les tribunaux eux-mêmes avaient entendu exclure (1).

(1) Au surplus, la demande de nullité formée par la Barcelona Traction par son écrit du 27 décembre 1951 (*M.*, I, n° 225, p. 101; *A.M.*, n° 208, vol. IV, p. 798) visait notamment à faire déclarer nulle, sans valeur et sans effet, l'ordonnance du 15 octobre 1951 par laquelle le juge spécial n° 2 avait désigné l'expert Soronellas (*M.*, n° 209, p. 95; *A.M.*, n° 197, vol. III, p. 753), ceci indépendamment du recours de reconsidération de la Barcelona Traction contre l'ordonnance qui précède (*M.*, n° 209, p. 95; *A.M.*, n° 198, vol. III, p. 754).

(837) 2° En ce qui concerne l'absence de tout véritable recours contre le cahier des charges (*sic*) présenté par les syndicats le 20 novembre 1951, la thèse du Gouvernement espagnol ne résiste pas davantage à l'examen.

Il y eut, contre l'ordonnance du 22 novembre 1951 approuvant le dit cahier des charges (*M.*, I, n° 215 et 224, pp. 97 et 100; *A.M.*, n° 203, vol. IV, p. 789), un recours de reconsidération du 24 novembre 1951 (publié par le Gouvernement espagnol lui-même) (*A.C.M.*, n° 161, doc. 5, vol. VIII, pp. 404 et 405). Ce recours en reconsidération fut rejeté par le juge spécial par son jugement du 3 décembre 1951 (*A.M.*, n° 204, vol. IV, p. 790).

La Barcelona Traction sollicita le 6 décembre 1951 le droit de faire appel (*M.*, n° 224, p. 100).

Par son ordonnance du 10 décembre 1951, le juge spécial n° 2 refusa à la Barcelona Traction l'autorisation d'aller en appel (*A.M.*, n° 205, vol. IV, p. 792).

Le 16 janvier 1952, la Barcelona Traction présenta un recours de réclamation (*queja*) devant la Cour d'appel de Barcelone (*M.*, n° 224, p. 100) aux fins de s'entendre autoriser à interjeter appel.

Par son arrêt du 20 février 1952, la Cour d'appel rejeta cette réclamation (*A.M.*, n° 206, vol. IV, p. 793), et confirma sa décision le 6 mars 1952 (*A.M.*, n° 207, vol. IV, p. 796) malgré le recours en reconsidération (*súplica*) de la Barcelona Traction du 1^{er} mars 1952 (1).

L'arrêt de la Cour d'appel de Barcelone du 20 février 1952 était essentiellement fondé sur la considération que, l'ordonnance du juge spécial du 22 novembre 1951 étant de *mera tramitación*, « il faut appliquer totalement les dispositions de l'article 376 de cette loi, selon lequel il ne peut pas y avoir d'appel contre les décisions de cette nature, ce qui rend tout à fait non fondé le recours de réclamation (*queja*) faisant l'objet de la présente décision ».

Le Gouvernement espagnol en vient donc à reprocher à Barcelona Traction de ne pas avoir utilisé des recours que ses propres juridictions sont déclaré ne pas exister (2).

(838) 3° Le Gouvernement espagnol reproche à la Barcelona Traction « de n'avoir rien dit » au sujet du bilan établi par un expert (en l'occurrence M. Juan Martorell), et de s'être abstenue d'attaquer l'ordonnance (*providencia*) dans laquelle il a été pris acte de la présentation de ce bilan. Mais ce bilan n'a pas été notifié à la Barcelona Traction, seule ayant été notifiée à son avoué la *providencia* rendue le 19 septembre 1949 (*A.C.M.*, n° 167, doc. 2, vol. IX, p. 28), qui se bornait à ordonner la jonction de l'acte de dépôt au dossier de la faillite, simple mesure d'ordre interne dont on voit mal quel recours elle eût dû entraîner, puisque aussi bien l'art. 1061 du Code de Commerce de 1829, relatif à la formation du bilan, n'en prévoit aucun.

(1) Sur recours en cassation de la Barcelona Traction du 21 mars 1952, le Tribunal Suprême, par son arrêt du 30 juin 1953, déclara irrecevable le recours de la Barcelona Traction (*A.O.C.*, n° 31, vol. II, p. 421).

(2) Au sujet des recours intentés par Barcelona Traction contre le cahier des charges, voir *supra* p. 567 note (3).

(839) 4^o) Le Gouvernement espagnol relève que la Barcelona Traction n'a formulé aucune objection à propos de l'inventaire établi par les syndics au reçu des biens remis par le séquestre provisoire. Et pour prouver cette assertion, il renvoie au n^o 215 du chap. III du *Contre-Mémoire* (IV, p. 384), où figure une argumentation juridique sur un tout autre problème, et à l'annexe n^o 152, document 1 (vol. VIII, p. 285), où l'on trouve simplement un acte de procédure (*diligencia*) en date du 30 septembre 1949, relatif à l'inventaire effectué par les syndics en recevant les biens du séquestre provisoire, or cet acte de procédure, en tant que tel, n'était pas susceptible d'un recours quelconque, étant donné que les art. 1079 et 1080 du Code de Commerce de 1829, qui traitent de l'inventaire, n'en prévoient aucun.

(840) 5^o) Quant à la procédure de *mayor cuantia* dirigée contre les syndics, en tant que personnes privées. le 20 juin 1955, le reproche fait à la Barcelona Traction consiste à ne pas avoir continué la procédure en cassation pour laquelle elle avait préparé un pourvoi, et même de s'en être désistée (*Contre-Mémoire*, p. 627, n^o 67, 5^o) (1).

Non seulement cette critique porte complètement à faux, mais elle illustre au surplus la curieuse manière qu'a le Gouvernement espagnol de présenter les choses.

En effet, dans la procédure analogue dirigée contre les syndics et la *Fecsa* (dont il est question au *Contre-Mémoire* chapitre III, n^o 284, page 427 et à l'annexe 31, *A.O.C.*, vol. II, pages 429 et 430) le Tribunal Suprême, par son arrêt du 5 avril 1957, déclara irrecevable le recours de cassation de Barcelona Traction (*A.M.*, 240, vol. IV, p. 951).

Or ce n'était pas comme le prétend à tort le Gouvernement espagnol (*Contre-Mémoire* chapitre III, n^o 284, pages 427 et 428) parce que la Barcelona Traction avait omis de joindre certaines copies dans la forme requise, mais *parce qu'il s'agissait d'une procédure qui ne mettait pas fin au procès et qui n'était donc pas admissible par application de l'article 1729 3^o de la loi de procédure civile.*

Cet arrêt scellait évidemment le sort de la procédure analogue dirigée contre les syndics seuls, et il n'est donc pas étonnant que *postérieurement à cet arrêt* du 5 avril 1957, la Barcelona Traction n'ait pas poursuivi une procédure qui n'avait aucune chance d'aboutir, et que ses avocats, comme il est de coutume, n'avaient introduite qu'à titre purement conservatoire.

(841) Le Gouvernement belge a d'ailleurs démontré qu'après le 4 janvier 1952, date de la vente, et en tout état de cause, après le 17 juin 1952, date de l'adjudication définitive les recours devenaient illusoires.

(1) Cette procédure a été indiquée par le Gouvernement espagnol au chapitre III du *Contre-Mémoire*, n^o 285, page 428, laquelle se réfère en outre à l'annexe n^o 173 du chapitre III *A.C.M.*, vol. IX, pp. 69 et ss. Il en avait également été question à l'annexe n^o 31 de l'*A.O.C.*, vol. II, p. 429, et au *Mémoire*, n^o 257 b). Dans le relevé figurant à l'annexe 31 précitée, vol. II, p. 429 s'est glissée une erreur. A l'*A.M.*, 240 n'est pas reproduit l'arrêt de la Cour d'appel de Barcelone du 1^{er} février 1958, mais un arrêt du Tribunal Suprême du 5 avril 1957 rendu dans la procédure dirigée à la fois contre les syndics et la *Fecsa* et dont les péripéties ont été décrites à l'annexe 31 précitée pp. 429 et 430, l'arrêt du Tribunal Suprême du 5 avril 1957 étant d'ailleurs, page 430, indiqué correctement comme étant publié à l'*A.M.*, 240.

Le dommage étant définitivement acquis le 4 janvier 1952 par la vente, et en tout cas le 17 juin 1952, lors de l'adjudication définitive, les recours postérieurs étaient inefficaces et il n'y a donc pas lieu d'épiloguer longuement sur le point de savoir si tous et chacun de ces recours ont été poursuivis jusqu'à l'épuisement complet des voies de recours internes.

(842) Quant au concordat, c'est très exactement le contraire d'un recours; c'est un acte qui sous-entend que le débiteur accepte la faillite et renonce à contester non seulement la compétence du tribunal, mais les raisons de fond qui ont amené ce tribunal à prononcer la faillite. Il met fin à la faillite, ainsi qu'on peut le déduire de l'art. 1160 du Code de Commerce de 1829.

C'est donc une véritable dérision de reprocher à la Barcelona Traction de ne pas avoir eu recours à ce « remède », c'est-à-dire de ne pas avoir consenti à sa propre condamnation à mort! (1).

(1) Le Gouvernement espagnol semble oublier, en outre, que la procédure concordataire se situe dans la première section de la procédure de faillite (art. 1322 de la loi de Procédure Civile), qui, dans le cas d'espèce, est demeurée suspendue jusqu'en 1963.

Sous-section 2

(843) Ainsi qu'il a été rappelé ci-dessus, dans la section II du Chapitre V, le *Contre-Mémoire* affirme qu'en cas de protection internationale des *obligataires* d'une société, il faut, pour qu'il soit satisfait à la règle de l'épuisement des voies internes, qu'outre les recours de la société, ceux qui étaient ouverts aux obligataires aient été dûment intentés et poursuivis.

Le Gouvernement espagnol démontre, une fois de plus, par cette assertion, qu'il se méprend sur la portée de la demande du Gouvernement belge. Celui-ci ne prétend pas assumer la protection de ses ressortissants qui seraient obligataires ou autrement créanciers de la Barcelona Traction. Il est exact que le *Mémoire*, dans sa conclusion n° 3, comprend, parmi les préjudices accessoires dont il demande réparation « l'équivalent, en capital et intérêts, du montant des obligations de la Barcelona Traction détenues par des ressortissants belges, et de leurs autres créances à charge des sociétés du groupe dont le recouvrement n'a pu avoir lieu par suite des actes dénoncés ». Mais ces mêmes conclusions précisent que sont seuls visés les préjudices accessoires « subis par les dits ressortissants belges ». Or, ces ressortissants ont été définis dans la conclusion n° 1 comme étant « les ressortissants belges, personnes physiques et morales, actionnaires de la Barcelona Traction ». Au surplus, le *Mémoire* (I, n° 381, pp. 187 à 189) a précisé que si indemnisation était réclamée du chef de ces obligations et créances, ce n'était qu'en raison de la circonstance que leurs titulaires, qui étaient en même temps, directement ou indirectement, intéressés au capital-actions de la Barcelona Traction, s'étaient vus, de ce fait, dans l'impossibilité de s'adresser, en vue du recouvrement de leur créance, soit à Fecsa, en tant qu'adjudicataire des biens de Barcelona Traction, soit aux pseudo-dirigeants de l'Ebro, sous peine de reconnaître la validité des mesures illégales prises en Espagne à l'égard de Barcelona Traction et de ses filiales. Une telle attitude eût été inconcevable de leur part, tant sur le plan juridique que moral, alors qu'en leur qualité d'actionnaires exerçant le contrôle sur la Barcelona Traction, ils s'étaient, dès 1948, efforcés sans relâche de veiller à ce que la Barcelona Traction et les sociétés de son groupe forment les recours internes qui leur étaient ouverts pour tenter de faire rapporter, par les juridictions espagnoles, les mesures illégales prises, parmi lesquelles la nomination des pseudo-conseils et le cahier des charges de la vente les atteignaient d'une manière particulièrement directe dans leurs droits et intérêts d'actionnaires.

(844) Puisque le Gouvernement espagnol lie l'exigence de l'exercice par les obligataires des voies de recours interne à l'hypothèse d'une action internationale tendant à protéger ces obligataires, et que cette hypothèse n'est pas réalisée en la cause, il est absolument superflu que le Gouvernement belge distraie l'attention de la Cour en examinant quels étaient les recours éventuels que Sidro ou Sofina auraient pu exercer en leur qualité d'obligataires.

Sans doute les dirigeants de Sofina ou de Sidro auraient-ils pu, à certain moment, considérer qu'il était de bonne tactique de faire intervenir leur société en qualité d'obligataire, dans le cadre de la procédure en Espagne pour tenter de venir en aide à la Barcelona Traction et à ses sociétés auxiliaires, dont les recours étaient, on l'a vu, systématiquement paralysés ou tenus en échec.

Mais une considération déterminante s'opposait à ce qu'il fût procédé de la sorte : en vertu de la *no action clause* des emprunts obligataires (*supra*, n° 494), les obligataires n'avaient pas d'action distincte, l'action devant être exercée par le *trustee*, la National Trust. Or, celle-ci avait introduit un déclinatoire de juridiction, en manière telle que ne se pose même pas la question de savoir si les obligataires pouvaient agir *ut singuli*, après que le *trustee*, dûment mis en demeure, se fût abstenu de le faire (*supra*, n° 135; voir aussi la déclaration de la National Trust, *A.R.*, n° 31, doc. 2).

On se demande comment le Gouvernement espagnol peut d'ailleurs oublier, à propos de la Sidro en tout cas, la *no action clause*, puisque dans le procès que cette société a intenté à Londres à M. Holmsted et au Comité d'obligataires, et qui a donné lieu au jugement de M. le Juge Danckwerts du 25 juillet 1952 (*A.C.M.*, chap. III, n° 188, doc. 1, vol. IX, pp. 189 et ss.), un des griefs de la Sidro à l'égard du Comité des obligataires était précisément qu'il n'avait pas tenu compte en intervenant dans la procédure en Espagne, de cette *no action clause*, inscrite dans la clause 44 du Trust Deed (1).

(845) Enfin, le Gouvernement belge se contentera de prendre acte de ce que le Gouvernement espagnol reconnaît (*C.M.*, IV, n° 296, p. 433, et *A.C.M.*, n° 184, chap. III, vol. IX, pp. 148 et ss.) que les actionnaires de la société faillie n'avaient pas qualité, en droit espagnol, pour attaquer le jugement déclaratif de faillite.

Il rappellera toutefois que lorsque l'adjudication des « biens » de la Barcelona Traction à Fecsa, aux termes du cahier des charges qui a été amplement commenté ci-dessus, consacra le dépouillement total des actionnaires, la Sidro, en cette qualité, intenta, en désespoir de cause, une action par laquelle elle visait à obtenir l'annulation de toute la procédure de faillite comme ayant été détournée, frauduleusement et à son préjudice, du but que la loi espagnole assigne à cette institution.

Le *Mémoire* (I, n° 262 à 264, pp. 118 et 119) a décrit les conditions dans lesquelles cette tentative, après s'être heurtée à un premier échec, ne fut pas poursuivie.

(846) Il est donc permis de conclure, au terme de la présente section, qu'aucune des « considérations complémentaires » du Gouvernement défendeur, auxquelles il a été répondu, n'établit dans le chef de Barcelona Traction ou de ses actionnaires le moindre manquement à l'obligation de l'épuisement des voies de recours interne.

(1) On trouvera le résumé du point de vue de la Sidro dans le jugement *eod. loco*, p. 196, 2^e alinéa. — Sur ce procès, voir également *A.R.*, n° 134, app. 5.

SECTION IV

RÉVISION ET AUTRES RECOURS EXCEPTIONNELS

Sous-section I

La Révision

(847) Le Gouvernement espagnol reprend à nouveau dans le *Contre-Mémoire* (IV, pp. 619 à 625) la thèse déjà exposée dans les *Exceptions Préliminaires* (I, p. 253, n° 24) selon laquelle la Barcelona Traction aurait dû intenter un recours en révision, à défaut de quoi le Gouvernement belge ne pourrait soutenir qu'il a été satisfait à la règle de l'épuisement des voies des recours internes.

Le Gouvernement belge a déjà répondu à cette assertion dans ses écritures (*O.C.*, I, n° 273 et 274, pp. 247 et 248) et dans les plaidoiries de ses conseils (*P.O.*, III, pp. 639 et ss.; pp. 1005 et ss.).

La thèse du Gouvernement espagnol tient en deux propositions :

- 1°) Si les faits dénoncés par le Gouvernement belge quant à la collusion entre les juridictions saisies et le groupe March sont exacts, ce que le Gouvernement espagnol dénie d'ailleurs avec indignation, il y aurait eu machination frauduleuse, au sens de l'article 1796, 4°, de la Loi de procédure civile, et les conditions d'ouverture du recours en révision étaient réunies.
- 2°) S'il est vrai que l'article 1796 ne prévoit la révision que contre les *sentencias firmes*, les décisions de justice rendues, malgré leur qualification, participeraient de la nature de *sentencias* et seraient *firmes*.

A cette argumentation, le Gouvernement belge, reprenant et résumant ses exposés antérieurs sur ce problème, oppose trois considérations fondamentales :

a) L'*auto* déclaratif de faillite du 12 février 1948 n'était pas une *sentencia*, ni à raison de sa qualification ni à raison de sa nature, et pour le surplus, n'était pas *firme*, en manière telle que le recours en révision eût, à supposer que, par pure hypothèse, les faits pussent en justifier l'intentement, été irrecevable en raison de la nature de la décision à mettre en cause.

b) En tout état de cause, la Barcelona Traction n'était pas en mesure d'établir — et le Gouvernement belge ne l'est pas actuellement — que l'*auto* du 12 février 1948 a été obtenu ensuite d'une machination frauduleuse au sens de l'article 1796 de la Loi de Procédure civile, et dès lors de toute manière il n'y avait pas matière à révision.

c) Enfin, le Gouvernement belge montrera que, pour des raisons qui tiennent aux limitations admises en matière d'épuisement des voies de recours internes, il ne peut être reproché à la Barcelona Traction de ne pas avoir introduit de recours en révision, cela même dans l'hypothèse où ce recours eût été théoriquement recevable en droit espagnol.

a) L'« auto » déclaratif de faillite du 12 février 1948 n'était pas une « *sentencia* », ni à raison de sa qualification ni à raison de sa nature, et pour le surplus, n'était pas « *firme* », en manière telle que le recours en révision, à le supposer justifié quant aux faits, eût été irrecevable eu égard à la nature de la décision à mettre en cause.

(848) Le Gouvernement espagnol tente de démontrer que bien que le jugement de faillite soit un *auto*, et non une *sentencia*, la révision constituerait un recours pertinent, alors cependant que la révision n'est prévue qu'à l'encontre des *sentencias firmes*, conformément à l'article 1797 du Code de procédure civile.

En ce qui concerne la nature de la décision qui peut donner ouverture à révision, le *Contre-Mémoire* (IV, n° 58, p. 623) se livre à une série de *distinguos* absolument inutiles, en faisant abstraction des considérations que le Gouvernement belge avait déjà fait valoir dans ses *Observations et Conclusions* (I, n° 274, p. 248) et dans la procédure orale (P.O., III, p. 640) auxquelles le Gouvernement belge se permet de se référer.

Il ne s'agit pas d'examiner d'une manière théorique les différences qui peuvent exister entre le recours en cassation et celui en révision, ni de revenir à nouveau sur la distinction absolument irrelevante entre *sentencia ejecutoria* et *sentencia firme*, discussion qui paraissait close, après les explications données par le Gouvernement belge dans la procédure orale (P.O., III, p. 1006) et qui l'est en tout cas, si l'on se réfère au texte même du considérant, cité par le Gouvernement espagnol, de l'arrêt du Tribunal Suprême du 23 mai 1964 (C.M., n° 56, p. 622), d'où résulte que le Tribunal Suprême qualifie lui-même de *ejecutoria*, la *sentencia* que la Loi de procédure civile appelle *firme*.

(849) On rappellera que lorsque la Loi de procédure civile parle des décisions qui peuvent donner ouverture à un recours en révision, elle vise constamment une *sentencia firme*, et cette formule revient aux articles 1796-4°, 1797, 1800, 1801, 1803, 1806, 1807 et 1808 de la Loi de procédure civile.

L'article 1800 fournit d'ailleurs une preuve supplémentaire de l'intention du législateur de considérer que seules les *sentencias firmes* donnent ouverture à un recours en révision. Cet article détermine le délai pendant lequel la révision pourra être demandée et est ainsi libellé :

« En aucun cas, on ne pourra introduire le recours en révision après que se seront écoulés cinq ans depuis la date de la publication de la *sentencia* qui pourrait le motiver. S'il est présenté après ce délai, on le rejettera *de plano* ».

Or, la publication d'une décision, c'est-à-dire sa lecture solennelle en audience publique (1) n'est prévue par les articles 364 et 365 de la Loi de procédure civile, respectivement pour les décisions des tribunaux, en ce qui concerne l'article 364, et pour

(1) Qu'il ne faut pas confondre avec la publicité par voie d'édit ou par l'insertion aux journaux officiels, prévue à l'article 1044, 4°, du Code de commerce de 1829, et à l'article 1337 de la Loi de procédure civile, pour le jugement de faillite.

celles du Tribunal Suprême et de la Cour d'appel en ce qui concerne l'article 365, que pour les *sentencias* (et non les *autos* et les *providencias*) (1).

(850) Les efforts du Gouvernement espagnol pour combattre cette évidence sont réellement dérisoires. Cette laborieuse démonstration ne trouve d'ailleurs que très partiellement place dans le *Contre-Mémoire* lui-même (IV, n° 58, p. 623), le Gouvernement espagnol ayant préféré confiner son argumentation aux annexes n°s 28 et 29 du chap. III (vol. VII, pp. 154 à 164) où l'on découvre simplement de longues dissertations pour démontrer qu'un *auto* peut être *firme* et qu'il peut avoir la force de chose jugée, à la fois au sens formel et au sens matériel.

La tentative faite pour démontrer que « Cette décision (le jugement déclaratif de faillite) correspondant à une *sentencia* suivant de nombreux ordres juridiques non espagnols, et dont il existe même quelques exemples historiques en droit espagnol, adopte néanmoins, d'après le code de procédure civile, la forme de l'*auto*, malgré qu'il s'agisse bien d'après sa fonction d'une *sentencia* » (*A.C.M.*, n° 29, vol. VII, p. 159); puis pour le recours en désespoir de cause au Code de procédure commerciale de 1830 abrogé en 1868 (*eodem loco*, p. 159, note 2) font irrésistiblement penser aux efforts de casuistes gourmands pour faire passer un lapin pour une carpe (2).

Le Gouvernement espagnol avait déjà soutenu, dans les *Exceptions Préliminaires* de 1960 (*E.P.*, 1960, p. 403) :

« La loi ne parle que de « *sentencias* », mais le tribunal suprême a admis — et admet — que l'on puisse se pourvoir en révision contre des « *autos* » à la condition qu'ils aient un caractère définitif, c'est ce qui est précisément le cas d'un jugement déclaratif de faillite d'un commerçant ».

Le Gouvernement espagnol s'était cependant bien gardé de citer le moindre arrêt à l'appui de cette thèse. Dans les *Exceptions Préliminaires* de 1963 (*E.P.*, 1963, I, p. 253, note 3), le soutènement espagnol est une fois de plus proclamé, sans qu'on y trouve davantage de référence à la moindre jurisprudence. On lit en effet dans cette note :

« *Evidemment*, certaines décisions judiciaires sous forme d'« *auto* », telle que la mise en faillite, sont assimilées à des jugements (« *sentencias* ») aux fins du recours en révision. La Cour Suprême l'a admis, et admet, que l'on puisse se pourvoir en révision 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 ».

(1) La *publicación*, c'est-à-dire la lecture en audience publique, est une formalité traditionnelle, à partir de laquelle la *sentencia* (dont la seule signature lie les juges) crée des effets pour les parties et les tiers, et fait courir des délais pour les recours les plus importants, tels que la *révision* (*vide*, Prieto Castro, *Derecho Procesal Civil*, Madrid 1964, t. I., 84, p. 481). Le Greffier atteste d'une manière authentique (*autoriza*) cette publication-lecture par une formule que l'on retrouve toujours à la fin des *sentencias*.

(2) Cet effort, a notamment été tenté par M. Manuel Comellas Salmerón, greffier des juges spéciaux. Dans un article intitulé « *Naturaleza de la resolución declarativa de quiebra* » publié dans les *Estudios Procesales en Memoria de Carlos Viada* — Madrid 1965, cet auteur soutient que le jugement de faillite serait une *sentencia*, mais est incapable d'indiquer à l'appui de sa thèse, le moindre précédent jurisprudentiel ou la moindre autorité doctrinale, un de ses principaux arguments consistant à se référer à la plaidoirie d'un des conseils du Gouvernement espagnol dans la procédure orale sur les *Exceptions Préliminaires*.

Le lecteur intéressé par la jurisprudence du Tribunal Suprême à propos de cette étrange transformation des *autos* en *sentencias* a dû attendre les explications d'un conseil du Gouvernement espagnol, lors des plaidoiries orales sur les *Exceptions Préliminaires* (*P.O.*, II, p. 300) pour voir citer, à l'appui de la thèse du Gouvernement espagnol, deux arrêts du Tribunal Suprême, celui du 17 juin 1940 (*Aranzadi*, n° 526, p. 335) et celui du 3 juin 1959 (*Aranzadi*, n° 2486), arrêts indiqués tous deux d'ailleurs par le Gouvernement belge dans ses *Observations et Conclusions* (I, p. 248, note 2).

Or, il suffisait de lire ces arrêts pour constater que le Tribunal Suprême ne faisait que renvoyer à l'article 1796 de la Loi de procédure civile et réaffirmait que seules étaient susceptibles de révision les *sentencias firmes*.

Aussi bien l'argumentation du conseil du Gouvernement espagnol (*P.O.*, II, p. 300) se heurta-t-elle à une démonstration décisive, partant du texte même des arrêts, faite par un conseil du Gouvernement belge (*P.O.*, III, p. 639).

Aux développements présentés par le conseil du Gouvernement belge, le conseil du Gouvernement espagnol ne put en réplique (*P.O.*, III, pp. 811 et 812) opposer aucun argument valable; il est révélateur de son embarras qu'il se garda bien de citer à nouveau les arrêts du 17 juin 1940 et du 3 juin 1959, à partir desquels il avait argumenté dans sa première plaidoirie !

(851) En tout cas, dans le *Contre-Mémoire*, le Gouvernement espagnol se montra infiniment plus modeste en écrivant (*C.M.*, IV, n° 59, p. 623) :

« Dans cette jurisprudence, qui est très limitée (voir Procédure Orale, pp. 300-301), il convient surtout de retenir l'arrêt du 3 juin 1959 où l'auto objet du recours en révision était un acte ordonnant des mesures provisoires, et donc un acte normalement dépourvu de force de chose jugée... »

On n'est pas peu étonné de voir le Gouvernement espagnol argumenter à nouveau en s'inspirant de l'arrêt du 3 juin 1959, dont pourtant le texte est clair et dont un des considérants, déjà rappelé dans les *Observations et Conclusions* (p. 248, note 2) est ainsi rédigé :

« 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). (1)

(852) Le Gouvernement belge n'a cependant pas l'intention de se borner à un argument de texte et n'a pas d'objection à ce qu'au delà de la qualification purement formelle d'une décision judiciaire, on examine son contenu. La distinction entre *auto* et *sentencia* qui résulte de l'article 369 de la Loi de procédure civile, lequel énumère les différentes résolutions des tribunaux et des juges et qui les définit, est extrêmement claire. D'après ce texte, rappelé par le Gouvernement belge (*A.M.*, n° 53, vol. II, p. 273; *P.O.*, II, p. 640) :

(1) Les articles 1690 et 1695 de la Loi de Procédure Civile se réfèrent au recours en cassation, et non à la révision.

« Les *sentencias* sont des décisions qui tranchent définitivement des questions en procès, statent sur un recours extraordinaire ou sur un incident qui met fin à l'action principale » (A.M., loc. cit.).

Comme il vient d'être exposé, on ne peut considérer comme une *sentencia* que les décisions susceptibles d'avoir les effets de la chose jugée au sens matériel et qui viennent clore les procédures à caractère déclaratoire. En effet, ce n'est qu'à propos de pareilles procédures que peut jouer l'exception de chose jugée prévue par l'article 1252 du Code civil.

Or, la procédure de faillite, ainsi qu'il a déjà été exposé à plusieurs reprises, n'est pas une procédure déclaratoire mais une procédure d'exécution, qui commence par une phase conservatoire, se continue par la liquidation des biens, et ne comporte comme phase déclaratoire que la vérification des créances, dans la 4^e section.

De plus, il est à peine besoin de le rappeler, pour être susceptible d'un recours en révision, la *sentencia* doit être *firme*. Dès lors, à supposer même que l'*auto* de faillite puisse être, par quelque magie juridique, transformé en *sentencia*, de toute façon, il ne s'agirait pas d'une décision *firme*.

(853) Pour le surplus, le Gouvernement belge tient à faire une mise au point quant aux conditions dans lesquelles le Gouvernement espagnol présente actuellement le problème, dans le *Contre-Mémoire*. Si on lit les *Excepciones Preliminares* de 1963 (E.P., I, p. 254) on recueille, quoique les formules du Gouvernement espagnol soient quelque peu sibyllines, le sentiment que le reproche fait par le Gouvernement espagnol à la Barcelona Traction consistait à ne pas avoir introduit de recours en révision contre l'*auto* déclaratif de faillite du 12 février 1948, qu'il présentait, par une curieuse opération de prestidigitacion, comme une *sentencia firme*. C'est bien ainsi que l'avait entendu le Gouvernement belge qui, dans ses *Observations et Conclusions* (I, n° 273, p. 247), se déclarait contre le Tribunal Suprême les accusations qui seraient aujourd'hui dirigées par lui « contre le juge de Reus, auteur du jugement de faillite ».

A la lecture des développements du conseil du Gouvernement espagnol (P.O., II, pp. 294 à 301; vol. II, pp. 811 à 815) tout permettait de penser qu'une fois de plus le Gouvernement espagnol n'entendait argumenter qu'à propos du seul jugement de faillite. Aussi bien, les arrêts de la Cour Suprême cités par lui (P.O., II, pp. 296 et 297) étaient-ils tous relatifs à des cas où le domicile avait été dissimulé au juge, pour empêcher un plaideur de se défendre. Et le conseil du Gouvernement espagnol se référait expressément aux paragraphes 339 et 97 du *Mémoire* (I), où il est chaque fois question du jugement déclaratif et des vices qui entachent sa publication.

Le Gouvernement espagnol se rendant compte qu'il lui sera impossible d'accréditer la thèse absurde que l'*auto* déclaratif du 12 février 1948 puisse être une *sentencia firme*, thèse qui avait déjà été réfutée vigoureusement lors des plaidoiries se livrées à un tour de passe-passe dialectique et fait mine, cette fois-ci, sans s'en expliquer clairement, de soutenir que le recours de révision aurait dû être intenté non seulement

contre l'*auto* du 12 février 1948 mais contre la procédure en général, sans préciser autrement quelles sont les décisions à propos desquelles il argumente.

Le Gouvernement belge constate que le Gouvernement espagnol présente cet argument pour la première fois. Encore convient-il pour la clarté des débats que le Gouvernement espagnol présente *simul et semel* tous ses arguments concernant chacune des décisions à propos desquelles il a l'intention d'invoquer la règle.

Cela étant dit, le Gouvernement belge n'est pas en mesure de se défendre tant que le Gouvernement espagnol n'indique pas quelles sont les décisions, en dehors de l'*auto* déclaratif du 12 février 1948, à propos desquelles il se propose de soutenir que la règle de l'*épuisement des voies de recours internes* n'a pas été respectée.

On comprend d'ailleurs son silence. En effet, il était déjà particulièrement risqué de soutenir que l'*auto* du 12 février 1948 est une *sentencia firme*. *A fortiori* devrait-il en être ainsi de la tentative de démonstration à propos des autres décisions qui ont joué leur rôle dans la genèse du dommage. Car quasi toutes les décisions, qu'il s'agisse de celles suspendant la procédure d'une manière sélective ensuite du déclinatoire Boter, ou refusant le déclinatoire de juridiction de la National Trust, ou statuant sur les mesures préparatoires à la vente, ou sur la vente elle-même, étaient des *providencias* ou des *autos* et qui n'étaient pas *firmes*, la plupart n'ayant fait l'objet de décisions *firmes* qu'en 1963, ainsi qu'il résulte de la liste publiée par le Gouvernement espagnol lui-même aux pages 451 à 454, IV, du *Contre-Mémoire*.

En tout cas, le Gouvernement belge se réserve de répondre en plaidoiries, si le Gouvernement espagnol, dans sa *Duplique*, venait à préciser quelles sont les décisions qui, en dehors de l'*auto* déclaratif de faillite, auraient pu et dû, d'après lui, faire l'objet d'un recours en révision. C'est sous cette réserve que le Gouvernement belge rappelle son argumentation à propos du seul *auto* déclaratif de faillite.

C'est sur cette base que le Gouvernement belge a naturellement fondé son argumentation.

b) *En tout état de cause, la Barcelona Traction n'était pas en mesure d'établir que l'« auto » du 12 février 1948 a été obtenu ensuite d'une machination frauduleuse au sens de l'article 1796, et dès lors de toute manière, il n'y avait pas ouverture à révision.*

(854) C'est à cet aspect de la question que le *Contre-Mémoire* consacre le plus clair de ses efforts (nos 51 à 57, pp. 619 à 623). Son objectif est évident, et il est double : voulant détourner l'attention de l'argumentation proprement juridique qui, c'est le moins qu'on puisse dire, n'est guère en sa faveur, il cherche à enfermer le Gouvernement belge dans un dilemme à première vue angoissant.

Ou bien les griefs belges tels qu'ils sont, ou surtout tels qu'ils ont été formulés (1) sont fondés, et alors il y a eu « machination frauduleuse », contre laquelle la voie de

(1) Le *Contre-Mémoire* (*sed. loc.*) croit déceler un certain changement de ton dans les écrits du Gouvernement belge, qu'il veut attribuer à la crainte du recours en révision. Ce n'est pas la première fois que le Gouvernement défendeur voit, dans la modération du ton, un aveu de faiblesse. Force est de reconnaître que le *Contre-Mémoire*, pour sa part, semble avoir été rédigé pour éviter qu'on puisse lui retourner l'argument.

recours interne type, la révision, n'a pas été utilisée; ou bien le Gouvernement belge reconnaît qu'il ne peut établir l'existence d'une machination frauduleuse, et l'épine dorsale de son action disparaît.

Ce dilemme n'est qu'un sophisme.

Le Gouvernement belge se bornera à répéter ce qu'il a dit cent fois : le groupe March a réussi à s'approprier la totalité des biens du groupe de la Barcelona Traction grâce à l'utilisation d'une procédure de faillite détournée de son but légal, et il n'a pu réaliser son plan que grâce au concours de certains organes judiciaires de l'Etat espagnol. Mais ce concours bienveillant et actif de certains juges qui sont intervenus dans l'affaire, ne constitue pas une « manœuvre frauduleuse » au sens de l'article 1796 de la Loi de procédure civile.

Le Gouvernement belge n'a jamais soutenu et ne soutient pas, parce que, pas plus que la Barcelona Traction, il n'en a la preuve, que le jugement déclaratif de faillite ait été obtenu grâce à une « *manœuvre dolosive ou frauduleuse* » de la part du groupe March qui aurait eu pour effet de dissimuler aux yeux de la justice « *la vérité réelle et positive* »; ce qui est, suivant la jurisprudence unanime citée par l'Etat défendeur lui-même, le type même de la machination frauduleuse visée par l'article 1796 (1).

Le Gouvernement belge n'a jamais prétendu non plus, parce que, pas plus que la Barcelona Traction, il n'en avait la preuve, qu'il y ait eu subornation, corruption ou concert frauduleux auquel le juge de Reus aurait été mêlé.

Le Gouvernement belge saisit cette occasion pour préciser, une fois de plus, qu'il n'impute à aucun magistrat espagnol une intention frauduleuse ou malhonnête, et qu'il se borne à constater, sur la base des pièces mêmes du dossier, l'évidente partialité dont certains magistrats ont fait preuve en faveur du groupe March. Sans jamais s'être prononcé sur les motifs qui ont pu inspirer cette attitude, le Gouvernement belge n'a pu que souligner, chaque fois qu'il en a eu l'occasion, l'atmosphère de nationalisme exacerbé qui a entouré ce litige depuis l'origine.

Pour le surplus, le Gouvernement belge se réfère à l'argumentation qu'il a développée sur ce point tant dans ses écritures qu'au cours de la procédure orale.

c) *C'est sous ces réserves que le Gouvernement belge examinera la question de savoir si un plaideur eût dû recourir dans les circonstances de l'espèce à la procédure en révision.*

(855) A cet égard, le Gouvernement belge soutient que le recours n'était accessible et efficace, ni en droit, ni en fait.

1°) D'abord, parce que le recours en révision, ainsi que le rappelle fort opportunément l'arrêt de la Cour Suprême du 23 mai 1964 (*Aranzadi*, 1964, n° 2767, p. 1697), cité d'ailleurs par le Gouvernement espagnol dans son *Contre-Mémoire* (IV, n° 56, pp. 622

(1) On en trouve la confirmation éclatante dans l'arrêt de la Cour Suprême du 23 mai 1964, dont le *Contre-Mémoire* cite un considérant (n° 56, p. 622) que le Gouvernement belge ne peut qu'inviter la Cour à lire attentivement. C'est de ce considérant que sont extraits les mots mis en italique ci-dessus.

et 623), « n'est pas un véritable recours, mais une action de caractère autonome en ce qu'elle rouvre un rapport procédural qui avait abouti à son terme et même à l'exécution ».

Les conditions mises à son exercice sont tellement rigoureuses — elles ont été rappelées par le Tribunal Suprême dans une série d'arrêtés (1) — que le recours lui-même — et plus encore les décisions qui l'accueillent, sont tout-à-fait exceptionnels. Dès lors, aucun plaideur normal ne songe à recourir à pareille procédure s'il ne dispose de moyens de preuve décisifs, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

Il suffit d'ailleurs de se remémorer le sort qui fut fait aux six procédures de récusation introduites par la Barcelona Traction ou les sociétés intéressées, et dont l'une donna l'occasion à l'avocat Serrano Suñer de résumer dans sa plaidoirie les raisons pour lesquelles les juridictions espagnoles faisaient preuve d'une animosité systématique à l'égard de la Barcelona Traction et des cointéressées (2). Or, la récusation est une procédure dans laquelle il suffit d'établir une des causes prévues à l'article 189 du Code de procédure civile, et qui constituent en quelque sorte des présomptions que le juge risque de ne pas être impartial. Les éléments qu'il faut démontrer à l'appui d'une action en récusation demeurent bien en deçà de ceux qu'il faut prouver pour obtenir la révision. Comment peut-on, dès lors, imaginer que la Barcelona Traction et les cointéressées ayant échoué dans leurs actions en récusation, pouvaient raisonnablement escompter pouvoir triompher dans une action en révision ?

(856) 2°) Ensuite, parce que, pour juger du comportement d'un plaideur, il faut se souvenir que, conformément au droit international coutumier (que ne fait que démarquer sur ce point l'article 3 du Traité hispano-belge de 1927), il n'y a lieu d'épuiser les voies de recours internes que si l'on peut obtenir une décision au fond dans un délai raisonnable.

Est-il besoin de rappeler que le juge spécial ne statua qu'en 1963 sur l'opposition formée le 18 juin 1948, et confirmée le 3 septembre 1948, et sur les demandes de nullité des 5 et 31 juillet 1948 !

Or, comme la révision n'est admise qu'à l'encontre de *sentencias firmes*, c'est jusqu'en 1963 que la Barcelona Traction aurait dû attendre !

(857) 3°) Enfin, le recours en révision ne peut apparaître comme vraisemblablement adéquat et efficace à un plaideur normal que s'il est de nature à lui apporter une réparation complète. Or la nullité de la procédure n'aurait pas entraîné cette conséquence, car il eût été impossible de replacer la Barcelona Traction et les sociétés intéressées dans la situation où elles se trouvaient en 1948. Comme il a été démontré dans la Section V du Chapitre I de la première partie de cette *Réplique*, à la date du 17 juin 1963 le dépouillement total de la Barcelona Traction était consommé. Toutes les mesures exécutées au cours de la procédure de faillite étant irréversibles, il était impossible de rétablir la Barcelona Traction dans la même situation qu'en 1948.

(1) 18 mars 1948 (*Aranzadi*, n° 466) — 4 janvier 1955 (*Aranzadi*, n° 107) — 25 octobre 1962 (*Aranzadi*, n° 4069) — 28 février 1965 (*Aranzadi*, n° 1148) — 28 octobre 1965 (*Aranzadi*, n° 4703).

(2) *A.M.*, n° 227, vol. IV, pp. 855 et ss.

Est-il nécessaire de rappeler que toutes les sociétés auxiliaires avaient été dissoutes et leurs biens transférés à la Fecsa (1), que celle-ci avait procédé à une série d'augmentations de capital après que ses titres aient été largement répartis dans le public? En outre, les actions de la Fecsa étaient admises à la cote des Bourses de Barcelone et Madrid, où elles avaient donné lieu à d'innombrables transactions.

Ainsi donc, le recours de révision aurait été absolument inefficace dans l'hypothèse où le dit recours pouvait être intenté dans une procédure de faillite, ce que le Gouvernement belge a démontré ci-avant ne pas être le cas (2).

(1) Conformément aux articles 1806 et 1807 du Code de procédure civile, la révision a un effet rescisoire mais ne comporte par elle-même aucune condamnation, même à des dommages-intérêts. Il appartient dès lors à celui qui bénéficie de la décision de recommencer lui-même la procédure *ab ovo*, de demander les restitutions, de postuler des dommages-intérêts, de faire déclarer des nullités, etc. . . .

(2) D'autre part, une réparation en équivalent aurait difficilement pu se concevoir, car ni les requérants originaires, ni les organes de la faillite, ni la Fecsa, acquéreuse des biens, qui sont des tiers, n'auraient pu être condamnés à des dommages-intérêts couvrant le préjudice réel.

Sous-section 2

Autres recours exceptionnels

(858) Finalement, au chap. III, n° 64 (C.M., IV, pp. 625-626), le Gouvernement espagnol reprend l'examen de certains recours dont il avait été question aux *Exceptions Préliminaires* (I, n° 29, p. 257), et qui avaient également été traités, parfois avec une terminologie quelque peu différente, à l'annexe n° 89 aux *Exceptions Préliminaires* (pp. 706 et 707).

Le Gouvernement belge avait répondu à l'argumentation du Gouvernement espagnol, au paragraphe 275 des *Observations et Conclusions* (I, p. 249), en ce qui concerne la plainte ou procédure de doléances (*queja*) auquel fait référence l'article 302 du Code de procédure civile dans le cas d'un retard injustifié dans une procédure judiciaire; au paragraphe 276 des *Observations et Conclusions* (p. 249), touchant le recours en responsabilité civile prévu par l'article 903 de la Loi de procédure civile contre les juges ou magistrats coupables d'avoir enfreint la loi par négligence ou ignorance inexcusables (1); et au paragraphe 277 des *Observations et Conclusions* (p. 250), en ce qui concerne l'action pénale.

L'argumentation du Gouvernement belge était fort simple et tenait en trois considérations :

- a) Il ne s'agit pas de véritables recours de nature à entraîner l'annulation ou la réformation des décisions constitutives du déni de justice mais, en mettant les choses au mieux, de sanctions disciplinaires contre les magistrats, comme dans le cas de la *queja* (2); tantôt de dommages-intérêts, pour le recours en responsabilité civile, voire de sanctions pénales pour l'action pénale (3), la caractéristique commune de ces « recours » étant qu'ils n'ont pas la moindre incidence sur la validité des jugements rendus.
- b) Ces « recours » étaient radicalement inefficaces, et en tout état de cause devaient apparaître comme tels à un plaideur normal, puisque la Barcelona Traction et les sociétés intéressées ne disposaient d'aucun élément de preuve pour les tenter et les poursuivre avec la moindre chance de succès.
- c) Quoi qu'il en soit, il s'agit de « recours » exceptionnels. Or, la règle de droit international coutumier n'impose pas que le plaideur use de recours exceptionnels (4).

(1) C'est par erreur que les *Observations et Conclusions* (n° 276, p. 249) disent : « excusables ».

(2) Guasp, *Commentaire de la Loi de procédure civile*, Madrid, 1943, t. I, p. 808, note 1., déjà cité aux *Observations et Conclusions* (p. 249, note 2).

(3) Ces sanctions peuvent s'accompagner de condamnation à des dommages-intérêts.

(4) Castor H.P., *Law, The Local Remedies Rule in International Law*, Genève, 1961. p. 79 et les autorités y citées.

(859) La réfutation présentée à propos de ces recours dans les *Observations et Conclusions* (I, n^{os} 275 ss.) avait sans doute paru si adéquate au Gouvernement espagnol lui-même qu'il n'avait plus été question de recours exceptionnels (sauf du recours en révision) au cours de la procédure orale, sauf quelques mots (*P.O.*, II, p. 301 *in fine*) dans lesquels le conseil du Gouvernement espagnol se borne à rappeler ces recours sans esquisser une réfutation de la démonstration faite par le Gouvernement belge.

Le Gouvernement espagnol reparle néanmoins de ces recours, sans la moindre conviction d'ailleurs, non plus comme de recours autonomes, mais comme de procédures à mettre en rapport avec la révision. Le Gouvernement espagnol n'est pas loin de reconnaître à tout le moins par prétériton, que ces recours n'auraient pu avoir aucune incidence directe sur les décisions constitutives du déni de justice, mais, argumente-t-il, ils auraient pu servir « de base assez simple et assez radicale » (*C.M.*, IV, n^o 64, p. 626) pour fonder le recours en révision!

Autrement dit, ces recours, inefficaces en eux-mêmes, auraient pu fournir à la Barcelona Traction (et aux sociétés intéressées) — à supposer qu'ils aient abouti... — et ce en vue d'un recours en révision, les moyens de preuve dont elles ne disposaient point!

Or, sous réserve de tout ce qui a déjà été argumenté à propos du recours en révision lui-même, la thèse du Gouvernement espagnol ne peut être retenue, même, sous cette forme atténuée. En ce qui concerne l'action en responsabilité civile, celle-ci si elle avait abouti, aurait permis d'établir que le juge avait fait preuve de négligence ou d'ignorance inexcusables mais non pas qu'il y aurait eu des manœuvres frauduleuses.

Quant à l'action pénale contre les juges, elle ne présente d'intérêt en vue de la révision que dans le cas où l'on pourrait établir la subornation, hypothèse qui n'a jamais été soutenue par le Gouvernement belge.

(860) Quant à la plainte (*queja*), on voit mal comment la sanction disciplinaire, éventuelle aurait pu servir de base à un recours en révision. Car si tant est qu'eût été constatée l'inobservance par le juge des délais légaux, la preuve des manœuvres frauduleuses ne s'en fût pas trouvée rapportée, ni même facilitée pour autant.

Quant à soutenir au surplus, comme le fait le Gouvernement espagnol, que la plainte aurait pu remplir une fonction supplémentaire, savoir de permettre une « *constatation judiciaire*, des prétendus retards », « ... *constatation judiciaire (qui) n'a jamais été tenue* » (1), c'est vouloir enfermer le Gouvernement belge, et — chose plus grave — la Cour dans des limitations que la règle de l'épuisement des voies de recours internes ne comporte point.

En effet, pour que ne joue pas l'exclusion prévue à l'article 3 du Traité hispano-belge qui, en ce qui concerne l'exigence d'un *délai raisonnable*, ne fait que démarquer la règle coutumière, il faut, mais il suffit, que la Cour constate que le plaideur n'a pu obtenir une décision définitive dans un délai raisonnable. Cette constatation (pas plus que celle de l'existence du déni de justice) ne doit émaner *au préalable* des juridictions internes, précisément accusées de déni de justice! L'exiger serait purement et simplement absurde.

(1) *Contre-Mémoire*, p. 626, 2^e alinéa. Les italiques figurent au texte.

SECTION V

L'ABSENCE DE RECOURS CONTRE LES DENIS DE JUSTICE
EN MATIÈRE ADMINISTRATIVE

(861) Comme il l'avait fait dans ses *Exceptions Préliminaires* (I, p. 257) et dans les plaidoiries de ses conseils (*P.O.*, II, p. 279), le Gouvernement espagnol s'est attaché à la section III du *Contre-Mémoire*, à démontrer que la Barcelona Traction (ou les sociétés filiales) n'ayant point introduit de recours ni hiérarchiques, ni contentieux-administratifs, contre les refus d'autorisation opposés à la troisième version de financement du plan d'arrangement, il n'y aurait point eu, et pour cause, dans leur chef, d'épuisement des voies de recours internes (1).

On rappellera d'abord que pour déterminer si un acte aurait dû faire l'objet d'un recours interne, il faut se placer au moment où l'acte est intervenu et se demander si à ce moment-là et dans l'ignorance de ce qui allait suivre, le préjudicié pouvait se rendre compte du caractère irrégulier de l'acte.

1) Cette observation liminaire étant faite, il y a lieu en tout cas de déterminer si des recours existaient et s'ils étaient accessibles.

2) A supposer que tel fût le cas, il faut examiner si le plaideur normal eût dû, compte tenu des circonstances, considérer ces recours comme vraisemblablement adéquats et efficaces.

(1) On ne s'occupera pas ici des autres denis de justice dénoncés par le Gouvernement belge. En ce qui concerne les autorisations accordées à March en 1952, la Barcelona Traction n'avait pas qualité pour les attaquer, et ne les connaissait d'ailleurs point. Pour le surplus, il s'agissait d'actes politiques.

Sous-section 1

*Le recours hiérarchique était-il possible,
et devait-il apparaître comme vraisemblablement adéquat et efficace?*

(862) On se limitera ici aux arguments nouveaux du Gouvernement espagnol, car la question a déjà été évoquée abondamment par les Parties, et le Gouvernement belge estime pouvoir se référer pour l'essentiel aux moyens exposés par lui dans ses *Observations et Conclusions* (pp. 264 à 269) et dans les plaidoiries de ses conseils (*P.O.*, III, pp. 603 et 613 et pp. 977 à 984).

Comme d'ailleurs le Gouvernement espagnol ne souffle plus mot dans le *Contre-Mémoire* des autres recours en matière administrative, dont il était question à l'annexe 90 des *Exceptions Préliminaires*, et qu'il n'en a pas davantage été question dans les plaidoiries de ses conseils, il faut supposer qu'il s'incline devant l'argumentation figurant à l'annexe 36 des *Observations et Conclusions du Gouvernement belge* (vol. II, p. 467) et que sur ce point, la controverse est terminée (1).

En ce qui concerne le recours hiérarchique (qualifié de recours en appel dans les *Exceptions Préliminaires*), le Gouvernement espagnol se borne à réaffirmer, sans même tenter une démonstration que « l'I.E.M.E. est un organe de l'administration centrale, assimilé à une direction générale » (*C.M.*, IV, n° 30, p. 605), thèse qui figurait déjà à l'annexe 90 des *Exceptions Préliminaires* (*A.E.P.*, p. 730). A l'appui de ce soutènement, le Gouvernement espagnol prend texte de deux arguments du Gouvernement belge, arguments d'où il déduit la reconnaissance implicite par le Gouvernement belge du lien de subordination entre le Ministère et l'I.E.M.E. :

(863) a) Le Gouvernement belge, prétend-on de part adverse, contesterait en ce qui concerne l'I.E.M.E. l'existence d'un recours hiérarchique prévu par l'article 26 du Règlement de procédure administrative du Ministère de l'Industrie et du Commerce du 14 juin 1935, au motif que « la décision incriminée relève de fonctions déléguées par le Ministre ».

Or, comme la délégation doit résulter d'une décision formelle (*Contre-Mémoire in fine*, p. 605) et qu'il n'y a pas eu de décision formelle publiée, l'I.E.M.E. doit être assimilé à une direction générale.

Ce raisonnement repose d'une part sur une véritable caricature du point de vue du Gouvernement belge, et d'autre part sur un paralogisme.

Caricature d'abord, parce que le Gouvernement belge n'a jamais soutenu que l'I.E.M.E. comme tel exerçait des pouvoirs délégués par le Ministre, mais que tel était

(1) Il ne s'agissait d'ailleurs pas de véritables recours, qui auraient pu entraîner l'annulation ou la réformation des décisions incriminées, mais d'actions diverses, notamment contre des tiers (*A.O.C.*, n° 36, vol. II, p. 467).

le cas pour le sous-secrétaire, président le Conseil d'administration, par délégation du Ministre (et il en va de même des pouvoirs délégués au directeur général par le Conseil d'Administration, hypothèse visée à la note 1, page 605, IV, du *Contre-Mémoire*).

Paralogisme ensuite, car si l'I.E.M.E. n'exerce pas des pouvoirs délégués par le Ministre, mais tient ses fonctions de la loi, ainsi que le rappelle le *Contre-Mémoire* lui-même, il ne s'ensuit pas que l'I.E.M.E. doive être assimilé à une direction générale, mais bien à d'autres organismes autarchiques, tels ceux rappelés en plaidoiries (*P.O.*, III, p. 982), et parmi lesquels figurent notamment les assemblées des pouvoirs portuaires à propos desquelles a été rendu l'arrêt du Tribunal Suprême du 14 juin 1943, cité en plaidoiries (*P.O.*, III, p. 606), mais aussi de nombreux autres organismes (1).

(864) b) Est tout aussi inadmissible l'argument selon lequel le Gouvernement belge reconnaîtrait l'existence d'un lien hiérarchique de subordination entre le Ministre et l'I.E.M.E. au motif qu'il soutient que le recours au Ministre eût de toute manière été inefficace en fait. Ce raisonnement méconnaît le caractère subsidiaire de l'argument.

(1) La règle en ce qui concerne le recours hiérarchique pour les organismes autonomes était, jusqu'à la loi du 26 décembre 1958 sur les entités étatiques autonomes, qu'il y avait lieu de vérifier, d'après le statut de l'organisme et de façon générale les textes qui y étaient applicables, si ce recours était prévu.

Il n'y a aucune contradiction entre cette norme incontestable et l'*obiter dictum* du Tribunal Suprême, dans son arrêt du 16 juin 1951 (*Aranzadi* 1542, cité par le *Contre-Mémoire*, n° 31 p. 607 : « En procédure administrative, il est de règle générale que le recours hiérarchique est ouvert contre les décisions des autorités et organismes *subordonnés*, dès lors que les lois ne l'interdisent pas »).

En effet, l'I.E.M.E. n'est pas un organisme subordonné, et pour cette même raison les exemples de recours administratifs *de agravios* (en matière de personnel) accueillis à propos du *Patronato Nacional Antituberculoso*, cité au *Contre-Mémoire* (n° 31, p. 607), portent complètement à faux. Bien au contraire lorsqu'il s'agissait d'organismes autonomes, le Conseil des Ministres statua sur des *recursos de agravios* (prévus par la loi du 18 mars 1948) en matière de personnel, seuls recours existant avant la loi du 27 décembre 1956 sur les recours contentieux-administratifs. Il a, à plusieurs reprises, rejeté comme irrecevables des recours hiérarchiques introduits à propos d'organismes autonomes, dépendant du Ministère de la Justice, mais pour lesquels aucun texte ne prévoyait le recours hiérarchique à ce Ministère (Décision du 18 février 1952, publiée au *Boletín Oficial* du 4 mars 1952; décision du 13 janvier 1953, *ibidem*, 9 février 1953 et décision du 23 mars 1953, *ibidem*, 14 juin 1953).

Pour la détermination des organismes pour lesquels, pour cette raison, le recours hiérarchique ne se concevait pas, il y a lieu de consulter l'article du professeur Guaita Martorell (*Administración Institucional y recurso contencioso-administrativo*, *Revista de Administración Pública*, n° 11, pp. 45 et ss., et plus particulièrement p. 61).

La doctrine, comme la jurisprudence, est tout-à-fait certaine. (Voir l'article du professeur Boquera Oliver, *Recurso contra decisiones de entidades institucionales*, *Revista de Administración Pública*, n° 18, pp. 127 à 135, et l'article du professeur Serrano Guirado, *El recurso contencioso-administrativo y el requisito de que la resolución cause estado*, *Revista de Administración Pública*, n° 10, d'avril 1953, p. 150 et ss.).

(Il n'y a pas lieu de s'étonner que le recours hiérarchique (*recurso de alzada*) soit traité dans certains articles de doctrine dont le titre fait référence aux recours contentieux-administratifs, puisque dans certains cas le recours hiérarchique est le préalable obligé du recours contentieux-administratif.)

Selon certains, depuis la loi du 26 décembre 1958 sur les organismes étatiques autonomes, la règle serait actuellement l'inverse de ce qu'elle était précédemment : le recours hiérarchique serait de droit, s'il n'est pas exclu par un texte formel.

Telle n'est cependant pas l'opinion de Aurelio Guaita, dans son article : *Organismos Autónomos y recurso de alzada* in *Documentación Administrativa*, 104, Madrid, août 1966, pp. 11 à 38, qui conclut formellement que, comme c'était le cas avant la loi du 26 décembre 1958, le recours hiérarchique n'est possible — et dès lors obligatoire comme préalable du recours contentieux-administratif — que si le statut et les textes réglementaires de l'entité autonome le prévoient expressément (*op. cit.*, p. 38).

(865) Au vrai, ces arguments ne sont que des hors-d'œuvres, l'essentiel étant constitué par une argumentation *positive*, ou en tout cas qualifiée telle (C.M., IV, n° 30, p. 606), selon laquelle il existe un lien de subordination entre le Ministre et l'I.E.M.E.

Aucune des considérations que fait valoir la Partie adverse n'est démonstrative. Qu'il existe un certain lien administratif entre l'Etat et l'I.E.M.E., c'est incontestable et n'a jamais été contesté; que notamment le Ministre ait compétence en matière de devises (par exemple pour édicter une réglementation) ou encore qu'il ait compétence pour nommer certains fonctionnaires importants, est tout aussi incontestable et incontesté. Mais il reste à établir que l'I.E.M.E., entité de droit public, dotée de la personnalité juridique, et régie par la loi du 25 août 1939 et par ses statuts (qui ni ceux-ci ni celle-là ne prévoient de recours hiérarchique) était un organisme subordonné (au sens où l'entend l'arrêt du 16 juin 1951 de la Cour Suprême, cité par le Gouvernement espagnol (C.M., n° 31, p. 607)) et non un organisme autarchique (1).

(866) Mais pour employer une formule qu'affectionne le Gouvernement espagnol, le *thema decidendi* n'est pas là.

Il y a lieu de déterminer si le recours hiérarchique, à supposer même qu'il existât théoriquement, devait apparaître à un plaideur normal comme vraisemblablement adéquat et efficace.

Or, on peut relever, pour expliquer l'attitude de la Barcelona Traction :

- 1°) que ce recours n'était nullement prévu par les *textes* applicables indiqués par le Gouvernement espagnol lui-même comme régissant la matière (A.C.M., n° 1, vol. IX, pp. 387 et ss.).
- 2°) que le recours contentieux administratif dont, dans la thèse du Gouvernement espagnol, le recours hiérarchique est un préliminaire obligatoire, a été suspendu par la loi du 27 août 1938 et n'a été rétabli que par la loi du 18 mars 1944 (C.M., n° 31, p. 606), soit moins de deux ans avant les décisions de l'I.E.M.E. incriminées.
- 3°) que la première décision de justice dans laquelle le recours d'appel a été admis et que la partie adverse soit en mesure de citer date du 10 juin 1948 (C.M., n° 31, p. 607), c'est-à-dire près d'un an après les décisions incriminées, et ne concerne d'ailleurs pas l'I.E.M.E. ou des organismes autonomes, mais des organes directeurs d'administration.

On peut en conclure qu'un plaideur normal ne pouvait estimer devoir prendre un recours qui n'était prévu par aucun texte et qui n'aurait trouvé aucun appui dans la jurisprudence.

(1) Quant au point de savoir si l'I.E.M.E. était un organisme autonome, le Gouvernement belge, pour ne pas alourdir l'exposé, consacre à cette question une note spéciale (A.R., n° 119) dans laquelle il démontrera sur la base de la législation existante, tant à l'époque des faits que dans la suite, de la doctrine et de la jurisprudence, que l'I.E.M.E. était un organisme autonome pour lequel n'étaient pas prévus de recours hiérarchiques et qu'était de même irrecevable, jusqu'à la loi du 27 décembre 1956, applicable à partir du 27 juin 1957, un recours contentieux-administratif.

On peut ajouter que la Barcelona Traction (ou les sociétés filiales intéressées) devaient normalement considérer qu'aucun recours ne leur était ouvert, l'I.E.M.E. (ou le Ministre) n'ayant point dans leurs décisions, indiqué quels étaient les recours possibles, ce en contradiction avec l'article 2, II, de la loi de base de procédure administrative du 19 octobre 1889, et avec l'article 19 du Règlement du 14 juin 1935, que le Gouvernement espagnol prétend applicables au litige (1).

Enfin, comment peut-on imaginer qu'un plaideur normal eût considéré comme vraisemblablement adéquat et efficace un recours au Ministre contre une décision prise par le Conseil d'administration de l'I.E.M.E. siégeant sous la présidence du Ministre ou de son délégué ; alors qu'en outre le Ministre avait lui-même participé directement aux négociations et signifié par écrit aux intéressés sa décision personnelle négative, à laquelle il avait préalablement donné une publicité tapageuse par un discours tout empreint de malveillance, s'il est permis d'employer cet euphémisme !

(1) Cette omission est hautement significative :

- elle démontre d'une part que l'I.E.M.E. considérait elle-même qu'aucun recours hiérarchique n'était concevable ;
- elle rend inopérant le grief dirigé contre la Barcelona Traction, car cette exigence est une condition *sine qua non* pour qu'on puisse opposer à l'administré sa carence à recourir.

Sous-section 2

Recours contentieux-administratif

(867) Après le recours *hiérarchique* reste à traiter le recours *contentieux-administratif*.

Fidèle à la méthode qu'il a suivie jusqu'ici dans sa réfutation de l'argumentation du Gouvernement espagnol, le Gouvernement belge se référera aux *Observations et Conclusions* et aux plaidoiries de ses conseils.

On n'examinera donc que les arguments additionnels ou ceux qui, précédemment esquissés, ont été développés dans le *Contre-Mémoire*. Sous réserve de polémiques sur des points mineurs, et qui ne présentent qu'un intérêt historique (comme la question de savoir si le Gouvernement belge a tenté, ce qu'il conteste, d'étendre le grief de déni de justice aux refus de devises de 1940 à 1945), l'argumentation du Gouvernement espagnol se réduit à deux points :

- a) La Barcelona Traction (ou les sociétés intéressées) pouvait soumettre à la juridiction compétente la question de savoir si le refus opposé à la troisième version du plan d'arrangement (qui ne comportait plus le transfert hors d'Espagne de devises étrangères), l'avait été compétemment.
- b) La Barcelona Traction (ou les sociétés intéressées) pouvait introduire un recours, même si l'I.E.M.E. avait agi dans le cadre de sa compétence discrétionnaire, en invoquant le détournement de pouvoir ou tous autres moyens venant suppléer ou relayer le moyen classique de détournement, tels « les techniques de contrôle des faits déterminants, les concepts juridiques indéterminés et le recours aux principes généraux du droit, en faisant ressortir ceux qui condamnent les décisions contraires au bon sens, l'injustice manifeste, la mauvaise foi, etc. » (C.M., IV, p. 611, note 1 *in fine*).

L'arrêt du 2 octobre 1931 (*Aranzadi*, n° 3520), cité par le Gouvernement espagnol (C.M., n° 33, p. 611), et dont il isole un passage, n'a nullement la portée générale qu'il lui attribue, en ce qui concerne l'admission du détournement de pouvoir, même avant la loi du 27 décembre 1956 sur le recours contentieux-administratif.

Dans cet arrêt, qui censurait une infraction manifeste de l'art. 10 de la Constitution de 1876, le Tribunal Suprême a dénié à l'Administration un pouvoir que celle-ci s'était arrogé en vertu d'un Décret de 1926 (datant donc de la dictature de Primo de Rivera) et que la Cour a déclaré inconstitutionnel. Il n'était donc pas question de la censure du détournement de pouvoir, mais de l'annulation pour inconstitutionnalité d'un texte réglementaire, ce qui est tout autre chose.

(868) a) En ce qui concerne l'argument selon lequel la Barcelona Traction (ou les sociétés intéressées) aurait pu soumettre à la juridiction qualifiée la question de savoir si l'I.E.M.E. avait compétence pour statuer sur les demandes d'autorisation, tout le

soutènement du Gouvernement espagnol porte à faux, car ni la Barcelona Traction, ni l'Ebro, ni le Gouvernement belge n'ont jamais prétendu que l'I.E.M.E. n'avait pas compétence pour prendre décision, même à l'égard de la troisième version du plan d'arrangement.

Le Gouvernement espagnol (*C.M.*, IV, n° 32, p. 609, 4^e alinéa) accole deux membres de phrases extraits des paragraphes 56 et 57 du *Mémoire* en vue de faire croire que, dans l'esprit des dirigeants de la Barcelona Traction, cette troisième modalité de financement du plan d'arrangement ne nécessitait aucune autorisation de l'I.E.M.E. C'est tout à fait inexact. Le *Mémoire* (I, n° 56, p. 31) expliquait, il est vrai, que cette modalité de financement « paraissait ne plus pouvoir se heurter à aucune opposition quelconque de la part de l'Institut du change puisqu'elle ne demandait plus à l'Espagne aucune devise ».

Mais l'exécution du plan exigeait le remboursement en Espagne des obligations en pesetas de la Barcelona Traction au moyen des fonds que l'Ebro possédait. Or, cette opération nécessitait une autorisation de l'I.E.M.E.

Le Gouvernement espagnol prétend démontrer sa thèse en se référant à la lettre que MM. Ventosa et Garnica adressaient au Ministre le 21 octobre 1946, après l'entrevue qu'ils avaient eue avec lui pour lui exposer cette troisième modalité de financement. Pour tenter d'établir son point de vue, le Gouvernement espagnol extrait de cette lettre le passage suivant : « que l'opération projetée dans sa forme actuelle... n'affecte en rien l'Etat espagnol ni l'Instituto Español de Moneda Extranjera » (*C.M.*, n° 32, p. 610).

Effectivement, selon cette modalité, l'opération n'affectait en rien l'Etat espagnol ni l'I.E.M.E., mais MM. Ventosa et Garnica savaient parfaitement que pour exécuter le plan, l'I.E.M.E. devait autoriser le remboursement en Espagne des obligations en pesetas de la Barcelona Traction, et c'est précisément en vue d'obtenir cette autorisation qu'ils avaient effectué leur démarche auprès du Ministre. Il suffit de se référer à la lettre que M. Ventosa écrivait le 26 octobre 1946 au Ministre (*A.C.M.*, n° 5, doc. 23, vol. VI, p. 315) pour s'en convaincre.

(869) En tout état de cause, en ce qui concerne la troisième version du plan d'arrangement, ni la Barcelona Traction ni les sociétés intéressées, ni le Gouvernement belge (ce qui est d'ailleurs sans grande pertinence, puisque les premières interventions du Gouvernement belge se situent longtemps après les refus d'autorisation), n'ont jamais soutenu que l'I.E.M.E. n'était pas compétent pour statuer sur les autorisations sollicitées, mais qu'il n'y avait aucune raison pour qu'il les refusât, ce qui est tout autre chose!

En ce qui concerne la Barcelona Traction, sa correspondance avec l'I.E.M.E. et avec le Ministre (notamment la lettre du 7 décembre 1946, reproduite au volume VI des annexes au *Contre-Mémoire*, p. 334), montre à suffisance qu'elle n'a pas un seul instant estimé que l'I.E.M.E. n'était pas compétent pour autoriser l'Ebro à lui payer à elle, en Espagne, en pesetas et en contrepartie d'un montant correspondant de coupons d'intérêts arriérés sur les *General Mortgage Bonds dont elle était propriétaire*, une somme de 64.000.000 de pesetas.

La même observation vaut pour l'Ebro, dont la lettre du 28 septembre 1946 à l'I.E.M.E. (A.C.M., n° 5, doc. 14, vol. VI, p. 302) est particulièrement démonstrative à cet égard.

Enfin, en ce qui concerne le Gouvernement belge, la seule lecture des paragraphes 56, 57 et 58 du *Mémoire* et de la Section VIII du Chapitre II de la 2^e Partie de la présente *Réplique* fait apparaître qu'il reproche au Gouvernement espagnol l'attitude discriminatoire et injustifiée de ses organes, mais non que ceux-ci n'aient point agi compétemment.

(870) On ajoutera en dernier lieu que le Gouvernement espagnol lui-même n'a jamais considéré que la compétence de l'I.E.M.E. en ce qui concerne les modalités de financement du plan d'arrangement, quelle que fût la formule envisagée, pût faire problème. Toute la démonstration présentée par le Gouvernement espagnol, en ce qui concerne « le caractère légitime des décisions prises par les autorités administratives espagnoles » (C.M., IV, pp. 466 à 472) porte également sur le plan d'arrangement (sans distinction entre les diverses versions), et le Gouvernement espagnol, en incluant parmi les opérations à propos desquelles il argumente ledit plan d'arrangement, proclame :

« Or, en vertu des dispositions internes en vigueur, — non pas seulement en Espagne mais dans la majorité des pays —, de telles opérations sont soumises à une autorisation préalable. C'est pourquoi une telle autorisation a été demandée aux autorités espagnoles » (C.M., n° 7, p. 466).

Dès lors on en vient à se demander jusqu'où le Gouvernement espagnol veut aller dans une interprétation purement formaliste de la règle de l'épuisement des voies de recours internes, car il n'hésite pas à soutenir que l'on peut reprocher à un plaideur normal de ne pas avoir intenté tous les recours imaginables, jusques et y compris ceux que lui-même considère comme inadéquats (puisque devant être dirigés contre des actes qu'il décrit comme accomplis par l'autorité compétente).

Pareille conception ne trouve appui ni dans la doctrine ni dans la jurisprudence et certes pas dans l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire *Panevezys-Saldutiskis*, cité par le Gouvernement espagnol et dans laquelle l'Etat défendeur soutenait que l'interprétation donnée par l'Etat demandeur d'une disposition légale était contestable et aurait dû être soumise aux juridictions de l'Etat défendeur.

(871) b) Après avoir soutenu que la Barcelona Traction (ou les sociétés annexes) aurait pu soumettre à la juridiction administrative la question de savoir si l'I.E.M.E. ou le Ministre avait agi dans les limites de leur compétence, le Gouvernement espagnol prétend démontrer (C.M., pp. 610 à 612) que la Barcelona Traction (ou les sociétés intéressées) disposait en tout état de cause d'un recours au fond, et il indique (C.M., p. 611, note 1) sur quels moyens les intéressés auraient pu fonder un recours.

Cette thèse s'appuie sur deux arguments :

- 1) Même si l'on se trouve dans un cas de compétence discrétionnaire il peut y avoir sous certains aspects compétence liée et dès lors le recours est possible.
- 2) Même en cas de compétence discrétionnaire, un certain contrôle des juridictions est possible, par exemple si le recours est fondé sur le détournement de pouvoirs ou sur d'autres moyens de ce type

1) Le Gouvernement belge maintient que dans le cadre des textes que le Gouvernement espagnol indique lui-même comme pertinents, (c'est-à-dire la loi du 22 juin 1894, remise en vigueur par la loi du 18 mars 1944, et qui demeura en vigueur jusqu'à la loi du 27 décembre 1956, applicable à partir du 27 juin 1957) la compétence exercée par l'I.E.M.E., lorsqu'il refusait les autorisations sollicitées en vue de permettre la réalisation du plan d'arrangement était discrétionnaire puisqu'elle n'était point réglée, en ce sens que dans l'exercice de cette compétence l'I.E.M.E. ne devait pas « soumettre (*acomodar*) ses actes aux dispositions d'une loi, d'un règlement ou d'une autre disposition administrative » (article 2, second alinéa de la loi du 22 juin 1894).

Or, le Gouvernement espagnol serait bien en peine d'indiquer quel texte (loi, règlement ou disposition administrative quelconque) venait limiter en quoi que ce fût les pouvoirs de l'I.E.M.E. de statuer comme il l'entendait sur les demandes d'autorisation à lui présentées.

Cela ne signifie pas que toutes les décisions du Ministre ou de l'I.E.M.E. en matière de devises relèvent de leur compétence discrétionnaire. Il faut dans chaque cas examiner s'il n'y a pas de limitation de cette compétence par un texte, le Ministre devant, par exemple, respecter les règlements et circulaires qu'il arrête. A cet égard, les arrêts cités par la partie adverse et particulièrement l'arrêt du 24 octobre 1957 (C.M., n° 33, p. 610) (arrêt d'ailleurs de loin postérieur aux faits de la cause et rendu sous l'empire d'une loi inapplicable en 1946), ne fait que rappeler le principe bien connu de droit administratif : « *Patere legem quam ipse fecisti* », auquel se réfère la notion d'auto-limitation dont question dans l'arrêt du 24 octobre 1957. Mais, en l'occurrence, il n'y a pas eu de limitation ni d'auto-limitation de compétence et c'est évidemment fondamental.

Il serait dès lors vain d'examiner plus avant s'il n'y avait pas, pour les décisions considérées, compétence réglée en ce qui concerne la forme ou la procédure à suivre, et compétence discrétionnaire en ce qui concerne le fond (1), puisqu'aussi bien il n'est pas soutenu de part adverse que la Barcelona Traction (ou les sociétés intéressées) aurait pu se plaindre d'une quelconque violation des formes ou d'une quelconque méconnaissance de la procédure, à propos des décisions incriminées de l'I.E.M.E.

2) Mais, soutient en outre le Gouvernement espagnol, si la Barcelona Traction (ou les sociétés annexes) a fait l'objet d'un traitement discriminatoire et arbitraire, les intéressés auraient en tout état de cause pu agir en nullité en se fondant sur le détournement de pouvoir ou sur les autres moyens indiqués par le Gouvernement espagnol. Pour sa part, le Gouvernement belge maintient que, dans le cadre de la loi du 22 juin 1894, aucun recours fondé sur de pareils moyens n'eût été recevable.

A supposer que pareil recours fut théoriquement concevable dans le cadre de la loi (et sous réserve du point de savoir s'il pouvait apparaître à un plaideur normal comme vraisemblablement adéquat et efficace, question qui sera examinée ci-dessous), encore

(1) Pour une application intéressante quant à cette distinction voir l'arrêt du 19 mars 1964 de la Cour de Justice des Communautés Européennes en cause *Raponi c/ Commission de la C.E.E.* (*Recueil*, X, p. 247). Il s'agissait, en l'espèce, de l'application de l'article 45 du Statut des fonctionnaires des Communautés Européennes (*Journal Officiel des Communautés*, 14 juin 1962, p. 1398/62). Ce texte prévoit que l'autorité investie du pouvoir de nomination procède aux promotions au grand choix — et qu'elle a donc compétence discrétionnaire — mais après respect préalable de certaines formalités, et, sur ce point, il y a compétence liée.

Le recours contentieux-administratif eût-il été irrecevable dans le cas de l'espèce parce que venait à manquer la troisième des conditions fondamentales de recevabilité imposées à l'époque et qui sont :

1) que l'acte administratif ait causé un dommage (art. 1, 1^o, de la loi);

2) que l'acte émane de l'administration dans l'exercice de ses compétences régies (art. 1, 2^o);

3) qu'il lèse un droit de caractère administratif établi antérieurement en faveur des requérants par une loi, un règlement ou une autre disposition administrative (art. 1, 3^o, de la loi), compte tenu qu'il faut entendre qu'il y a un droit établi en faveur du requérant lorsque la disposition qu'il prétend être enfreinte lui reconnaît ce droit individuellement, ou le reconnaît à des personnes qui se trouvent dans la même situation que celle dans laquelle il est (art. 2, alinéa 3 de la loi);

4) qu'on ne se trouve pas dans les conditions visées à l'article 4 de la loi qui exclut de la compétence des tribunaux du contentieux administratif : 1^o les questions qui par la nature des actes dont ils procèdent, ou de la matière à laquelle ils se rapportent, ont trait à la puissance discrétionnaire;

5) que le recours ait été introduit dans les délais.

Or, ni la Barcelona Traction ni les sociétés intéressées n'avaient de droit administratif établi antérieurement en leur faveur par une loi, un règlement ou une autre disposition administrative, à obtenir les autorisations sollicitées et elles ne pouvaient d'ailleurs prétendre que quiconque se trouvant dans la même situation qu'elles ait eu un droit de ce genre.

(872) En tout état de cause, et à supposer même qu'il fût théoriquement recevable, le recours contentieux-administratif ne pouvait apparaître à un plaideur normal comme vraisemblablement adéquat et efficace, non seulement pour les raisons indiquées en ce qui concerne le recours hiérarchique et qui valent *mutatis mutandis* pour le recours contentieux-administratif, mais en outre parce que :

1) en 1946, la Barcelona Traction et les sociétés intéressées ne disposaient pas d'éléments de preuve pour démontrer que les refus opposés à leurs demandes d'autorisation étaient « arbitraires et constituaient un abus de pouvoir ».

Les éléments qui auraient pu permettre de le démontrer, ne sont apparus en pleine lumière qu'ultérieurement, et s'ils ont pu permettre de formuler un grief de déni de justice au moment du dépôt de la première *Requête* devant la Cour, il n'en était pas de même à l'époque des faits.

2) dans l'ignorance, ou même en l'absence de ces éléments, un plaideur normal n'aurait pu sérieusement songer à l'époque à interner un recours sur base de détournement

de pouvoir (ou sur base des moyens analogues indiqués par le Gouvernement espagnol), alors qu'il s'agit précisément de recours où la preuve est quasi impossible, ce qui explique d'ailleurs son déclin (1).

(1) En ce qui concerne la jurisprudence administrative française, Auby et Drago (*Traité de Contentieux Administratif*, t. III, p. 87, n° 1198, note 3), signalent :

« D'après les arrêts publiés au Recueil Lebon, on compte, entre 1950 et 1960, en moyenne deux annulations annuelles pour détournement de pouvoir ».

Sur le déclin du détournement de pouvoir, voir Fournier et Braibant, in *Actualité Juridique*, édition *Droit Administratif*, 1957, I, 89.

Dans la jurisprudence administrative belge, sur 12.300 arrêts rendus par le Conseil d'Etat (au 25 avril 1967), le moyen tiré du détournement de pouvoir n'a été accueilli que cinq fois (Arrêts n° 985, 1632, 2574, 3748, 8712). Ils concernent tous des nominations illégales de secrétaires communaux par les Conseils communaux.

En ce qui concerne la jurisprudence administrative espagnole, d'après les informations dont dispose le Gouvernement belge, le Tribunal Suprême n'a admis pareil recours contre l'Etat que dans un nombre infime de cas.

CHAPITRE II

L'EXCEPTION TIRÉE DU PRÉTENDU DÉFAUT DE QUALITÉ
DU GOUVERNEMENT BELGE POUR AGIR

SECTION I

LA QUALITÉ DU GOUVERNEMENT BELGE POUR AGIR

Sous-section 1

*Le fondement du droit de la Belgique*a) *Position du problème.*1° *La véritable demande belge*

(873) La première tâche à laquelle se consacrera le Gouvernement belge, en abordant la question du *jus standi*, sera de rappeler, une nouvelle fois, en quels termes le problème se pose. Force est de constater, en effet, que le Gouvernement espagnol persiste dans l'attitude qu'il avait choisi d'adopter pendant toute la première phase de la procédure, et qui l'a conduit à proclamer, au mépris de l'évidence, que la demande belge n'est pas ce qu'elle est : une action en protection des actionnaires belges de la Barcelona Traction, mais que la Belgique prétendrait, en réalité, exercer sa protection au profit de cette société canadienne elle-même. Le Gouvernement espagnol attache tant d'importance à cette affirmation qu'il y consacre une section (la première) sur les trois que comporte le chapitre VI du *Contre-Mémoire* (1).

L'argumentation invoquée à l'appui d'une affirmation aussi contraire aux termes de la demande belge est simple (2) : les actionnaires de la Barcelona Traction n'auraient aucun grief à faire valoir, parce qu'ils n'auraient subi aucun préjudice susceptible de fonder une action en réparation ; au surplus, la réparation demandée par le Gouvernement belge concernerait le préjudice subi par la société et non celui qu'auraient souffert les actionnaires, parce que, en ordre principal, c'est la *restitutio in integrum* qui est demandée.

(1) On verra dans la section II du présent chapitre que le Gouvernement espagnol a consacré également plus de la moitié de la 2^e section du même chapitre VI à tenter de démontrer que, si la demande belge ne tend pas à protéger la Barcelona Traction, elle *devrait* être une action en protection, non des actionnaires belges de cette société, mais bien des « épargnants belges » individuels, intéressés directement ou indirectement dans le capital de la Sidro et de la Sofina. C'est également en considération de cette seconde tentative (dont on montrera, le moment venu, le caractère artificiel), que le Gouvernement belge se doit de rétablir en ses véritables termes la question posée à la Cour.

(2) *Contre-Mémoire*, IV, pp. 642 à 652.

A propos de ce dernier point, on se bornera à rappeler que les modalités de la réparation demandée ne concernent pas le fondement du droit à réparation lui-même. Leur seul objet est de permettre d'effacer aussi complètement que possible les conséquences d'un acte dommageable. La remise des choses en l'état, c'est-à-dire la *restitutio in integrum*, constitue, dans tous les cas où elle est possible, le moyen le plus parfait. C'est la raison pour laquelle le Gouvernement belge se devait de demander que les actionnaires belges fussent replacés dans la situation où ils se trouvaient avant la déclaration de faillite de la Barcelona Traction. Le fait que le rétablissement du *statu quo ante* puisse entraîner aussi des avantages de fait au profit de tiers — ce qui est nécessairement le cas s'il y a remise en l'état des droits d'actionnaires majoritaires — est absolument irrelevant et la Belgique n'avait pas à s'en préoccuper. Si la *restitutio in integrum* est impossible, il y a lieu à réparation par équivalence. Il est clair qu'en ce cas le préjudice subi par les seules personnes dont l'Etat assure la protection — c'est-à-dire ses ressortissants — constitue la mesure de l'indemnité à attribuer. C'est pourquoi le Gouvernement belge, qualifiant exactement sa demande, se borne à réclamer une indemnité calculée sur la base de la valeur nette du patrimoine de la Barcelona Traction, compte tenu de la part du capital-actions de cette Société détenue par des ressortissants belges. Sa position en ce qui concerne la réparation, est d'ailleurs clairement exposée dans la quatrième partie de la présente *Réplique* et ne laisse place à aucune ambiguïté.

(874) Quant au point de savoir si les actionnaires belges n'ont subi aucun préjudice susceptible de mettre en cause la responsabilité de l'Etat espagnol sur le plan international, c'est toute la question qui fait l'objet de la présente instance. Le Gouvernement espagnol est sans aucun doute libre d'affirmer qu'un dommage de cette nature n'a pas été causé aux actionnaires belges de la Barcelona Traction et de tenter d'en apporter la difficile démonstration. Mais il n'a certainement pas le droit de recourir à la singulière méthode grâce à laquelle il espère écarter la demande belge, et qui consiste à tenir pour établies ses propres conclusions — à savoir que les actionnaires de la Barcelona Traction n'ont droit à aucune réparation —, à en déduire que le Gouvernement belge ne peut dès lors pas intervenir en leur faveur, et qu'il agit donc, nécessairement, pour le compte de la société elle-même. Méthode singulière, d'abord parce qu'elle repose sur une pétition de principe, mais aussi parce qu'elle tend à écarter, d'entrée de jeu, ce qui fait l'objet même de la question dont la Cour est saisie. Le Gouvernement espagnol est d'autant plus mal venu à chercher ainsi à interdire à la Cour d'exercer sa fonction dans la présente affaire, que celle-ci s'est déjà prononcée sur ce point et a fait justice de cette tentative.

Dans son arrêt du 24 juillet 1964, la Cour a estimé, en effet, que « l'essentiel du véritable problème à trancher en l'espèce » consiste à se « demander si le droit international reconnaît aux actionnaires d'une société, en cas de préjudice causé à cette société par un gouvernement étranger, un droit ou un intérêt distincts et indépendants et, s'il en est ainsi, dans quelle mesure et dans quelles circonstances », et à examiner « si de telles circonstances, à supposer qu'elles puissent exister, sont réunies dans l'affaire actuelle » (1).

La Cour ne pouvait pas inviter avec plus de netteté les parties à se tourner vers le « véritable problème à trancher en l'espèce », celui des droits des actionnaires belges

(1) Rec. pp. 45 et 44.

pour la protection desquels la Belgique a engagé la présente instance. Il ne sera donc pas nécessaire de discuter davantage l'argumentation espagnole, qui occupe bien inutilement quatorze pages du *Contre-Mémoire* (IV, pp. 639 à 652) pour démontrer qu'on ne devrait pas le faire.

(875) Pour la même raison, le Gouvernement belge ne croit pas devoir commenter autrement les efforts que la Partie adverse déploie en vue de tenter de convaincre qu'elle ne saurait aborder la question de la protection des actionnaires belges « qu'à condition de cumuler hypothèse sur hypothèse » (*sic*, *Contre-Mémoire*, p. 712), efforts qui exigent encore de longs développements.

En revanche, le Gouvernement belge se doit de protester contre la présentation donnée à sa propre thèse dans le *Contre-Mémoire*. Cette présentation tend à accréditer l'idée que la Belgique, incertaine de son droit, aurait constamment varié dans ses positions, dont elle aurait donné toute une série d'« éditions » successives. Elle conduit surtout à donner une vue complètement faussée d'une prétendue « dernière édition de la thèse belge », adroitement formulée de façon à en permettre la réfutation (1).

(876) La tentative du Gouvernement espagnol est considérablement facilitée par la longueur et le volume de la procédure dans la présente affaire, longueur et volume auxquels le Gouvernement espagnol a tout spécialement contribué, ainsi que par la complication qu'il a lui-même introduite dans l'examen de questions juridiques assez simples en elles-mêmes. Il est aisé, dans ces circonstances, de rapprocher diverses déclarations, souvent séparées par plusieurs années, intervenant dans des contextes différents, concernant tantôt un aspect, tantôt un autre de l'argumentation belge, et de les présenter comme autant de variations dans cette argumentation, alors qu'elles en constituent des éléments complémentaires.

Au surplus, on ne saurait s'étonner, et encore moins s'indigner, que les échanges d'arguments qui ont eu lieu depuis près de cinq ans aient permis aux deux parties d'approfondir et d'affiner leurs thèses, de les structurer avec plus de netteté, voire, sur certains points, de tenir compte de ce qui pouvait paraître valable dans les positions de la Partie adverse. L'objet de cette mise au point progressive doit être, en effet, de faciliter la tâche de la Cour et non de la rendre inextricable.

Le Gouvernement belge ne voit pas l'intérêt d'efforts critiques de ce genre. Il lui serait facile de montrer, lui aussi, les nombreuses variations, voire les contradictions, des thèses espagnoles. Dans les cas les plus frappants et les moins excusables, il se devra même de les relever en passant, mais il n'est pas disposé, pour sa part, à donner à cet argument plus d'importance qu'il n'en mérite.

(877) Pour autant, le Gouvernement belge ne peut accepter de se laisser attribuer des thèses qu'il ne soutient pas. En particulier, il n'a jamais avancé, comme on le lui fait dire, que la « règle générale serait ... que dans (le) cas de dommage causé à une

(1) *Contre-Mémoire*, p. 713.

société, la qualité pour exercer la protection diplomatique reviendrait toujours à l'Etat national des associés ou des personnes intéressées dans la société » (1).

De même, si le Gouvernement espagnol tenait à présenter une pseudo « dernière édition de la thèse belge », il aurait pu se donner la peine de lire avec plus d'attention le dernier exposé présenté sur ce point au nom de la Belgique, de façon à ne pas le déformer jusqu'à lui faire dire le contraire de ce qu'il contient. Il aurait pu constater que la Belgique n'y soutient en aucune façon « l'existence de rien de moins qu'une « règle générale » prévoyant l'intervention de l'Etat national des actionnaires au titre de la protection de ces derniers, dans toute hypothèse où la société à laquelle ils participent, du moins dans une proportion importante, aurait été victime d'actes internationalement illicites » (2).

Répondant au nom du Gouvernement belge à la question posée par Sir Gerald Fitzmaurice, le regretté professeur Sauser-Hall s'est exprimé avec une netteté parfaite, qui ne laissait place à aucune équivoque. On ne saurait mieux faire que de citer ses propres paroles :

« A ce sujet, a exposé l'éminent juriste, le Gouvernement belge part du principe fondamental que tout Etat, en vertu du droit des gens, a le droit de protéger ceux de ses ressortissants lésés dans leurs biens, droits et intérêts par un acte internationalement illicite d'un Etat étranger, sans qu'aucune discrimination ne puisse être opérée entre ses ressortissants suivant la nature de ces biens, droits ou intérêts, dès l'instant où leur nationalité est établie.

Au nombre de ces biens, droits et intérêts peuvent figurer ceux qui s'attachent à la qualité d'actionnaire d'une société étrangère.

En conséquence, le Gouvernement belge ne voit pas ce qui pourrait lui enlever le droit d'assumer la protection de ses ressortissants qui sont lésés dans les biens, droits et intérêts qu'ils possèdent en tant qu'actionnaires d'une société étrangère qui a été victime d'un acte internationalement illicite ».

« Le Gouvernement belge soutient donc que le droit des gens reconnaît à un Etat le droit de protéger ses ressortissants actionnaires et qu'il ne s'agit pas là d'une règle particulière dérogeant aux principes généraux, mais au contraire d'une application des principes généraux à un cas particulier » (3).

(878) Cette déclaration ne laisse aucun doute sur la distance qui sépare la position de la Belgique de celle que lui prête le Gouvernement espagnol pour les besoins de la cause. Le Gouvernement belge n'invoque aucune « règle », générale ou particulière, autorisant, de façon spécifique, la protection des actionnaires, comme on tient, et pour cause, à le lui faire dire. Il se borne à faire appel aux principes généraux en matière de protection diplomatique et à demander qu'il en soit fait application dans le cas d'espèce.

Ceci apparaît avec plus de clarté encore, si cela est possible, dans les déclarations complémentaires du professeur Sauser-Hall, prenant en considération les diverses hypothèses envisagées dans la question posée au Gouvernement belge :

(1) *Contre-Mémoire*, IV, n° 93, p. 713.

(2) *Ibid.*, n° 94, p. 713.

(3) *Procédure orale*, vol. II, pp. 969 et 970. Les italiques ne figurent pas dans le texte original.

« Deuxièmement, le Gouvernement belge estime en deuxième lieu qu'à supposer — pure hypothèse de notre part — que les conséquences déduites ci-avant des principes généraux n'aient pas trouvé jusqu'ici de confirmation formelle dans la doctrine, dans la jurisprudence, dans la pratique des gouvernements, dans les traités, l'examen du droit international conduit au minimum à la conclusion décrite par sir Gerald Fitzmaurice comme négative et qu'il a libellée comme suit :

« Négativement, — aucune règle de droit international n'interdit au gouvernement de protéger les intérêts de ses ressortissants actionnaires d'une société étrangère; l'Etat demandeur est donc fondé à le faire » (1).

Ici encore, les explications données au nom du Gouvernement belge se suffisent à elles-mêmes et n'exigent aucun commentaire. Ce Gouvernement fait référence, de façon exclusive, aux seuls principes généraux gouvernant la matière de la protection diplomatique, dont il demande qu'il soit fait application dans le cas d'espèce. Il n'invoque aucune « règle générale », qui autoriserait de façon spécifique la protection des actionnaires, mais estime qu'il n'en existe pas non plus qui empêcherait l'application des principes généraux dans cette hypothèse (2).

Le Gouvernement belge exprime l'espoir que cette mise au point suffira à découpler la Partie adverse de se livrer à de nouvelles exégèses, déformant une position établie sans ambiguïté et dont la logique est telle que, tout en s'en défendant, le Gouvernement espagnol a bel et bien été obligé de la prendre lui aussi comme point de départ de sa propre argumentation. Ainsi qu'on le verra, il n'a pu faire autre chose, en effet, que d'imaginer une pseudo « règle » excluant l'application des principes généraux de la protection diplomatique, lorsque ce sont des actionnaires d'une société dont ils n'ont pas la nationalité qui demandent réparation du préjudice qu'ils ont subi dans leurs biens, droits et intérêts du fait des agissements illicites d'un Etat étranger.

2^o. Les règles générales du droit international en matière de protection diplomatique

(879) La convergence qu'on vient de relever ne pouvait être évitée, l'état du droit international en la matière étant trop bien connu et fixé pour faire l'objet de contestations. Le point de départ nécessaire de toute analyse du *ius standi* de la Belgique dans le cas

(1) *Procédure orale*, III, p. 970.

(2) Pour être complet, on rappellera que sir Gerald Fitzmaurice avait envisagé deux autres hypothèses encore, qu'il avait d'ailleurs formulées en première et seconde lignes :

« 1. Il y a dans la présente espèce des circonstances spéciales qui, si elles ne la font pas relever de l'exception éventuellement admise par l'Etat défendeur, suffisent cependant à la faire échapper à la règle ordinaire, à supposer que cette règle soit bien celle que formule l'Etat défendeur — bref, il y a d'autres exceptions à la règle que celles qui sont admises par l'Etat défendeur et la présente espèce relève d'une ou de plusieurs d'entre elles ».

« 2. La question n'est pas régie par une seule règle essentielle de droit international, ou, s'il y en a une, sa teneur est incertaine ou peu claire. Dans ces conditions, la Cour doit énoncer la règle ou éclaircir sa teneur, en tenant compte de considérations d'équité et du bien et de l'intérêt de la communauté internationale; ou subsidiairement elle doit appliquer des considérations de cet ordre à la détermination de la règle ».

A cet égard, le Professeur Sauser Hall avait été tout aussi net. Après avoir exposé dans les termes reproduits au texte, les thèses principales du Gouvernement belge, il avait ajouté que les thèses n^{os} 1 et 2 n'étaient soutenues par le Gouvernement belge qu'à titre tout-à-fait subsidiaire, la thèse n^o 2, ne devant en tout cas pas être interprétée comme signifiant que la Belgique suggérerait à la Cour de se prononcer *ex aequo et bono* (*Procédure orale*, pp. 972 et ss., spécialement p. 975).

de l'espèce est constitué par la règle bien établie selon laquelle l'Etat national d'une personne privée, victime d'un dommage causé par un acte internationalement illicite d'un Etat étranger, a qualité pour intervenir, en exerçant la protection diplomatique au profit de son ressortissant. Cette règle a trop souvent été appliquée par la Cour et par nombre de tribunaux arbitraux pour qu'il soit nécessaire de s'attarder à démontrer sa validité (1). Il est bien entendu, d'ailleurs, que, par une telle intervention, l'Etat n'exerce pas les droits de la personne privée qu'il protège, mais « son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter, en la personne de ses ressortissants, le droit international » (2). Cette formule célèbre, employée par la devancière de la Cour, est justement répétée parce qu'elle définit, avec une clarté parfaite, la nature juridique de la protection diplomatique. La présente Cour l'a d'ailleurs faite sienne dans l'affaire *Nottebohm* (3). Comme on le verra, elle est particulièrement importante dans l'affaire actuelle.

Bien qu'il ait multiplié les allusions aux dangers qui peuvent résulter du fonctionnement de cette institution et manifesté de mille manières qu'il n'aime pas la protection diplomatique, le Gouvernement espagnol n'a pas osé aller jusqu'à dire que le droit international ne la consacre pas. Tout au contraire, il a paru se rallier à une conception qui, au moins initialement, apparaît comme fort orthodoxe (4). Il n'a même pas hésité à citer, lui aussi, la formule que nous venons de reproduire, en des termes qui semblent bien montrer qu'il y voit également l'expression du droit positif (5). Les parties se trouveraient donc en parfait accord à cet égard. Malheureusement le Gouvernement espagnol ne voit là qu'un point de départ, à partir duquel il multipliera les gloses, les exceptions et les réserves.

(880) La règle générale autorisant la protection diplomatique des nationaux s'applique d'abord, bien entendu, lorsque les personnes privées victimes d'un dommage imputable à un Etat étranger sont de simples particuliers, des personnes physiques. A n'en pas douter, c'est en considération du lien existant entre le citoyen et son Etat national que la règle s'est initialement formée (6). Aujourd'hui encore, elle continue à s'expliquer fondamentalement par cette situation, comme le souligne bien la formule de la Cour rappelée au numéro précédent.

Néanmoins, très tôt, la protection diplomatique s'est étendue également aux personnes morales et, notamment, aux sociétés commerciales (7). Cette extension semble s'être réalisée tout naturellement à partir du moment où des sociétés, dotées de la personnalité morale, constituées sur le territoire d'un Etat et y conservant leur siège social, se sont engagées, de plus en plus fréquemment, dans des activités suivies sur le territoire d'un autre Etat. On a pris l'habitude, dès lors, de leur reconnaître une nationalité, par analogie avec les personnes physiques, ce qui conduisait, par une pente logique, à leur

(1) V. par ex. P. Guggenheim, *Traité de Droit international public*, Genève, 1953 Tome I, pp. 310 et s. et les références; P. Reuter, *Droit international public*, Paris 1963, pp. 137 et s. et la bibliographie, p. 165.

(2) *C.P.J.I.*, série A, n° 2, p. 12; série A/B, n° 20-21, p. 17 et n° 76, p. 16.

(3) *Rec.*, 1955, p. 24.

(4) V. notamment, *Exceptions préliminaires*, I, pp. 184 et 185.

(5) *Ibid.*, p. 185.

(6) Borchard, *The diplomatic protection of citizens abroad*, New York 1927, pp. 25 et s.

(7) Borchard, *Rapport à l'Institut de Droit international*, Annuaire 1931, I, pp. 293 et s.

rendre applicables les règles relatives à la protection diplomatique. Une telle innovation, très certainement inévitable, n'en modifiait pas moins, de façon substantielle, le fonctionnement de l'institution. Il ne semble pas, cependant, que toutes les difficultés qui pouvaient en résulter aient été aperçues ou même soupçonnées au moment où cette extension a été admise dans la pratique. En fait, ces difficultés ne sont apparues que progressivement, au fur et à mesure du développement des sociétés commerciales dont l'activité s'étendait sur le territoire d'Etats étrangers et dont les capitaux provenaient de sources nationales multiples.

Quoi qu'il en soit de ces problèmes, l'extension de la protection diplomatique aux sociétés commerciales (et aux personnes morales en général) constitue un fait acquis, confirmé par de très nombreuses décisions arbitrales et judiciaires (1). Il ne saurait certainement être contesté aujourd'hui, et le Gouvernement belge prend acte de ce que l'Espagne l'a elle-même reconnu sans ambiguïté — ce qui élargit notablement l'étendue du terrain sur lequel il y a accord entre les Parties (2).

(881) Ainsi qu'il l'a déjà souligné, le Gouvernement belge, pour sa part, n'invoque, afin de justifier de sa qualité, aucune autre règle de droit que celles dont la validité et la portée viennent d'être rappelées. Il est intervenu dans la présente affaire dans le seul but d'assurer la protection diplomatique de ses ressortissants, personnes physiques et personnes morales, victimes d'un grave préjudice dans les droits et intérêts qu'elles possèdent dans la *Barcelona Traction*, du fait d'actes internationalement illicites, imputables au Gouvernement espagnol.

Ce faisant, la Belgique ne se dissimule pas que l'application de ces règles de droit commun pose certains problèmes particuliers, dans le cas d'espèce, du fait que les ressortissants belges, personnes physiques et personnes morales, dont elle assure la protection, ont supporté le dommage dont il est demandé réparation en leur qualité d'actionnaires d'une société de nationalité différente.

Cette circonstance, qui s'est présentée à maintes reprises dans l'histoire de l'arbitrage, a parfois donné lieu à des confusions, qui tiennent soit à des conceptions erronées en matière de personnalité juridique ou de nationalité des sociétés, soit à des erreurs d'interprétation dans l'examen des précédents, soit à une insuffisante analyse des règles de la protection diplomatique et des conditions dans lesquelles les institutions du droit interne peuvent être prises en considération par le droit international.

Rétabli dans ses véritables données, le problème est pourtant très simple, puisque, comme il a été dit plus haut, il ne fait appel, pour sa solution, qu'aux principes du droit international applicable dans tous les autres cas de protection diplomatique.

(882) La généralité même de ces principes ne pouvant être contestée et imposant, de façon manifeste, leur application dans la présente instance, la seule possibilité pour le Gouvernement espagnol de s'en débarrasser était de découvrir une règle excluant cette application dans le cas de dommage subi par des actionnaires. Comme on le verra, il se décida effectivement, après quelques hésitations, à postuler une « règle de la qualité

(1) Borchard, *The diplomatic protection* . . . , pp. 617 et s.; *Rapport* . . . , p. 298.

(2) *Exceptions préliminaires*, I, p. 186; *Contre-Mémoire*, IV, p. 744.

exclusive de l'Etat national de la société pour agir en cas de préjudice causé à la société par un Etat étranger » (1), à laquelle il devait attacher, pour des raisons très compréhensibles, une énorme importance.

La principale difficulté que soulève la « règle » de droit international invoquée par la Partie adverse — et elle n'est pas mince — est de prouver son existence. Bien qu'il s'y soit attaqué, nous le verrons (2), le Gouvernement espagnol a eu conscience des faiblesses de sa démonstration. Aussi s'est-il efforcé de les pallier en faisant appel à des considérations empruntées au droit interne. S'appuyant sur la notion de personnalité morale, il allait tenter de démontrer que celle-ci dressait un obstacle absolument infranchissable entre les actionnaires d'une société (et leur Etat national) d'une part, et, d'autre part, l'Etat causant un dommage à cette société par un comportement contraire au droit international. A l'en croire, cet obstacle est tellement absolu qu'aucune relation ne peut s'établir entre les premiers et le second : en frappant la société, l'Etat auteur du dommage n'atteint pas les actionnaires, tout au moins dans des conditions qui engageraient sa responsabilité envers eux. Les actionnaires eux-mêmes ne sont jamais autorisés à se dégager du voile de la personnalité morale pour demander justice et leur Etat national ne peut pas davantage les protéger. Par ce moyen, le gouvernement espagnol essayait de suggérer que « l'interdiction de la levée de voile » et la prétendue « règle de la qualité exclusive de l'Etat national de la société » ne seraient qu'une seule et même chose ou, tout au moins, que la seconde se déduirait logiquement de la première : elle n'en constituerait, en quelque sorte, qu'un corollaire. Le procédé était ingénieux et permettait de faire l'économie de la preuve, assurément redoutable, de la formation et de la reconnaissance, par une pratique générale, de la règle de droit international invoquée.

Le Gouvernement belge se doit de dénoncer de telles confusions, qui sont inadmissibles. Une règle de droit international ne peut être invoquée que si elle est établie par voie de convention entre les parties, si elle fait l'objet d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit, ou encore si elle constitue un principe général de droit reconnu par l'ensemble des nations. Elle ne peut être purement et simplement déduite d'institutions du droit privé interne. Une telle méthode est encore moins acceptable lorsqu'elle se sert d'analyses de ces institutions du droit interne qui, on le verra, sont hautement contestables, et qu'elle ne tient aucun compte des problèmes spéciaux qui naissent de la transposition de règles valables entre particuliers au plan des rapports interétatiques.

b) *L'atteinte aux droits et intérêts des actionnaires.*

1° *Le dommage subi par les actionnaires et le droit à réparation qui en découle*

(883) Par toute une série d'arguments, qu'on examinera en détail un peu plus bas (3), la Partie adverse s'est efforcée de donner la valeur d'une évidence à la thèse paradoxale qu'elle soutient depuis le début de la présente affaire et selon laquelle, en

(1) *Contre-Mémoire*, p. 721, § 5.

(2) V. *Contre-Mémoire*, Chapitre VI, Section III, § 6 : « Précédents qui confirment la règle », pp. 723 et s. Cf. *infra*, n° 908 et ss., pp. 659 et ss.

(3) V. *infra*, n° 892 et s.

permettant, par la suite des manœuvres déjà décrites, que la Barcelona Traction soit mise en faillite et dépouillée de son patrimoine, *le Gouvernement espagnol n'a causé aux actionnaires de la société aucun préjudice dont ils pourraient avoir droit à obtenir réparation.*

C'est cette thèse, pourtant difficile à soutenir, qui se trouve à l'origine d'affirmations répétées et aussi inacceptables les unes que les autres, selon lesquelles les agissements de l'Espagne à l'encontre de la société canadienne « ne concernent pas » le Gouvernement belge, parce qu'ils ne concernent pas les actionnaires belges de la société (1), lesquels peuvent tout au plus se plaindre de « simples répercussions économiques défavorables » (2). Il est même dit que ces « répercussions indirectes éventuelles n'auraient certes, en elles-mêmes, rien d'internationalement illicite » (3).

Cette dernière affirmation est peu compréhensible. Il est clair que des « répercussions », directes ou indirectes, ne peuvent présenter, en elles-mêmes, quoi que ce soit d'illicite (ou de licite). La formule employée dans le *Contre-Mémoire* dénote une fâcheuse imprécision de pensée sur un point pourtant essentiel dans la présente affaire, et qui en constitue vraiment le centre. La question est bien, en effet, de savoir quelles sont les conséquences d'un acte illicite — en l'espèce le déni de justice dont a souffert la Barcelona Traction. A-t-il ou non causé un dommage aux actionnaires belges de cette société et quelle est la nature de ce dommage? S'il y a dommage, y a-t-il des raisons de droit qui empêcheraient qu'il en soit demandé réparation?

(884) A l'appui de sa thèse selon laquelle les actionnaires de Barcelona Traction *ne pourraient se plaindre* que de « répercussions », « indirectes » et « éventuelles », des actes illicites dirigés contre la société, le Gouvernement espagnol invoque l'opinion de la Commission mexicano-américaine dans l'affaire *Dickson Car Wheel Company* (4). Cette référence, présentée à ce propos, est extrêmement intéressante, car il s'agit d'une espèce absolument étrangère à la question de la protection diplomatique des actionnaires. Le Gouvernement des Etats-Unis é-ait intervenu, dans cette affaire, pour protéger une société américaine créancière d'une entreprise rendue insolvable par suite de mesures prises à son encontre par le Gouvernement mexicain. La Commission souligne qu'un Etat ne peut être responsable du préjudice subi par un individu, en conséquence du dommage que cet Etat a causé à un autre individu *lorsque les rapports entre le premier et le second sont de nature contractuelle.*

Quelle que soit la valeur de cette thèse, dont on peut se demander si elle n'est pas trop absolue, il est clair qu'elle ne trouve aucune application dans la présente espèce. Et ceci d'abord en raison des termes mêmes employés par la Commission, qui apportent à la formule générale qui vient d'être rappelée une exception remarquable en ce qu'elle concerne précisément le cas des personnes ayant un « intérêt substantiel et *bona fide* » dans la société victime du dommage, ce qui inclut certainement les actionnaires de cette société (5).

(1) *Contre-Mémoire*, IV, p. 719.

(2) *Ibid.*, p. 646.

(3) *Ibid.*, p. 644.

(4) Rec. sent. arbitrales N.U., vol. IV, p. 681. *Contre-Mémoire*, p. 645.

(5) R.S.A.N.U., *eod. loc.*

En second lieu, il est tout à fait clair qu'un actionnaire ne se trouve en aucune façon dans une relation contractuelle avec la société à laquelle il appartient, et que sa situation n'est donc absolument pas assimilable à celle du créancier en cause dans l'affaire *Dickson Car Wheel Company*.

(885) Toute l'argumentation développée par le *Contre-Mémoire*, I, aux pages 644 et 645, puis aux pages 715 à 719, repose sur un double postulat que l'on y trouve, en quelque sorte sous-jacent : c'est, sur le plan du droit interne, l'assimilation pure et simple des personnes morales et des personnes physiques et la séparation complète entre les droits de la société et ceux de l'associé. Selon le *Contre-Mémoire*, la société, d'une part, chacun de ses actionnaires, d'autre part, sont des personnes entièrement séparées, comme le sont, l'un par rapport à l'autre, deux individus quelconques. En conséquence, l'atteinte portée aux droits de l'un est complètement étrangère à l'autre et ne saurait être invoquée par celui-ci comme une atteinte à ses droits personnels. Le lien qui existe entre l'actionnaire et la société, n'est pas différent de celui qui unit un créancier à son débiteur, il n'apporte aucune atteinte à la distinction absolue entre les deux « personnes ».

Cette vue des choses est insoutenable.

Il est unanimement reconnu aujourd'hui, au terme de querelles doctrinales dépassées à présent, que les personnes morales sont foncièrement différentes des personnes physiques, et que la personne morale est une construction juridique sans valeur absolue, une simple « création technique », à la différence de la « personnalité » que constitue en droit chaque être humain, et qui correspond à une réalité de la nature (1).

Aussi n'est-ce pas sans surprise qu'on lit dans le *Contre-Mémoire* (2) que « toute l'évolution du droit interne, de même que celle du droit international, va à l'encontre de cette position ». On comprend que le *Contre-Mémoire* n'ait pu citer la moindre référence à l'appui de cette allégation inattendue. Lorsqu'il s'agit d'une société, notamment, la « personnalité juridique » n'est qu'une construction qui se superpose aux individus qui forment cette société. Sans doute, y a-t-il, formellement une personne juridique distincte, mais il est vain de prétendre ignorer que derrière ce « masque » (3) existe une réalité sociale différente.

(1) Michoud, *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. I, n° 45 et ss.; Gény, *Science et technique en droit privé*, t. III, pp. 212 et ss.; H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 4^e éd., n° 160; Hamel et Lagarde, *Traité de droit commercial*, I, n° 425; Ascarelli, *Personalità giuridica e problemi delle società*, *Riv. delle soc.*, 1957; Coulombel, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, 1949; R. David, et autres *La personnalité morale et ses limites, Etude de droit comparé*, 1960, p. 4; Serick, *Rechtsform und Realität juristischer Personen*, 1955; Etude de P. Van Ommeslaghe et L. Simont, *Rev. crit. jurisp.* 1964, p. 81, note 23 et les références.

(2) p. 718.

(3) C'est le mot qu'emploie à ce sujet un auteur récent : V. Camille Jauffret, « La transparence civile et la protection des associés d'une société de construction », *La semaine juridique*, 1967, *Doctrine*, n° 2065.

(886) La construction commode de la société-personne juridique rend possible une activité collective d'une efficacité décuplée ou centuplée, par rapport à ce que serait la simple juxtaposition des activités individuelles des membres du groupe sociétaire. Elle procure à la fois aux associés et aux tiers des avantages multiples, et elle comporte assurément une séparation patrimoniale complète entre société et actionnaires.

Aussi est-il vrai de dire que les actionnaires n'ont pas de droit de propriété sur les biens qui appartiennent à la société. Ils ne peuvent pas non plus se comporter comme s'ils étaient personnellement parties aux contrats passés par la société, ni prétendre exercer en conséquence les actions réservées aux titulaires des droits résultant de ces contrats.

Mais l'on ne saurait, sans méconnaître la réalité la plus évidente, conclure, de cette simple séparation patrimoniale, qu'il n'existe pas entre la société et ses actionnaires une étroite solidarité d'intérêts. Le lien qui les unit, loin de pouvoir être comparé à celui qui existe entre le créancier et son débiteur, est un lien statutaire et *organique* en quelque sorte, puisque les actionnaires forment précisément le *groupement* dont la société-personne juridique est l'expression ou l'actualisation. Les associés sont les « membres » de la société. Ils sont étroitement liés, comme tels, aux résultats de son activité; ils participent au mécanisme interne de l'institution (vote aux assemblées générales; élection des administrateurs; approbation des bilans et des répartitions de dividendes, etc.). C'est de leur volonté commune que dépendent, en somme, le fonctionnement de la société et même son existence, puisqu'ils peuvent, à certaines conditions, y mettre fin et recueillir son actif. Aussi la valeur des droits des actionnaires, comme « membres » de la société, est-elle essentiellement fonction de la situation de celle-ci, des ses résultats, de son avenir.

Ainsi se traduit clairement la complète solidarité d'intérêts entre la société et ses actionnaires (qui en sont le support essentiel).

La nature purement technique de la personnalité morale, d'une part, la solidarité d'intérêts de cet être moral avec ses actionnaires, d'autre part, conduisent à une conclusion diamétralement opposée à celle du *Contre-Mémoire* (1) : les actionnaires, comme la société elle-même, ont le droit de compter que la société sera traitée par les Etats étrangers comme l'imposent les règles du droit international public. Partant, un manquement à ces règles constitue un acte illicite tant à l'égard de l'Etat national des actionnaires qu'à l'égard de l'Etat national de la société.

C'est la projection sur le plan du droit international de la réalité, telle qu'elle se manifeste en droit interne.

En règle générale, il est vrai, l'exercice par la société elle-même des droits qui lui appartiennent sauvegardera simultanément ses propres intérêts et ceux de ses actionnaires — *puisque, comme nous l'avons vu, ces intérêts sont indissociables*. Ainsi,

(1) IV, pp. 644 et 718.

lorsqu'un acte illicite a causé un dommage à la société, la réparation du préjudice sera poursuivie par l'intermédiaire des organes sociaux et l'indemnité (ou la *restitutio in integrum*) dont elle bénéficiera effacera automatiquement le dommage des actionnaires. Dans presque tous les cas, et notamment dans tous ceux qui se présentent au cours de l'activité normale d'une société commerciale, ce mécanisme suffira. Il ne permet pas, cependant, d'ignorer la réalité des droits et des intérêts en présence.

Celle-ci se révèle clairement lorsque, pour une raison quelconque, la société se voit placée dans l'impossibilité d'agir ou d'obtenir la réparation à laquelle elle a droit, ou encore lorsque les organes sociaux n'agissent pas (que ce soit par négligence ou d'une manière délibérée).

En pareil cas, la personnalité juridique, — précisément parce qu'il s'agit d'une pure construction technique qui n'a jamais un caractère absolu et irréductible, — ne peut conduire à refuser tout remède à l'atteinte portée aux intérêts des actionnaires. C'est la raison pour laquelle certaines législations reconnaissent explicitement aux actionnaires dans de telles circonstances le droit de se substituer aux organes sociaux et de réclamer *pour eux-mêmes* la réparation du préjudice qu'ils ont éprouvé à la suite du tort causé à la société (1). *A fortiori* doit-il en être de même au plan du droit international, qui n'a pas à se subordonner aux particularités techniques des institutions du droit interne.

En conclusion, on peut donc affirmer que ni la nature de la personnalité juridique de la société, ni les liens organiques existant entre la société et ses actionnaires, ne font obstacle à ce que ces derniers obtiennent la protection diplomatique de l'Etat dont ils sont les ressortissants, à la suite d'un acte internationalement illicite commis à l'égard de la société et en raison du préjudice personnel qui en est résulté pour eux.

(887) Sans doute, la protection diplomatique de la société elle-même suffit-elle habituellement à assurer la protection des intérêts des actionnaires, lorsque cette société a été victime d'un acte internationalement illicite — de même que, sur le plan du droit interne, c'est la société elle-même qui, par ses organes, exerce les actions en réparation des dommages qui lui ont été causés, ce qui tend à assurer, en même temps, la réparation du préjudice subi par les actionnaires (2).

Il n'en reste pas moins que ce préjudice a fait naître, dans le chef de l'Etat national des actionnaires, s'il ne se confond pas avec l'Etat national de la société, un « droit propre, le droit qu'il a de faire respecter, en la personne de ses ressortissants, le droit international », suivant la formule de la Cour déjà citée (3). Dans la mesure où l'action

(1) V. notamment en droit allemand : Schilling, *Verfassung der Aktiengesellschaft*, dans le *Grosskommentar des Aktiengesetzes*, §. 84, rem. 74; Schlegelberger und Quassowski, *Aktiengesetz*, art. 84, rem. 30; Ruth, étude dans la *J.W.* 38, 1657.

(2) V. cependant, dans l'hypothèse où la société est contrôlée, en fait, par des actionnaires étrangers, ce qui est dit *infra*, n° 915 et ss., pp. 663 et ss.

(3) *cf. supra*, note 2, p. 639.

des organes sociaux n'a pas permis aux actionnaires d'obtenir satisfaction par les voies de droit interne, l'Etat national de ces derniers est donc certainement autorisé à réclamer par les voies de droit international la réparation du dommage dont ils ont souffert.

Il est bien évident que les Etats feront usage de ce droit avec autant de modération que dans les autres hypothèses où ils ont à endosser les réclamations de leurs ressortissants. Il n'est pas d'usage qu'il le fassent lorsqu'il s'agit de dommages de peu d'importance, ce qui sera le cas ici s'il s'agit d'un actionnaire isolé ou si la perte subie par la société ne revêt qu'une ampleur limitée et n'interrompt pas son activité.

En revanche, une intervention de l'Etat des actionnaires est certainement justifiée lorsque certaines circonstances exceptionnelles se trouvent réunies, comme elles le sont dans la présente espèce, et s'il se trouve notamment que :

1° la société est mise dans l'impossibilité d'obtenir réparation par les voies de droit interne;

2° elle ne bénéficie pas de la protection de son Etat national;

3° par l'effet des actes internationalement illicites perpétrés contre elle, elle est privée définitivement et irrémédiablement de tous ses biens, de telle sorte que la réalisation de son activité sociale est désormais complètement impossible.

Il convient d'insister ici tout particulièrement sur cette dernière circonstance.

La société qui se trouve dans pareille situation est « *practically defunct* », pour utiliser une formule qui se retrouve dans la jurisprudence, ses actionnaires n'ont plus rien à attendre d'elle dans l'avenir. Elle n'est plus, désormais, une institution comparable à un organisme vivant et appelée à exercer une activité déterminée. Elle n'est plus qu'un « fantôme » et derrière elle, du fait qu'elle est incapable de reprendre son activité propre, transparait le groupement de personnes qui en étaient le substrat nécessaire : les actionnaires, qui ont fourni les capitaux, et qui sont désormais les seules personnes intéressées.

Ceci est encore plus apparent pour les actionnaires, qui, comme c'est le cas de Sidro dans la Barcelona Traction, disposent dans la société, par le grand nombre de leurs titres, d'une influence déterminante, et se trouvent, dès lors, privés non seulement d'un élément de leur patrimoine, mais aussi d'un pouvoir qu'ils avaient le droit d'exercer dans le cadre de la société désormais « *practically defunct* ». Le *Contre-Mémoire* lui-même a trop longuement insisté sur ce pouvoir pour qu'il soit nécessaire d'en démontrer l'importance, et l'atteinte directe aux intérêts de la Sidro apparaît ainsi avec évidence.

Le fait générateur de ces dommages ayant été le comportement contraire au droit international de l'Etat espagnol, ces actionnaires avaient un droit incontestable à obtenir une réparation. Celle-ci leur étant refusée par le Gouvernement espagnol, la Belgique avait certainement le droit d'endosser leur réclamation. En s'y opposant, le Gouvernement espagnol cherche à conférer à la personnalité juridique des sociétés, au plan du droit international une portée absolue qu'elle ne présente en aucune façon en droit interne, ce qui est d'autant plus inadmissible que le droit international n'a pas à se subordonner aux particularités techniques du droit interne (1).

(1) cf. *infra*, n° 903 et ss., pp. 657 et suiv.

2° *Les tentatives du Gouvernement espagnol pour masquer la réalité de l'atteinte aux droits et intérêts des actionnaires*

(888) Les conclusions qui précèdent s'imposent avec tant d'évidence que le Gouvernement espagnol n'a pu s'en tenir à sa seule thèse principale, selon laquelle la protection diplomatique ne serait pas autorisée par le droit international dans le cas de dommage causé à des actionnaires, thèse qui sera examinée dans la sous-section suivante. Pour conférer à cette thèse un peu de vraisemblance, il a été contraint de tenter de démontrer que les actionnaires de la Barcelona Traction n'auraient pas subi de préjudice ou, tout au moins, que ce préjudice ne serait pas susceptible de donner lieu à réparation. Cette tentative a été faite en se plaçant aussi bien au point de vue du droit interne (théorie des pseudo « droits propres » des actionnaires) qu'à celui du droit international (théorie selon laquelle les actes dirigés contre Barcelona Traction ne concerneraient pas le Gouvernement belge). En outre, la Partie adverse a espéré trouver un appui dans l'Avis consultatif sur la réparation des dommages subis au service des Nations-Unies. Ces différents points seront successivement rencontrés.

1) *La théorie des droits propres des actionnaires.*

(889) Partant de l'idée que « la vérité se trouve... dans une distinction claire entre la personnalité de la société, d'une part, et celle des associés ou actionnaires de l'autre » (1), le Gouvernement espagnol en est venu très vite à une seconde distinction, présentée comme un corollaire de la précédente, entre « les droits propres de l'actionnaire », opposés aux « droits propres de la société » (2), qui lui servira de cheval de bataille pour tenter de se débarrasser des précédents arbitraux les plus gênants — c'est-à-dire les plus manifestement incompatibles avec ses thèses.

On aura l'occasion de constater combien cet instrument se prête mal à l'utilisation à laquelle il est destiné, lorsqu'on reviendra sur l'analyse de la jurisprudence (3). Il convient, auparavant, de se demander ce que vaut la thèse en elle-même.

Sous cette idée des droits propres, le Gouvernement espagnol entend établir que les actionnaires auraient, vis-à-vis des tiers, des droits qui leur appartiennent de façon exclusive et qui n'ont rien à faire avec ceux de la société elle-même. Le Gouvernement espagnol admet que lorsqu'une atteinte est portée à ces droits, les actionnaires ont qualité pour demander réparation du préjudice qui leur est ainsi causé, alors que si ce préjudice a touché les droits propres de la société, les actionnaires ne sont en aucune façon concernés et ne peuvent donc pas agir.

La théorie des droits propres, que la Partie adverse invoque, existe en effet dans la doctrine du droit commercial de certains pays. Malheureusement pour le Gouvernement espagnol, elle n'a absolument aucun rapport avec ce que celui-ci a imaginé. Pour les spécialistes du droit des sociétés, « la question des droits propres des actionnaires n'apparaît que dans les rapports des associés entre eux » (4), parce que ces droits représentent

(1) *Contre-Mémoire*, IV, p. 718, n° 100.

(2) *Ibid.*, p. 738.

(3) *V. infra*, n° 938, p. 685. *Add. n° 931 et ss.*, pp. 679 et ss.

(4) J. Escarra, Ed. Escarra et Rault, *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales*, Paris 1955, tome 3, p. 264.

uniquement « celles des prérogatives (des actionnaires) qui ne peuvent être supprimées par le jeu de la loi de la majorité » (1).

On voit par là que l'utilisation de cette notion par le Gouvernement espagnol lui fait subir une complète distorsion. D'une conception destinée à protéger les actionnaires *minoritaires* contre les actionnaires majoritaires — et qui ne concerne donc que les conflits d'intérêts à l'intérieur de la société, on est parvenu à une notion qui définit les seuls droits que les actionnaires *pourraient invoquer à l'égard des tiers!* Il ne s'agit pas d'une extension, mais bien d'un véritable renversement.

Cette notion des droits propres dans le sens très particulier et sans précédent où le Gouvernement espagnol l'utilise, n'a pas été élaborée par lui sans peine, bien qu'il s'y soit efforcé dès ses premières écritures (2). Elle ne se trouve complètement définie que dans le *Contre-Mémoire* (3). Encore reste-t-elle marquée d'une grande obscurité et, surtout, de beaucoup d'imprécision. Il est difficile, en particulier, à la lecture de ce document, de se faire une idée précise de ce que le Gouvernement espagnol place sous l'expression générale de « droits propres des actionnaires », dont il parle pourtant abondamment — mais si abstraitement! Le droit de participer à une assemblée générale et au contrôle de la gestion des organes sociaux en fait certainement partie (4), de même que le droit de prendre part à la distribution des bénéfices et celui de figurer à la liquidation de l'actif (5). Le *Contre-Mémoire* veut bien reconnaître aussi à l'actionnaire un droit à la conservation de son titre (6). A part cela, tout est obscur. On se demande, dans ces conditions, ce que la fameuse distinction « claire », qui devait permettre de faire disparaître toutes les hésitations devant les situations de la pratique, apporte au Gouvernement espagnol.

(890) Une telle imprécision apparaît comme particulièrement grave lorsque l'on considère une hypothèse d'une très grande importance pratique et qui offre avec la présente affaire de nombreuses analogies : celle où une société est privée de ses biens par suite d'une expropriation ou d'une nationalisation internationalement illicite, ou encore d'un déni de justice. Face à ce problème, où la fameuse distinction devrait se révéler particulièrement utile — et à laquelle, de surcroît, il a dû beaucoup réfléchir — le Gouvernement espagnol ne donne que des réponses contradictoires.

Dans un passage du *Contre-Mémoire*, il expose avec beaucoup de netteté « qu'un Etat ayant fait subir à une société un déni de justice ou l'expropriation internationalement illicite de ses biens a certainement violé une obligation internationale envers l'Etat dont relève la société. Mais si, dans le comportement de l'Etat auteur des mesures incriminées, il ne se trouve aucun acte qui puisse être qualifié, en lui-même, d'atteinte illicite aux droits des actionnaires, *il est également certain qu'aucune obligation internationale envers l'Etat national de ces derniers n'a été violée* » (7).

(1) *Ibid.*

(2) V. les références données par le *Contre-Mémoire*, IV, p. 643, note 2.

(3) *Contre-Mémoire*, pp. 642 et s. et 738 et s.

(4) *Ibid.*, pp. 742, 745.

(5) *Ibid.*, p. 646.

(6) *Ibid.*, p. 730.

(7) *Contre-Mémoire*, p. 646.

Dans un autre passage, envisageant une hypothèse analogue, le *Contre-Mémoire* affirme avec autant de force : « Lorsqu'un Etat prend une mesure d'étatisation ou de nationalisation d'une société, on se trouve justement en présence de l'une de ces hypothèses où la mesure dont on se plaint n'est pas dirigée contre la société en tant que telle, mais contre l'associé privé, contre l'actionnaire dont les titres sont confisqués ou annulés... Dans une hypothèse de ce genre ... l'intervention au titre de la protection diplomatique de l'Etat national de l'actionnaire étranger spolié de ses actions se justifie donc selon les principes généraux même du droit international » (1).

La contradiction apparaissant entre ces deux formules n'est pas fortuite. Elle est inhérente à la conception des « droits propres » des actionnaires, telle que l'a construite le Gouvernement espagnol, et met en pleine lumière son caractère artificiel. Comme chacun sait, la nationalisation d'une entreprise se réalise suivant deux techniques principales : ou bien en transférant à l'Etat qui nationalise la propriété de l'entreprise elle-même, ensemble complexe de biens et de droits, et en laissant intact le cadre juridique de la société à qui elle appartenait; ou bien en transférant la propriété des actions à l'Etat, qui devient actionnaire unique.

Dans les deux cas, le résultat est évidemment le même pour l'actionnaire, qui se trouve dépossédé à la fois de son droit de contrôle de l'affaire nationalisée et de sa part dans cette affaire, c'est-à-dire de l'ensemble des droits conférant sa valeur économique à l'action dont il est propriétaire. Pourtant, si la théorie des « droits propres » soutenue dans le *Contre-Mémoire* était vraie, l'actionnaire bénéficierait d'un droit à réparation dans le second cas, puisqu'en touchant aux actions on aurait porté atteinte à ses « droits propres », alors qu'il n'aurait droit à rien dans le premier, puisqu'en laissant intact le cadre social, on aurait laissé aussi intacts ses fameux « droits propres ».

Il est à peine besoin d'ajouter que la pratique n'a jamais admis des conséquences aussi déraisonnables, ce qui enlève toute base à la théorie des « droits propres » des actionnaires, telle que l'a construite le Gouvernement espagnol. On aura l'occasion de le constater, en particulier, lorsqu'on examinera la pratique conventionnelle (2). Le formalisme extrême de cette théorie la rend inacceptable pour le droit international, fondamentalement réaliste, d'autant plus qu'elle permettrait à un Etat, grâce à un peu d'habileté dans le choix des techniques de droit interne, d'échapper à toutes les conséquences de la responsabilité internationale et, par conséquent, de se dérober à l'application du droit international.

(891) A plusieurs reprises, le Gouvernement espagnol a accusé la Belgique, fort mal à propos, d'ailleurs, d'invoquer des règles ou des exceptions taillées trop exactement à la mesure de ses besoins. C'est un reproche que ce même Gouvernement ne peut certainement pas éviter pour cette trop commode théorie des « droits propres » des actionnaires. Elle a, très clairement, été édifiée pour les besoins de la cause. Comme on l'a vu, il s'agissait, pour le Gouvernement espagnol, de disposer d'un système qui lui permit de rendre compte de la pratique internationale et, notamment, des précédents arbitraux où avait été admise la protection des actionnaires, ce qu'il ne pouvait nier, mais qui éüt

(1) *Ibid.*, p. 730.

(2) *Cf. infra*, n° 926, p. 672.

en même temps le mérite d'écartier l'application de cette pratique à la présente affaire. C'était fort difficile, on doit le reconnaître. Malgré toute l'habileté dont la Partie adverse a fait preuve, le moins qu'on puisse dire est qu'elle n'y a pas réussi.

A supposer même qu'elle fût acceptable, la théorie des « droits propres » des actionnaires, telle que la conçoit le Gouvernement espagnol, ne permettrait pas, en effet, d'écartier le *jus standi* de la Belgique, mais servirait plutôt à le fonder. Comme il était déjà précisé dans le *Mémoire* :

« La première atteinte à ces droits des actionnaires de la Barcelona Traction dérivait directement du jugement de faillite. Celui-ci, en effet, en dépouillant au profit des organes de la faillite le conseil d'administration de la Barcelona Traction, légitimement élu par les actionnaires, de tout pouvoir effectif de gestion, priva définitivement les actionnaires belges de cette société de toute intervention active dans l'administration des affaires du groupe ».

« Mais le couronnement de cette manœuvre consista dans le transfert de l'intégralité de l'actif au groupe March, contre la seule obligation assumée par ce dernier de payer le passif obligataire. Cette opération eut pour résultat de ne laisser aucun reliquat sur lequel les actionnaires de la Barcelona Traction, déjà privés du droit aux bénéfices, pussent faire valoir leur droit au solde de liquidation après désintéressement des créanciers » (1).

Malgré l'imprécision dont ils sont affectés dans la présentation du *Contre-Mémoire*, les prétendus « droits propres » des actionnaires comprennent, on l'a vu (2), le droit de participer à la gestion de la société par l'intermédiaire des organes élus, celui de prendre part à la distribution des bénéfices et celui de figurer à la liquidation de l'actif : tous droits qui ont été directement atteints dans la présente affaire. Si la théorie imaginée par le Gouvernement espagnol était fondée en droit interne ou en droit international, la Belgique aurait donc pu la reprendre purement et simplement à son compte. Ceci n'étant pas le cas, elle se gardera évidemment de le faire.

2) *La théorie selon laquelle les actes illicites reprochés à l'Espagne ne concerneraient pas la Belgique, parce que dirigés contre une société canadienne.*

(892) Sans craindre de brouiller les plans et d'oblitérer la nécessaire distinction entre le point de vue du droit international et celui du droit interne, le Gouvernement espagnol a cherché, d'autre part, à créer l'illusion que la personnalité juridique de la Barcelona Traction, de nationalité canadienne, élevait une muraille absolument infranchissable, qui empêcherait toute espèce de rapport de droit international entre l'Espagne et la Belgique, à propos des dommages causés aux actionnaires belges de cette société.

Cet argument est le plus fréquemment présenté sous la forme d'une question si souvent posée et en tant de passages différents (3) qu'elle constitue un véritable leit-motiv : comment le Gouvernement espagnol aurait-il pu commettre un acte internationalement illicite *envers la Belgique*, alors qu'on ne lui reproche que des mesures dirigées *contre la Barcelona Traction*, société canadienne ? S'il y a eu un acte illicite, ce ne peut avoir été, en tout état de cause, qu'un acte commis *envers le Canada*. Il en résulterait, logiquement, que ce dernier seul serait habilité à en poursuivre la réparation.

(1) *Mémoire*, I, p. 182.

(2) *cf. supra*, n° 889, p. 648.

(3) *Contre-Mémoire*, IV, pp. 642, 643, 715, 716, 717, 718, 719, 721, etc...

Accessoirement et à titre de corollaire, le Gouvernement espagnol soutient qu'il lui est tout à fait impossible de manquer à des *obligations internationales envers la Belgique* en agissant à l'encontre d'une société canadienne (1). Aussi, se croit-il en mesure de dénoncer la prétention qui serait celle du Gouvernement belge s'arrogeant « le droit de faire valoir, comme source de responsabilité envers lui, un fait qui ne le concerne pas » (sic) (2). Une telle affirmation constitue une véritable démonstration par l'absurde de l'erreur d'un système qui conduit à soutenir que la spoliation de ressortissants belges ne saurait, en aucune façon, *concerner* le Gouvernement belge.

(893) Toute cette argumentation du *Contre-Mémoire*, en réalité, repose sur un pur verbalisme et ne constitue, finalement, qu'une pétition de principe.

Le raisonnement d'après lequel aucune violation d'une obligation internationale *envers la Belgique* n'a pu être commise à l'occasion d'actes dirigés contre une société canadienne, présenterait quelque vraisemblance si un acte internationalement illicite se caractérisait par son intention dolosive, par la volonté de nuire à une personne déterminée. Dans ce cas, en effet, il faudrait bien se demander qui était visé par les mesures reprochées au Gouvernement espagnol : était-ce la société canadienne ou étaient-ce ses actionnaires belges ?

Toutefois, même posé en ces termes, le problème ne se laisse pas résoudre si facilement. Le Gouvernement espagnol, malgré ses dénégations récentes, n'ignorait nullement l'importance des intérêts belges engagés dans la *Barcelona Traction* (3). Ne les eût-il pas connus que les démarches de la Belgique, dès le début de l'affaire, ne pouvaient lui laisser aucun doute à cet égard (4). Or il est tout à fait clair que l'opération menée contre la *Barcelona Traction* visait, au-delà de la personne morale, l'entreprise exploitée par ses filiales et que rêvait de s'approprier le groupe qui fut l'instigateur de toute l'affaire. Il s'agissait donc de détacher cette entreprise de ceux qui en avaient le contrôle, c'est-à-dire des actionnaires étrangers majoritaires (5), même si, formellement, l'attaque était dirigée contre la société.

Ainsi, même s'il y avait lieu, dans la présente affaire, de prendre en considération l'objectif poursuivi, il est certain que celui-ci était, en dernière analyse, l'élimination du groupe belge d'un secteur de l'économie espagnole.

(894) Ces considérations de fait, cependant, doivent être dépassées. C'est qu'en réalité, la base juridique sur laquelle s'appuie toute l'argumentation espagnole est totalement inexistante. Le droit international n'a jamais subordonné la responsabilité internationale d'un Etat à la démonstration que cet Etat aurait voulu nuire aux personnes auxquelles il a effectivement causé un dommage. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes à cet égard et il est inutile de s'attarder à en faire la démonstration. Il suffit que le dommage dont il est demandé réparation ait été causé par un acte internationalement illicite de l'Etat considéré (6).

(1) *Contre-Mémoire*, pp. 718, 719, 721.

(2) *Ibid.*, n° 101, p. 719. Cf. n° 96, p. 715.

(3) Cf. le discours prononcé devant les Cortès par le Ministre de l'Industrie, *annexes au Mémoire*, vol. I, annexe 40.

(4) Cf. la note belge du 27 mars 1948, *ibid.*, vol. IV, annexe 250.

(5) Cf. les premières tentatives d'acquérir le contrôle de la *Barcelona Traction*, effectuées en 1940 et 1944 par Juan March (*Mémoire*, pp. 33 et 34).

(6) Parmi les très nombreux auteurs qui exposent cette règle bien établie, cf. P. Guggenheim, *op. cit.*, tome II, pp. 49 et s.; Reuter, *op. cit.*, p. 141.

(895) Le *Contre-Mémoire* semble bien avoir eu conscience de la faiblesse de sa position. Pour cette raison il a tenté, comme nous l'avons vu, de reprendre ce même thème, sous une forme légèrement différente, en soutenant qu'il ne pourrait pas y avoir place, dans les circonstances de l'espèce, pour une violation d'obligations internationales de l'Espagne *envers la Belgique* (1).

Pour dire vrai, le Gouvernement belge a quelque peine à comprendre le sens et la portée de cet argument. Son contradicteur sait bien que la Belgique n'a, à aucun moment, invoqué à l'appui de sa demande, la violation d'un quelconque traité la liant à l'Espagne, et qui concernerait le traitement de ses nationaux sur le territoire espagnol. Le Gouvernement belge n'a pas davantage fait état dans la présente instance d'un traité hispano-canadien sur le traitement des canadiens en Espagne. Un tel traité ne le concernerait pas et serait pour lui *res inter alios acta*. Il ne pouvait donc pas en être question dans la présente affaire.

Le Gouvernement belge se borne à invoquer les règles du droit international général permettant à un Etat de demander réparation d'un dommage causé aux biens, droits et intérêts de ses nationaux par un acte internationalement illicite, tel qu'un déni de justice. Qu'un tel acte ait été commis en l'espèce, et que des ressortissants belges en aient été victimes, a été abondamment démontré. C'est, en tout cas, la seule question à décider. L'Espagne étant certainement soumise aux règles du droit international général et la Belgique ayant certainement le droit de les invoquer, il ne reste rien de l'argument espagnol.

Plus exactement, l'argument se réduit à une pétition de principe : puisque le Gouvernement espagnol a dirigé ses mesures contre la société Barcelona Traction, celles-ci n'ont pu causer aucun préjudice aux actionnaires belges de cette société et, par conséquent, elles ne concernent pas la Belgique. Mais c'est précisément ce qu'il fallait prouver, et on ne le fait pas en se bornant à affirmer.

3) *Les arguments tirés de l'Avis consultatif sur la réparation des dommages subis au service des Nations-Unies.*

(896) Afin de donner un peu de force à l'argumentation précédente, le Gouvernement espagnol, finalement, cherche à s'appuyer sur les termes employés par la Cour dans son Avis consultatif du 11 avril 1949 relatif à la *Réparation des dommages subis au service des Nations-Unies*. D'après la Cour, « quand l'Organisation des Nations-Unies présente une réclamation en vue d'obtenir la réparation des dommages causés à son agent, elle ne peut le faire qu'en se fondant sur un manquement à des obligations existant envers elle » (2).

Le Gouvernement espagnol fait grand cas de l'argument de texte qu'il croit pouvoir inférer de ce *dictum* de la Cour. Celle-ci n'a-t-elle pas utilisé elle-même les mots sur lesquels il insiste avec tant de monotonie : l'Organisation ne peut présenter une demande de réparation « *qu'en se fondant sur un manquement à une obligation existant envers elle* » ?

(1) *Contre-Mémoire*, IV, p. 715.

(2) C.I.J., *Rec.* 1949, p. 187.

« C'est exactement ce que le Gouvernement espagnol n'a cessé de répéter depuis le début de ce procès », se croit-il en droit de proclamer (1).

Pour sa part, la Belgique attache, elle aussi, une très grande importance à cette décision de la Cour, qu'elle a déjà eu l'occasion d'invoquer (2), et qui pose un principe du plus haut intérêt pour la présente affaire. Encore faut-il la lire avec soin et l'interpréter correctement. Or il est tout à fait inexact de soutenir, comme le fait le *Contre-Mémoire*, que « la Cour a très clairement souligné le principe à suivre dans les hypothèses où les réclamations de deux Parties se trouvent en concurrence par rapport à une même affaire. Elle l'a fait en décidant que chacune d'elles ne peut présenter une réclamation "qu'en se fondant sur un manquement à des obligations existant envers elle, » (3).

La Cour n'était nullement saisie d'une question de ce genre et n'a certainement pas eu l'intention de la trancher. Le seul problème qu'elle a eu à résoudre était de décider comment l'action de l'Organisation des Nations-Unies, demandant réparation pour un dommage subi par un de ses agents, devait se concilier avec les droits que pourrait posséder l'Etat dont la victime était le ressortissant (4). C'est dans ce contexte particulier que prend place la conclusion à laquelle parvient la Cour. Celle-ci observe que les bases des deux réclamations qui peuvent être présentées sont différentes : elles mettent respectivement en jeu « le droit de protection diplomatique appartenant à l'Etat et le droit de protection fonctionnelle appartenant à l'Organisation ». La phrase citée par le Gouvernement espagnol en l'isolant de son contexte, n'a pas d'autre sens. Elle tend seulement à montrer que la conciliation des droits de l'Organisation et de l'Etat national s'opérera, dans la pratique, sans difficulté, du fait que l'Organisation n'intervient pas pour faire respecter les règles du droit international général en matière de traitement des étrangers, comme le fait l'Etat national : elle se borne à demander réparation du dommage causé à son agent « dans l'exercice de ses fonctions » et, par conséquent, « en se fondant sur un manquement à des obligations existant envers elle » — et dont l'Etat national ne peut évidemment pas se prévaloir.

(897) La portée limitée qu'il convient de donner à la phrase isolée par le Gouvernement espagnol, en raison du contexte où elle prend place, n'enlève cependant rien de son intérêt à l'Avis consultatif du 11 avril 1949. En suivant le raisonnement qui l'a conduite à ses conclusions, la Cour a été amenée, en effet, dans cet Avis, à faire appel à d'autres considérations, celles-ci de portée tout à fait générale, et qui trouvent directement application dans la présente affaire, puisqu'elles concernent la possibilité de deux actions internationales distinctes, intentées à propos d'un même acte dommageable. Ce sont celles-là que le Gouvernement belge a déjà évoquées (5), mais que le *Contre-Mémoire* s'est gardé de commenter.

(898) Plutôt que de s'y attaquer, le Gouvernement espagnol a avancé, à maintes reprises, mais sans la justifier, l'idée qu'un même fait ne pourrait jamais provoquer de dommages à plusieurs sujets de droit différents — en donnant ainsi l'occasion à des

(1) *Contre-Mémoire*, n° 104, p. 721.

(2) *Observations et Conclusions*, I, pp. 185-186; *Procédure orale*, III, pp. 950 et s.

(3) *Contre-Mémoire*, n° 104, p. 721. Les italiques sont au texte.

(4) *Rec. 1949*, p. 185.

(5) *Observations et Conclusions*, pp. 185-186. V. ci-dessous n° 899.

actions parallèles de s'exercer (1). Une telle pluralité d'actions est inconcevable, affirme-t-il, sauf si « dans la même situation concrète il se trouve une pluralité de faits préjudiciaires, commis à l'égard de personnes différentes » (2). Cette affirmation n'est pas autre chose qu'une nouvelle pétition de principe, bien difficile à accepter. Les exemples abondent où un seul et unique fait entraîne une pluralité de victimes et, par conséquent, de dommages et de droits à réclamation, à commencer par le plus banal accident d'automobile ou d'avion. Les réclamations multiples qu'a provoquées l'incident aérien du 27 juillet 1955, et dont la Cour a été saisie, suffisent à illustrer cette remarque (3).

Bien mieux, il peut y avoir pluralité de droits à réclamation, malgré l'unité du fait dommageable et même l'unité du dommage. L'hypothèse envisagée dans l'Avis consultatif sur la réparation des dommages subis au service des Nations-Unies en fournit un exemple extrêmement frappant. Un dommage subi par un seul individu peut donner naissance à deux actions distinctes, intentées par deux sujets différents du droit international, et se prévalant, évidemment, de titres différents. La pluralité d'actions n'est, à tout le moins, pas inconcevable. Il n'y a donc aucune difficulté à admettre l'hypothèse où, un même fait ayant causé un préjudice à une société et à ses actionnaires, de nationalités différentes, cette situation donnerait naissance à deux actions distinctes, de l'Etat national de la société et de l'Etat national des actionnaires. Envisageant l'hypothèse dont elle était saisie, concernant, on l'a vu, des actions parallèles intentées respectivement par l'Organisation des Nations-Unies et par un Etat, la Cour a été amenée à observer qu'« il n'existe pas de règle de droit qui attribue une priorité à l'un ou à l'autre, ou qui oblige soit l'Etat, soit l'Organisation à s'abstenir de présenter une réclamation internationale » (4).

(899) La thèse du Gouvernement belge est que, dans le cas où l'Etat national d'une société et celui des actionnaires ont tous deux un grief à faire valoir, il n'existe pas de règle de droit qui attribue une priorité à l'un ou à l'autre, ou qui oblige soit l'un soit l'autre à s'abstenir de présenter une réclamation internationale (5). La Belgique constate que le Gouvernement espagnol n'a pas été en mesure, jusqu'à présent, d'établir l'existence d'une telle règle. Dans ces conditions, le raisonnement suivi par la Cour dans l'Avis consultatif du 11 avril 1949 lui paraît, sous cet aspect, parfaitement transposable dans la présente espèce.

(1) *Contre-Mémoire*, IV, pp. 716, 719, 745.

(2) *Ibid.*, p. 719, n° 101.

(3) C.I.J. *Rec.* 1957, pp. 182, 186, 190.

(4) *Rec.* 1949, p. 185.

(5) Ces principes, qui ne sont pas conformes seulement à l'état du droit international, mais découlent aussi du simple bon sens, ont constamment guidé le Gouvernement belge dans la présente affaire. C'est en s'appuyant sur eux qu'il a concerté, dès 1948, son action diplomatique avec celle du Gouvernement canadien, soit que les deux Gouvernements aient présenté des notes parallèles, soit que le Gouvernement belge ait appuyé des interventions canadiennes. En se concertant avec la Belgique à maintes reprises sur le contenu et la forme de ces démarches, le Canada a montré clairement qu'il reconnaissait ces mêmes principes et ne mettait pas en doute la légitimité de l'intervention belge. Rien, depuis lors, n'est venu indiquer qu'il ait changé de position.

La seule difficulté qui puisse subsister est d'ordre pratique : la concurrence de deux actions distinctes ne doit évidemment pas avoir pour effet de contraindre l'Etat défendeur à payer deux fois la réparation due à raison du dommage. Elle se présente, on l'a vu, autrement que dans l'hypothèse envisagée par l'Avis consultatif précité, puisqu'il s'agit cette fois de deux actions de protection diplomatique, et non d'une protection diplomatique s'ajoutant à une protection fonctionnelle. Elle n'en est pas moins également surmontable. D'une part, comme le dit la Cour, on « ne conçoit pas pourquoi les parties intéressées ne pourraient trouver des solutions inspirées par la bonne volonté et le bon sens », d'autre part et surtout « les tribunaux internationaux connaissent bien le problème que pose une réclamation à laquelle sont intéressés deux ou plusieurs Etats nationaux et ils savent comment protéger, en pareil cas, l'Etat défendeur » (1), pour citer toujours la même décision, dont les considérants prennent ici une portée tout à fait générale (2).

(1) *Rec.* 1949, p. 186.

(2) Dans la présente affaire, les difficultés d'ordre pratique pouvant résulter de la concurrence de deux actions distinctes, ne se posent pas. Le Gouvernement belge a déjà démontré que le Gouvernement canadien avait cessé toute intervention en faveur de la Barcelona Traction bien avant que le Gouvernement belge n'introduisit la présente instance internationale. Cette question a fait l'objet de développements assez importants lors de la procédure orale, suite notamment à la question posée par le Juge Jessup. Ce n'est que très incidemment que le *Contre-Mémoire* y revient en y consacrant la note 1 de la page 750. Les graves inexactitudes relevées dans cette note obligent le Gouvernement belge à reprendre sommairement, en y ajoutant quelques précisions, les explications qu'il avait déjà fournies à la Cour. Il en fera l'objet d'un *Appendice au présent chapitre (infra, n° 1015)*.

Sous-section 2

*Les exceptions que l'Espagne prétend apporter aux règles générales du droit international.*a) *La prétendue interdiction de lever le voile de la personnalité morale.*

(900) La conception que se fait le Gouvernement espagnol de la personnalité morale des sociétés comporte des variations considérables suivant qu'elle est exposée en relation avec l'examen de la procédure espagnole et, notamment, des décisions du juge de Reus (1) ou, au contraire, à propos de la protection diplomatique des actionnaires. Dans le premier cas, elle est extrêmement fluide et empreinte de relativisme; dans le second, elle devient rigide et absolue.

Pourtant, à travers toutes ces fluctuations, un point reste constant : c'est l'extrême méfiance avec laquelle il faudrait considérer la personnalité morale des sociétés, à l'ombre de laquelle, si on en croit le Gouvernement espagnol, se perpétuent toutes sortes d'abus.

Il en résulte une conception quelque peu archaïque, qui serait plus en harmonie avec les idées du Moyen Age qu'avec celles du vingtième siècle. Pour le Gouvernement espagnol, la personnalité juridique des sociétés commerciales représente toujours un *privilege*, et il en tire la conclusion que le droit a comme premier devoir de protéger ceux qui traitent avec une société contre tous les abus dont celle-ci pourrait se rendre coupable sous le couvert de sa personnalité morale.

Pour cette raison, les actionnaires de la société, bénéficiaires de ce privilège, devront aussi en supporter toutes les conséquences défavorables, sans jamais pouvoir s'en dégager. Ils seront enfermés derrière la personnalité morale, sous laquelle leurs droits et intérêts, on l'a vu déjà, seront proprement ensevelis. En revanche, les tiers ne se heurteront pas au même obstacle : « le voile de la personnalité morale » pourra être soulevé, chaque fois qu'il s'agira de protéger leurs intérêts.

(901) Cette présentation de la thèse espagnole, qui ressort de nombreux passages du *Contre-Mémoire* avait déjà été longuement exposée lors de la procédure orale (2). Elle apparaît avec une particulière clarté dans le paragraphe qui traite de la pratique des États et où le Gouvernement espagnol s'exprime sans aucune ambiguïté : « On a le droit, dit-il, de soulever le voile de la personne morale et d'essayer de voir ce qui se cache dessous, *quand et dans la mesure où cela est nécessaire pour protéger les tiers* contre des abus du privilège qu'ont les associés de pouvoir opérer sous le couvert, sous le manteau utilement fourni par la personne morale » (3). Evoquant ensuite l'hypothèse d'après laquelle l'État national pourrait bénéficier de la « levée du voile », il conclut aussitôt :

(1) *Contre-Mémoire*, IV, pp. 292 et s.

(2) *Procédure orale*, II, pp. 211 et s.; III, pp. 855 et s.

(3) *Ibid.*, C.M., n° 112, p. 734.

« il suffit de l'énoncer pour se rendre compte de son absurdité. L'Etat national des actionnaires profiterait du soulèvement du voile non pas à l'égard de la société, mais pour en tirer un titre à agir en faveur de la société, et *cette action irait précisément à l'encontre des tiers que le soulèvement du voile devrait justement protéger contre la société* ». Autoriser cela serait « *ajouter privilège à privilège* » (1).

(902) Devant des affirmations aussi péremptoires, on est tenté de prendre le style du Gouvernement espagnol et de dire qu'il suffit de les reproduire pour se rendre compte de leur absurdité — ou, à tout le moins, de leur gratuité.

La vérité est que le Gouvernement espagnol s'est trouvé confronté avec les nombreux précédents cités par la Belgique, dans lesquels « le voile de la personnalité juridique » avait été levé en faveur des actionnaires, soit par des tribunaux d'arbitrage, soit par des gouvernements. Ne pouvant contester l'existence de ces espèces, il a imaginé une explication ingénieuse qui lui permettrait, espérait-il, d'en dévier l'effet et de prétendre que la possibilité de « soulèvement du voile » n'était pas applicable dans le cas présent.

Malheureusement pour lui, cette explication est sans fondement. Ses bases théoriques sont en contradiction avec toute l'évolution du droit commercial moderne. Il va de soi que, comme toutes les institutions juridiques, la personnalité morale des sociétés peut être utilisée de façon abusive. Cela ne suffit pas pour en faire un « privilège » digne de toutes les suspicions et de toutes les rigueurs du droit. La pratique le montre bien. Parmi les cas qui ont été invoqués, il en est certains où le voile de la personnalité morale a été levé dans l'intérêt des tiers. Ces quelques exemples ne permettent pas de formuler, par extrapolation, une règle générale. Cela est d'autant moins admissible que, comme nous le verrons dans la sous-section suivante, ce même « voile » a été au moins aussi souvent soulevé en faveur des actionnaires eux-mêmes.

(903) Il ne resterait donc rien de la thèse espagnole et il ne serait pas nécessaire de s'y attarder davantage, s'il ne convenait de rappeler ici un principe qui a été trop oublié par le Gouvernement espagnol. Comme on l'a déjà souligné, les plans du droit international et du droit interne sont bien distincts et ne peuvent être confondus. La Cour Permanente de Justice internationale s'est exprimée sur ce point de façon très claire, lorsqu'elle a dit, dans l'affaire de *Chorzow*, qu'« au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des Etats, au même titre que les décisions judiciaires ou administratives » (2).

Ce principe est d'une particulière importance en matière de responsabilité internationale. La responsabilité de l'Etat vis-à-vis des autres Etats est gouvernée par le droit international et non par son droit interne. Il n'est donc pas nécessaire que le droit interne attribue à un particulier un droit à réparation du dommage qu'il a pu subir, pour que son Etat national puisse poursuivre cette réparation sur le plan du droit international,

(1) *Ibid.*

(2) C.P.J.I., série A, n° 7, p. 19.

par la voie de la protection diplomatique. Tout au contraire, c'est souvent *le refus, par le droit interne, d'accorder un droit à réparation, qui constitue le fait internationalement illicite* (1).

Dès lors, il ne suffirait pas de prouver que, dans une hypothèse donnée, le droit interne n'autorise pas la levée du voile de la personnalité morale, pour qu'on puisse en déduire qu'il en sera de même pour le droit international.

(904) A cet égard, on ne saurait assez insister sur la différence fondamentale qui existe, en ce qui concerne la défense des droits des actionnaires, entre l'action poursuivie sur le plan du droit interne et l'action au plan du droit international, *en raison des conséquences que ce dernier attache au caractère national de la demande*.

Lorsque des actionnaires subissent un dommage dans leurs droits, du fait de pertes infligées à la société, ils peuvent normalement en poursuivre la réparation par l'intermédiaire des organes sociaux, qu'ils orientent par leurs votes. C'est tout particulièrement vrai lorsqu'il s'agit d'actionnaires majoritaires, qui contrôlent en fait la société, ou même d'un groupe assez important pour influencer de façon notable les décisions sociales. Pour cette raison, il est tout-à-fait justifié que le droit interne ne leur ouvre une possibilité d'action judiciaire individuelle que de façon exceptionnelle. En les obligeant à agir à l'intervention des organes sociaux, il ne les prive pas, pour autant, de la protection à laquelle ils ont manifestement droit (2).

(905) Les choses sont bien différentes au plan du droit international, lorsque les actionnaires n'ont pas la même nationalité que la société elle-même. Dans ce cas, surtout lorsqu'ils sont dans une position dominante, les actionnaires ont toutes chances de se heurter à une fin de non-recevoir, s'ils s'adressent au gouvernement national de la société pour obtenir sa protection, ce gouvernement estimant qu'il n'a pas de raison d'intervenir au bénéfice d'une société contrôlée par des étrangers. Comme on le verra (*infra*, nos 915 et suiv.) cette hypothèse n'est pas théorique, mais est confirmée, au contraire, par la pratique des Etats.

Dans ce cas, l'absence de protection diplomatique de la société — laquelle correspond, sur le plan du droit international, à ce qu'est l'action des organes sociaux sur le plan du droit interne — laisserait les actionnaires démunis de tout moyen d'obtenir réparation des dommages qui leur ont été occasionnés par un acte internationalement illicite imputable à un Etat étranger, ce qui est choquant et difficilement justifiable.

(1) Le *Contre-Mémoire* essaie de créer une fausse querelle, lorsqu'il imagine que le Gouvernement belge aurait prétendu transformer en « droits » les simples intérêts des particuliers (*Contre-Mémoire*, IV, p. 716). Le Gouvernement belge n'a pas davantage essayé de transformer « en droits nantis d'une garantie internationale tous les droits accordés à des étrangers par les règles d'un droit national quelconque » (*Ibid.*, p. 717), ce qui serait proprement absurde. Pour sa part, il estime, comme la Partie adverse, que le « droit international impose à l'Etat, d'une manière extrêmement prudente, quelques . . . obligations en ce qui concerne le traitement à réserver aux ressortissants des autres Etats, et ne permet à ces derniers de prendre fait et cause pour leurs nationaux que si l'une de ces obligations a été enfreinte » (*Ibid.*, p. 717). On peut discuter si ces obligations sont aussi « rares » que le soutient le *Contre-Mémoire*. En tout cas, elles comprennent certainement celle de ne pas porter atteinte aux biens, droits et intérêts des étrangers par un déni de justice.

(2) Cf. *supra*, n° 886.

(906) La remarque précédente revêt toute sa portée, si on se souvient que, suivant la remarque déjà citée de la Cour, l'Etat qui endosse la réclamation de son national exerce « son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter, en la personne de ses ressortissants, le droit international » (1).

Dès lors, les relations entre l'Etat national de la société et l'Etat national des actionnaires, en ce qui concerne l'exercice de la protection diplomatique, ne peuvent pas être réglées dans tous les cas suivant les principes qui définissent les rapports entre l'action de la société et celle de l'actionnaire en droit interne.

S'il y a de bonnes raisons de préférer l'action de la société à l'action individuelle en droit interne, il n'y en a aucune de priver l'Etat national des actionnaires du droit qu'il tient de l'ordre juridique international « de faire respecter, en la personne de ses ressortissants, le droit international », au profit de l'Etat national de la société qui, au surplus, n'est normalement pas incliné à intervenir au profit d'intérêts étrangers (2).

(907) Cette conclusion s'impose avec plus de force encore, s'il est possible lorsque le dommage causé à la société dépasse, soit par son importance, soit par les conditions dans lesquelles il a été infligé, les aléas inhérents à une activité commerciale normale, et que les pertes qui en résultent ne peuvent donc pas être compensées dans la poursuite de cette activité. Le point extrême est atteint lorsque une société se trouve dépouillée de la totalité des biens qu'elle possédait directement ou indirectement dans un pays déterminé, et contrainte de cesser toutes ses opérations dans ce pays, ce qui rend les pertes subies par ses actionnaires absolument définitives. Au cas où elle aurait concentré tous ses intérêts dans ce pays, la société serait pratiquement détruite et privée de tous ses moyens, *ses actionnaires restant seuls à conserver, éventuellement, la possibilité effective d'obtenir un redressement*. Tant que la société n'est pas juridiquement dissoute, ils peuvent encore, en droit interne, faire agir les organes sociaux, dans la mesure où l'importance de leur participation leur en donne le contrôle, et satisfaire ainsi aux règles du droit international en matière d'épuisement des recours internes. S'ils ne peuvent obtenir justice par cette voie, ils n'ont d'autre ressource que de s'adresser à leur propre Etat national et on voit mal comment on pourrait opposer à ce dernier un « voile de la personnalité morale » qui a, en fait, perdu toute réalité matérielle (3).

b) *La pseudo-règle « de la qualité exclusive de l'Etat national de la société pour agir en cas de préjudice causé à la société par un Etat étranger ».*

(908) Les circonstances de l'espèce, la gravité de la spoliation infligée à la Barcelona Traction, qui se voyait dépouillée de tout son patrimoine et contrainte de cesser toute activité, l'exclusion de ses organes statutaires, rendaient inadmissible l'idée d'une

(1) C.P.J.I., série A, n° 2, p. 12; série A/B, n° 20-21, p. 17 et n° 76, p. 16.

(2) Dans le même sens, cf. Ch. de Visscher, *Aspect récents du droit procédural de la Cour Internationale de Justice*, p. 144.

(3) Cf. *supra*, p. 646.

interdiction de lever le voile de la personnalité morale, injustifiable comme on vient de le voir sur le plan des principes, qui n'a été reçue, on le verra, ni dans la pratique diplomatique, ni dans la pratique conventionnelle, ni dans la pratique arbitrale et judiciaire, et qui n'appartient donc pas au droit international.

Dès lors, il ne restait plus à la Partie adverse qu'une seule possibilité : faire la démonstration qu'il existerait une règle spéciale de droit international interdisant à un Etat d'exercer sa protection diplomatique au profit de ses ressortissants, lorsque le dommage avait été supporté par ceux-ci, mais sans que leurs titres d'actionnaires aient été touchés. L'entreprise n'était pas plus facile et ses résultats ne sont pas plus convaincants.

(909) Comme on a déjà eu l'occasion de le souligner, le Gouvernement espagnol, malgré ses dénégations, n'a donc pas réussi à soutenir sa thèse sans faire appel à une prétendue règle spéciale du droit international. Il a même été contraint de la formuler avec un minimum de précision. D'après ses propres termes, il s'agit de « la règle de la qualité exclusive de l'Etat national de la société pour agir en cas de préjudice causé à la société par un Etat étranger » (1).

Très conscient des problèmes de preuve que posent l'existence et la validité de cette règle, le Gouvernement espagnol s'est efforcé d'en minimiser l'originalité. Il aimerait faire croire qu'elle « n'est que l'application logique et nécessaire des critères généraux du droit international en la matière » (2). Une telle affirmation paraît pour le moins contestable.

Les « critères généraux » en la matière sont très simples : en l'absence de conventions spéciales, un Etat ne peut exercer sa protection diplomatique qu'au profit de ses ressortissants. Il en résulte « logiquement et nécessairement » qu'un Etat n'est pas autorisé par le droit international à protéger une personne, physique ou morale, et donc une société — qui ne possède pas sa nationalité. On ne saurait baptiser cette constatation du nom de « règle de droit international », puisqu'il ne s'agit en fait que des conséquences d'une règle, mais on peut, si on le veut, l'exprimer en disant que l'Etat national d'une société a seul qualité ou a une « qualité exclusive » pour protéger celle-ci lorsqu'elle est victime d'un dommage causé par un Etat étranger. Le Gouvernement belge n'a pas à prendre position à l'égard de cette thèse, qui ne concerne pas la présente instance.

(910) Malheureusement, cette « application logique » des « critères généraux » du droit international de la protection diplomatique ne satisfait nullement le Gouvernement espagnol, qui a en vue tout autre chose. Lorsqu'il parle de sa fameuse « règle », il veut signifier, en réalité, non seulement que le gouvernement national de la société peut, seul, protéger celle-ci en tant que telle, mais encore que *ses droits excluraient ceux*

(1) *Contre-Mémoire*, IV, pp. 721. C'est sur cette même règle que se fondait implicitement le Gouvernement espagnol, dans la conclusion qu'il a formulée à la fin de la procédure orale et que cite la Cour dans son arrêt du 25 juillet 1964, C.I.J., *Rec.*, p. 44.

(2) *Ibid.*, p. 728.

des autres Etats dont les ressortissants auraient pu subir un préjudice en même temps que la société, notamment en leur qualité d'actionnaires. En bref, l'Etat national de la société disposerait d'un monopole de la protection diplomatique de tous les intérêts atteints par les actes illicites d'un Etat étranger dirigés contre la société, même si ces intérêts n'ont pas sa nationalité.

On voit par là qu'il s'agit bien d'une « règle », comme le soutient le Gouvernement espagnol, mais il s'agit d'une règle très spéciale : loin d'être une « application » des critères généraux, elle en prend le contre-pied, puisqu'elle aboutit, d'une part à autoriser un Etat à protéger des personnes qui ne sont pas ses nationaux et, d'autre part, à interdire à l'Etat national d'étendre sa protection diplomatique à certains de ses ressortissants qui ont subi un dommage du fait d'actes internationalement illicites imputables à un Etat étranger. Le caractère anormal de telles conséquences saute aux yeux.

(911) Dans une certaine mesure, on peut soutenir que la protection éventuelle d'intérêts étrangers par l'Etat national de la société est une répercussion accidentelle de l'extension de la protection diplomatique aux personnes morales, extension aujourd'hui admise sans aucun doute par le droit international.

En revanche, l'interdiction faite à un Etat de protéger ses ressortissants, victimes d'agissements illicites d'un Etat étranger, sous le prétexte qu'ils n'auraient subi de préjudice que dans les droits qu'ils possèdent dans une société étrangère, constitue une exception très grave aux principes du droit international en la matière. Une telle exception ne peut être acceptée que si elle est effectivement prescrite par une règle spéciale du droit international, elle-même valablement établie.

(912) Le simple énoncé de la règle que le Gouvernement espagnol tente de faire admettre suffit à faire naître des doutes sur son existence et son bien-fondé. Elle se trouve en contradiction avec tous les principes de la protection diplomatique et fait échec à un droit fondamental des Etats pour des raisons de pure technique juridique, propres, au surplus, au droit privé interne. En outre, elle ne peut conduire qu'à des conséquences juridiques injustes et à une inégalité choquante. Au plan des intérêts publics, d'abord, puisqu'un Etat devra renoncer à son droit de protection de ses nationaux au profit d'un Etat étranger, sans justification valable. Au plan des intérêts privés, ensuite. En effet, si les intérêts étrangers dans une société sont prédominants, l'Etat national de la société refusera normalement d'accorder sa protection à cette dernière, s'il ne peut s'appuyer sur d'autres circonstances lui conférant une raison de le faire (1). Dans une telle hypothèse, les intérêts lésés seront privés de toute protection, comme s'ils étaient soudain devenus apatrides. Il en sera encore ainsi chaque fois que la société aura la nationalité de l'Etat auteur du dommage.

(913) Du fait de ce caractère exceptionnel et contraire à tous les principes du droit international, la règle invoquée par le Gouvernement espagnol ne pourra être considérée comme établie que si elle s'appuie effectivement sur des précédents nombreux et irrécusables.

(1) V. *infra*, n° 917.

Il n'est pas sans intérêt, d'autre part, de souligner qu'il s'agit d'une règle prohibitive. A propos d'une telle règle, la Cour permanente de Justice internationale a eu l'occasion de souligner qu'il ne suffisait pas, pour en établir l'existence, de montrer que la pratique des Etats est rare ou même inexistante. Il faut encore faire la preuve que « l'abstention est motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir » (1).

(914) En présence d'une tâche aussi ardue, le Gouvernement espagnol semble avoir éprouvé quelque embarras. Curieusement, il a commencé par affirmer l'inexistence de précédents arbitraux faisant exception à la pseudo-règle qu'il invoquait, sans en offrir d'autre démonstration qu'une phrase, isolée de son contexte (2), par lequel l'avocat du Gouvernement belge tirait la conclusion des développements dans lesquels il se demandait s'il existait « une règle de droit international reconnue, établie ou implicite, qui obligerait (la Cour) à écarter la Belgique de (son) prétoire, parce qu'elle agit pour la défense de ses ressortissants actionnaires dans une société canadienne non dissoute qui a subi des dommages du fait de l'Etat espagnol » (3).

Dans la phrase citée par le *Contre-Mémoire*, le regretté professeur Sauser-Hall résumait ses constatations, selon lesquelles aucun précédent ne pouvait être invoqué à l'appui d'une telle règle dérogatoire aux principes généraux de la protection diplomatique. Le Gouvernement belge a beaucoup de mal à comprendre comment une telle phrase peut être invoquée par la Partie adverse aux fins de prouver qu'il n'y aurait pas de précédents *faisant exception*... précisément à cette fameuse règle dérogatoire. C'est oublier qu'avant de trouver des exceptions à une prétendue règle de cette sorte, il faut d'abord avoir établi qu'elle existe.

La démonstration du Gouvernement espagnol semble donc manquer de logique dans sa démarche. En fait, son attitude s'explique par la difficulté de l'entreprise. La Partie adverse a bien énuméré dans le *Contre-Mémoire* quelques précédents arbitraux qu'elle croit pouvoir invoquer à l'appui de sa thèse (4) — on verra plus loin ce qu'il faut penser de cette tentative. Pourtant, elle a dû consacrer le plus clair de son effort à une critique des nombreux précédents diplomatiques, arbitraux et conventionnels invoqués par la Belgique (5), dans l'espoir de les renverser. Même si elle avait réussi dans cet essai — ce qui, on aura l'occasion de le constater, n'est pas le cas — elle n'aurait pas encore fourni la démonstration positive qu'elle était requise d'apporter.

(1) C.P.J.I., série A/B, n° 22, p. 28.

(2) *Contre-Mémoire*, IV, n° 106, p. 723. Cf. *infra*, n° 931 et ss.

(3) *Procédure orale*, III, p. 596.

(4) *Contre-Mémoire*, pp. 723 à 728.

(5) *Ibid.*, pp. 728 à 745.

Sous-section 3

*La pratique internationale*a) *La pratique diplomatique.*

(915) Le Gouvernement belge a déjà eu l'occasion, à plusieurs reprises, de montrer que la pratique des Etats en matière de protection diplomatique des sociétés et des actionnaires faisait apparaître deux traits complémentaires (1). D'une part les gouvernements n'hésitent pas à intervenir au profit de leurs ressortissants, actionnaires de sociétés étrangères, ayant subi en cette qualité des dommages imputables à d'autres Etats, du fait d'actes internationalement illicites dirigés contre ces sociétés. En revanche, ces mêmes gouvernements s'abstiennent, de façon générale, d'intervenir au profit de sociétés nationales, lorsque leurs nationaux n'y possèdent pas d'intérêts substantiels, soit en qualité d'actionnaires, ce qui est le cas le plus fréquent, soit à un autre titre (2).

Dans la première hypothèse, l'intervention de l'Etat national des actionnaires a fréquemment abouti à la révocation des mesures dommageables, ou facilité le règlement de l'affaire par un arrangement direct entre la société et le gouvernement avec lequel elle était en contestation (3). Très souvent aussi, elle a conduit à la signature d'un traité d'indemnisation ou d'un compromis soumettant le différend à l'arbitrage. En ce sens, l'analyse de la pratique diplomatique est indissociable de celle de la pratique conventionnelle et de la pratique arbitrale, qui seront examinées aux paragraphes suivants.

Pour cette raison, et contrairement à ce qu'affirme le *Contre-Mémoire* (4), il n'est pas possible d'attacher une très grande importance aux arguments parfois opposés par les gouvernements défendeurs, en cours de négociation, pour contester le droit de protection diplomatique de l'Etat national des actionnaires. Seul est réellement significatif leur comportement final : la signature d'un traité d'indemnisation équivaut à la reconnaissance du droit qu'avait l'autre Etat de réclamer une réparation pour les dommages causés à ses nationaux en leur qualité d'actionnaires d'une société étrangère. On y reviendra aux nos 922 et suivants.

(1) *Observations et conclusions*, I, pp. 156 et s. et pp. 173 et ss.; *Procédure orale*, III, pp. 574 et s., pp. 960 et s.

(2) Par exemple en qualité d'obligataires. V. également pour une autre hypothèse l'affaire *Agency of Canadian Car and Foundry Co*, commentée ci-dessous, p. 665.

(3) V. par. ex., affaire *Tlahualilo*, évoquée ci-dessous, au n° 918.

(4) *Contre-Mémoire*, IV, p. 735, n° 113.

La signature d'un compromis d'arbitrage a la même signification, chaque fois que ce compromis règle la question de la qualité du gouvernement demandeur à présenter une réclamation. Ce point mérite d'être souligné, car le Gouvernement espagnol a cherché à créer l'impression que de tels précédents confirmeraient sa thèse, sous le prétexte que l'arbitre n'avait pas à décider si l'Etat national des actionnaires avait qualité pour endosser leur réclamation. On y reviendra un peu plus bas (1).

Les cas où la négociation n'a pas abouti ne peuvent pas davantage être invoqués, sans examen, à l'appui de la thèse espagnole. Dans beaucoup de cas le gouvernement défendeur a justifié son refus d'indemniser parce qu'il estimait n'être tenu à aucune obligation de réparer — donc pour des raisons de fond tenant aux circonstances de l'espèce — et non pas parce qu'il ne voulait pas reconnaître la qualité de l'Etat demandeur, du fait que ce dernier protégeait des actionnaires.

(916) Il y a peu à ajouter à l'exposé de la pratique diplomatique, tel qu'il a déjà été présenté par le Gouvernement belge, et qu'on vient de rappeler (2). Le *Contre-Mémoire* n'a pas cherché sérieusement à le contester, ce qu'il ne pouvait d'ailleurs pas faire. Il s'est réfugié une fois de plus derrière un argument dont la faiblesse a déjà été démontrée : celui d'après lequel il ne serait pas permis de « lever le voile de la personnalité morale » au profit d'actionnaires, car ce serait « ajouter privilège à privilège » (3). Ici, pourtant, il ne s'agit pas de théorie, mais de pratique. On ne peut en nier l'existence, ni la signification, sous le prétexte qu'elle ne cadre pas avec l'idée préconçue qu'on s'est faite de la matière (4).

A part cette défense de principe, le Gouvernement espagnol a été fort en peine pour invoquer des précédents contraires à la pratique générale dont le Gouvernement belge a pu faire état. Il s'est borné à commenter brièvement deux affaires, sur lesquelles on se voit donc obligé de revenir, afin de redresser les erreurs d'interprétation dont elles ont été l'occasion. En outre, quelques affaires ont été citées en passant. Comme les conclusions qu'on peut en tirer sont à l'opposé de ce que le Gouvernement espagnol suggère, il sera nécessaire — on s'en excuse à l'avance — d'en reprendre brièvement l'analyse. Il conviendra enfin, de revenir sur une affaire déjà longuement évoquée au cours de la première phase de la procédure, et sur laquelle on pouvait espérer que toute la clarté avait été faite : l'affaire de la *Delagoa Bay*. La lecture du *Contre-Mémoire* montre malheureusement que le Gouvernement espagnol persiste à présenter cette affaire dans des termes inexacts et à en tirer des conclusions contraires à sa véritable signification en tant que précédent.

(1) V. *infra*, n° (922).

(2) *Observations et Conclusions*, I, pp. 156 et s.; *Procédure orale*, III, pp. 584 et s.

(3) *Contre-Mémoire*, IV, p. 734.

(4) On se bornera ici à relever une déclaration du Département d'Etat, qui résume clairement la pratique du Gouvernement américain dans ce domaine : « les pertes subies par des organisations non incorporées aux Etats-Unis peuvent être l'objet de réclamations par ce Gouvernement au profit des nationaux américains, dans la limite seulement de la propriété américaine de telles organisations. Par exemple, si 40 % des actions d'une société étrangère sont propriété de nationaux américains, une réclamation peut être présentée au profit de ces nationaux pour 40 % des pertes supportées par la société » (Secrétaire Hull, Hackworth, *Digest of International Law*, V, p. 845).

(917) En ce qui concerne le refus des Gouvernements d'endosser des réclamations présentées par des sociétés nationales ne présentant pas d'intérêts nationaux substantiels, une seule espèce contraire est invoquée : l'affaire *Agency of Canadian Car and Foundry Co* (1), dans laquelle le Gouvernement américain a porté devant la commission mixte germano-américaine une réclamation concernant une société américaine dont la majorité des actionnaires était canadienne. Cette affaire, pourtant, doit être replacée dans le cadre de la pratique américaine : le Gouvernement américain est l'un de ceux qui ont le plus clairement et le plus constamment réaffirmé leur doctrine. Le 18 juin 1925, par exemple, le Département d'Etat déclarait que c'est « une pratique très ancienne (*long standing*) du Département d'Etat de s'abstenir de soutenir diplomatiquement les demandes de sociétés américaines dans lesquelles il n'y a pas d'intérêt américain substantiel » (2).

Dans l'affaire précitée, le Gouvernement américain a pris grand soin d'énumérer toute une série d'éléments démontrant l'importance des intérêts américains engagés, ce qui lui permettait de conclure : « certainement *les activités et la propriété* de la société réclamante étaient marquées entièrement (*fully impressed*) par la nationalité américaine » (3). On ne saurait donc dire qu'il a agi en ne tenant compte que de la nationalité formelle de la société; mais la réalité d'intérêts nationaux substantiels peut résulter, dans certaines circonstances, d'autres facteurs que la nationalité des actionnaires.

(918) Voulant établir ensuite que certains gouvernements auraient refusé de présenter une réclamation au profit de ressortissants actionnaires d'une société étrangère, le *Contre-Mémoire* fait état de l'affaire *Compagnie générale des caoutchoucs* (4), sans se rendre compte que celle-ci va à l'encontre de sa thèse. Ici encore, on se trouve dans une situation assez exceptionnelle. Les mesures génératrices du dommage dont il était demandé réparation concernaient, en réalité, une société purement française, le *Comptoir colonial français*. La Compagnie générale des caoutchoucs, société française également, mais à capital franco-britannique, s'en trouvait affectée dans la mesure où elle avait repris les biens et droits de la première société, en règlement de créances impayées. Toute possibilité d'intervention officielle était écartée par le fait que les recours internes n'avaient pas été épuisés. Néanmoins, une intervention du Gouvernement français, pour le compte

(1) *Hackworth, op. cit.*, V. pp. 833 et s.

(2) *Ibid.*, V, p. 840. V, d'autres déclarations ou instructions dans le même sens : *ibid.* pp. 839-840 et III, pp. 424-425. La lettre du Département d'Etat du 23 mai 1912, à propos d'une société constituée d'après les lois d'un des Etats de l'Union, s'exprime sur ce point avec une particulière netteté : « ... Il semblerait dès lors que, bien que cette entreprise soit normalement américaine, il n'existe presque aucun intérêt américain substantiel dans la société, les intérêts substantiels étant principalement anglais et équatoriens. Pour cette raison, le Département ne considère pas qu'il puisse, de façon appropriée, faire des représentations diplomatiques pour le compte de cette société » (*Ibid.*, p. 845).

Cette pratique va si loin et est si constante que la Cour des Etats-Unis en Chine elle-même, malgré la compétence extraterritoriale qu'elle tenait du régime des capitulations sur les nationaux américains, a refusé en 1935 d'assumer juridiction sur des sociétés américaines en Chine dans lesquelles n'existait pas un intérêt américain substantiel (*Hackworth, op. cit.*, II, p. 568).

(3) *Hackworth*, V, p. 836.

(4) *V. British Digest of International Law* (B.D.I.L.), vol. 5, pp. 565 et s.

des seuls actionnaires français paraissant probable, le Gouvernement britannique donna pour instruction à son représentant d'intervenir de son côté, dans cette hypothèse, bien entendu officieusement, *pour les actionnaires anglais*. On voit mal ce que le Gouvernement espagnol peut trouver de réconfortant dans cette affaire, qui confirme entièrement les vues du Gouvernement belge.

La pratique du Gouvernement britannique est d'ailleurs bien établie, et dans un sens contraire à ce que voudrait faire croire le *Contre-Mémoire*. Celui-ci est notamment mal inspiré de citer les affaires *Tlahulilo* et *Ottoman Railway Co* (1). Dans la première, le Gouvernement britannique est effectivement intervenu — conjointement avec le Gouvernement américain — au profit d'une société anglaise, à capital anglo-américain, propriétaire des actions et obligations d'une société mexicaine victime d'un dommage infligé par l'Etat mexicain. D'après l'opinion de son conseiller juridique, il n'aurait pas été justifié à intervenir pour le compte d'une société étrangère, même avec des actionnaires anglais, mais en revanche « *si les actionnaires devaient subir un préjudice dont ils ne pourraient obtenir réparation*, le Gouvernement de Sa Majesté pourrait se saisir de l'affaire comme elle le ferait pour des requérants ordinaires » (2).

Dans l'affaire *Ottoman Railway Co*, une correspondance diplomatique va jusqu'à affirmer crûment que « Le Gouvernement de Sa Majesté est constamment intervenu auprès de pays étrangers — soi-disant officieusement, mais pourtant très effectivement — dans le cas de compagnies étrangères dont les actionnaires et dirigeants étaient anglais » (3). En l'espèce, le représentant de Sa Majesté recevait l'instruction de n'intervenir qu'*officieusement, pour la seule raison que les recours internes n'avaient pas encore été épuisés* et que le *locus standi* n'était donc pas encore parvenu à maturité. Par la suite, l'affaire fut abandonnée à la demande de la société intéressée.

(919) Il est vrai que, dans l'affaire *Romano-Americana*, le Gouvernement britannique a opposé une fin de non-recevoir à la réclamation qui lui a été présentée, ce qui est peu cohérent avec sa propre attitude dans d'autres affaires. Toutefois, il s'est bien gardé, comme on voudrait le faire croire, d'affirmer que le droit international interdirait la protection des actionnaires. Son argumentation est beaucoup plus nuancée. Elle se borne à affirmer que les cas de protection des actionnaires sont rares et présentent certaines caractéristiques communes. Le Gouvernement britannique, dans sa note, les range dans deux catégories :

1. lorsque l'action du gouvernement a mis fin à l'existence de la société « en fait ou en droit » ou, en confisquant ses biens, « l'a contrainte à suspendre son activité »;
2. lorsqu'un droit a été accordé aux actionnaires par un accord particulier (4).

Même si ces conditions peuvent paraître restrictives, on se trouve, en fait, assez loin d'un refus pur et simple de reconnaître le droit de protection diplomatique des actionnaires. La position du Gouvernement britannique, dans cette affaire où il avait à se défendre contre une demande en réparation, est, d'ailleurs, encore plus ouverte que ne pourraient le laisser supposer les formules précédentes. Il ajoute, en effet, qu'« il

(1) *Contre-Mémoire*, IV, pp. 735, note 2 et 743, note 2.

(2) 5 B.D.I.L., p. 563.

(3) 5 B.D.I.L., p. 567.

(4) *Hackworth, op. cit.*, V, p. 843.

serait manifestement injuste de refuser un soutien diplomatique aux actionnaires d'une société étrangère, lorsque le gouvernement étranger, a, par sa propre faute, rendu illusoires tous les recours que la société elle-même aurait pu faire valoir autrement » (1).

On est surpris, devant de telles remarques, qui auraient pu être écrites sans en changer un mot à propos de la présente affaire, que le Gouvernement espagnol ait songé, à un moment quelconque, à tirer argument de la note à laquelle elles sont empruntées (2).

(920) Il est nécessaire, enfin, de revenir une nouvelle fois sur l'affaire de la *Delagoa Bay Railway*. Comme le Gouvernement belge a déjà eu l'occasion de le montrer à plusieurs reprises (3) les problèmes de protection diplomatique et de *ius standi* dans cette affaire ont été soulevés essentiellement au cours de sa phase diplomatique. Le présent paragraphe constitue donc le lieu approprié pour l'examiner.

Ce nouvel examen est d'autant plus nécessaire que le Gouvernement espagnol réserve ses critiques les plus sévères aux pseudo-« oublis » dont se serait rendu coupable le Gouvernement belge en relation avec cette affaire, et qui, aux dires de la Partie adverse « dépasseraient les bornes ». Le reproche, dont le ton est difficilement acceptable, est d'autant plus étrange que le Gouvernement belge n'a cessé de souligner l'intérêt et l'importance exceptionnels de ce précédent, auquel il a consacré des développements nombreux (4), mais sans doute encore insuffisants, puisque le Gouvernement espagnol continue à en méconnaître la signification.

On rappellera que l'affaire s'est ouverte par une intervention du Gouvernement britannique, au profit de la société anglaise qui donna son nom à l'affaire, actionnaire de la Compagnie de *Lourenço Marques*, elle-même titulaire d'une concession dont la rescision par le Gouvernement portugais causa le dommage dont il était demandé réparation. Il est important de souligner, en tout premier lieu, que le Gouvernement portugais, passée sa réaction initiale, n'a jamais songé à sérieusement contester le droit, pour le Gouvernement britannique, d'intervenir pour protéger la société *Delagoa Bay*. Tout au contraire, il est allé jusqu'à admettre expressément que l'exercice d'un tel droit était « digne de respect » (5). Cette attitude est d'autant plus remarquable qu'il contestait,

(1) *Hackworth, op. cit.*, V, p. 843.

(2) Dans l'affaire *Venezuelan Match and Salt Monopolies*, également citée par le *Contre-Mémoire* (p. 735, note 2), le refus d'intervenir du Gouvernement britannique s'explique par le fait que les actionnaires anglais demandaient, en fait, à être substitués aux sociétés vénézuéliennes qu'ils contrôlaient, pour l'exécution de contrats de droit public dont elles étaient titulaires. Une telle prétention était d'autant plus inadmissible qu'elle eût conduit à une véritable fraude à la loi vénézuélienne (5 B.D.I.L. pp. 569 et s.).

Deux autres affaires citées par le *Contre-Mémoire*, p. 744 en note, ne méritent aucun commentaire. Il s'agissait, en réalité, non de protection d'actionnaires, mais bien de protection de sociétés ayant une nationalité différente de l'Etat auquel elles avaient demandé d'intervenir, ou ayant une double nationalité (*Japanese House Tax*, 5 B.D.I.L., p. 568, et *Patent Slip Co*, *ibid.*, p. 571).

(3) V. *Observations et Conclusions*, I, p. 130; *Procédure orale*, III, pp. 954 et s.

(4) *Mémoire*, I, pp. 154 et s., et 161 et s.; *Observations et Conclusions*, pp. 130 et s.; *Procédure orale*, III, pp. 581 et s. et 954 et s.

(5) V. la note du Gouvernement portugais du 13 novembre 1889, dont l'auteur se déclare prêt à un règlement tenant compte des « intérêts de la société pour le compte de laquelle le Gouvernement de Sa Majesté a estimé bon d'intervenir, dans l'exercice d'un droit qui est digne de respect » (5. B.D.I.L. p. 541).

en même temps, l'affirmation du Gouvernement britannique, selon laquelle la compagnie portugaise serait « pratiquement défunte ». Soutenant cette thèse, il ne pouvait, par conséquent, pas considérer l'intervention du Gouvernement britannique autrement que comme *l'exercice d'une protection des actions irès anglais*.

Le désaccord qui s'est élevé entre les deux gouvernements ne portait donc pas sur le *jus standi* du Royaume-Uni, mais sur la procédure propre à régler l'affaire. Le Gouvernement portugais, tout en admettant le principe d'une indemnisation, estimait qu'elle devait être fixée par des négociations directes entre lui et la Compagnie portugaise ou, en cas d'échec, par un recours à la procédure d'arbitrage prévue dans le contrat de concession et conformément à la loi portugaise. De son côté, le Gouvernement britannique insistait pour un arbitrage privé international.

Il n'est pas moins intéressant de noter que, lorsque le Gouvernement portugais constata que la procédure qu'il proposait était inacceptable pour son interlocuteur (auquel s'était joint le Gouvernement des Etats-Unis), c'est lui qui insista pour que l'arbitrage à organiser fût un arbitrage intergouvernemental, *obligeant par là le Royaume-Uni à exercer sa protection diplomatique jusqu'au bout, c'est à dire jusqu'à la phase arbitrale*. Le Gouvernement britannique, de son côté, peu sûr de l'exactitude de l'évaluation du dommage, faite par la société anglaise, éprouvait les plus grandes difficultés à endosser complètement sa demande et continuait à préférer un arbitrage privé international. Cette différence de points de vue subsista jusqu'à la rédaction du compromis, qui ne la résolut pas complètement, mais plutôt l'évoluta par une rédaction ambiguë, qui conféra à l'arbitrage ce caractère un peu hybride que le Gouvernement belge a déjà eu l'occasion de mettre en lumière (1).

(921) Parallèlement aux négociations entre les gouvernements britannique et portugais, le Gouvernement des Etats-Unis fut amené à intervenir, de son côté, pour le compte de l'héritière du titulaire initial de la concession rescindée, Mac Murdo, lequel, après avoir cédé ses droits à la Compagnie de *Lourenço Marques*, était devenu le principal actionnaire de la *Delagoa Bay*. Le Gouvernement espagnol croit pouvoir se débarrasser de ce nouveau cas de protection d'actionnaires en affirmant, avec mépris, qu'il serait absurde de l'utiliser comme un précédent dans la présente affaire. Son seul argument, pour l'écarter, consiste à affirmer que « les Etats-Unis ont commencé à invoquer la qualité d'actionnaire de la compagnie anglaise *Delagoa Bay*, pour faire valoir les droits de Mme Mac Murdo, après la conclusion du compromis et, plus exactement dans les « conclusions » présentées par eux au tribunal » (2), et que cette prétention aurait été rejetée par les arbitres.

Le Gouvernement belge aura l'occasion, lorsqu'il examinera la pratique arbitrale, de montrer les erreurs d'interprétation commises par la Partie adverse au sujet de la sentence intervenue dans cette affaire (3). Pour le moment, il rencontrera l'argument central formulé dans le *Contre-Mémoire*, selon lequel l'intervention des Etats-Unis n'aurait pas pris la forme d'une protection d'actionnaires au cours de la phase pré-arbitrale.

(1) *Procédure orale*, III, p. 955. Pour un compte rendu de la négociation du compromis, V. 5 B.D.I.L. pp. 549 et s.

(2) *Contre-Mémoire*, IV, p. 726.

(3) V. *infra*, n° 939, p. 686 et suiv.

La réponse sur ce point est simple : l'argument espagnol repose sur une erreur de fait. Il n'est pas exact de dire que les Etats-Unis n'ont pas invoqué la position d'actionnaire avant que le compromis ait été corché. Il leur aurait d'ailleurs été difficile de ne pas le faire. Le Gouvernement portugais, en effet, rejeta catégoriquement leur prétention à invoquer les droits que Mac Murdo aurait conservés en tant que titulaire initial de la concession et détenteur de droits réels sur la ligne de chemin de fer et les installations. Dans des notes très fermes du 20 mars et du 12 mai 1890, le Gouvernement portugais s'attacha à démontrer que la cession consentie à la Compagnie *Lourenço Marques* avait été totale et n'avait laissé subsister aucun droit sur la concession au profit de Mac Murdo (1). Force était donc au Gouvernement des Etats-Unis de se replier sur la situation de Mac Murdo en tant que propriétaire d'actions et d'obligations de la *Delagoa Bay* (2).

Cette nouvelle position est exprimée sans ambiguïté aucune, dans une note adressée au Foreign Office le 8 août 1890 (3) et, en décembre de la même année le Ministre britannique à Washington reçut la proposition suivante du Secrétaire d'Etat américain :

« que si le Gouvernement de Sa Majesté accepte que la *part des dommages-intérêts correspondant aux actions de feu le colonel Mac Murdo dans la société* soit versée entre les mains du Gouvernement des Etats-Unis pour distribution, ce dernier les répartira équitablement entre M^{me} Mac Murdo et les personnes ayant des privilèges sur ces actions » (4).

On se souviendra avec intérêt que le compromis lui-même est daté du 13 juin 1891 et est donc bien postérieur.

Le Gouvernement britannique, après avoir souligné qu'il avait jusqu'alors agi pour le compte de la société *Delagoa Bay* et, par conséquent, pour celui de tous ses actionnaires, quelle que soit leur nationalité, accepta finalement la proposition rapportée ci-dessus et, par conséquent, l'intervention des Etats-Unis pour le compte des actionnaires américains. De son côté, le Gouvernement portugais cessa de faire opposition à cette intervention, qui n'était plus fondée sur des droits dont il refusait de reconnaître l'existence, et alla jusqu'à entrer dans des arrangements avec le Gouvernement des Etats-Unis en même temps qu'avec celui du Royaume-Uni, en vue de l'établissement d'un arbitrage international.

(1) « Le Gouvernement portugais n'a pas saisi ni ne s'est approprié la propriété de citoyens américains. Il 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 s'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 ».

(2) Le Gouvernement américain, par la suite, s'en tiendra toujours à la position selon laquelle il est intervenu dans cette affaire dans l'intérêt d'actionnaires et d'obligataires américains, ainsi qu'en fait foi la déclaration faite en 1902 et citée par les *Observations et Conclusions*, p. 136 (Foreign Relations of the U.S., 1902, p. 848).

(3) Elle est la première à être citée dans la correspondance échangée entre les deux Gouvernements figurant dans le *British Digest of International Law*. Elle précise « que les réclamations spécifiques de Mme Mac Murdo, telles qu'elles figurent dans sa requête adressée au Département d'Etat concernent une indemnisation pour (certaines) obligations hypothécaires de premier rang de la *Delagoa Bay and East African Railway (Limited)*; pour (certaines) obligations hypothécaires de second rang; et pour (certaines) actions dans ladite société » (5 B.D.I.L. p. 546).

(4) *Ibid.*, pp. 548-549.

Rétablis dans leur réalité, les faits parlent d'eux-mêmes et le Gouvernement belge s'en voudrait d'ajouter un commentaire quelconque. Il voudrait seulement souligner que, contrairement à ce que soutient le *Contre-Mémoire*, la sentence arbitrale n'affaiblit nullement la portée des conclusions qu'on peut tirer de l'analyse de la phase diplomatique, qui vient d'être faite : il en fera la démonstration lorsqu'il examinera la pratique arbitrale (1).

b) *La pratique conventionnelle.*

(922) Dans une certaine mesure, la pratique conventionnelle n'est qu'un aspect ou, tout au moins, un prolongement de la pratique diplomatique, puisque chaque traité marque l'aboutissement et la conclusion d'une négociation. Elle n'en présente pas moins une signification particulière. Le Gouvernement espagnol, lui-même, a bien voulu admettre que « les traités conclus entre Etats peuvent certainement contribuer à la formation du droit coutumier », bien qu'il ajoute que « la plus grande prudence (est) nécessaire, s'agissant d'opérer des transpositions trop faciles du droit conventionnel au droit général » (*C.M.*, IV, n° 109, p. 729). On lui donne volontiers acte de cette réserve, qui est d'ailleurs tout à fait justifiée.

La place prise par le droit conventionnel dans la formation de règles de droit coutumier est aujourd'hui très généralement reconnue (2) et a été soulignée par la Cour permanente elle-même (3). Elle ne saurait donc pas être contestée.

Il est vrai que, par les traités, les Etats peuvent introduire, dans leurs rapports mutuels, des dérogations aux règles du droit international général. On ne saurait, cependant, le présumer. Dans beaucoup de cas, les rédacteurs d'un traité se contentent d'aménager leurs rapports mutuels dans le cadre des règles générales, à appliquer ces règles en les adaptant aux particularités de leur situation individuelle. En particulier, lorsqu'un Etat accepte, par voie conventionnelle, de verser une indemnité à un autre, en réparation d'un dommage déterminé, cela signifie normalement qu'il reconnaît que la demande à laquelle il fait droit n'était pas dépourvue de justification. Il n'en serait autrement que s'il avait dû céder à une contrainte irrésistible.

Dès lors, si un grand nombre de traités se trouvent consacrer les mêmes règles et les mêmes principes, cette coïncidence ne peut être dépourvue de signification. Tout au contraire, elle trahit une conception commune, chez les auteurs de ces traités, de ce qu'est le contenu du droit, conception qui est d'autant plus impressionnante que les Etats liés par les traités en cause sont plus nombreux, leurs situations respectives plus diverses et les domaines où interviennent les convention plus variés. Une pratique conventionnelle de cette nature représente une reconnaissance, difficilement récusable, de l'existence de règles coutumières et contribue elle-même, de façon remarquable, à l'établissement et à la consolidation d'une telle coutume (4).

(1) *Infra*, n° 939 p. 686 et suiv.

(2) P. Guggenheim, *op. cit.*, tome I, p. 51; P. Reuter, *op. cit.*, p. 50; Ch. Rousseau, *Principes généraux du droit international public*, Paris 1944, tome I, pp. 855 et s.

(3) C.P.J.I., série B, n° 12, p. 32; série A, n° 1, p. 25; n° 23, p. 27.

(4) Cf. Ch. de Visser, *Rec. Académie de droit international*, 1925, I, p. 355; C.P.J.I., série A/B, n° 5, pp. 25-28, n° 9, p. 35, n° 22, p. 27.

(923) Le Gouvernement belge a cru devoir rappeler ces principes, qui sont indiscutables, et que le *Contre-Mémoire* lui-même a bien dû admettre, mais en s'efforçant de les minimiser. Toutefois, pour éviter toute équivoque, il tient à rappeler une fois de plus qu'il n'invoque, pour sa part, aucune règle particulière relative à la protection des actionnaires, mais seulement les règles générales, bien établies, en matière de protection diplomatique. Il ne cherche donc pas à faire la preuve que les précédents conventionnels en la matière ont provoqué la formation d'une règle coutumière nouvelle, bien que le nombre, l'importance et la variété de ces précédents, joints à la pratique diplomatique et aux décisions arbitrales, suggèrent, en effet, que l'application des principes généraux à l'hypothèse de la protection des actionnaires a acquis une valeur coutumière. Néanmoins, le Gouvernement belge veut simplement voir dans cette abondante pratique conventionnelle, la confirmation de l'exactitude de l'interprétation qu'il donne aux règles générales en matière de protection diplomatique et à leur application dans le cas de dommages subis par les actionnaires dans les droits et intérêts qu'ils possèdent dans une société étrangère.

Cette même pratique, en tout cas, est suffisamment claire et concordante pour réduire à néant l'espoir du Gouvernement espagnol d'établir l'existence de cette prétendue « règle de la qualité exclusive de l'Etat national de la société pour agir en cas de préjudice causé à la société par un Etat étranger », qui constitue la clé de voûte de son argumentation. La pratique conventionnelle montre non seulement que cette règle n'existe pas, mais encore que toutes les tendances du droit international contemporain vont exactement dans le sens opposé — *ce qui correspond tout naturellement à l'évolution des faits économiques*. De plus en plus, les besoins de financement des grandes entreprises modernes exigent le concours de capitaux venant de plusieurs pays, mais investis dans le cadre d'une même société.

(924) Sentant la faiblesse de sa position sur ce terrain, le Gouvernement espagnol n'a pas insisté et est passé aussi rapidement que possible. Il ne s'est engagé dans une discussion un peu détaillée qu'à propos de deux projets de conventions multilatérales, celui de l'O.C.D.E. et celui de la B.I.R.D., à propos desquels il a émis des interprétations tout-à-fait contestables, sur lesquelles on reviendra un peu plus loin.

A propos des accord bilatéraux, en revanche, le *Contre-Mémoire* s'en tient à des considérations très générales, tendant à faire croire que les traités qui ont pu être invoqués par le Gouvernement belge ont tous trait à des situations exceptionnelles et anormales, dont on ne pourrait donc tirer aucune conclusion valable pour des situations normales.

La vérité est bien différente. On rencontre, en réalité, de nombreux traités concernant l'activité de sociétés à l'étranger ou la situation de sociétés ayant des actionnaires étrangers, dans des hypothèses les plus diverses. Bien évidemment, la plupart des traités concernant des problèmes de réparation ont été signés à la suite d'événements ayant provoqué des dommages d'une ampleur exceptionnelle : guerre, révolution, nationalisations. Il en a toujours été ainsi. Déjà au dix-neuvième siècle, la majeure partie des traités qui ont établi des commissions mixtes d'arbitrage avaient pour objet d'apurer

le contentieux international né de mouvements insurrectionnels ou de guerre civile (1). Le fameux arbitrage de l'Alabama n'a pas fait exception à cet égard. Il en a été de même encore pendant la première partie du vingtième siècle (2). Malgré les circonstances dans lesquelles ils sont intervenus, ces accords d'arbitrage ont toujours été considérés comme présentant une grande importance et les décisions prises par les tribunaux qu'ils ont institués, comme des précédents de grande autorité. Le Gouvernement espagnol en a lui-même invoqué un certain nombre à l'appui de ses thèses.

(925) Aussi exceptionnelles qu'elles aient été, les mesures du temps de guerre ont d'ailleurs, dans plus d'un cas, servi de révélateur et fait apparaître certaines vérités de portée générale et permanente qui n'ont plus pu être oubliées par la suite. C'est ainsi, par exemple, que les mesures relatives aux biens ennemis ont introduit dans la pratique et la doctrine, lorsqu'elles ont touché des sociétés commerciales, l'idée de contrôle. Celle-ci a mis en lumière, de façon saisissante, que la personnalité des sociétés et, plus encore, leur nationalité, sont de simples procédés de technique juridique, qui ne peuvent être érigés en absolu. Le « voile de la personnalité » peut être levé, lorsque les réalités économiques et sociales qu'il recouvre prennent de l'importance pour l'Etat, notamment en raison de leur caractère étranger.

Les dispositions des traités qui ont été consacrées à ces problèmes ont montré qu'il en allait de même lorsque la nationalité des intérêts investis dans une société commerciale avait des conséquences au plan des relations interétatiques. Cette transposition n'a rien de surprenant. Elle est tout-à-fait conforme au réalisme du droit international, qui ne se laisse pas facilement arrêter par les technicités du droit privé étatique.

Toutefois, la théorie du contrôle a très rapidement débordé, en droit interne, du domaine des biens ennemis et a exercé une influence durable et profonde sur les notions mêmes de personnalité juridique et de nationalité des sociétés en général. Il ne pouvait en aller autrement au plan du droit international et c'est ce qui explique — avec la multiplication des sociétés à capitaux internationaux, déjà signalée — le grand nombre de traités récents qui prennent en considération la nationalité des actionnaires à côté de celle de la société.

On voit ainsi se développer une notion qui prend de plus en plus d'importance dans la pratique : celle d'intérêts « substantiels » ou « importants », possédant une nationalité autre que celle de la société où ils sont concentrés, et dont la présence justifie un régime particulier pour cette société, nonobstant sa nationalité formelle, ou une intervention de leur Etat national.

(1) A commencer par les célèbres traités Jay, jusqu'aux conventions passées par le Venezuela après les événements de 1891, en passant par les accords entre les Etats-Unis, d'une part, la France, l'Angleterre et l'Espagne, de l'autre, pour régler les conséquences de la guerre de Sécession.

(2) Par exemple, l'affaire des biens anglais au Maroc espagnol (compromis du 29 mai 1923), *Rec. des Sentences arbitrales*, (II, p. 620) et les conventions de 1923-25 avec le Mexique, *Ibid.*, IV, p. 11 et V, pp. 7, 313, 567.

Il est tout-à-fait remarquable que « cette levée du voile » de la personnalité morale soit effectuée dans certains cas dans l'intérêt des tiers, mais, plus souvent, dans celui des actionnaires eux-mêmes. Ceci apporte un nouveau démenti, s'il en était encore besoin, à la fameuse théorie espagnole sur l'interdiction d'écarter le manteau de la personnalité morale au profit des actionnaires.

(926) Le nombre et la variété des conventions bilatérales interdisent qu'il en soit fait une analyse détaillée, qui serait lassante. On ne peut donner, à leur sujet, que quelques indications très générales, mais suffisantes pour en apprécier la portée.

En matière de réparation, les accords les plus fréquents sont relatifs à l'indemnisation des atteintes portées à des biens étrangers par des mesures d'expropriation ou de nationalisation. Malgré les affirmations du Gouvernement espagnol, il n'est plus possible de qualifier de telles mesures, qui ont pris tant d'importance depuis vingt ans, d'anormales et exceptionnelles. Les opérations de nationalisation ne le sont que par le volume des transferts de propriété qu'elles entraînent, avec les conséquences que cela comporte quant au montant des indemnités à verser et aux problèmes de changes qui peuvent en résulter. Ceci, joint à la position hostile à toute indemnisation prise par certains Etats, explique que la fixation de ces indemnités, lorsque la nationalisation a touché des intérêts étrangers, ait généralement exigé des accords particuliers. De façon très générale, ceux-ci ont pris en considération la nationalité réelle des biens, droits et intérêts touchés par la nationalisation, et non la nationalité formelle des sociétés dont les entreprises ont été expropriées (1). Ils n'ont pas fait de distinction suivant les modalités techniques de la nationalisation, c'est-à-dire suivant qu'elle avait transféré la propriété des entreprises ou celle des actions des sociétés exploitantes.

On ajoutera seulement une référence à un accord particulier qui présente une signification spéciale dans la présente affaire, parce que l'Espagne en a été l'une des parties. Le traité en question est la convention du 25 novembre 1925, entre le Mexique et l'Espagne, établissant la Commission hispano-mexicaine de réclamations. L'article 3 dispose que :

« La Commission connaîtra de toutes les réclamations contre le Mexique... pour pertes ou dommages causés aux intérêts de ressortissants espagnols ou de protégés espagnols dans des sociétés, compagnies, associations ou autres groupements d'intérêts, pour autant que, dans ce cas, l'intérêt de la victime soit de plus de cinquante pour cent du capital total de la société ou association dont elle fait partie... ».

Des dispositions similaires figurent dans les accords passés à cette époque par le Mexique avec respectivement, la France, l'Allemagne, l'Italie et le Royaume-Uni (2).

Il est clair qu'aucun des Etats partie à ces accords n'essayait d'imposer au Mexique une catégorie de responsabilité à laquelle il n'était pas soumis précédemment. Pourtant le langage employé montre que les parties regardaient un dommage à une

(1) V. p. ex., les accords passés par les Etats-Unis, la France, l'Allemagne, le Royaume-Uni, l'Italie et l'Espagne avec le Mexique, de 1923 à 1927, reproduits dans *A.H. Feller, The Mexican claims commissions*, New York 1935 et dans le *Rec. des sentences arbitrales* IV, p. 11 et V, pp. 7. 313, 567. Cf. également *annexe* n° 120 et *infra*, nos 975 et ss.

(2) V. la référence note précédente.

société dans laquelle un de leurs nationaux était actionnaire comme donnant lieu à une responsabilité directe à l'égard des actionnaires, à déterminer suivant les conditions établies dans les accords.

On voit difficilement comment l'Espagne, après avoir cherché en 1925 à bénéficier des dispositions du droit international l'autorisant à exercer une protection au profit des actionnaires espagnols dans des sociétés non espagnoles ayant subi des dommages au Mexique, pourrait aujourd'hui soutenir que des dommages de cette nature ne pourraient faire naître aucun droit à réparation au profit des actionnaires d'après le droit international.

(927) A côté de ces accords d'indemnisation, il faut faire place également à de nombreuses conventions relatives à la protection des investissements à l'étranger, aux conventions fiscales et aux traités concernant de façon plus générale l'activité des sociétés commerciales à l'étranger, ce qui est le cas d'un nombre croissant de traités d'établissement, de commerce et d'amitié. Ce sont précisément ces accords dont le Gouvernement espagnol a consenti à reconnaître qu'ils pourraient « fournir des indications utiles », parce que ce sont ceux où les Etats contractants « fixent justement, à titre réciproque et d'une manière normale, les principes relatifs au traitement de leurs nationaux respectifs, personnes physiques et morales » (1).

La lecture des plus récents d'entre eux, lorsqu'ils envisagent de façon extensive la situation des sociétés commerciales (ce qui n'est pas le cas des plus anciens), est en effet fort instructive. Elle montre que la prise en considération d'intérêts « prépondérants », « substantiels » ou simplement « importants » à l'intérieur de sociétés de nationalité différente est désormais définitivement entrée dans la pratique conventionnelle contemporaine.

Une analyse détaillée des dispositions figurant dans ces diverses catégories de traités déborderait manifestement le cadre de la présente *Réplique*. Elle a donc été reportée dans une note figurant en annexe (A. R. n° 120). Les indications précédemment données suffisent à montrer combien la thèse espagnole se trouve contredite par la grande masse de la pratique conventionnelle contemporaine.

(928) Vainement, le Gouvernement espagnol espère dissimuler l'importance de cette pratique, en invoquant les projets de conventions multilatérales : celui de l'O.C.D.E. et celui de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement, ce dernier entré en vigueur, d'ailleurs, depuis la rédaction du *Contre-Mémoire*. Les commentaires dont le Gouvernement espagnol les accompagne ne peuvent pas dissimuler à quel point ces deux importants documents apportent la contradiction à ses propres thèses.

Le premier projet, celui de l'O.C.D.E., est relatif à la protection des investissements à l'étranger, c'est-à-dire, pour adopter la terminologie de la convention, des « biens » étrangers. La définition des « biens » ainsi protégés revêt donc une importance capitale. Elle est donnée par l'article 9 (c) du projet, auquel le *Contre-Mémoire* fait

(1) *Contre-Mémoire*, IV, p. 729.

allusion, mais de façon incomplète, on verra bientôt pourquoi. L'article 9 (c) prévoit expressément que le terme « biens » dans la convention s'appliquera à tous les biens, droits et intérêts, possédés directement ou indirectement (par des étrangers) « y compris l'intérêt qu'un membre d'une société est considéré comme ayant dans les biens de cette société » (1). Dans le commentaire dont les auteurs du projet accompagnent cet article, il est précisé que le terme « membre » d'une société a été préféré à celui d'« actionnaire », parce qu'il paraissait plus large.

Aucune formule ne pouvait mieux confirmer la thèse belge, qui affirme qu'il n'existe aucune raison valable de faire suivre aux droits des actionnaires un sort différent de tous les autres « droits, biens et intérêts » auxquels s'intéresse le droit international (2), et de les pénaliser en les privant de toute protection diplomatique, par une règle d'exception. Elle est d'autant plus remarquable que le commentaire déjà cité souligne que la définition de l'article 9 (c) est « en conformité avec la pratique judiciaire internationale ». On pouvait donc s'attendre qu'elle embarrassât considérablement le Gouvernement espagnol. On est donc stupéfait de le voir avancer tranquillement que « cette clause réaffirme donc, dans son intégrité et sans y admettre la moindre fissure, le principe essentiel qui réserve à l'Etat national de la société le droit d'intervenir au titre de la protection diplomatique pour faire valoir les préjudices causés à la société par un Etat étranger, en violation d'une obligation internationale » (3). C'est tout simplement une contre-vérité — tout au moins si ce qui est baptisé ici « principe essentiel » est bien identique à la « règle » inventée pour enlever à l'Etat national des actionnaires le droit de protéger ses ressortissants.

Il est vrai que l'article 9 (c) comporte plusieurs réserves, dont l'une est importante pour la présente discussion. Le Gouvernement espagnol, qui n'a pas reproduit le reste de l'article, cite cette phrase d'après laquelle aucune demande ne pourra être présentée en application de la convention projetée, en ce qui concerne les intérêts d'un « membre » d'une société « si la société est ressortissant d'une partie autre que celle qui a pris les mesures affectant les biens de la société ». En d'autres termes, l'action au profit des actionnaires ne pourra être intentée contre l'Etat auteur du dommage que s'il est aussi l'Etat national de la société. Le Gouvernement belge a déjà eu l'occasion d'expliquer, sans être contredit, la portée réduite de cette clause (4); on verra dans un instant qu'elle n'empêche en aucune façon que, dans l'hypothèse où elle s'applique, les actionnaires ne continuent à bénéficier des moyens propres à obtenir réparation des dommages qu'ils peuvent avoir subis.

Même si c'est avec cette limite, d'importance pratique négligeable, il n'est pas contestable que le projet en question consacre effectivement le droit de protection diplomatique au profit des actionnaires — et ceci ne va certainement pas dans le sens de la thèse espagnole. Comme on le verra un peu plus loin (5), la protection des actionnaires contre l'Etat national de la société soulève, au contraire, des problèmes particulièrement dangereux pour l'argumentation de la Partie adverse. On ne saurait contester cependant

(1) Le texte du projet a été publié, avec un commentaire, par l'O.C.D.E. elle-même, sous forme de brochure. C'est à cette publication officielle qu'il est fait référence. V. également le texte anglais, avec le même commentaire, in *International Legal Materials*, II, p. 241.

(2) Cf. *supra*, pp. 638 et s. Add. pp. 707 et suiv.

(3) *Contre-Mémoire*, p. 730.

(4) *Procédure orale*, II, pp. 539 et s.

(5) *Infra*, n° 932.

que la réserve citée plus haut ne limite de façon appréciable le droit de protection des actionnaires dans le cadre du projet de convention actuellement examiné (1). Peut-on en tirer des conclusions de portée générale, comme le fait le Gouvernement espagnol, qui s'empresse de proclamer que « la clause en question, placée dans un projet de convention émanant des Etats qui sont parmi les plus intéressés à la protection des intérêts privés à l'étranger, représente manifestement jusqu'ici la tentative la plus poussée pour faire admettre dans un instrument international de portée générale une quelconque protection des intérêts des associés » (*C.M.*, IV, n° 110, p. 730)?

Que le but du projet de convention soit bien de permettre une meilleure protection des investissements privés à l'étranger ne fait aucun doute. Que ce projet contienne un certain nombre d'innovations n'est pas plus discutable. Mais *ce n'est pas au plan de la protection diplomatique*, tout au moins en ce qui concerne les règles de fond.

Toute tentative d'interprétation du projet de convention de l'O.C.D.E. qui fait abstraction de l'économie du projet ne peut qu'être fallacieuse. Elle l'est encore plus si elle procède à une distorsion de l'objet de la convention. En ce qui concerne les différends, l'objet essentiel de cette dernière est d'instituer une procédure d'arbitrage efficace. Cette procédure d'arbitrage est ouverte d'abord aux Etats agissant par voie de protection diplomatique, mais ses dispositions les plus révolutionnaires consistent à permettre *aux particuliers eux-mêmes* d'agir contre l'Etat auteur du dommage devant le tribunal international d'arbitrage (art. 7 (6)). Une telle possibilité n'existe que si l'Etat poursuivi l'avait acceptée par une déclaration facultative, comparable à celle prévue à l'article 36, 2, du statut de la Cour. Elle n'en constitue pas moins une disposition essentielle du projet de convention, dont la portée est si considérable que tous les autres articles ont dû la prendre en considération.

De cette disposition résulte une conséquence capitale : comme cela est le cas dans l'ordre interne, les actionnaires lésés disposeront, contre l'Etat auteur du dommage qui les atteint, de l'action mue par les organes sociaux. Ils pourront, par l'intermédiaire de ceux-ci, instituer une procédure d'arbitrage internationale, *même s'ils sont d'une autre nationalité que la société*. Il n'est donc nullement nécessaire de prévoir à leur profit, la possibilité d'une protection diplomatique individuelle, *sauf dans une hypothèse : lorsque la société à laquelle ils appartiennent a la nationalité de l'Etat auteur du dommage*. Bien évidemment, le projet de convention ne s'applique pas aux relations entre l'Etat et ses propres nationaux. Dans une telle hypothèse, le problème de nationalité reprend de l'importance ; les actionnaires ne peuvent obtenir un arbitrage international entre la société et l'Etat auteur du dommage, il faut donc qu'ils puissent exceptionnellement continuer à bénéficier, dans ce cas, de la protection diplomatique. Il est très remarquable que le projet de convention ait bien pris soin de le reconnaître de façon spécifique.

(929) Le second projet de convention générale évoqué par le *Contre-Mémoire* fait l'objet des mêmes erreurs d'interprétation, pour ne pas dire des mêmes distorsions — et pour les mêmes raisons : il ne sera donc pas nécessaire de s'y arrêter longuement.

(1) La référence, dans le commentaire de l'O.C.D.E., à la « conformité avec la pratique judiciaire internationale », ne s'applique qu'à la définition du mot « bien », incluant les droits des actionnaires. Elle ne vaut pas pour les dispositions procédurales, qui sont, au contraire originales, comme on le verra au texte.

Il s'agit, on le sait, d'un projet de « convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats ». Il a été soumis aux Gouvernements le 18 mars 1965 et signé, en quelques mois, par quarante-huit Etats. Il devait entrer en vigueur trente jours après le dépôt de la vingtième ratification (1). Cette condition a été effectivement remplie le 14 septembre 1966, ce qui confère, évidemment, beaucoup plus d'autorité à ce document.

Dans ce cas, les choses sont plus simples encore. Comme le souligne le titre même du projet, il n'est plus du tout question de protection diplomatique, mais seulement d'une procédure de conciliation et d'arbitrage entre Etats et particuliers, sous l'égide d'un « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements », rattaché à la Banque internationale. L'article 27, reproduit par le *Contre-Mémoire* page 732, interdit même expressément l'exercice de la protection diplomatique pour les différends soumis à cette procédure particulière. Tout est donc très clair.

Les remarques précédemment faites à propos de l'inutilité de la protection diplomatique des actionnaires individuellement, dès lors qu'ils peuvent agir internationalement par l'intermédiaire des organes de la société conservent ici toute leur valeur. Toutefois, le problème de nationalité se pose, dans ce cas, de deux façons différentes encore : pour déterminer les sociétés qui peuvent invoquer la convention et pour régler le cas des actionnaires étrangers appartenant à une société qui a la nationalité de l'Etat auteur du dommage dont ils se plaignent.

En ce qui concerne le premier point, il est exact que le texte de la convention diffère sensiblement, comme le fait remarquer le *Contre-Mémoire*, de l'avant-projet de 1963, dont il avait été fait état au cours de la procédure orale. D'après l'article 25 (2) (b), est considéré comme « ressortissant d'un autre Etat contractant », au sens de la convention, « toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend ». Une société ayant la nationalité d'un Etat non partie à la Convention, mais dans laquelle des ressortissants d'un Etat contractant possèdent des intérêts importants, ne peut donc plus bénéficier de la procédure particulière établie par la convention.

Les conséquences de cette modification sont de réduire le champ d'application de la convention, comme on vient de le dire. On ne peut tirer aucune autre conclusion de la décision prise par les auteurs de ce texte, certainement pour des raisons d'opportunité, afin de ne pas empiéter sur la souveraineté des Etats tiers dont des sociétés, même contrôlées par des ressortissants des Etats contractants, continuent formellement à porter la nationalité. Cette décision ne fait, en tout cas, pas régresser le droit substantiel de la protection diplomatique, comme le Gouvernement espagnol laisse supposer qu'on pourrait le prétendre (2), puisque toute la convention est étrangère à la matière de la protection diplomatique (aussi bien au point de vue de la procédure qu'à celui du droit substantiel, d'ailleurs). En particulier, la convention n'oppose aucun obstacle juridique à la protection diplomatique d'actionnaires nationaux d'Etats contractants dans des sociétés ayant la nationalité d'Etats non contractants.

(1) Publié par le B.I.R.D., avec le rapport des Administrateurs, le 18 mars 1965. V. le texte du projet dans le *Journal de droit international privé*, 1965, pp. 50 et s., avec l'étude de M. Delaume, Conseiller juridique de la B.I.R.D., *ibid.*, pp. 26 et s.

(2) *Contre-Mémoire*, IV, p. 732, note 2.

(930) La question de la nationalité de sactionnaires conserve de l'importance, également, lorsque la société est ressortissante de l'Etat auteur du dommage dont on cherche réparation. Comme c'était le cas pour le projet de l'O.C.D.E., la convention ne s'applique pas aux différends entre un Etat et ses propres ressortissants, même s'ils possèdent une seconde nationalité.

Comme le fait remarquer le rapport des Administrateurs, cette exclusion est absolue et ne peut être écartée *même si l'Etat partie au différend y consent*, lorsqu'il s'agit d'une personne physique (1). Au contraire, la même solution n'a pas pu être retenue pour les personnes morales, puisque, est autorisée à recourir à la procédure exceptionnelle prévue par la convention « toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend... et que les parties sont convenues, aux fins de la présente convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers » (article 25 (2) (b)).

Il est tout-à-fait remarquable que les auteurs du texte de la convention n'aient pas cru pouvoir éviter de réserver un traitement particulier aux personnes morales, ni attribuer la même signification à la nationalité des personnes physiques et à celle des sociétés. Il est tout aussi notable qu'ils n'aient pas hésité à « lever le voile de la personnalité morale » et ce, dans l'intérêt des actionnaires. Devant ce nouveau coup porté à sa théorie de l'interdiction de la levée du voile, le Gouvernement espagnol se montre particulièrement discret.

Sans doute, sur le plan de la procédure, les auteurs du texte de la convention ont-ils été très prudents. Ils exigent que le contrôle exercé sur la société par des intérêts étrangers — qui se prête mal, on le sait, à des définitions abstraites — soit reconnu par les parties au différend, donc par l'Etat national de la société. Mais cette précaution n'enlève rien à la signification du principe au nom duquel a été prise en considération la présence d'intérêts étrangers dans la société, afin de leur permettre d'obtenir réparation du dommage qu'ils ont subi à travers la société (2), en dépit de la règle excluant l'application de la convention entre un Etat et ses propres ressortissants. Les auteurs du texte de la convention, d'ailleurs, ont probablement pensé que l'Etat national de la société ne se refuserait pas à reconnaître le contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers, afin de bénéficier de la procédure instituée par la convention, plutôt que de s'exposer à une intervention de l'Etat national de ces intérêts par la voie de la protection diplomatique.

On voit par là que la convention établie par la B.I.R.D., bien loin d'apporter de l'eau au moulin de la Partie adverse, comme celle-ci s'en flatte, porte une nouvelle et sérieuse atteinte aux théories artificielles qu'elle avait laborieusement édifiées. On ne saurait oublier, en outre, que cette convention a été signée par un nombre élevé d'Etats et a pu réunir, dans des délais étonnamment brefs (moins de dix-huit mois), le nombre pourtant important de ratifications nécessaires à son entrée en vigueur. Cela manifeste que la reconnaissance des droits des actionnaires étrangers d'une société, lorsque celle-ci subit un préjudice imputable à un Etat, est devenue une réalité tout-à-fait incontestable.

(1) V. p. 10 du document de la B. I. R. D.

(2) Il n'est pas question des fameux « droits propres », chers au Gouvernement espagnol.

c) *La pratique arbitrale.*1° *La présentation de la pratique arbitrale dans le Contre-Mémoire.*

(931) Le *Contre-Mémoire* ne consacre pas moins de trois paragraphes à l'examen de la pratique arbitrale, dont le premier, le paragraphe 5, VI, p. 721 est intitulé : « Inexistence de précédents arbitraux faisant exception à la règle de la qualité exclusive de l'Etat national de la société pour agir en cas de préjudice causé à la société par un Etat étranger ». On a noté déjà ce qu'il y avait d'illogique à rechercher s'il y a des exceptions à une règle avant d'avoir tenté de prouver que cette prétendue règle, elle-même en contradiction avec les principes généraux du droit international en la matière, a été effectivement reçue dans le droit positif. Au surplus, dans ce paragraphe, le Gouvernement espagnol ne discute ni même n'évoque aucune affaire et se borne à reprendre les raisonnements qui ont été critiqués plus haut (n° 908 et suivants).

Le paragraphe 6, p. 723, porte également un titre peu approprié : « Précédents qui confirment la règle », puisque celle-ci n'a toujours pas été établie. Du moins énumère-t-il quelques espèces que le Gouvernement espagnol espère pouvoir invoquer en sa faveur. Elles paraissent fort insuffisantes pour fonder une « règle » aussi dérogatoire au droit commun de la protection diplomatique et le choix de l'intitulé du paragraphe qui les contient dénote sans doute que le Gouvernement espagnol en était lui-même conscient. Au surplus, on verra, un peu plus bas, qu'elles ont été sollicitées d'une façon qui les rend souvent méconnaissables.

Enfin, le *Contre-Mémoire* repousse beaucoup plus loin, dans un paragraphe 9 (p. 735), « les cas de protection d'actionnaires d'une société contre l'Etat national de la société ». Les raisons de ce traitement singulier ne sont pas très difficiles à saisir.

Tout d'abord, il importait de réduire l'impression que pouvait procurer le rapprochement de trop nombreux précédents défavorables à la thèse espagnole. Une division de la pratique arbitrale en deux paragraphes, séparés par la discussion d'autres questions, ne manquait donc pas d'avantages. Mais en outre et surtout, le Gouvernement espagnol est devenu très conscient que l'importance des cas de protection diplomatique des actionnaires d'une société contre l'Etat national de cette société et le relief qui leur a été donné dans la doctrine enlèvent définitivement toute vraisemblance à sa fameuse « règle de la qualité exclusive de l'Etat national de la société pour agir en cas de préjudice causé à la société par un Etat étranger ».

L'appréciation de plus en plus aiguë, par le Gouvernement espagnol, du danger couru de ce fait par ses théories, se reflète dans les changements, très significatifs, intervenus dans son argumentation. Dans les *Exceptions préliminaires*, il s'est attaché, avec beaucoup de persévérance, à démontrer que, dans toutes les affaires où on pouvait admettre qu'il y avait eu protection des actionnaires, la société avait la nationalité de l'Etat contre lequel la réclamation était dirigée (1). Ce point lui paraissait « le plus important » (2) de toutes les conditions qui devaient être remplies pour que la protection

(1) *Exceptions préliminaires*, I, pp. 200 à 206, 208, 219, 222.

(2) *Ibid.*, p. 222.

d'actionnaires fût admissible à ses yeux. Il n'avait pas encore découvert sa pseudo « règle de la qualité exclusive de l'Etat national de la société » et admettait alors que des cas de protection d'actionnaires se rencontraient aussi bien dans la pratique des Etats que dans la jurisprudence arbitrale, bien que ce fût un « phénomène exceptionnel » (1). L'argument lui paraissait, en effet, extrêmement intéressant du fait que, dans la présente affaire, la société préjudiciée n'avait pas la nationalité de l'Etat responsable du dommage.

Au cours de la *Procédure orale*, le Gouvernement espagnol a continué à montrer la même insistance (2) et à développer les mêmes conclusions (3).

Brusquement, dans le *Contre-Mémoire*, cette thèse change du tout au tout. Le Gouvernement espagnol soutient désormais que, dans tous les cas où le droit de l'Etat national des actionnaires de protéger ceux-ci contre l'Etat national de la société a été admis « le préjudice qu'on a pris en considération était un préjudice infligé non pas à une société en tant que telle, mais, en réalité, à l'associé lui-même : il consistait *non pas dans une lésion des droits propres de la société en tant que personne distincte, mais dans la lésion des droits propres de l'associé* » (4).

(932) Pourquoi cette volte-face? On peut penser qu'elle a été provoquée par le fait que le Gouvernement espagnol a eu le temps de méditer les remarques présentées par les conseils du Gouvernement belge, au cours de la *Procédure orale*. Ceux-ci ont montré « qu'en étant obligé, par des précédents notoires invoqués par lui, d'accepter le droit de protection de l'Etat des actionnaires en cas de lésion de droit par l'Etat national de la société, le Gouvernement défendeur voyait sa thèse s'écrouler par l'effet de cette contradiction interne, et l'écroulement est inévitable » (5). Il est bien clair en effet que tous les arguments invoqués par le Gouvernement espagnol pour justifier sa pseudo-règle de « la qualité exclusive de l'Etat national de la société » (violation d'une obligation *envers la société* et son Etat national et non envers les actionnaires et leur Etat national, inexistence d'un droit à réparation des actionnaires en dehors d'atteinte à leurs prétendus « droits propres », interdiction de lever le voile de la personnalité morale) ont une portée tout-à-fait générale et que, s'ils étaient fondés, ils seraient valables *quelle que soit la nationalité de la société, y compris dans le cas où elle aurait la nationalité de l'Etat auteur du dommage*. Si la pratique montre que tous ces arguments sont mis de côté dans ce dernier cas, toute la construction qu'ils soutenaient s'écroule. « Du moment qu'on admet la protection des actionnaires dans le cas où la société lésée a le statut national de l'Etat auteur du dommage, on est amené, par identité de motifs, par les nécessités de la logique, par le système même adopté par l'Espagne, et en quelque sorte *a fortiori*, à l'admettre également dans le cas où la société a le statut d'un Etat tiers » (6).

(1) *Ibid.*, p. 220.

(2) *Procédure orale*, II, pp. 234 à 237, 240 et III, p. 861.

(3) *Ibid.*, II, p. 240.

(4) *Contre-Mémoire*, IV, n° 117, p. 738.

(5) *Procédure orale*, III, p. 590. Contrairement à ce qu'affirme le *Contre-Mémoire*, (p. 737, note 1), en se référant paradoxalement à un développement du conseil belge qui reprend et développe précisément cette critique (*Procédure orale*, III, p. 959), le Gouvernement belge n'a jamais « reconnu l'impossibilité de formuler ce reproche ».

(6) *Procédure orale*, III, p. 973. *Add.*: *Mémoire*, I, pp. 159 et s.; *Observations et Conclusions*, I, pp. 187 et s. La logique de cette conclusion, que soulignent les arguments mêmes invoqués par le

En effet — et c'est le Gouvernement espagnol lui-même qui apporte cet argument et y revient avec insistance (1) — la protection des actionnaires, dans le cas où la société lésée a la nationalité de l'Etat tenu pour responsable du dommage, est incomparablement plus difficile à admettre que dans les cas de société étrangère. Comme le dit le *Contre-Mémoire*, « il est exclu par la logique elle-même qu'un Etat puisse causer à une société ayant sa propre nationalité une lésion qui soit la violation d'une obligation internationale relative au traitement des étrangers »(2). On ne saurait mieux dire. Il en résulte que la reconnaissance d'un droit de protection des actionnaires, dans le cas de dommage subi par la société du fait de l'Etat dont elle a la nationalité, *équivalait à la reconnaissance d'un droit à réparation des actionnaires distinct et indépendant de celui de la société et s'exerçant effectivement contre l'Etat auteur du dommage*; s'il est ainsi établi, ce droit ne peut être limité: il appartient évidemment à tout actionnaire étranger d'une société, quel que soit le statut national de cette dernière par rapport à l'Etat qui lui inflige un préjudice.

On comprend que, dans ces conditions, une révision des positions du Gouvernement espagnol sur ce point soit devenue urgente et impérative. Admettre que la protection des actionnaires fût possible dans le cas de sociétés nationales de l'Etat auteur du dommage n'eût pas été autre chose que souligner le caractère artificiel de l'argument relatif à la violation de l'obligation internationale qui serait commise *envers la société* et non *envers les actionnaires*, que reconnaître l'existence d'un droit à réparation distinct au profit des actionnaires et la possibilité de lever le voile de la personnalité morale dans leur intérêt: il ne serait strictement rien resté de l'argumentation espagnole. Comme on l'a dit déjà, la mise au point de la fameuse théorie des « droits propres » des actionnaires, dont le Gouvernement belge a déjà montré qu'elle était inacceptable (3) n'a pas eu d'autre motif que de tenter de conjurer ce péril extrême. Indépendamment de ses faiblesses internes, cette théorie est, *malheureusement pour la Partie adverse*, tout-à-fait incapable de lui rendre le service qu'elle en attendait. Comme on le verra, son utilisation dans les diverses espèces où elle a été invoquée par le *Contre-Mémoire*, ne fait qu'en mettre davantage en évidence le caractère artificiel.

(933) Pour sa part, le Gouvernement belge n'a jamais eu de difficulté à reconnaître que les précédents arbitraux les plus nombreux concernaient des affaires où la société dont les actionnaires ont été protégés par leur Etat national avait la nationalité de l'Etat défendeur (4). Après ce qui vient d'être dit, on pourrait être surpris de cet état de choses. L'explication en est simple cependant. Elle tient d'abord au fait que, dans

(suite de la note 6 de la page 680)

Gouvernement espagnol à l'appui de sa pseudo «règle de la qualité exclusive de l'Etat national de la société dans le cas où cet Etat est aussi l'auteur du dommage infligé à la société », est telle que ce même Gouvernement a été amené à écrire dans le *Contre-Mémoire*: « il n'y a et ne peut y avoir d'hypothèses qui échapperaient à son application, puisque cette application ne fait que découler nécessairement de toute l'économie du système du droit international général en matière de condition des étrangers et de responsabilité internationale pour violation des obligations incombant, à ce sujet, à l'Etat » (*Contre-Mémoire*, n° 115, p. 737). C'est montrer combien est fragile la construction faite par la Partie adverse en matière de responsabilité internationale des Etats à l'égard des sociétés et de leurs actionnaires, et qui est destinée à s'écrouler si une seule exception lui est apportée par la pratique, laquelle, on l'a vu, en connaît de nombreuses.

(1) *Contre-Mémoire*, n° 115, p. 736 et les références données en note.

(2) *Eod. loc.*

(3) Cf. *supra*, n° 889 et s., pp. 647 et s.

(4) *Procédure orale*, III, p. 590.

de nombreux pays, les bénéficiaires de concessions ou de contrats de droit public, dont le contentieux a longtemps occupé une grande place dans les affaires de protection diplomatique, devaient avoir obligatoirement la nationalité du pays. Cette pratique imposait aux étrangers, à qui de tels contrats étaient accordés, de transférer leurs droits à des sociétés nationales de l'Etat avec lequel ils avaient traité, sociétés dont ils étaient souvent les seuls actionnaires. En dehors même de cette hypothèse, des étrangers exerçant une activité commerciale dans un pays déterminé ont fréquemment trouvé expédient de le faire par l'intermédiaire d'une société constituée suivant les lois de ce pays. Enfin, il est bien évident que, dans le cas d'une société victime d'agissements imputables à l'Etat dont elle a la nationalité, les actionnaires étrangers n'ont pas d'autre ressource, s'ils n'obtiennent pas justice sur place, que de s'adresser à leur propre Gouvernement. C'est cette raison d'équité et de bon sens qui avait conduit la doctrine à recommander que la protection des actionnaires soit tout spécialement admise dans ce cas particulier (1).

2° *Les cas de protection des actionnaires contre l'Etat national de la société.*

(934) Le premier groupe de précédents cités dans le *Contre-Mémoire* dans cet ordre d'idées est constitué par trois décisions concernant des sociétés de personnes (2). Le Gouvernement espagnol suggère que la raison pour laquelle le tribunal a accepté, dans chacun de ces cas, d'allouer une réparation à l'associé étranger (par opposition à la société, qui était nationale de l'Etat fautif), fut que le dommage causé invoqué était en réalité une lésion directe aux droits de cet associé.

Une première remarque, en tout cas, s'impose à propos de l'analyse de ces espèces, c'est que l'arbitre n'a pas traité l'associé en cause autrement qu'il n'aurait pu le faire s'il s'était agi d'actionnaires étrangers dans une société de capitaux constituée sous l'empire des lois de l'Etat défendeur. Le Gouvernement espagnol continue à vouloir opposer ces deux types de sociétés sur le plan de la protection diplomatique. Il consent à admettre qu'une « atteinte aux droits de la société (de personnes) va ... nécessairement de pair avec une atteinte directe aux droits des associés » (3) — ce qui est particulièrement évident, en effet — mais se refuse à le reconnaître pour la société de capitaux. Il existe, sans doute, des différences entre les deux types de sociétés, notamment en ce qui concerne l'étendue de la responsabilité des associés (4), mais le point important en matière de protection diplomatique reste celui de savoir si la société est ou non dotée de la personnalité morale, ce qui impose, comme l'a si bien dit le Gouvernement espagnol en d'autres endroits, d'opérer une distinction claire entre cette personnalité et celle des associés (ou actionnaires) et, en même temps, entre le patrimoine social et le patrimoine des associés (ou actionnaires). Cette distinction n'est pas effacée lorsque la société est une société de personnes.

(1) Cf. l'étude bien connue et souvent citée de Ch. de Visscher, *Revue de droit international et de législation comparée*, 1934, pp. 643 et s.

(2) *Contre-Mémoire*, IV, n° 118, p. 739.

(3) *Contre-Mémoire*, n° 117, p. 739.

(4) Et leur qualité de commerçants : ce qui explique la différence notée dans le *Contre-Mémoire* en matière de faillite (n° 117, p. 739).

(935) Référence peut être faite, en premier lieu, aux observations de l'arbitre Max Huber dans l'affaire *Ziat-Ben Kiran* (1). On peut noter que celui-ci ne cherche pas à déterminer si la société en nom collectif constituée entre Ziat et Ben Kiran possédait une personnalité juridique séparée d'après la loi espagnole. Prenant, au contraire, cette hypothèse comme point de départ, il déclare que la fonction du tribunal est :

« d'examiner les mérites de chaque cas d'espèce afin de déterminer si le dommage dont il s'agit a frappé immédiatement la personne en faveur de laquelle la réclamation fut présentée, ou si cette personne n'est que le créancier d'une autre personne qui serait, elle, immédiatement frappée » (2).

Il n'y a rien dans ce passage qui suggère que l'arbitre ait fait autre chose qu'établir une distinction entre un membre d'une société et un créancier. De même, il n'y a rien qui fasse supposer qu'il cherchait à établir une distinction entre les membres de différents types de personnes morales. L'intérêt de la sentence tient au fait que l'arbitre a mis l'accent sur l'identification de la personne « immédiatement frappée », tout en soulignant que le droit international n'a pas à se subordonner, pour ce faire, aux dispositions du droit interne (3). Ceci constitue une claire indication que l'arbitre doit chercher à déterminer qui a, *en fait*, souffert un dommage, et non pas qui avait un droit à réparation d'après la loi locale. Si l'éminent jurisconsulte n'avait pas fait ce raisonnement, il n'aurait pas trouvé nécessaire d'entrer dans l'examen du fond de l'affaire comme il le fit, et sur la base de quoi il rejeta la réclamation.

(936) Le *Contre-Mémoire* fait référence ensuite au cas *Shufeldt* (4) et suggère que l'arbitre, en acceptant la réclamation des Etats-Unis en faveur de Shufeldt, aurait reconnu « son droit personnel de propriété sur la concession révoquée » (5). Mais ce n'est pas ce que l'arbitre avait dans l'esprit quand il a fait référence à « l'intérêt personnel de Shufeldt dans la société », il ne pouvait pas dire plus clairement qu'il prenait en considération l'intérêt de Shufeldt *en tant qu'associé*, dans le patrimoine de la société, qui incluait la concession. Toutefois, il apparaît aussi très nettement que l'arbitre n'a pas voulu examiner de façon approfondie la situation existant au regard du droit interne, qu'il estimait ne pas devoir être déterminant pour la sentence qu'il avait à rendre, ainsi que le montre bien l'importante phrase par laquelle il conclut ses développements relatifs à la situation de Shufeldt dans la société :

« le droit international n'est pas lié par le droit national ni par rien d'autre que la justice (*natural justice*) et considère, derrière la personne juridique, les intérêts réels qui sont en cause » (6).

On trouverait difficilement une décision arbitrale internationale se prononçant plus clairement en faveur de la prise en considération des *intérêts réels et de fait* des membres d'une entité juridique, par opposition aux droits qui leur permettraient d'agir d'après la loi locale. La sentence rejette de façon catégorique toute référence à des droits

(1) R.S.A.N.U. vol. II, pp. 729 et s.; *Contre-Mémoire*, p. 739.

(2) *Ibid.*, p. 730.

(3) L'éminent arbitre distingue nettement la situation du créancier et celle de l'actionnaire, ainsi que le plan du droit interne et celui du droit international, ainsi qu'on l'a fait *supra* aux nos 884 et suiv.

(4) R.S.A.N.U., II, pp. 1083 et s.

(5) *Contre-Mémoire*, n° 118, p. 740.

(6) R.S.A.N.U., II, p. 1098.

de Shufeldt sur la concession d'après la loi guatémaltèque (1). Ceci mis en lumière, il devient tout, à fait, dépourvu de sens de soutenir, comme le fait le *Contre-Mémoire*, que l'arbitre aurait reconnu, au profit de Shufeldt, un « droit personnel de propriété sur la concession révoquée », qu'il n'aurait pu évidemment tenir que de la loi guatémaltèque.

Dans la troisième affaire citée dans ce groupe, l'affaire *Cerruti* (2), le Gouvernement espagnol reconnaît que l'arbitre accepta la demande présentée par le Gouvernement italien en faveur de son ressortissant, le sieur Cerruti, pour les pertes et dommages subis par ce dernier, tant dans ses biens personnels que dans sa part dans une société en commandite à laquelle il participait. Le *Contre-Mémoire* donne diverses explications à cette décision contraire à sa thèse, mais ne peut contester, et pour cause, que la société en question possédait la personnalité juridique, et que les indemnités attribuées l'ont été en tenant compte, séparément, des dommages causés à la propriété personnelle de l'intéressé et de ceux qu'il a subis en tant qu'associé (3). Cette simple constatation suffit à priver de base les explications du *Contre-Mémoire*.

(937) Le Gouvernement espagnol cite ensuite les affaires *Alsop et Spillane*. Dans la seconde (4) il remarque qu'une première demande a été écartée par la commission mixte anglo-mexicaine parce qu'elle avait été présentée au nom d'une société mexicaine, alors que la commission n'était compétente que pour les réclamations présentées par des ressortissants britanniques, ce qui est tout-à-fait normal. Mais la Commission fit remarquer que la demande pouvait être présentée par les requérants de nationalité britannique en leur nom propre, comme le prévoyait la convention du 19 novembre 1926, ce qui fut fait et la nouvelle demande fut déclarée recevable. Il est bien clair qu'entretiens la nature du dommage dont il était demandé réparation n'avait pas changé : il s'agissait toujours d'un dommage causé à la société. Le fait que les associés aient été déclarés recevables à en demander réparation (et, bien plus, que la Commission les ait invités à le faire) signifie seulement qu'on a levé le voile de la personnalité morale en leur faveur. La circonstance que cela ait été prévu dans la convention de 1925 ne fait que déplacer l'intérêt de ce précédent, dans une certaine mesure, du plan arbitral au plan conventionnel. Elle n'empêche pas qu'il continue à contredire les thèses du Gouvernement espagnol.

(1) « Any other view with regard to the question of partnership would be contrary to the provisions of the protocol of arbitration, which submits this question: « Has P.W. Shufeldt. the right to claim pecuniary indemnification . . . ? » What does the word « right » in the question mean? It can only mean an equitable right of which international law takes cognizance. It can not mean legal right enforceable only in keeping with Guatemalan law, for if that was so this case never would have been referred to an international tribunal which does not administer municipal law.

« If this point raised by the Guatemala Government was sound why should they have consented to arbitration? They referred to arbitration not the rights of Shufeldt & C^o. but those of Shufeldt and this notwithstanding the provision in the contract requiring the formation of a partnership, put therein for the purpose of preventing such an arbitration. No international tribunal will allow municipal legal fictions of this sort to prevent them doing strict justice ». (R.S.A.N.U. 11, p. 1098)

(2) Bureau, *Le conflit italo-colombien*, Paris 1899, pp. 82 et s.

(3) Cf. *Observations et Conclusions*, pp. 138-139.

(4) *Annual Digest*, 1931-32, pp. 218 et s., R.S.A.N.U., V, 289.

A propos de l'affaire *Alsop* (1), le Gouvernement espagnol se borne à souligner que l'arbitre, qui a admis une réclamation présentée contre le Chili au nom des actionnaires américains d'une société en commandite chilienne, avait reçu les pouvoirs d'amiable compositeur. Il omet, en revanche, de rappeler que le même arbitre, avant d'allouer une indemnité, avait expressément rejeté une exception d'incompétence présentée par le Chili, ce qui ne manque tout de même pas d'intérêt (2) et montre, à tout le moins, que l'arbitre aurait estimé inéquitable — sinon contraire au droit — d'accueillir une telle exception.

(938) Si on met à part toute une série d'affaires citées dans une longue note pp. 743 et 744, qui ne concernent pas du tout la pratique arbitrale, mais bien la pratique diplomatique et qui ont déjà été rencontrées par le Gouvernement belge ci-dessus n^{os} 915 ss., les deux seuls autres précédents que le *Contre-Mémoire* a jugé bon de discuter en tant que cas de protection d'actionnaires d'une société lésée par son propre Etat national, sont l'affaire *El Triunfo* et, à nouveau, celle de la *Delagoa Bay*.

A propos de la première de ces affaires, la réponse directe à la laborieuse construction élaborée dans le *Contre-Mémoire* en vue de déterminer sur quelles bases le tribunal arbitral a reçu les réclamations présentées par le Gouvernement des Etats-Unis contre le Salvador, au nom des actionnaires américains d'une société salvadorègne, se trouve dans le passage suivant de la sentence :

« 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* » (3).

Cette phrase exclut de façon très claire l'idée avancée dans le *Contre-Mémoire* selon laquelle les dommages dont il était demandé réparation n'auraient concerné que les « droits propres » des actionnaires, au sens tout-à-fait particulier que le Gouvernement espagnol donne à cette expression. Toutefois, l'utilisation faite de cette construction originale du *Contre-Mémoire*, dans l'affaire *El Triunfo*, mérite d'être relevée, car elle met particulièrement en lumière son caractère artificiel. Dans une affaire où il était demandé réparation des dommages subis par les actionnaires étrangers et résultant à la fois de la mise en faillite de la société, grâce à une conspiration frauduleuse à laquelle les autorités locales avaient prêté la main, et des atteintes apportées par ces mêmes autorités à l'intégrité de la concession dont cette société était titulaire, le Gouvernement espagnol voudrait faire croire que les actionnaires n'avaient à se plaindre que des obstacles mis au droit de tenir des assemblées et de poursuivre des mandataires abusifs. Il est pourtant bien évident que ceci ne constituait que l'un des aspects de la conspiration génératrice du dommage, et que la réalité du dommage dont il était demandé réparation était ailleurs. L'extrait de la sentence donné plus haut montre bien qu'il s'agissait avant tout pour les

(1) Hackworth, *Digest of International Law*, V, p. 829.

(2) Pour un exposé plus détaillé, cf. *Observations et Conclusions*, I, pp. 143-144.

(3) Moore, *Digest*, VI, pp. 649 et 651. Cf. *Observations et Conclusions*, pp. 136-138.

actionnaires d'être indemnisés des conséquences qu'avaient eues, pour leurs droits et intérêts dans la société, les dommages infligés à cette dernière. L'indemnité qui fut accordée n'avait d'ailleurs pas d'autre objet (1).

(939) L'affaire de la *Delagoa Bay Railway Co* relève des cas de protection des actionnaires dans des sociétés nationales de l'Etat défendeur en ce qui concerne le gouvernement britannique, agissant au profit de la *Delagoa Bay*, actionnaire de la compagnie portugaise de *Lourenço Marques*. Elle en sort, au contraire, en ce qui concerne les Etats-Unis, intervenant en faveur de M^{me} Mac Murdo, actionnaire de la société britannique. Ceci montre assez combien il serait artificiel de vouloir constituer en deux catégories absolument séparées les précédents intervenus dans ces deux hypothèses.

Comme l'a déjà souligné le Gouvernement belge, les questions de droit de protection diplomatique ont été entièrement réglées au cours de la phase diplomatique de l'affaire et dans le compromis d'arbitrage intervenu le 13 juin 1891. La seule mission du tribunal était « de fixer le montant de l'indemnité due par le Portugal aux ayants-droit des deux autres pays ». On pourrait donc considérer que la sentence, en elle-même, n'apporte rien de nouveau. Pourtant, le Gouvernement espagnol croit pouvoir affirmer que le tribunal a « nettement refusé d'admettre la recevabilité de la réclamation de l'actionnaire américain de la société anglaise qui a donné son nom à l'affaire » (2) et qu'il a fait de même en ce qui concerne la réclamation britannique, tout au moins sur le plan des principes, puisqu'il ne pouvait se dérober à la mission qui lui avait été confiée dans le compromis (3). Qu'en est-il de cette double affirmation, appuyée de nombreuses citations ?

On rappellera d'abord les oppositions qui se sont manifestées entre les parties quant à la nature de l'arbitrage et finalement reflétées dans le texte du compromis (4). Bien que l'arbitrage soit formellement intergouvernemental, le tribunal reçoit mission de fixer le montant de l'indemnité due « aux ayants-droit » des deux gouvernements, c'est-à-dire à des personnes privées. En raison sans doute de la formation de ses membres, autant que des réticences du gouvernement britannique, le tribunal a fait glisser encore davantage l'arbitrage du côté du droit privé interne. Ceci se marque, en particulier, par le fait que, lorsqu'il cherche à déterminer le droit qu'il doit appliquer pour remplir sa mission, le tribunal n'imagine pas un instant qu'il pourrait appliquer le droit international. Il établit, sans discussion aucune, que « c'est ... le droit portugais qui fait la loi dans le présent litige » (5). C'est en vain que le Gouvernement espagnol tente de réduire la portée d'une affirmation aussi catégorique qu'absolue (6).

Il est bien clair que, dans la perspective où il s'est placé, le Tribunal ne s'intéresse absolument pas au droit de protection diplomatique des gouvernements signataires du compromis. *Il n'est pas compétent pour se prononcer sur ce point, déjà réglé* et l'orientation

(1) V. le compte rendu de cette affaire, où ces points sont bien mis en lumière, dans *Foreign Relations of the United States*, 1902, pp. 838 et s.

(2) *Contre-Mémoire*, IV, p. 725.

(3) *Ibid.*, p. 742.

(4) *Cf. supra*, n° 920, p. 668.

(5) *Sentence finale du Tribunal arbitral de Delagoa*, Berne, 1900, p. 155.

(6) *Contre-Mémoire*, pp. 726-27. Le *Contre-Mémoire* en est réduit à ajouter à la sentence des précisions qui n'y figurent pas, en disant que le droit portugais s'applique aussi et seulement pour la fixation du montant de l'indemnité (mais le tribunal n'aveit aucune autre compétence!).

personnelle des arbitres ne les y porte pas. Ils ne sont concernés que par les personnes privées en cause dans l'affaire. Ils ont à déterminer quels sont les *ayants-droit*, à qui une indemnité peut être due. Ce point de vue s'exprime clairement dans la sentence, en particulier lorsque celle-ci observe que « la personne réellement légitimée à l'action *n'est pas partie au procès* » (1). Dans l'esprit du Tribunal, il s'agit de la Compagnie portugaise, personne privée, qui, de toute évidence, ne pouvait pas avoir la qualité de « partie » à un arbitrage inter-gouvernemental. Quand le Tribunal ajoute « que les parties (les gouvernements, cette fois) ont convenu, d'un commun accord, de lui substituer la *Delagoa Bay Company* » (2), l'idée ne l'effleure pas un instant qu'il pourrait porter un jugement sur le droit de protection diplomatique du Royaume-Uni, comme aimerait le faire croire le Gouvernement espagnol. *Il se borne à prendre acte que la société anglaise est l'un des ayants-droit* auxquels réparation est due et s'efforce aussitôt de déterminer dans quelle mesure et sur quelles bases elle peut avoir cette qualité, *du point de vue du droit privé*.

C'est toujours dans le même esprit que le Tribunal aborde la situation de M^{me} Mac Murdo. Car il s'agit bien de savoir si M^{me} Mac Murdo, a, elle aussi, la qualité d'*ayant-droit*. Et là, le Tribunal, examinant encore une fois la question *du point de vue du droit portugais* ne trouve aucune solution satisfaisante et exprime son mécontentement d'être forcé par le compromis de faire une situation spéciale à l'intéressée : c'est le sens du long passage cité dans le *Contre-Mémoire* page 725. Il ne trouve finalement qu'une solution compatible avec ses scrupules juridiques. Il a ordonné qu'il soit dressé, par « qui de droit », un état de distribution. Il ordonne que la somme qui doit revenir à M^{me} Mac Murdo d'après cet état soit versée directement au Gouvernement des Etats-Unis (3). A part cette dernière indication, il n'est nulle part question du Gouvernement américain dans toute l'argumentation du Tribunal, et encore moins de son droit de protection diplomatique, de son *jus standi*. Ce sont là choses auxquelles la sentence est profondément étrangère. Il ne s'agit que de M^{me} Mac Murdo et de son éventuelle qualité d'*ayant-droit* sur laquelle le Tribunal ne peut éviter de se prononcer.

La constatation que la sentence de la *Delagoa Bay* est sans pertinence en matière de *jus standi* n'est pas nouvelle. Elle a été faite déjà il y a quarante ans par l'un des commentateurs les plus expérimentés en matière d'arbitrage international, qui avait lui-même exercé les fonctions d'arbitre (4).

La chose la plus étrange, peut-être, est que le Gouvernement espagnol, après avoir lui-même reconnu ce fait, veuille maintenant changer sa position sur ce point. Dans un contexte légèrement différent, il a déclaré, en effet, dans ses *Exceptions préliminaires* :

« Par rapport au droit international général, le caractère extraordinaire et exceptionnel d'une protection diplomatique de sociétés pour des préjudices causés à la société est encore confirmé par les cas où une demande d'indemnisation en faveur de telles personnes a été, sans discussion, considérée comme recevable parce que le principe en avait été accepté préalablement dans un accord spécial conclu entre les parties intéressées. C'est ce qui se passe en particulier dans l'affaire de la *Delagoa Bay*... » (5).

(1) *Sentence finale*, p. 195.

(2) *Ibid.*, p. 195.

(3) *Ibid.*, p. 197. Texte cité dans le *Contre-Mémoire*, p. 725.

(4) Ralston, *Law and Procedure of International Tribunals*, 1926, p. 151.

(5) *Exceptions préliminaires*, I, 1963, p. 220.

Il est inutile de dire que le Gouvernement belge n'accepte pas les affirmations à l'appui desquelles l'affaire de la *Delagoa* est invoquée ici par le Gouvernement espagnol, il se borne à constater que ce dernier est prêt, lorsque cela lui convient, à donner à la sentence de la *Delagoa Bay* son véritable sens.

Le Gouvernement belge regrette d'avoir dû s'arrêter si longtemps sur une sentence dont le sens est si clair et si simple, lorsqu'on veut bien se livrer à une lecture dépourvue de préjugés ou du désir d'y trouver à tout prix des indications qu'elle ne contient pas. Il s'y est trouvé contraint par la complète distorsion que le Gouvernement espagnol a fait subir à la décision du Tribunal arbitral, dans laquelle aucune phrase ne concerne, directement ou indirectement, le droit de protection diplomatique des Etats requérants. C'est donc en vain qu'on chercherait à utiliser cette sentence pour affaiblir la signification extrêmement précise que revêt l'affaire de la *Delagoa Bay* en tant que précédent diplomatique de grande autorité.

3°. *Les autres précédents*

(940) En examinant les affaires groupées dans le *Contre-Mémoire* sous le titre « les cas de protection d'actionnaires d'une société contre l'Etat national de la société », et qu'on vient de passer en revue (1), le Gouvernement espagnol ne pouvait évidemment pas espérer y trouver quoi que ce soit qui vint à l'appui de sa fameuse « règle de la qualité exclusive de l'Etat national de la société pour agir en cas de préjudice causé à la société par un Etat étranger ». Il pouvait seulement tenter de réduire les conséquences destructrices de sa thèse qui en découlent naturellement. On a vu qu'une telle tentative était vouée à l'échec. Si on se tourne maintenant vers les affaires énumérées dans le *Contre-Mémoire* sous le titre : « Précédents qui confirment la règle » (2), on est fort surpris de constater que tous ces précédents concernent également des réclamations présentées au nom d'actionnaires de sociétés nationales de l'Etat défendeur. On serait tenté de s'interroger sur les raisons de la classification faite dans le *Contre-Mémoire* si on ne savait déjà l'embarras dans lequel le Gouvernement espagnol s'est trouvé à l'égard de cette catégorie de précédents, embarras qui l'a obligé à modifier complètement son argumentation (3). La seconde remarque qui s'impose à l'esprit est que la moisson des « précédents qui confirment la règle » a été médiocre, puisque le Gouvernement espagnol n'a été en mesure de citer sous cette rubrique que cinq affaires, mise à part celle de la *Delagoa Bay*, évoquée également à cet endroit, mais dont on vient de voir qu'elle ne contient strictement rien en faveur de la thèse espagnole, si on se donne la peine de lire convenablement le texte de la sentence du 29 mars 1900. C'est peu pour soutenir l'existence d'une règle prohibitive, qui constituerait, si elle était établie, une exception marquée aux principes généraux du droit international gouvernant la matière, qu'elle contredit à angle droit. Encore ces précédents sont-ils bien loin d'apporter à la pseudo-règle en question le secours qui lui serait nécessaire. Quelques simples remarques suffiront à le montrer.

(1) Le *Contre-Mémoire*, IV, cite encore en note pp. 735 et 743 les affaires *Mexican Eagle* et *Canevaro*, mais sans apporter aucun élément nouveau. Le Gouvernement belge s'en tiendra donc, pour sa part, à ce qu'il a déjà dit sur ces deux affaires (*Observations et Conclusions*, I, pp. 160 et 161).

(2) *Contre-Mémoire*, pp. 723-728.

(3) Cf. *supra*, n° 932.

(941) Il convient de faire référence d'abord à l'affaire *Kunhardt*, bien qu'elle ne soit pas la première à être citée dans le *Contre-Mémoire*, car les commentaires qu'y consacre le Gouvernement espagnol constitue un bon exemple des conclusions erronées auxquelles on peut parvenir par une présentation simplificatrice des données d'une affaire arbitrale.

La requête, dans le cas d'espèce, avait été soumise en application du protocole du 17 février 1903 établissant une Commission mixte entre les Etats-Unis et le Venezuela, pour connaître de l'ensemble des demandes en réparation possédées par des citoyens américains (*all claims owned by citizens of the U.S.A.*) contre la République du Venezuela. Elle concernait une demande d'indemnisation de l'actionnaire américain d'une société titulaire d'un contrat public illégalement annulé par le Gouvernement vénézuélien. Les deux commissaires aboutirent tous deux à la conclusion que cette demande devait être rejetée, si bien qu'il ne fut pas nécessaire de recourir au surarbitre. Toutefois, la portée de cette décision se trouva, en fait, très limitée, étant donné que les commissaires étaient en complet désaccord sur les motifs qui justifiaient une telle décision. Le commissaire vénézuélien se plaça exclusivement au point de vue du droit privé vénézuélien et uniquement pour déterminer qui avait, dans ce droit, qualité pour réclamer l'exécution du contrat. Il ne se demanda, à aucun moment, s'il existait, en droit international, un droit de protection diplomatique qui pourrait prévaloir sur les dispositions techniques du droit interne.

L'opinion du Commissaire américain est plus intéressante, car elle est présentée comme celle de la Commission (1). Il se place aussi, de façon prédominante, au point de vue de la loi vénézuélienne, mais observe que l'annulation du contrat a eu pour effet de détruire pratiquement le capital de la société qui devait, dès lors, être considérée comme dissoute. Il est intéressant de noter qu'en prenant cette position le commissaire américain rejetait implicitement les objections présentées par son collègue du Venezuela, montrant que les conditions techniques posées par la loi locale pour opérer la dissolution d'une société n'avaient pas été remplies dans le cas d'espèce. On peut penser qu'une plus claire appréciation du caractère international des fonctions dévolues à la commission mixte, ont été à l'origine de cette attitude, d'autant plus remarquable que le commissaire devait finalement rejeter la requête au fond, en estimant que le requérant n'avait pas apporté la preuve de la réalité du préjudice qu'il avait subi.

On notera, pour terminer, que les deux commissaires furent d'accord pour préciser que le rejet de la demande devait être compris « sous réserve des droits de la société, de ses actionnaires et de ses créanciers » (2).

Il est à peine nécessaire, après cela, d'ajouter que rien dans cette affaire n'a été dit qui confirme l'existence d'une « règle de la qualité exclusive de l'Etat national de la société pour agir en cas de préjudice causé à la société par un Etat étranger ».

(942) Si on se tourne ensuite vers les trois premiers précédents invoqués par le Gouvernement espagnol pour « confirmer » cette soi-disant « règle », et qui sont d'ailleurs moins importants, on verra que l'appui qu'ils apportent à la thèse espagnole est si faible qu'il est pratiquement indiscernable. Tous trois appartiennent aussi à l'ensemble des

(1) R.S.A.N.U., vol. IX, p. 172.

(2) *Ibid.*, pp. 176 et 180.

réclamations présentées contre le Venezuela au début du siècle et qui donna lieu à la constitution de toute une série de commissions mixtes (1). Les deux premières décisions ont été rendues par la commission mixte Pays-Bas-Venezuela, la troisième par la commission mixte Allemagne-Venezuela.

La première mentionnée est l'affaire *Baasch et Römer*. Elle est évoquée par le Gouvernement espagnol aux pages 723-724 du *Contre-Mémoire*. La partie de la sentence qui relève de la présente discussion est citée presque en totalité, à l'exception du passage indiquant combien faible était la participation des requérants dans la société vénézuélienne propriétaire de l'usine dont la destruction par des troupes était à l'origine de la requête — 26.800 bolivars (soit environ 5.000 dollars) sur un capital de 240.000, soit un peu plus de 10 %. Ce point est important, d'abord parce qu'il distingue très nettement les faits de l'espèce de ceux qui se rencontrent dans la présente affaire, ensuite et surtout parce que les requérants, comme il ressort de la citation faite par le *Contre-Mémoire* (p. 724), demandaient à recouvrer « le montant total des actions » (2). Il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que le surarbitre ait pris en considération le fait que le dommage ait été causé à une société qui était vénézuélienne, en dépit de la nationalité hollandaise de certains de ses actionnaires, que celle-ci devait s'adresser aux tribunaux vénézuéliens et que la Commission n'était pas compétente pour connaître d'une telle réclamation. On ne peut en tirer aucune conclusion sur l'attitude qui aurait été celle du surarbitre si, la société ayant essayé d'obtenir réparation en épuisant les recours internes et n'y ayant pas réussi, les actionnaires hollandais avaient présenté une réclamation pour le dommage qu'ils auraient personnellement subi, par suite de ce déni de justice. Dans les circonstances où la Commission a été saisie, la décision du surarbitre paraît parfaitement fondée, mais elle n'apporte aucun appui à la thèse espagnole (3).

(943) Dans l'affaire *Jacob M. Henriquez*, des remarques très comparables peuvent être faites. Le requérant demandait réparation pour le pillage d'un magasin appartenant à une société éteinte, probablement société de personnes, dont il était membre. Mais il fut incapable d'établir la nature juridique exacte de la société en question et l'importance de sa propre participation dans cette société. Si on ajoute à cela qu'il n'a pas pu établir non plus que le pillage avait été le fait de troupes régulières, dont le comportement aurait engagé la responsabilité du Venezuela, on comprend que le surarbitre ait rejeté la demande, mais on comprend moins bien quel bénéfice en espère le Gouvernement espagnol pour sa propre cause.

La dernière des trois affaires citées, *Brewer, Moller and Co*, concerne une société d'un type très particulier, « association de comptes en participation », dans laquelle, conformément à la loi vénézuélienne, un des associés est propriétaire de la totalité des biens de la société qu'il administre, les autres associés n'ayant aucun droit sur ces biens,

(1) Cf. R.S.A.N.U., vol. IX, pp. 114 et s. et vol. X, et Raiston, *Venezuelan Arbitrations of 1903*, Washington 1904.

(2) R.S.A.N.U., vol. X, p. 726 : « they claim to recover for the full amount of the shares ».

(3) Il est tout-à-fait significatif que la note accompagnant cette sentence, empruntée au rapport de Raiston, lui-même surarbitre dans certaines de ces Commissions mixtes et donc très informé de leur jurisprudence, s'attache uniquement au problème de la nationalité des sociétés, en particulier en relation avec celle des actionnaires, mais évidemment pas à la question de la protection des actionnaires, que l'affaire ne concerne pas.

mais seulement une part aux profits et un droit de créance sur l'éventuel surplus d'actif à la dissolution. Dans l'affaire en question, ce n'était pas les requérants, mais un autre associé, de nationalité vénézuélienne, qui jouait le rôle d'administrateur propriétaire des biens. Ainsi que l'a souligné le surarbitre, « il (était) dès lors en droit entièrement incertain s'ils (les requérants) recevraient, sur décompte, une part quelconque de la réclamation contre le Gouvernement » (1). La requête ne pouvait donc qu'être rejetée, mais, ici encore, la décision intervenue n'apporte rien à la thèse espagnole.

Tout au contraire, comme pour interdire à l'avance toute interprétation de sa décision qui prétendrait lui conférer une portée générale quant aux rapports entre sociétés et actionnaires, le surarbitre a pris soin d'ajouter :

« Dans un cas où toutes les parties intéressées seraient étrangères et seraient toutes, dès lors, capables de s'associer entre elles de la même façon que cela a été fait ici, sans avoir besoin des dispositions de la loi du Venezuela ou sans s'y référer, une tout autre question se poserait. La question, toutefois, ne se pose pas dans ce cas, et il n'est pas nécessaire pour le surarbitre d'en décider. Dès lors, il n'exprime aucune opinion à son sujet. Le point est dès lors rejeté sous toutes réserves » (1).

(944) Le Gouvernement espagnol fait en fin référence à l'affaire des *Navires pétroliers allemands*, en feignant d'imaginer que son adversaire aurait pu oublier cette affaire. Ce serait plutôt au Gouvernement belge de reprocher à la partie adverse d'avoir oublié de relire l'analyse détaillée qui en avait été faite dans ses *Observations et Conclusions* en réponse aux *Exceptions préliminaires* (2), ce qui lui aurait permis de mieux en rendre compte.

Comme le *Contre-Mémoire* l'indique lui-même, le cas concernait l'application des accords sur les réparations après la première guerre mondiale, et aucune question n'était soulevée à propos, soit de la protection d'une société, soit de celle des actionnaires. La seule question à trancher était celle du droit de propriété (*beneficial ownership*) de la Standard Oil sur les navires appartenant à sa filiale allemande.

Ce point et, dès lors, le manque de pertinence du cas, sont mis très clairement en lumière dans divers passages de la sentence comparant la question à trancher en l'espèce à d'autres affaires qui avaient été invoquées à titre de précédents (3).

« ... la Standard Oil Company ne peut, à l'appui de sa requête en remboursement, s'appuyer sur les sentences arbitrales rendues dans les affaires mentionnées ci-dessus;

« Attendu que, en fait, le dommage en cause dans ces affaires, pour lequel les actionnaires ou obligataires obtinrent réparation par des instances internationales, était un dommage causé par une intervention gouvernementale reconnue comme illicite; attendu aussi que, dans les cas des sociétés *Delagoa Bay* et *El Triunfo*, les gouvernements portugais et salvadorègne, en saisissant sans compensation les biens de ces sociétés par des mesures arbitraires qui les affectaient seules, avaient commis des actes qui pourraient être qualifiés d'excess de pouvoir ou d'abus du droit;

(1) R.S.A.N.U., vol. X, p. 435.

(2) *Observations et Conclusions*, I, pp. 146-148.

(3) *Delagoa Bay, El Triunfo, Alsop, Orinoco Steamship Cy.*

« Attendu que, dans la présente espèce, aucun grief de cette sorte n'a pu être ou n'a été avancé »... (1);

« Attendu que dans aucun de ces cas il n'a été question d'attribuer aux actionnaires ou obligataires réclamant des droits sur une part quelconque du patrimoine social, mais simplement de leur attribuer une indemnité pour le dommage causé par une intervention injustifiée de la part du gouvernement » (2).

Il est clair, dès lors, que le surarbitre (*a*) se considérait lui-même comme appliquant les dispositions particulières des arrangements en matière de réparations; (*b*) estimait que les affaires dans lesquelles des demandes internationales sont présentées à l'occasion de dommages causés par des actes internationalement illicites sont d'une espèce tout à fait différente; (*c*) interprétait les affaires *Delagoa Bay* et *El Triunfo* comme ayant accordé une réparation à des actionnaires par des instances internationales; et (*d*) considérait ces affaires comme justement décidées.

(945) Ces affaires étant les seules que le Gouvernement espagnol a pu invoquer pour démontrer l'existence de la soi-disant « règle de la qualité exclusive de l'Etat national de la société pour agir en cas de préjudice causé à la société par un Etat étranger », le Gouvernement belge croit pouvoir conclure que la démonstration requise n'a pas été apportée.

De ce fait, la prétention du Gouvernement espagnol d'interdire à la Belgique de demander réparation du dommage subi par les actionnaires belges de la Barcelona Traction se trouve manquer de toute base en droit international, et il convient d'en revenir à l'application pure et simple des principes généraux du droit international régissant la matière, sur lesquels s'appuie la demande du Gouvernement belge, et qui confèrent à ce dernier qualité pour intervenir en faveur de ses ressortissants, lèsés dans leurs droits et intérêts du fait des actes reprochés au Gouvernement espagnol.

(1) R.S.A.N.U., vol. II, p. 794.

(2) *Ibid.*, p. 790.

SECTION II

INTÉRÊTS BELGES DANS LA BARCELONA TRACTION

(946) Le *Contre-Mémoire* du Gouvernement espagnol s'efforce, sur plus de cinquante pages (IV, pp. 653 à 708), de démontrer que le Gouvernement belge aurait « toujours omis de fournir la preuve qu'il lui incombait de produire » en ce qui concerne l'importance des intérêts belges dans la Barcelona Traction.

De cette prétendue absence de preuve le *Contre-Mémoire* déduit que le Gouvernement belge témoignerait « d'une désinvolture peu usuelle dans l'histoire des procès internationaux »!

Cette accusation est risible lorsqu'on la confronte avec l'importance des justifications déjà fournies par l'Etat belge à l'appui de son *Mémoire* et de ses *Observations et Conclusions*.

On se bornera donc à rappeler, dans les sous-sections 1, 3 et 4, les faits principaux qui prouvent l'importance des intérêts belges dans la Barcelona Traction au 12 février 1948 et au 14 juin 1962, et l'on réfutera, à cette occasion, les arguments que le Gouvernement espagnol oppose à la force probante de ces éléments de fait.

On discutera, dans la sous-section 2, la thèse juridique du Gouvernement espagnol suivant laquelle les actions nominatives de Sidro dans la Barcelona Traction ne pourraient être considérées comme belges au prétexte qu'elles sont inscrites au nom de *nominees étrangers*.

Enfin, dans une dernière sous-section, on rappellera brièvement les raisons pour lesquelles, une fois prouvée la prédominance des intérêts de la société belge Sidro dans la Barcelona Traction, le Gouvernement belge n'a pas à établir, en outre, l'importance des intérêts belges dans la Sidro, voire dans la Sofina, comme le voudrait le Gouvernement espagnol.

Sous-section 1

Actions nominatives appartenant à Sidro.

(947) Il est constant et non dénié que la Sidro était propriétaire, en 1939, de 1.012.688 actions nominatives de la Barcelona Traction. Ces actions étaient inscrites dans le registre de celle-ci, au nom de Sidro, depuis 1930 (voir *A.M.*, n° 3, vol. I, p. 37).

(948) A la veille de la guerre, en vue d'assurer la protection de ses avoirs en cas d'invasion du territoire belge, la Sidro déposa son portefeuille étranger, et notamment ses certificats d'actions nominatives Barcelona Traction, auprès de la société de droit de Delaware (U.S.A.), Securitas Ltd. Le *custody agreement* du 6 septembre 1939 prévoyait que Securitas détiendrait les valeurs pour compte de Sidro, conformément aux instructions de Sidro en toutes matières, y compris le paiement des dividendes et intérêts, l'achat, la vente et le emploi des valeurs, le droit de vote des actions, etc. L'article 2 du contrat stipulait que le *Custodian* pourrait avec le consentement de Sidro faire enregistrer les titres nominatifs au nom du *Custodian* ou de son *nominee* (voir *A.M.*, n° 3, vol. I, p. 35, b, et pp. 38 à 40).

Le *nominee* de Securitas Ltd était la *partnership* Charles Gordon and Co, qui avait été constituée le 29 août 1939 avec un objet « limité à la détention, au nom de la firme », de valeurs « comme mandataire » (*as agent*) pour le compte des personnes qui utiliseraient les services de la *partnership* (voir *A.M.* n° 3, vol. I, p. 35, c, et pp. 41 à 43).

Le jour même de la création de cette *partnership*, Securitas avait engagé celle-ci « comme son mandataire » (*as its agent*) « dans le but limité de détenir au nom de la firme » des valeurs « comme mandataire » pour le compte de Securitas (voir *A.M.*, n° 3, vol. I, p. 35, d, et pp. 44 à 47).

Quelques jours après avoir conclu avec Securitas le contrat de *custodian*, le 11 septembre 1939, Sidro invitait l'agent à Londres de la Barcelona Traction à prier le teneur du registre de faire le transfert de 1.012.688 actions ordinaires Barcelona Traction au nom de Charles Gordon and Co (1). Le télégramme joint à cette lettre indique que, sur au moins

(1) Le *Contre-Mémoire* prétend que le Gouvernement belge aurait laissé subsister un « point d'interrogation » quant à la signification du transfert des titres par Sidro, le 7 octobre 1939, au nom d'une *partnership* qui avait un contrat de *nominee* avec Securitas et non pas avec Sidro elle-même (*C.M.*, IV, p. 669, n° 47).

Si les auteurs du *Contre-Mémoire* avaient lu plus attentivement les *Observations et Conclusions* du Gouvernement belge, ils auraient trouvé une réponse fort simple à leur question à la note 1 de la page 198, I, que l'on reproduit ci-après :

« 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 ».

un certificat de chaque catégorie de titres ou sur les demandes de transfert, devait figurer le texte suivant :

« Nous certifions par les présentes, que ce transfert n'implique pas un changement de propriété des titres représentés par les certificats annexés, étant donné qu'il a été fait à Charles Gordon and Co comme *nominee* de notre dépositaire et que, pour cette raison, aucune taxe de transfert n'est exigible » (voir *A.M.*, n° 3, vol. I, p. 36, e, et pp. 48 à 50).

Ces instructions ont bien été transmises au teneur du registre puisque, dans la lettre qu'elle adressait à celui-ci le 3 novembre 1939, la firme Charles Gordon certifiait que, conformément à la déclaration faite au teneur du registre par Sidro, le transfert du nom de Sidro à Charles Gordon de 1.012.688 actions ordinaires de Barcelona Traction n'impliquait aucun changement de propriété (*no change of ownership*) « étant donné que nous agissons comme *nominee* pour le *custodian* de ces actions qui continue à les détenir » pour Sidro (*A.R.*, n° 121).

Le transfert à Charles Gordon and Co des actions *nominatives* de Sidro fut inscrit dans les registres le 7 octobre 1939; à cette dernière date, Charles Gordon and Co était donc le *nominee* de Securitas Ltd, cette société étant elle-même *dépositaire* des actions de Sidro.

(949) En mai 1940, lors de l'invasion du territoire belge, Securitas Ltd devint *trustee* de Sidro par l'effet d'un contrat de *trust* qui avait été conclu le 6 septembre 1939 et remplacé par un second contrat de *trust* du 27 février 1940. Ces contrats prévoyaient que, par le seul fait de certains « *operative events* » (et notamment l'invasion de l'agglomération bruxelloise par une force armée étrangère), Securitas Ltd deviendrait automatiquement, pour la durée de ces événements, *trustee* des avoirs de Sidro situés hors de Belgique (voir *A.O.C.*, n° 11, spécialement par. 6, vol. II, pp. 208 et 209).

(950) Les effets du contrat de *trust* prirent fin le 14 août 1946, conformément aux prévisions du contrat, après la cessation de l'événement qui avait déclenché l'entrée en vigueur du *trust*.

A partir de cette date, Securitas Ltd redevint donc simple dépositaire (*A.M.*, n° 3, vol. I, p. 36, g, et pp. 52 à 56).

En résumé, du 7 octobre 1939 au 21 mai 1948 (1) — et donc notamment à la date du jugement de faillite — les actions *nominatives* de Sidro sont restées inscrites de manière continue au nom de Charles Gordon and Co, *nominee* de Securitas Ltd, laquelle était elle-même le dépositaire de Sidro (sauf pendant la période de mai 1940 au 14 août 1946, durant laquelle Securitas Ltd a été *trustee* de Sidro).

(951) Le 19 avril 1948, la Sidro conclut un nouveau contrat de dépôt avec la *partnership* américaine Newman and Co : comme le contrat de dépôt conclu en 1939 avec Securitas Ltd, ce nouveau contrat et celui qui l'a remplacé du 9 juin 1952 permettent au *Custodian*, avec le consentement de Sidro, de faire transférer les actions *nominatives* au nom du *Custodian* ou de son *nominee* (*A.M.*, n° 11, vol. I, p. 105, b, et pp. 107 à 109).

(1) Date à laquelle, comme on le verra ci-dessous, ces actions furent transférées au nom d'un autre *nominee*, Newman and Co.

Le jour même de la conclusion du contrat de dépôt avec Newman and Co, la Sidro invita Securitas à remettre à Newman and Co les titres que Securitas détenait pour son compte. Le transfert dans le registre des actions nominatives de Barcelona Traction des actions appartenant à la Sidro, du nom de Charles Gordon and Co à celui de Newman and Co, fut effectué le 21 mai 1948 (voir *A.M.*, n° 11, vol. I, p. 105, c, et pp. 110 et 111; sur les raisons de ce changement de *nominee*, voir *O.C.*, I, par. 189).

Ce transfert s'effectua, à la demande de Sidro, par la remise au teneur du registre des certificats nominatifs endossés par Charles Gordon et d'instructions d'inscrire les titres au nom de Newman and Co. La correspondance de l'époque établit que ce transfert n'impliquait, une fois de plus, aucun changement de propriété (*A.R.*, n° 122, doc. 1 et 2).

Le nombre d'actions nominatives de la Barcelona Traction appartenant à Sidro et inscrites au nom de Newman and Co augmenta, en 1952, de 341.826 actions provenant de la conversion au nominatif d'un nombre égal d'actions au porteur, propriété de Sidro, sur lesquelles on reviendra (voir *infra*, pp. 723 et ss.). Ici encore, l'inscription au nom de Newman and Co des titres au porteur annulés n'impliqua aucun changement de propriété (*A.R.*, n° 123, appendice 16).

(952) Les 1.354.514 actions nominatives de Sidro étaient encore inscrites au nom de Newman and Co à la date du 14 juin 1962. Newman and Co était donc à la fois *custodian* et *nominee* pour compte de Sidro.

Le Gouvernement espagnol ayant manifesté le vœu de voir produire par le Gouvernement belge « les titres nominatifs dont on discute » (*C.M.*, IV, p. 669, note 1), la Sidro a fait retransférer à son nom, le 10 février 1967, les 1.354.514 actions nominatives inscrites jusqu'à cette date au nom de Newman and Co et a déposé à la Algemene Bank Nederland à La Haye le nouveau certificat émis à son nom à la suite de ce transfert. Les documents relatifs à ce transfert et au dépôt fait à La Haye ainsi que des copies, certifiées conformes par le teneur du registre, des certificats que celui-ci a reçus de Newman and Co en vue de ce transfert sont reproduits en annexe (*A.R.*, n° 124).

(953) En rappelant (*supra*, n° 947 et ss.) les faits déjà exposés et prouvés par le *Mémoire* et les *Observations et Conclusions* du Gouvernement belge, on a démontré que, contrairement à ce que laisse entendre le *Contre-Mémoire*, il n'existe aucun doute sur « la question de fait de savoir si, oui ou non, les *partnerships* Charles Gordon and Co et Newman and Co étaient des *nominees* et si Sidro avait ou non gardé la propriété bénéficiaire, la *beneficial ownership* des titres inscrits au nom de ces *partnerships* » (*C.M.*, p. 669, n° 47).

La Cour pourrait considérer qu'il ne s'agit pas uniquement d'une « question de fait », mais aussi d'une question de droit, dans la mesure où le Gouvernement espagnol paraît mettre en cause la validité et la portée des contrats qui ont été conclus. Aussi le Gouvernement belge a-t-il soumis tous les contrats et documents analysés ci-avant à un juriconsulte américain, le professeur Abram Chayes, et à un juriconsulte canadien, M. Mockridge : les avis de ces deux juriconsultes (*A.R.*, nos 125 et 126) confirment que, tant en droit américain qu'en droit canadien, les accords entre Securitas et Charles Gordon and Co, et entre Sidro et Newman and Co, sont des contrats de *nominee* pleinement valables et que, si les actions ont été inscrites successivement au nom de Charles Gordon and Co et de Newman and Co, ces *partnerships* les détenaient, en vertu des dits contrats, pendant toute la période qui intéresse le litige (de 1948 à 1962), en qualité de *nominees* de Sidro (ou, dans le cas de Charles Gordon and Co, en qualité de *nominee* d'un simple dépositaire de Sidro, Securitas).

D'après ces mêmes avis, il n'est pas d'usage que les firmes de *nominees* fassent mention de leur qualité lorsqu'elles se font inscrire dans le registre des actionnaires d'une société canadienne ou américaine (sauf dans les cas exceptionnels où la dénomination même de la firme comporte le mot « nommée »), et l'absence de toute mention de la qualité du *nominee* au registre n'altère en rien cette qualité.

A présent que les actions nominatives ont été transférées au nom de Sidro (*supra*, n° 952), le Gouvernement espagnol va-t-il soutenir que la Sidro a *acheté* à Newman and Co ces 1.354.514 actions nominatives? Cette thèse, assurément absurde, ne serait que la suite logique du soutènement du *Contre-Mémoire*, suivant lequel la société en nom collectif Newman and Co serait propriétaire des actions, et non simple *nominee* de Sidro.

(954) Le Gouvernement espagnol s'étonne du fait que « même le 21 mai 1948, lors du transfert des titres de Charles Gordon and Co à Newman and Co, l'on n'ait pas éprouvé le moindre besoin d'indiquer officiellement que la nouvelle *partnership* inscrite au registre n'était qu'un *nominee* de Sidro, alors que la chose aurait été d'une utilité toute particulière pour étayer les prétentions que le Gouvernement belge avançait déjà à l'époque » (*C.M.*, IV, pp. 669 et 670).

Est-il vraiment nécessaire de répondre que la Sidro n'imaginait pas, à cette époque, que sa qualité d'actionnaire majoritaire de la *Barcelona Traction* serait jamais mise en doute par le Gouvernement espagnol? Elle aurait eu d'autant plus de peine à prévoir cette étrange contestation que le Ministre espagnol du Commerce et de l'Industrie, Monsieur Suanzes, avait lui-même souligné, en 1946, dans un discours aux Cortès, « que la majorité des actions de la *Barcelona Traction* se trouvait en possession de la société belge Sidro » (*A.M.*, n° 40, vol. I, p. 227, in fine). Les experts espagnols de la Commission internationale constituée en juin 1950 à l'initiative du Gouvernement espagnol ont été plus explicites encore : « la subordination de *Barcelona Traction* à la Sidro de Bruxelles, et celle de cette dernière société à la Sofina de Bruxelles sont des faits bien connus. De cette manière, Sofina contrôle Sidro et, à travers cette société, *Barcelona Traction* et toutes les sociétés de ce groupe opérant en Espagne. Ce qui précède, outre qu'il s'agit de faits publics et notoires, s'est trouvé entièrement confirmé dans le cours de notre travail » (*A.R.*, n° 127).

Ce sont ces faits « bien connus », « publics et notoires », reconnus par le Gouvernement espagnol et par ses experts, que le même Gouvernement espagnol s'est efforcé, dans la suite, de nier.

(955) Le Gouvernement espagnol croit pouvoir « rappeler, une fois de plus, les observations très sérieuses faites par les firmes d'experts consultées par lui » (*C.M.*, p. 670, n° 48).

Le *Contre-Mémoire* se réfère ainsi au rapport de MM. Rackier et Berghmans, qui concluaient en ces termes : « 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 » (*A.E.P.*, n° 91, p. 741) . . .

Le Gouvernement espagnol n'a toutefois pas cru pouvoir suivre, dans la procédure orale, l'avis de ces singuliers « experts » de la matière des *nominees* : l'un de ses avocats a, en effet, souligné qu'il n'avait « absolument rien à objecter, ni ouvertement, ni secrètement, à l'institution du *nominee* » (*P.O.*, III, p. 843).

Il semble donc que ce soit seulement pour la forme que le *Contre-Mémoire* fasse encore allusion au rapport de MM. Rackier et Berghmans.

(956) On réfutera, dans la sous-section suivante, le système juridique élaboré par le Gouvernement espagnol et suivant lequel seul le *nominee* inscrit au registre pourrait se prétendre actionnaire, à l'exclusion du *beneficial owner*.

On soulignera seulement ici qu'*en fait*, la Sidro n'a cessé de se comporter comme propriétaire des actions nominatives inscrites au nom de ses *nominees* et n'a cessé d'être considérée comme telle par tous les Gouvernements qui ont eu l'occasion de se prononcer à ce sujet.

En effet :

a) En ce qui concerne la Sidro elle-même, elle a souscrit, le 12 mars 1946, une déclaration de ses valeurs mobilières sur l'étranger, en exécution de l'arrêté-loi du 6 octobre 1944 organisant le recensement des avoirs belges à l'étranger (1) : elle y a déclaré notamment « 1.012.688 certificats actions ordinaires Barcelona Traction Light and Power »

La photocopie de cette déclaration, authentifiée par le cachet de la Banque Nationale de Belgique qui atteste que cet organisme l'a reçue le 29 mai 1946, a été produite en annexe 16 des *Observations* (voir *A.O.C.*, vol. II, spécialement pp. 228 et 229). A l'époque de cette déclaration, les actions nominatives étaient inscrites au nom de Charles Gordon and Co et la faillite de la Barcelona Traction n'avait pas encore été déclarée.

D'autre part, la Sidro a déclaré chaque année, avant comme après la faillite, ses actions de la Barcelona Traction à l'Administration belge des contributions directes (*A.R.*, n° 128).

b) Les actions nominatives de Sidro ont été bloquées par le *Séquestre canadien* pendant la guerre, bien qu'elles fussent remises en *trust* à une société américaine et inscrites au nom d'un *nominee* américain : la lettre du Département du Secrétaire d'Etat du Canada, Office du Séquestre, du 29 avril 1947 en apporte la preuve (voir *A.O.C.*, vol. II, n° 13).

c) Lorsque le *Gouvernement des Etats-Unis*, en 1940, exigea que ceux qui détenaient des biens appartenant à des sujets étrangers fassent rapport, Sidro remplit le formulaire TFR 300, indiquant, comme sa propriété, les actions Barcelona Traction confiées en *trust* à Securitas; les titres furent alors bloqués par le Gouvernement des Etats-Unis et ne purent être libérés en 1946 qu'en vertu d'une licence générale de ce gouvernement (voir *O.C.*, I, p. 199, note 1, et *A.O.C.*, n° 18, vol. II, p. 236). Ceci n'est pas contesté par le *Contre-Mémoire*.

d) En ce qui concerne le *Gouvernement espagnol*, il proclamait lui-même, en 1946, « que la majorité des actions de la Barcelona Traction se trouvait en possession de la société belge Sidro » (*supra*, n° 954).

(1) Voir *A.O.C.*, n° 28, vol. II, pp. 275 et suiv.

Sous-section 2

Les actions nominatives de Sidro (suite). — La question des nommées.

(957) Le Gouvernement belge aborde à présent la discussion de la thèse juridique espagnole concernant la question des *nommées* (C.M., IV, pp. 670 à 683).

Pour les besoins de cette partie de son argumentation, le Gouvernement espagnol admet que le Gouvernement belge aurait eu qualité pour protéger la Sidro si les actions de celle-ci étaient restées inscrites au nom de Sidro dans le registre de la Barcelona Traction comme elles l'étaient en 1939.

Mais, poursuit le Gouvernement espagnol, le Gouvernement belge a perdu cette qualité parce que la Sidro a choisi, à partir de 1939, de faire inscrire ses actions, non plus directement en son nom, mais au nom d'une *partnership* américaine (d'abord Charles Gordon & C^o, puis Newman and C^o) : en effet, d'après le *Contre-Mémoire*, seul ce *nommée* de Sidro « peut se qualifier juridiquement actionnaire » de Barcelona Traction (C.M., p. 670, n^o 48).

(958) Cette thèse présente un caractère paradoxal.

En effet, si la Cour admet, comme le concède ici le Gouvernement espagnol, l'exercice d'une protection diplomatique en faveur d'actionnaires, ce sera dans le but d'assurer la protection internationale à ceux qui ont été *réellement atteints par le préjudice* causé à la société. Le principe une fois admis, il serait absurde d'en écarter l'application en l'espèce au motif que le véritable propriétaire des actions les a fait inscrire au nom d'un *nommée* : cette circonstance ne modifie évidemment *en rien* le préjudice subi par le propriétaire.

(959) Pour réfuter la thèse espagnole, le Gouvernement belge examinera successivement les deux questions qu'elle soulève : la question de *droit interne* et la question de *droit international*.

La question de droit interne est de savoir si, d'après le droit interne applicable, Charles Gordon & C^o et plus tard Newman & C^o sont devenus propriétaires des actions en manière telle que Sidro aurait perdu sa qualité de propriétaire. En termes plus généraux, le propriétaire est-il privé de sa propriété par le fait que les actions sont inscrites au nom d'un *nommée* ?

La question de droit international est de savoir si le caractère national de l'intérêt incontestable de Sidro dans ses actions de Barcelona Traction est modifié par le fait que les actions ont été *nominalement inscrites au nom* de Charles Gordon et de Newman & C^o. En termes plus généraux, le caractère national de l'intérêt est-il perdu par le fait que le propriétaire a fait inscrire ses actions au nom d'un *nommée* de nationalité différente ?

Le Gouvernement belge démontrera que toutes ces questions appellent des réponses négatives. En droit interne, Sidro reste le propriétaire des actions en dépit de leur inscription au nom de ses *nominees*. Et le droit international s'attache à la nationalité du véritable propriétaire, non à celle des *nominees* qui détiennent la propriété pour son compte.

a) *La question de droit interne.*

(960) La question des effets, en droit interne, de l'inscription au nom d'un *nominee* ne peut évidemment être résolue en termes généraux : elle doit être étudiée *dans le cadre d'un système de droit déterminé.*

Le *Contre-Mémoire* le reconnaît dans une certaine mesure, puisqu'il se réfère incidemment aux avis de juristes américains et canadiens produits à l'appui des *Exceptions préliminaires* (C.M., IV, p. 672, note 1). Mais, cette référence mise à part, le *Contre-Mémoire* se caractérise par une indifférence complète vis-à-vis de tout système donné de droit interne et se cantonne dans des généralités.

Le Gouvernement belge ne pense pas qu'une telle méthode soit acceptable.

(961) Il faut se référer en premier lieu au droit qui régit la relation entre Sidro et ses *nominees*, en vue de déterminer avec précision la nature de ces rapports. Il résulte de l'analyse des contrats donnée ci-avant (nos 948 à 951) que le droit applicable est le droit des Etats-Unis et, principalement, celui de l'Etat de New-York.

Il faut se référer ensuite à la loi personnelle de la Barcelona Traction, afin de s'assurer que cette loi n'attache pas à la relation créée par des contrats de droit américain des conséquences qui pourraient impliquer un transfert de propriété de Sidro à ses *nominees*. La loi personnelle de la Barcelona Traction est le droit canadien, et, spécialement, le droit de la Province d'Ontario.

1° *La relation entre Sidro et ses nominees (droit des Etats-Unis).*

(962) La relation entre Sidro et ses *nominees* a été créée, comme on l'a déjà rappelé, par un certain nombre de contrats qui ont été conclus à New-York et qui doivent, en conséquence, être interprétés conformément au droit de l'Etat de New-York (*supra*, nos 948 à 951, et consultation du professeur Chayes, A.R., n° 125). La Cour est en droit d'attendre des parties qu'elles prouvent le contenu de ce droit par des avis d'experts. Aussi le Gouvernement belge a-t-il obtenu une consultation du Professeur Abram Chayes, Professeur de droit à la *Harvard University Law School*, membre du barreau de la Cour Suprême des Etats-Unis et ancien *Legal Adviser* du Département d'Etat.

(963) La portée de l'avis du Professeur Chayes est de montrer que la relation établie par les contrats conclus entre Sidro et ses *nominees* se caractérise principalement par

la notion d'*agency*, de *mandat* (1). Sans exclure pour autant la distinction entre *legal title* et *equitable title*, il démontre qu'interprétés d'après les décisions judiciaires et les dispositions légales en la matière, les contrats seraient traités à New-York comme ayant constitué les *nominees mandataires* de Sidro, et rien de plus. Et il va sans dire que c'est le contenu des différents contrats entre Sidro et ses *nominees*, et rien d'autre, qui détermine le véritable caractère de la relation.

D'un point de vue théorique, on peut évidemment concevoir toute une échelle de droits susceptibles d'être attribués à autrui par le propriétaire d'un bien : en bas de l'échelle, se trouvent les droits, minimes, d'un mandataire; au sommet de l'échelle, les droits beaucoup plus étendus d'une personne qui est virtuellement un propriétaire, investi d'un large pouvoir discrétionnaire et possédant un important *beneficial interest*. Mais dans la présente espèce, que le Professeur Chayes analyse si clairement, les *nominees* sont tout au bas de l'échelle des possibilités théoriques : on n'a voulu en faire — et, en fait comme en droit, ils n'ont été — rien d'autre et rien de plus que des mandataires.

(964) Simples mandataires, les *nominees* n'ont évidemment aucun droit de propriété sur les actions inscrites en leur nom. Ils constituent seulement un conduit dans lequel est canalisé le flux des droits et obligations entre Barcelona Traction et le vrai propriétaire des actions. Le Professeur Chayes cite l'encyclopédie générale de droit américain qui fait autorité, ainsi que plusieurs décisions judiciaires, qui déclarent textuellement :

* Le mot *nominee* vise généralement une personne désignée pour agir pour une autre comme son représentant dans un sens plutôt limité . . . Dans son sens communément accepté, le terme implique la délégation de pouvoir au *nominee* à titre représentatif ou nominal seulement, et n'implique pas le transfert ou la cession au *nominee* d'aucune propriété ou part de propriété dans les droits de la personne qui le nomme » (2).

(965) Cette consultation sur le droit des Etats-Unis montre en outre que les Cours américaines, chaque fois qu'elles ont été appelées à se prononcer sur la question, ont décidé que la personne qui détient des actions à travers un *nominee* est propriétaire des actions.

Les décisions citées consacrent notamment les solutions suivantes :

a) Une personne qui est seulement titulaire d'une inscription nominative au registre peut bien ne pas être le véritable propriétaire des actions; et, réciproquement, une personne peut être le propriétaire d'actions sans être inscrite comme tel au registre (*A.R.*, n° 125, partie III, B, 1 et 2);

(1) En droit américain, le mandat (*agency*) n'implique pas que le mandataire agisse *au nom* du mandant : il suffit qu'il agisse *pour compte* de celui-ci. Ceci résulte implicitement de la consultation du Professeur Chayes.

(2) « The word *nominee* ordinarily indicates one designated to act for another as his representative in a rather limited sense. . . 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 in, or ownership of, the rights of the persons nominating him ». (voir consultation du Professeur Chayes, *A.R.*, n° 125, p. 6).

b) Le transfert des actions au registre du nom du *nominee* à celui du mandant, ou vice-versa, n'implique aucune mutation de propriété et ne donne pas lieu à la perception d'une taxe de mutation (*A.R.*, n° 125, partie III, B, 3);

c) Le propriétaire est en droit d'exiger du *nominee* qu'il lui transmette les dividendes et qu'il vote conformément à ses instructions (*A.R.*, n° 125, partie III, B, 4) (1);

d) Le propriétaire non inscrit au registre peut intenter, en son propre nom, dans les cas où elle est admise, l'action individuelle en réparation des dommages causés à la société (action reconnue aux actionnaires, en droit américain, sous le nom de *derivative suit*) (*A.R.*, n° 125, partie III, B, 5);

e) En cas de faillite du *nominee*, les actions inscrites à son nom ne font pas partie de la masse mais doivent être restituées au véritable propriétaire; réciproquement, en cas de faillite du véritable propriétaire, les actions inscrites au nom de son *nominee* reviennent à la masse (*A.R.*, 125, partie III, C, 2);

f) La charge de l'impôt sur les revenus des actions incombe au propriétaire et non au *nominee* (*A.R.*, n° 125, partie III, C, 3).

2° La position des *nominees* d'après la loi personnelle de la société (droit canadien).

(966) D'après les principes généralement admis en matière de conflits de lois, c'est la loi du lieu où la Barcelona Traction est incorporée qui régit toutes les questions relatives à la constitution et au fonctionnement de la société, y compris les droits et obligations réciproques de la société et de ses actionnaires.

Aussi le Gouvernement belge a-t-il jugé utile de demander également une consultation sur le droit canadien : il s'est adressé à Mr H.C.F. Mockridge, Q.C., membre d'une des meilleures firmes d'avocats de Toronto, Osler, Hoskin & Harcourt (*A.R.*, n° 126), qui avait déjà donné un premier avis sommaire sur la question (*A.O.*, n° 12, vol. II, pp. 214 et ss.).

(967) Il ressort de cette consultation que le droit canadien ne porte en rien atteinte au droit d'un actionnaire de faire inscrire ses actions au nom d'un *nominee* et n'ajoute à la relation, établie en l'espèce entre Sidro et ses *nominees*, rien qui soit de nature à convertir la position de mandataire de ces derniers en une situation de propriétaire.

Cette consultation met en lumière, notamment, les points suivants :

a) Il est d'usage courant que des actions de sociétés canadiennes soient inscrites au nom de *nominees* pour le compte des propriétaires véritables, particulièrement lorsqu'il s'agit d'actions cotées en bourse. Ce procédé est utilisé en raison des avantages pratiques qu'il comporte et est parfaitement licite (*A.R.*, n° 126, par. 20; comparez Chayes, *A.R.*, n° 125, partie III, A);

(1) Ceci est du reste expressément reconnu par le *Contre-Mémoire* (IV, n° 49, p. 671).

b) Généralement, aucune mention du registre des actions — ni d'ailleurs aucun autre mode de publicité — n'indique que la personne inscrite est un *nominee* ; il n'en est autrement que dans les cas où le mot « *nominee* » figure dans le dénomination de la *partnership* qui remplit cette fonction.

En droit, il n'y a aucune différence à faire, au point de vue des relations entre la société et le *nominee* inscrit au registre, selon que celui-ci est ou non connu comme tel (*A.R.*, n° 126, par. 20 et 21). Ceci réduit à néant la théorie imaginée par le *Contre-Mémoire* (IV, pp. 672 et 673, n°s 51 et 52) suivant laquelle les conséquences juridiques de l'inscription d'actions au nom d'un *nominee* seraient différentes selon que le *nominee* est officiellement connu comme tel ou ne l'est pas ;

c) Les Cours traitent, en toute hypothèse, le *nominee* comme un mandataire ou fiduciaire qui détient pour compte du véritable propriétaire : elles contraignent le *nominee* à se conformer aux instructions du véritable propriétaire quant à l'exercice des droits d'actionnaire, et à lui transmettre les dividendes reçus (*A.R.*, n° 126, par. 12) ;

d) Aucune taxe de mutation n'est due à l'occasion d'un transfert d'actions au registre du véritable propriétaire à son *nominee* ou vice-versa (*A.R.*, n° 126, par. 23, i) ;

e) En matière d'impôts sur les revenus, les dividendes sont traités par les autorités fiscales comme des revenus du véritable propriétaire et non comme des revenus du *nominee* (*A.R.*, n° 126, par. 23, iii) ;

f) En cas de faillite du *nominee*, ses créanciers ne pourront se faire payer sur les actions inscrites à son nom (*A.R.*, n° 126, par. 23, iv).

3° Réfutation de l'argumentation du *Contre-Mémoire* et conclusion.

(968) Lorsque la Cour aura pris connaissance des avis substantiels du Professeur Chayes et de Mr. Mockridge, et reviendra ensuite au *Contre-Mémoire*, elle ne manquera pas d'être frappée par le caractère purement verbal et abstrait de l'argumentation espagnole.

Pour démontrer que le *nominee* aurait seul le droit d'être considéré comme actionnaire, le *Contre-Mémoire* invoque concurremment deux arguments :

a) Le *nominee* possède seul le *legal title*. ;

b) Il est seul inscrit au registre des actions.

Il est aisé de montrer que ces arguments sont dénués de pertinence.

(969) Sur le premier point, le *Contre-Mémoire* part de l'idée que « si l'inscription d'actions au nom d'un *nominee* ne fait pas perdre au possesseur précédent la *beneficial ownership* sur les titres, elle en transfère toutefois la *legal ownership* » (*C.M.*, p. 670, n° 48).

La distinction entre *beneficial* et *legal ownership* est traditionnelle, mais n'a qu'une signification historique. Son origine remonte à l'époque où il existait, en Angleterre,

une dualité de juridictions, les cours royales qui appliquaient les règles de *Common Law*, et la Chancellerie qui appliquait les règles d'*Equity*. Mais, on s'excuse de le rappeler, cette époque est révolue : aussi bien aux Etats-Unis et au Canada qu'en Angleterre, il y a longtemps que les deux catégories de juridictions ont été fusionnées en une seule, et celle-ci applique, à la fois, les règles de *Common Law* et les règles d'*Equity*, qui sont, les unes comme les autres, des règles de *Droit* (voir sur ce point, Chayes, *A.R.*, n° 125, p. 8; Mockridge, *A.R.*, n° 126, par. 3 et 4; cf. *Procédure Orale*, II, p. 513).

La qualification de *legal owner* donnée au *nominee* n'est donc pas inexacte, mais elle n'apprend rien sur le contenu de ce *legal title*. Elle ne contredit d'ailleurs en rien le fait que, comme on l'a montré, le *nominee* est un simple mandataire qui détient en son nom mais pour compte d'autrui (voir Chayes, *A.R.*, n° 125; Mockridge, *A.R.*, n° 126, par. 19).

Si le *Contre-Mémoire* s'attache à la notion de *legal title*, c'est pour la traduire tendancieusement par « titre juridique de la propriété » (*C.M.*, IV, p. 670, n° 48) et pour en déduire que le *legal owner* est « celui qui, en droit, possède le titre, le titre » (*C.M.*, p. 671, n° 50).

Cette traduction littérale n'est pas exacte. *Legal ownership* ne signifie pas « propriété juridique » (ce qui n'aurait d'ailleurs aucun sens) mais « propriété reconnue par une des branches du Droit, la *Common Law* »; *legal title* ne signifie pas « titre juridique » mais « titre reconnu par l'une des branches du Droit, la *Common Law* ». Le titre du *beneficial* (ou *equitable*) *owner* n'est pas moins « juridique » que celui du *legal owner*; mais il trouve sa source dans une autre branche du Droit, appelée l'*Equity*.

Le Gouvernement espagnol souligne lui-même qu'il « n'a jamais entendu méconnaître les droits qui peuvent revenir au *beneficial owner*, ni mettre en doute leur caractère de droits ». Il n'en conclut pas moins, quelques lignes plus bas, « que les bénéfices économiques de la propriété se trouvent plutôt (1) du côté du *beneficial owner*, tandis que l'aspect juridique du droit de propriété est plutôt réservé au *legal owner* » (*C.M.*, p. 671, n° 49).

Une fois rectifiée l'erreur de traduction sur laquelle elle repose, cette conclusion n'a évidemment aucun sens : si *beneficial owner* et *legal owner* ont chacun des « droits » relatifs à la propriété, on ne voit pas comment les droits du second pourraient présenter un « aspect » plus « juridique » que ceux du premier !

En réalité, le droit de propriété appartient en totalité au *beneficial owner*, et le *nominee*, simple mandataire, n'a que le pouvoir d'exercer vis-à-vis de la société les droits du *beneficial owner* conformément aux instructions et pour compte de celui-ci. En ce sens, il est vrai que le *legal title* d'un *nominee* se réduit « à un titre dépourvu de tout contenu » (*C.M.*, p. 671, n° 50). Le Gouvernement espagnol est d'ailleurs bien en peine d'en indiquer un et se borne à esquiver le problème, au prétexte qu'il lui semble « quelque peu byzantin » (*C.M.*, p. 671, n° 49)!

(1) Le mot « plutôt » est un évident euphémisme : c'est « entièrement » qu'il aurait fallu écrire.

(970) Le second argument du *Contre-Mémoire* consiste à affirmer que la *nominee* est seul en droit de se dire actionnaire « parce que le registre des actionnaires de la société indique son nom ». Le Gouvernement espagnol en déduit que « vis-à-vis des tiers comme vis-à-vis de la société, c'est lui et lui seul qui a le droit d'être considéré comme actionnaire » (C.M., p. 671, n° 50).

Il est exact que la *société* est en droit de considérer comme actionnaires les personnes inscrites au registre des actions, même si celles-ci sont de simples *nominees* (voir Mockridge, A.R., n° 126, par. 9 et 10).

Mais cette règle, destinée à protéger la société, se limite aux rapports du *nominee* avec celle-ci (voir Mockridge, A.R., n° 126, par. 11).

Vis-à-vis des tiers, en revanche, le *nominee* n'est nullement considéré comme propriétaire des actions, contrairement à ce qu'affirme le *Contre-Mémoire*. La meilleure preuve en est qu'en cas de faillite du *nominee*, les actions inscrites à son nom ne font pas partie du gage commun de ses créanciers et doivent être restituées au véritable propriétaire.

Par conséquent, même si les créanciers du *nominee* ont cru que les actions inscrites au nom de celui-ci dans le registre lui appartenaient, ils n'ont aucun droit de s'en tenir à cette apparence (1) (2).

Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que le droit canadien n'apporte aucun appui à la prétendue « constatation » du Gouvernement espagnol suivant laquelle « juridiquement, la qualité d'*actionnaire* revient toujours et seulement, pour les actions nominatives, à la personne qui est inscrite sur les registres de la société » (C.M., p. 671, n° 51).

Sans doute le mot « *shareholder* », en droit canadien, peut-il être employé au sens étroit d'« actionnaire inscrit » (*registered shareholder*). Mais il peut également être appliqué au véritable propriétaire des actions, même si celles-ci ne sont pas inscrites à son nom : c'est ce qu'illustrent clairement les décisions de la Cour d'appel d'Ontario et de la Cour Suprême du Canada rendues récemment dans l'affaire *Gaby v. Federal Packaging & Partition Co Ltd* et analysées par Mr Mockridge (A.R., n° 126, par. 13 à 18).

(971) Bref, il n'y a rien dans le *Contre-Mémoire* qui soit de nature à ébranler la conclusion à laquelle conduisent l'analyse des contrats conclus par Sidro avec ses *nominees* et l'interprétation de ces contrats d'après le droit des Etats-Unis (*supra* n° 963 ss.) compte

(1) La solution serait sans doute différente en droit français dans l'hypothèse où des actions nominatives seraient inscrites au nom d'un prête-nom : les tiers seraient en droit de s'en tenir à la situation ostensible en vertu du principe — inconnu en droit anglo-saxon — que les contre-lettres ne sont pas opposables au tiers (Code Napoléon, art. 1321).

(2) Ce n'est que dans l'hypothèse anormale où le *nominee* céderait frauduleusement les actions à un tiers de *bonne foi* que celui-ci serait protégé contre toute revendication du véritable propriétaire, mais, comme l'indique M. Mockridge (A.R., n° 126, par. 22), le fondement de la règle n'est nullement que le *nominee* doive être considéré comme propriétaire à l'égard des tiers.

tenu de l'incidence du droit canadien (*supra* n° 966 ss): la Sidro n'a nullement perdu son droit de propriété sur ses actions par leur inscription au nom de ses *nominees* successifs.

b) *La question de droit international.*

(972) Partant de l'idée erronée qu'en droit interne, le véritable propriétaire d'actions inscrites au nom d'un *nominee* « n'est pas actionnaire du tout » (C.M., IV, p. 674 et note 1), le Gouvernement espagnol soutient qu'en droit international, le véritable propriétaire n'a pas le droit d'être protégé si sa nationalité diffère de celle du *nominee*. Le Gouvernement espagnol ajoute qu'en ce cas, l'Etat du *nominee* ne peut pas davantage intervenir, parce que le *nominee* n'a pas d'intérêt effectif dans les actions (C.M., n° 53, pp. 673 à 675).

Bref, d'après le Gouvernement espagnol, lorsque le propriétaire fait inscrire ses actions au nom d'un *nominee* d'une autre nationalité, l'intérêt relatif aux actions est privé de toute possibilité de protection internationale.

(973) Pour sa part, le Gouvernement belge est bien d'accord avec le Gouvernement espagnol sur la seconde branche de sa thèse : l'Etat du *nominee* ne peut intervenir pour protéger un intérêt qui appartient au véritable propriétaire. Et, de fait, en l'espèce, le Département d'Etat des Etats-Unis n'a pas considéré que la nationalité américaine des *nominees* suffisait à fonder une intervention diplomatique des Etats-Unis.

Mais au lieu d'en conclure que le véritable propriétaire est ainsi laissé sans protection en droit international, le Gouvernement belge voit, dans le refus du *ius standi* à l'Etat du *nominee*, une raison de plus pour accorder ce droit à l'Etat du véritable propriétaire. Il a peine à croire, en effet, que le droit international ajoute au concept si impopulaire d'apatride la notion, non moins anormale, de « propriété apatride » — et cela surtout dans un cas où la reconnaissance des intérêts du véritable propriétaire n'entraîne aucun risque de double réclamation ou de double réparation.

(974) Toutefois, si le Gouvernement belge soutient, contrairement à la branche principale de la thèse espagnole, que le véritable propriétaire a le droit d'être protégé, il ne limite nullement ce principe au cas où le *nominee* serait de nationalité différente.

La thèse belge est que le véritable propriétaire possède en toute hypothèse un droit indépendant à la protection de son Etat national. Si le *nominee* est de la même nationalité, son Etat national peut agir pour protéger l'intérêt en cause. Si en revanche le *nominee* est d'une nationalité différente, il peut seulement inciter le gouvernement du véritable propriétaire à agir. Mais, en toute hypothèse, c'est le droit du véritable propriétaire qui est protégé.

Le *Contre-Mémoire* présente donc inexactement la thèse belge lorsqu'il écrit : « si les deux sujets [*nominee* et *beneficial owner*] sont de nationalité différente, il ne peut en découler d'autre conséquence que celle-ci : la protection diplomatique de la première de ces personnes, en raison de sa qualité d'"actionnaire", risque de se heurter à l'opposition de l'Etat destinataire de la réclamation parce que sa qualité d'actionnaire... n'a pas un caractère d'effectivité. Mais il ne peut certainement pas en découler qu'à la protection de l'actionnaire [inscrit] se substitue la protection du *beneficial owner* des actions » (1).

(1) C.M., n° 59, p. 680. Les italiques sont au texte.

Le Gouvernement belge ne fait nullement « découler » la protection du *beneficial owner* du fait que le *nominee* aurait une nationalité différente, de sorte que la réfutation espagnole tombe à faux.

1° *Le droit international et la protection des intérêts.*

(975) Ceci dit, il faut revenir à la branche principale de la thèse espagnole, suivant laquelle l'Etat national du propriétaire d'actions inscrites au nom d'un *nominee* de nationalité différente ne pourrait intervenir.

Le Gouvernement belge se propose de réfuter cette thèse à la lumière des précédents judiciaires et de la doctrine.

Mais il voudrait souligner au préalable une erreur significative, qui entache toute la thèse espagnole en matière de *jus standi* : qu'il traite la question de la protection des actionnaires en général, ou la question particulière de la protection du propriétaire d'actions inscrites au nom d'un *nominee*, le Gouvernement espagnol suppose toujours que le droit international ne s'occuperait que de la protection de la propriété des biens et non de la protection d'intérêts auxquels manquerait le caractère de la propriété *stricto sensu*. En attirant l'attention sur ce point, le Gouvernement belge n'entend nullement atténuer sa thèse selon laquelle, au regard du droit interne applicable (américain et canadien), la Sidro est bien propriétaire, au plein sens du terme, des actions en question. Néanmoins, le droit international reconnaît la protection, non seulement de la « propriété » comme telle, mais aussi des « droits » et des « intérêts » dans un bien. La Cour l'a implicitement rappelé dans son arrêt sur les *Exceptions Préliminaires*, lorsque, posant la question ici discutée, elle déclarait : « On peut demander si le droit international reconnaît aux actionnaires d'une société, en cas de préjudice causé à cette société par un gouvernement étranger, un droit ou un intérêt distincts et indépendants... » (*Recueil*, 1966, n° 6, p. 44).

Par conséquent, la contestation opposée par le Gouvernement espagnol au sujet de la « propriété » de Sidro ou de sa qualité d'« actionnaire » n'est pas susceptible, en elle-même, d'éliminer le droit de protection diplomatique de la Belgique : pour réussir, l'Espagne devrait aller beaucoup plus loin et prouver que la Sidro n'avait ni « droit » ni « intérêt » dans les actions. Mais c'est là une tâche à laquelle le *Contre-Mémoire* ne songe même pas à s'atteler, et on le comprend, puisque, dans cette discussion, le Gouvernement espagnol suppose admis que la Sidro a conservé un *beneficial interest* sur les actions (*C.M.*, IV, n° 48, p. 670).

(976) Il est à peine besoin de démontrer la proposition suivant laquelle le droit international protège « les biens, droits et intérêts » : elle a été consacrée par des décisions judiciaires internationales et par la pratique des Etats telle qu'elle se manifeste dans les traités et dans la correspondance diplomatique; elle a, de plus, été approuvée par une littérature doctrinale abondante (1).

(1) Un exemple particulièrement intéressant peut être trouvé dans le chapitre « *Protection from expropriation of persons of imperfect ownership* » dans l'ouvrage du Prof. B.A. Wortley « *Expropriation in public international law* » (1959) pp. 4 à 12.

Il paraît toutefois utile de citer l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de *certain intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (fond) (1).

Sans doute cette décision concernait-elle principalement l'interprétation de dispositions d'un traité, la convention germano-polonaise du 15 mai 1922 relative à la Haute-Silésie (dite « convention de Genève »). Néanmoins, par certains passages de l'arrêt, la Cour a révélé sa conception au sujet de ce qui est susceptible d'être protégé par le droit international commun. Il s'agit des passages dans lesquels la Cour analyse les dispositions de la convention de Genève relatives à la situation des intérêts allemands en Haute-Silésie, et en particulier du titre III intitulé « Expropriation ».

La Cour cite l'article 6 de la convention, aux termes duquel :

* Sous réserve de ces dispositions (2), *les biens, droits et intérêts* de ressortissants allemands ou de sociétés contrôlées par des ressortissants allemands ne peuvent être liquidés en Haute-Silésie polonaise ».

On pouvait théoriquement comprendre ce texte de deux manières : soit comme un simple rappel du droit international existant, soit comme une règle modifiant ce droit.

La Cour a adopté la première interprétation. En effet, la suite de l'arrêt montre que la Cour a considéré les « biens, droits et intérêts », comme une énumération de la série des intérêts communément protégés par le droit international :

* Si l'on tient compte du contexte de la phrase, il semble raisonnable de penser que... on a voulu exprimer l'idée que, sous réserve des dispositions autorisant l'expropriation, *le traitement des biens, droits et intérêts privés allemands en Haute-Silésie polonaise sera le traitement admis par le droit international commun...*

D'autre part, il n'est guère douteux que l'expropriation admise par le titre III de la Convention est une dérogation aux règles généralement appliquées en ce qui concerne le traitement des étrangers et au principe du respect des droits acquis. Comme cette dérogation a elle-même un caractère strictement exceptionnel, il est permis d'en conclure qu'aucune autre dérogation n'est permise. Toute atteinte aux biens, droits et intérêts de ressortissants allemands visés par le titre III de la Convention, qui n'est pas justifiée par un titre spécial primant la Convention et qui dépasse les limites du droit international commun, est donc incompatible avec le régime établi par la Convention ».

(977) Si, comme le croit le Gouvernement belge, la Cour a ainsi admis que le droit international commun protège les « biens, droits et intérêts », il faut rechercher ce que signifie cette formule. L'intérêt, à toute évidence, ne se confond pas avec la propriété dans le sens très restreint de *legal ownership* où l'entend le *Contre-Mémoire*. Les intérêts sont quelque chose de moins que la propriété des « biens », et même peut-être que les « droits ». En conséquence, le Gouvernement belge ne doit pas démontrer que les ressortissants belges qui sont protégés sont propriétaires de « biens » : il lui suffit de prouver qu'ils possèdent un « intérêt ». Or, jamais le Gouvernement espagnol n'a nié que le *beneficial owner* d'actions inscrites au nom d'un *nominee* possède un intérêt identifiable d'une valeur pécuniaire certaine (3) : sa thèse se limite à invoquer que la Sidro n'a pas la *legal ownership* des actions et ne serait, dès lors, pas juridiquement actionnaire.

(1) 1926 CPJI, série A, n° 7.

(2) Il s'agit des dispositions de la convention autorisant la Pologne à exproprier les biens allemands dans certaines conditions.

(3) A un endroit, par exemple, le *Contre-Mémoire* décrit le propriétaire d'actions inscrites au nom d'un *nominee* comme « se garantissant, grâce à son contrat avec l'actionnaire enregistré, les avantages économiques de la propriété des actions... » (*C.M.*, IV, n° 57, p. 679).

Indépendamment de la réfutation de cette thèse sur le plan du droit interne, la contestation opposée par l'Espagne apparaît donc comme dénuée de pertinence en droit international.

2^o *Le droit international et la question des nommées.*

1) *Décisions judiciaires, internationales et nationales.*

(978) Jusqu'à présent, la question a été débattue comme s'il n'y avait pas de précédent international concernant spécialement le cas d'un *nommée*. Le Gouvernement belge avait toutefois invoqué plusieurs décisions relatives à des situations très analogues. Comme on le verra, le Gouvernement espagnol affirme que ces décisions n'apporteraient aucun appui à la thèse belge (*C.M.*, IV, n^o 54, p. 676). Avant de réfuter cette affirmation par une nouvelle analyse des décisions déjà citées dans les plaidoiries, le Gouvernement belge invoquera trois précédents, auxquels les Parties ne s'étaient pas référées jusqu'ici et qui confirmeront de la manière la plus éclatante la thèse belge selon laquelle les *beneficial owners* ont droit à la protection en dépit du fait que leurs intérêts sont placés au nom de *nommées*.

(979) Il s'agit, en premier lieu, d'une décision de la Commission américano-mexicaine de réclamations (*United States-Mexico Claims Commission*) sur la *John A. McPherson Claim* (1927) (1).

La réclamation concernait huit mandats postaux émis par des autorités illégitimes au Mexique, et que le Gouvernement mexicain refusait de payer.

Le Mexique invoquait notamment l'argument suivant :

« Aucune réclamation ne peut être présentée devant la Commission au nom du requérant car il résulte des preuves annexées au Mémoire que les mandats postaux en question ne sont pas la propriété du requérant puisqu'ils ont été émis au nom de John Davidson, dont la nationalité n'est pas établie dans le Mémoire, et endossés par ce dernier au Banco Germánico de la América del Sur, dont la nationalité n'est pas établie non plus » (2).

Les Etats-Unis soutenaient

« que Davidson était le mandataire (*agent*) dûment habilité et le banquier de McPherson et que le premier avait acheté les mandats postaux avec des fonds appartenant au second, lequel peut être considéré comme étant un mandant occulte (*undisclosed principal*)... » (3).

(1) *Opinions of the Commissioners*, 1927, p. 325. La décision n'est pas reproduite dans le *Recueil des Sentences arbitrales N.U.*

(2) *Ibid.*, p. 326. « No claim can be maintained before the Commission in behalf of the claimant, since it is shown by evidence accompanying the Memorial that the money orders in question are not the property of the claimant, they having been issued in the name of John Davidson, whose nationality is not established in the Memorial, and by him indorsed to the Banco Germanico de la America del Sur, the nationality of which likewise is not established ».

(3) *Ibid.*, pp. 326-327. « that Davidson was a duly authorized agent and banker for McPherson, and that the former bought the money orders with money belonging to the latter, who may be regarded as an undisclosed principal... ».

La Commission (par la voix du Commissaire Nielsen, avec le concours du Président de la Commission et du Commissaire mexicain) a accueilli la réclamation, notamment pour les motifs suivants :

« La perte résultant du défaut de paiement des mandats pèse évidemment sur McPherson. Si le paiement avait été fait à Davidson ou à la Banque en faveur de laquelle les mandats avaient été endossés, McPherson aurait pu recevoir son argent... On ne voit pas de raison valable pour laquelle la Commission ne pourrait, à la lumière de la preuve convaincante d'un rapport légal comme celui expliqué par l'avocat des Etats-Unis, accorder réparation à un citoyen américain qui a souffert une perte à l'occasion d'une transaction menée pour son compte par un mandataire (*agent*)... Il a été démontré à l'audience que Davidson n'est pas citoyen américain. La nationalité d'un mandataire (*agent*) agissant pour M. McPherson ne peut constituer, en soi, un facteur décisif pour déterminer si ce dernier a été dépouillé d'un bien, mais la question soulevée par l'avocat du Mexique indique la nécessité d'exiger des preuves convaincantes quant aux conditions dans lesquelles Davidson peut avoir agi pour McPherson. La Commission ne peut statuer que sur des réclamations introduites par des Américains et des Mexicains. La Commission est donc appelée à déterminer les rapports juridiques existant, d'une part, entre l'acheteur des mandats et le Gouvernement mexicain et, d'autre part, entre l'acheteur et le requérant.

A la lumière des preuves présentées... la décision doit être rendue en faveur du requérant. J'arrive à cette conclusion parce qu'il est évident à mes yeux que les preuves montrent sans aucun doute possible que les mandats postaux avaient été achetés par Davidson pour McPherson à l'aide de fonds appartenant à ce dernier... Il est clair qu'une décision en faveur du requérant ne pourrait résulter du paiement d'une somme d'argent à qui que ce soit d'autre que celui qui a subi une perte à la suite du défaut de paiement des mandats postaux... Les preuves sont convaincantes, et dans une espèce de ce genre, je n'ai aucun doute que, suivant les principes du droit international et du droit interne — du moins en droit anglo-saxon — la Commission doit avoir égard à la véritable partie intéressée » (1).

Le problème était donc le même que dans la présente affaire, si ce n'est que les biens dont il s'agissait avaient la forme de mandats de paiement et non d'actions nominatives. Tout comme Davidson était le mandataire (*agent*) de McPherson, les *nominees* sont ici les mandataires de la Sidro (voir *supra*, n° 963). Tout comme Davidson n'était pas un ressortissant des Etats-Unis, les *nominees* de la Sidro ne sont pas des ressor-

(1) *Ibid.*, pp. 327-328. « The loss resulting from the non-payment of the orders clearly falls on McPherson. Had payment been made to Davidson or to the bank to which the orders were indorsed, McPherson could have received his money... There would appear to be no sound reason why the Commission might not in the light of convincing evidence with respect to a legal relationship such as that explained by counsel for the United States, award compensation in favour of an American citizen who had suffered loss in connection with a transaction conducted in his behalf by an agent... It was brought out during the hearing of the case that Davidson is not an American citizen. The nationality of an agent acting for Mr. McPherson may not in itself be a controlling point in determining whether the latter has been deprived of property, but the question raised by counsel for Mexico is suggestive of the necessity of convincing evidence as to the conditions under which Davidson may have acted for McPherson. The Commission has jurisdiction over claims of Americans and Mexicans only. The Commission is called upon to determine legal relationships, on the one hand, between the purchaser of the orders and the Mexican Government, and on the other hand, between the purchaser and the claimant.

« In the light of the evidence... an award should be rendered in favour of the claimant. I reach this conclusion because to my mind there is obviously no question that the evidence shows beyond any doubt that the money orders were bought by Davidson for McPherson with funds belonging to the latter... It is clear that an award in favour of the claimant could not result in the payment of money to any person other than the one who lost as a result of the non-payment of the money orders... The evidence is convincing, and in a case of this kind I have no doubt that under principles of international law and of domestic law — at least Anglo-Saxon law — the Commission should look to the real party in interest... ».

tissants belges. Tout comme le nom de Davidson apparaissait sur les mandats de paiement, à l'exclusion du nom de McPherson, le nom des *nominees* apparaît sur le registre de la Barcelona Traction, à l'exclusion du nom de la Sidro. Tout comme McPherson, Sidro est la véritable intéressée. Tout comme la réclamation de McPherson, celle de la Sidro doit être accueillie.

La décision a été rendue par une Commission unanime, composée d'internationalistes distingués, et présente, à ce titre, un poids considérable (1).

(980) Les deux autres décisions additionnelles qu'invoquera le Gouvernement belge ont été prononcées par la Commission américaine pour le règlement des réclamations étrangères (*United States Foreign Claims Settlement Commission*).

(1) La solution donnée par cette décision peut être utilement rapprochée d'une disposition conventionnelle par laquelle les deux Parties, la Belgique et l'Espagne, ont, dans leurs rapports réciproques, reconnu la distinction entre le propriétaire réel et le détenteur nominal d'un bien.

La Convention générale concernant les paiements, conclue à Madrid le 4 avril 1936 entre la République espagnole et l'Union Economique Belgo-Luxembourgeoise (Soc. des Nations, *Série de Traités*, vol. 168, p. 340) a prévu l'ouverture auprès de la Banque Nationale de Belgique d'un compte au nom du *Centro Oficial de Contratación de Moneda* espagnol, dans lequel seraient versées différentes sommes dues à des créanciers espagnols en monnaie belge. Le *Centro* assurerait le paiement aux créanciers en Espagne d'un montant équivalent en pesetas et utiliserait les fonds belges ainsi accumulés à des buts divers. Parmi les buts stipulés à l'article 12-1, figure le paiement des

* créances financières appartenant à des créanciers belges et luxembourgeois, c'est-à-dire, celles relatives aux capitaux belges ou luxembourgeois investis en Espagne, dans des entreprises de nationalité autre que belge ou luxembourgeoise et suivant l'importance de la participation desdits capitaux dans ces entreprises... ».

Les mots « créanciers belges et luxembourgeois » sont définis à l'article 12-3 comme comprenant les personnes physiques et morales de nationalité belge ou luxembourgeoise domiciliées dans l'Union Economique Belgo-Luxembourgeoise

* et pour autant qu'elles aient été, au 13 juin 1935, propriétaires des titres ou créanciers des obligations, ou qu'elles aient acquis, ultérieurement à cette date, au moyen du produit de la réalisation de ces titres ou créances, d'autres titres ou créances ».

Suit la disposition qui intéresse plus particulièrement ici :

* Ne peuvent être considérées comme propriétaires ou créancières, les personnes auxquelles notamment les coupons, les titres de participation aux bénéfices, les redevances d'intérêts, n'ont été remis que pour encaissement ou à titre de garantie ou de gage ».

Les Parties à la Convention s'étaient donc rendu compte que le propriétaire d'une action peut la confier à un tiers dans un but limité, par exemple pour encaisser le dividende pour compte du propriétaire, d'une manière analogue à celle dont Sidro a utilisé des *nominees* comme ses mandataires dans la présente espèce. Elles ont estimé qu'en pareil cas, seule compte la nationalité des vrais propriétaires.

Sans doute s'agit-il d'une disposition isolée faisant partie d'un traité. Mais on ne pourrait sérieusement soutenir qu'en l'absence de cette clause du traité, la règle applicable eût été différente et que le mandataire chargé d'encaisser les dividendes eût été considéré comme propriétaire. En effet, les différents droits internes applicables ne reconnaîtraient évidemment pas comme propriétaires de simples mandataires. Le Gouvernement belge pense donc que les dispositions que les deux Parties à la présente affaire ont cru utile d'adopter en 1936 n'étaient rien d'autre que la réitération, pour les buts spécifiques de la Convention, d'une règle du droit *international commun*, laquelle coïncide du reste entièrement avec le bon sens qui aurait de toute façon prévalu.

La première a été rendue sur la *Westhold Corporation Claim* (1).

Le requérant était une société de capitaux du Delaware. Plus de 80 % de ses actions étaient inscrites au nom de ressortissants des Etats-Unis, mais la *beneficial ownership* était entièrement en des mains étrangères.

L'accord américano-yougoslave sur les réclamations, qui régissait l'affaire, était applicable aux réclamations des sociétés des Etats-Unis dans lesquelles « 20 % ou plus d'une catégorie de titres en circulation... appartenaient à (*were owned by*) des personnes physiques de nationalité américaine ».

Pour appliquer cette disposition aux faits de la cause résumés plus haut, la Commission déclare :

« L'accord a évidemment percé le voile de la personnalité juridique pour mettre en lumière la propriété des actions. A-t-il fait un pas de plus et percé le voile de la propriété inscrite au registre pour mettre en lumière le *beneficial owner* des actions? » (2).

A cette question, la Commission a répondu :

« Nous devons conclure que les mots « *owned...* » signifient *beneficially owned* par des personnes physiques de nationalité américaine » (3).

La Commission rejeta en conséquence la réclamation, bien qu'un nombre d'actions dépassant de loin les 20 % requis fût inscrit au nom du *nominee* de nationalité américaine.

Bien que la Commission interprète les termes de l'accord américano-yougoslave, sa conclusion traduit également sa conception du droit international commun.

Sans doute commence-t-elle par dire :

« Les critères adoptés par les nations pour déterminer quelles réclamations elles endosseront contre d'autres pays ne sont souvent pas susceptibles d'être élucidés dans les termes d'un droit international bien défini » (4).

Mais elle termine en s'appuyant de façon certaine sur la pratique des Etats-Unis :

« Le Département (d'Etat) a exigé qu'il y ait un *beneficial interest* américain dans une telle société avant d'endosser diplomatiquement une réclamation » (5).

(981) La seconde décision de la Commission américaine pour le règlement des réclamations étrangères est celle rendue sur la *Kenesevich Claim* (6).

(1) *International Law Reports*, vol. 20 (1953), p. 226.

(2) *Ibid.*, p. 227. « The Agreement has, of course, pierced the corporate veil to expose ownership of the stock. Has it taken the additional step and pierced the veil or record ownership to expose the beneficial owner of the stock? »

(3) *Ibid.*, p. 228. « we can only conclude that the words... mean beneficially owned by individual nationals of the United States ».

(4) *Ibid.*, p. 227. « The criteria adopted by nations in determining what claims they will espouse against other nations are often not susceptible of being elucidated into a well-defined international law. »

(5) *Ibid.*, « the Department (of State) has required that there be a beneficial American interest in such corporation to authorize diplomatic espousal of a claim. »

(6) *International Law Reports*, vol. 21 (1954), p. 154.

Dans cette affaire, sans aucune référence à l'accord ni à la décision *Westhold*, la Commission se fonde sur l'idée que la *beneficial ownership* est le facteur prépondérant.

Les faits étaient inverses de ceux de l'affaire *Westhold*. Le propriétaire en nom était étranger, et le requérant, citoyen américain, était le *beneficial owner*. En effet, « le requérant reconnaissait qu'il n'avait jamais eu la *nominal ownership* des actions; et il est clair qu'il n'a jamais eu la possession du certificat d'inscription des actions » (1).

Dans sa décision préliminaire, la Commission avait rejeté la requête, non parce que le requérant n'était pas l'actionnaire inscrit, mais à défaut de preuve qu'il fût le *beneficial owner*. La Commission avait déclaré que l'allégation de *beneficial ownership* d'un bien mobilier, « lorsque le *legal title* en appartient à un tiers, doit être appuyée par une preuve aussi claire, logique et convaincante que l'on peut raisonnablement attendre, compte tenu de toutes les circonstances ».

Au cours d'une audience ultérieure, le requérant apporta des preuves complémentaires : la Commission fut alors convaincue « que le requérant a établi son allégation de *beneficial ownership* dans les actions de capital en question » (« that the claimant has established his claim of beneficial ownership to the shares of stock in question »), et rendit une décision en sa faveur (2).

(1) «the claimant acknowledge(d) that nominal ownership of the stock has never been in him; and it is clear that he has never had possession of the stock certificate.»

(2) En ayant égard, dans ces deux affaires, à la nationalité du *beneficial owner* des actions plutôt qu'à celle du *nominee* qui est l'actionnaire inscrit, la Commission a suivi les principes généraux de droit qu'elle a appliqués dans une série d'affaires, sans se préoccuper de la terminologie particulière des accords en vertu desquels elle intervenait.

Dans l'affaire *Claim of American Security Trust Co*, *International Law Reports*, vol. 26 (1958-II), p. 322, la Commission avait à connaître d'une réclamation contre la Hongrie, introduite par un requérant qui était *trustee* en vertu d'un testament. La Commission a déclaré :

« Il est clair que le caractère national d'une réclamation doit être apprécié en fonction de la nationalité des individus qui ont un *beneficial interest* dans la réclamation, plutôt que d'après la nationalité d'un détenteur nominal ou inscrit (*nominal or record holder*) de la réclamation. Les précédents pour cette proposition bien établie sont si nombreux qu'il semble superflu de l'appuyer par une longue liste d'autorités... ».

(« It is clear that the national character of a claim must be tested by the nationality of the individuals holding a beneficial interest therein rather than by the nationality of the nominal or record holder of the claim. Precedents for the foregoing well settled proposition are so numerous that it is not deemed necessary to document it, with a long list of authorities »).

Le fait que la Commission se soit référée au droit international et non au droit interne résulte de sa citation de l'*United States-German Mixed Claims Commission*, laquelle a déclaré elle-même que sa « conclusion se conforme au droit international ». (« *conclusion conforms to international law* »).

La même affirmation se répète dans d'autres décisions de la Commission, par exemple *Claim of Hanover Bank*, *Ibid.*, p. 334; *Claim of Bernard E. Singer*, *Foreign Claims Settlement Commission*, décision n° Cz — 66, 6 janvier 1960.

L'affaire *Binder-Haas* (*infra*, n° 934) relève de ce modèle. Elle est en effet citée comme précédent dans l'affaire *American Security and Trust*, tout de suite après la citation de la *United States-German Mixed Claims Commission* à laquelle nous venons de nous référer. C'est donc à tort que le Gouvernement espagnol essaye de distinguer la décision *Binder-Haas*, sous prétexte que *Binder* n'était pas l'actionnaire en nom, mais seulement le dépositaire d'actions au porteur.

(982) On en vient à présent à la façon dont le *Contre-Mémoire* essaye d'écartier les précédents jurisprudentiels que le Gouvernement belge avait antérieurement cités.

Le Gouvernement espagnol affirme d'emblée qu'il serait « impossible de trouver dans ces précédents un appui pour la thèse » belge, et que ceux-ci seraient même « parfois entièrement hors de propos et dépourvus de toute connexion possible avec le problème envisagé » (1). Le Gouvernement espagnol, cependant, n'analyse que deux de ces décisions et se borne à affirmer que ses observations sur celles-ci « vaudront pour l'ensemble »! (2).

On rappellera que les décisions auxquelles s'est référé le Gouvernement belge dans la *Procédure Orale* (3), outre les affaires *Binder-Haas* et *Heny* (qui sont les seules que le *Contre-Mémoire* s'aventure à commenter), étaient, dans l'ordre chronologique, les suivantes :

Halley's case (1872) — *American-British Claims Commission* (4);

Cachard and Harjes, Executors of the Estate of Medora de Mores (1922) — *United States - German Mixed Claims Commission* (5);

Gleadell v Mexico (1929) — *Anglo-Mexican Special Claims Commission* (6);

Clark case (1930) — *United States - Mexican Claims Commission* (7);

American Security and Trust Company Claim (1957) — *U.S. Foreign Claims Settlement Commission* (8);

Chase National Bank Claim (1957) — même commission (9).

Chacune de ces décisions, comme on l'a montré dans la *Procédure Orale* (10), concernait une situation dans laquelle il y avait division entre le *legal title* et la *beneficial ownership*. Dans chaque affaire, la réclamation était introduite par un administrateur de succession, un exécuteur testamentaire ou un *trustee* invoquant le *beneficial interest* qu'il avait le devoir de protéger. Dans chaque affaire, en vue d'identifier la nationalité de la réclamation, la Cour a eu égard à la nationalité du *beneficial owner* et non pas à celle du *legal owner*. Comment peut-on affirmer que de telles décisions seraient hors de propos et sans connexion avec la présente affaire?

(983) A un autre endroit, cependant (11), le *Contre-Mémoire* prétend opérer une distinction entre les décisions qui concernent les administrateurs de succession et celles relatives à des *nominees*. Dans le premier cas, d'après le Gouvernement espagnol, le

(1) *C.M.*, IV, n° 54, p. 676.

(2) *C.M.*, p. 676, note 1.

(3) *Procédure Orale*, II, pp. 515 à 519.

(4) *Moore's Digest of International Arbitrations*, Vol. II, p. 2241.

(5) *Rec. des Sent. arb. N U.*, vol. VII, p. 292.

(6) *Ibid.*, vol. V, p. 44.

(7) *Nielsen's International Law applied to Reclamations*, p. 47.

(8) *International Law Reports*, vol. 26 (1958-II), p. 322.

(9) *Ibid.*, p. 463.

(10) II, pp. 515, 519.

(11) *C.M.*, n° 56, p. 678.

rapport trouve son origine dans la loi, est public, officiel et établi au grand jour. Dans le second cas, il n'a pas son origine dans la loi, est privé, non officiel et occulte. A en croire le Gouvernement espagnol, il résulterait de ces différences que l'on peut avoir égard au *beneficial interest* dans le cas d'administration, mais non dans le cas de *nominees*.

La Cour se demandera sans doute quel rapport la publicité de la relation peut bien présenter avec son effet juridique : cette question sera examinée plus loin. Qu'il suffise ici d'attirer l'attention sur le caractère spécieux de cette distinction en demandant quelle serait la situation, d'après la thèse espagnole, dans le cas d'un rapport de *nominee* qui serait public et établi au grand jour : en ce cas, la base de la distinction espagnole disparaîtrait. Cependant, un rapport de *nominee* public ne différerait en rien, au point de vue juridique, d'un rapport de *nominee* privé.

Le Gouvernement espagnol lui-même doit finalement en convenir, puisqu'il arrive à la conclusion que la thèse qu'il défend « doit vraisemblablement s'appliquer... même dans les hypothèses... où le rapport entre *legal owner* et *beneficial owner* apparaît à ciel ouvert »! (*C.M.*, IV, n° 59, p. 680).

Bref, il n'y a aucune raison, du point de vue qui nous occupe, pour établir une distinction entre un administrateur de succession et un *nominee*. En gardant le silence sur les six décisions relevées ci-dessus, le Gouvernement espagnol laisse donc sans réponse l'argument que la Belgique en a déduit.

(1984) Le Gouvernement espagnol soutient d'autre part que certains précédents ont été « imprudemment cités » par les avocats de la Belgique, et une longue note du *Contre-Mémoire* est consacrée aux affaires *Binder-Haas* et *Heny* (1). Le Gouvernement belge ne croit pas que le Gouvernement espagnol ait grand'chose à espérer de cette discussion, qui montrera que la Belgique avait eu parfaitement raison d'invoquer ces décisions. Les indications portées en note suffiront à l'établir (2).

(1) *C.M.*, pp. 676 et 677.

(2) (a) Affaire *Binder-Haas*, *International Law Reports*, vol. 20 (1953), p. 236 (*Cf. C.M.*, p. 676, note 1, a).

Le Gouvernement belge ne répétera pas tout ce qu'il a déjà dit antérieurement concernant cette affaire.

Le contexte dans lequel ce cas doit être examiné a été exposé *supra*, p. 713, note 2.

On se bornera à réfuter ici deux allégations du *Contre-Mémoire* au sujet de cette affaire.

En premier lieu, la distinction que le *Contre-Mémoire* tente d'introduire entre *ostensible owner* et *legal owner* est dépourvue de fondement. Un *ostensible owner* n'est pas moins un *owner* que le *legal owner* qui ne possède que le titre nu (*bare title*) de la propriété (V. par exemple la référence aux *nominal or ostensible owners*, dans Borchard, *Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (1915, p. 643). Par conséquent, cette affaire est une bonne illustration du souci qu'a montré l'*United States Foreign Claims Commission* d'identifier le *beneficial owner* par opposition au propriétaire formel, nominal, *legal* ou ostensible.

En deuxième lieu, c'est évidemment à tort que le Gouvernement espagnol essaye de voir dans la décision un précédent en faveur de l'admission d'une réclamation par un *trustee* qui a seulement le *legal title* mais pas de *beneficial interest*. Quiconque lira la décision (plus surtout que les commentaires espagnols) verra que les mots qu'a utilisés la Commission ne se prêtent vraiment pas au genre d'argument *a contrario* qu'emploie le *Contre-Mémoire* et que l'interprétation donnée par celui-ci est contraire à l'intention évidente de la décision.

(b) L'affaire *Heny*, *Recueil des Sentences Arbitrales des Nations Unies*, vol. IX, p. 125 (*cf. C.M.*, pp. 676-677, note 1, b).

Le Gouvernement belge reconnaît que le surarbitre n'a jamais utilisé le mot *beneficial owner*. L'expression a été utilisée par Borchard, *op. cit.*, p. 643, dans sa description de l'affaire :

(suite de la note 2 page 716)

(985) Le *Contre-Mémoire* reproche au Gouvernement belge d'avoir « entièrement négligé les observations plus générales faites par le Gouvernement espagnol à propos de l'ensemble de ces prétendus "précédents," » (1). Pareille entrée en matière laisserait prévoir une série impressionnante d'arguments espagnols.

Au lieu de cela, la Cour n'a droit, en premier lieu, qu'à une observation dénuée de toute pertinence. Le *Contre-Mémoire* rappelle que dans les affaires citées par le Gouvernement belge et que le Gouvernement espagnol ne considère pas comme « hors de propos », la décision n'émanait pas d'un tribunal international, mais d'un « organe purement interne » (2).

Ce n'est pas exact pour l'affaire *Henry*, qui a été tranchée par la Commission américano-vénézuélienne.

(suite de la note 2 de la page 715)

* Dans la Commission entre les Etats-Unis et le Venezuela de 1903, le surarbitre Barge a estimé que le *beneficial owner* était réellement le "propriétaire" de la réclamation et que c'est à bon droit qu'il a comparu comme requérant ».

(« In the United States-Venezuelan Commission of 1903, Umpire Barge held that the beneficial owner actually "owned" the claim and properly appeared as claimant. ») Prétendre, comme le fait le *Contre-Mémoire*, que

« Jamais il n'a été question dans cette affaire d'un partage entre *legal ownership* et *beneficial ownership* » est simplement se mettre en opposition complète avec le cas lui-même et avec la décision de la Commission.

Il s'agissait d'une réclamation contre le Gouvernement du Venezuela, qui trouvait son origine dans un dommage relatif à une propriété au Venezuela, et la question était de savoir si cette réclamation appartenait à Henry, de nationalité américaine. L'immeuble n'appartenait pas formellement à Henry, mais avait fait l'objet d'une convention entre les propriétaires et Henry aux termes de laquelle les premiers cédaient au second :

« tous les droits et actions dont nous sommes titulaires ou dont nous pourrions être titulaires dans l'avenir en ce qui concerne ledit immeuble... pour garantir ledit Henry contre toute perte qu'il pourrait souffrir en ce qui concerne le capital qu'il a investi dans ledit immeuble; Henry restant tenu de répondre des autres dettes grevant ledit immeuble ».

(« all rights and actions that correspond to us or may to us correspond in future in said property... as a guaranty to said Henry for any loss he may sustain in the capital he has invested in said estate; Henry remaining bound to answer for the other debts incurred by the said estate ».)

Le surarbitre a estimé en premier lieu que, d'après l'intention des parties à cette convention, seul Henry devait tirer profit de l'immeuble, de sorte que lui seul avait directement souffert un *detrimentum*. Le surarbitre en a conclu que :

* Doit être indemnisé celui (Henry) qui a directement souffert la perte, et la question n'est pas ici de savoir qui était propriétaire de l'immeuble... mais qui avait la libre disposition, les profits et les pertes des valeurs pour lesquels la restitution doit se faire... » (*Ibid.*, p. 134).

(« he [Henry] should be indemnified who directly suffered the losses, and it not being the question here who owned the estate... but who had free disposition over and the benefit and loss of the values for which restitution must be made... »).

A la lumière de ce nouvel exposé des faits et des motifs essentiels de la décision, il est clair qu'une personne qui n'était pas formellement propriétaire de l'immeuble a été considérée comme suffisamment intéressée à ce bien pour avoir *directement* supporté un dommage causé à celui-ci et être en droit d'obtenir réparation. Que l'on décrive ou non la différence entre les propriétaires de l'immeuble et Henry comme une différence entre *legal ownership* et *beneficial ownership*, il est certain que Henry était le possesseur de tous les droits et obligations substantiels du propriétaire, bien qu'il ne fût pas le propriétaire de l'immeuble suivant la loi locale. Si cela ne constitue pas un précédent relevant, on se demande ce qui en serait un.

(1) *C.M.*, IV, n° 54, pp. 676-677.

(2) *Ibid.*, n° 55, pp. 677-678.

C'est vrai en ce qui concerne l'affaire *Binder-Haas* et deux autres décisions de l'*United States Foreign Claims Settlement Commission*. Il n'en reste pas moins que la Commission s'est employée dans ces affaires à appliquer le droit international. Ceci a été clairement exposé lors de la procédure orale (1).

Quelle que soit la pratique en France (à laquelle le *Contre-Mémoire* se réfère), la position de l'*United States Commission* est claire : dans cette catégorie d'affaires, elle agit comme un tribunal quasi international. Il est par conséquent manifestement inexact d'avancer (comme le fait le *Contre-Mémoire*) que « tout cela n'a rien à voir avec le droit international et ses principes concernant la légitimité de l'exercice par l'Etat de la protection diplomatique ». Toute la mission de la Commission consistait à compléter l'exercice par les Etats-Unis de leur fonction de protection diplomatique, en distribuant, selon le droit international, entre ceux qui y avaient droit et personne d'autre, les sommes reçues d'un gouvernement étranger.

(986) La deuxième « observation plus générale » du Gouvernement espagnol consiste dans la distinction qu'il s'efforce d'opérer entre la situation d'un *nominee* d'un côté, et celle d'un administrateur de succession, d'un exécuteur testamentaire ou d'un *trustee* de l'autre (2). On a déjà fait allusion à cette distinction (*supra*, n° 983), mais on y revient ici pour rencontrer un à un les arguments sur lesquels le Gouvernement espagnol prétend la fonder.

(a) Le *Contre-Mémoire* contient d'abord l'allégation suivante :

* prétendre que, dans les systèmes de *common law*, ces personnes (c'est-à-dire les exécuteurs testamentaires, administrateurs ou représentants légaux du défunt) ou au moins certaines d'entre elles, seraient considérées, pendant l'exercice de leurs fonctions, comme des *trustees* du défunt ou de ses héritiers, paraît un argument bien faible et bien peu fondé pour que l'on puisse prétendre établir une analogie sérieuse avec la situation qui caractérise la présente espèce. * (3)

Le Gouvernement espagnol met ainsi en doute qu'en droit anglais ou américain, un administrateur ou un exécuteur testamentaire soit un *trustee* investi de la *legal ownership* (4). Ceci n'est pas sérieux.

(1) *Procédure orale*, II, p. 511.

Le *Contre-Mémoire* déclare que la Commission a été chargée de faire les répartitions « sur la base de critères fixés par la loi interne » (*C.M.*, IV, n° 55, p. 677), mais s'abstient prudemment de citer la loi américaine applicable. Il s'agit du *International Claims Settlement Act* de 1959 amendé, qui dispose dans sa section 4 (a) ce qui suit :

* Pour décider des réclamations dont traite ce titre, la Commission appliquera les critères suivants dans l'ordre :

1° Les dispositions de l'accord applicables à la réclamation, ainsi que cela a été prévu dans cette sous-section; et

2° les principes applicables du droit international, de la justice et de l'équité. *

(* In the decision of claims under this title, the Commission shall apply the following in the following order:

1° The provisions of the applicable claims agreement as provided in this subsection; and

2° the applicable principles of international law, justice, and equity. *)

(2) *C.M.*, pp. 678 à 680.

(3) *C.M.*, n° 56, p. 678.

(4) A en croire le *Contre-Mémoire*, l'administrateur et l'exécuteur testamentaire « n'ont que des *representative capacities*, ce qui n'a finalement rien à voir avec la propriété des biens dont ils s'occupent » (*ibid.*) : le Gouvernement espagnol s'efforce donc bien de dénier aux *personal representatives* le *legal title* qu'il reconnaît au *nominee*.

Un administrateur ou un exécuteur testamentaire, en droit anglais, détient les biens du défunt en *trust* en vertu des lettres d'administration qui lui sont délivrées par la Cour, ou en vertu du testament. Les personnes qui ont le droit, suivant les lettres d'administration ou le testament, de recevoir les biens, sont les bénéficiaires du *trust* et leur situation est la même que celle des bénéficiaires d'un *trust* créé *inter vivos* ou « trust non testamentaire », suivant l'expression utilisée parfois dans les décisions. Tout ceci est incontestable en droit anglais. Le *Trustee Act* anglais de 1925, par exemple, définit le terme *trustee* comme comprenant, lorsque le contexte le permet, un *personal representative*. Et l'expression *personal representative* comprend les exécuteurs testamentaires et les administrateurs (1).

(b) Le *Contre-Mémoire* souligne, en deuxième lieu, le caractère public de la représentation lorsqu'il s'agit d'une succession et le caractère non public de la représentation par un *nominee*. Il est sans doute facile de formuler cette distinction, mais il est impossible d'en déduire une conséquence quelque peu significative. Le fait qu'un rapport juridique puisse ou non être connu du public n'affecte pas nécessairement son caractère. Il y a une quantité de *trusts* secrets qui ne diffèrent aucunement de ceux que le public connaît. Il existe beaucoup de rapports de *nominees* connus du public qu'on ne pourrait distinguer de ceux qui restent privés.

(c) Enfin, le *Contre-Mémoire* croit pouvoir souligner « la singulière prudence » dont auraient fait preuve les Commissions mixtes de Réclamations en tranchant les affaires concernant des administrateurs. Le Gouvernement espagnol relève que souvent des réclamations ont été rejetées parce que les administrateurs et les bénéficiaires n'avaient pas la même nationalité, et convient que « dans les termes employés dans certaines décisions, l'on peut déceler les indices d'une préférence pour la situation des propriétaires bénéficiaires par rapport à celle des *trustees* » (2). C'est précisément l'argument du Gouvernement belge, et le *Contre-Mémoire* n'en diminue nullement la portée en soulignant qu'il faut tenir « compte des situations auxquelles ces décisions se réfèrent ».

« Mais enfin — poursuit le Gouvernement espagnol — le fait est qu'aucun cas n'a été cité dans lequel une Commission ait accueilli, d'une manière expresse et positive, une réclamation avancée par un *beneficial owner* qui était dépourvu de la *legal ownership* » (3).

(1) Voir par exemple l'encyclopédie classique de droit anglais, *Halsbury Laws of England*, sous la rubrique « *Trusts* », vol. 38, p. 811 :

* Dans le sens large du terme, un *legal personal representative* [c'est-à-dire un exécuteur testamentaire ou un administrateur], lorsqu'il agit comme tel, est un *trustee* pour les créanciers et bénéficiaires qui tiennent leurs droits du défunt, puisqu'il détient les biens meubles et immeubles du défunt pour leur bénéfice et non pas pour le sien propre; et il est coupable d'une violation du *trust* s'il le méconnaît ».

(* In a loose sense a legal personal representative [i.e. an executor or administrator] while acting as such is a trustee for the creditors and beneficiaries claiming under the deceased, since he holds the real and personal estate of the deceased for their benefit and not for his own; and he is guilty of a breach of trust if he misapplies it. *)

Voir aussi *ibid.*, vol. 16, p. 121, par. 175; Lewin, on *Trusts*, 16^e édition, 1964, p. 5; Hanbury, *Modern Equity*, 8^e édition, 1962, pp. 492-493.

(2) *C.M.*, IV, n° 58, pp. 679 et 680.

(3) *C.M.*, n° 58, p. 680.

S'il en est ainsi dans les affaires d'administrateurs et d'exécuteurs testamentaires (1), cela peut s'expliquer de deux manières. D'une part, il est plus que probable que nombre de réclamations internationales ont été introduites par un *beneficial owner* qui était dépourvu de la *legal ownership*, mais l'Etat défendeur n'a pas soulevé de contestation parce qu'il était certain de perdre sur ce point. Inversement, il se peut que le *beneficial owner* n'ait pas présenté de réclamation dans certaines des affaires de succession, à défaut d'avoir la même nationalité que le propriétaire originaire décédé.

En tout cas, et quelle que soit l'explication de cette absence de précédent spécifique, le Gouvernement espagnol ne peut tout de même pas transformer une absence de décision accueillant une réclamation d'un *beneficial owner* qui ne serait pas en même temps *legal owner*, en un précédent décidant qu'une telle réclamation ne peut être accueillie!

2) La doctrine.

(987) Il faut enfin se référer à une étude qui fait autorité sur la question de la nationalité des demandes, car elle émane d'un juriste éminent dont la compétence en la matière est hors de discussion. Dans son rapport sur la *Protection diplomatique des nationaux à l'étranger*, préparé pour l'Institut de Droit international en 1931 (2), le professeur Borchard a examiné la question de la *nominal et beneficial ownership* en relation avec le principe suivant lequel la demande doit revêtir la nationalité de l'Etat requérant de façon continue après que le dommage a été infligé.

Après avoir exposé la règle en termes généraux et l'avoir étayée par des références, le professeur Borchard écrit :

« Dans ces affaires on a en vue la propriété à titre bénéficiaire (*beneficial ownership*) ou la nationalité du bénéficiaire de la demande plutôt que la propriété ou la nationalité du propriétaire nominal de la demande » (3).

A propos du problème de la protection des sociétés et des actionnaires, il se réfère à la pratique du Département d'Etat des Etats-Unis dans les termes suivants :

« ... le dit Département exige uniformément que la partie intéressée produise une copie dûment certifiée conforme de la charte ou des statuts enregistrés, en même temps qu'un acte dûment dressé, établissant la propriété — légale ou *équitable* — du stock (4) et des obligations de la société et contenant des renseignements au sujet de la nationalité des détenteurs des titres qui soient de nature à établir quels sont les individus possédant la majeure partie des intérêts *réels* dans la société » (5).

Et plus loin :

« Lorsque les ministères des Affaires étrangères accordent l'appui diplomatique à des demandes, ils s'inquiètent généralement de la nationalité du véritable propriétaire ou du propriétaire *équitable* de ces demandes, qui peuvent être différents des proprié-

(1) Il est à peine besoin de rappeler que le Gouvernement belge a cité des décisions accueillant, dans d'autres domaines, des réclamations présentées par un *beneficial owner* dépourvu du *legal title* : voir *supra*, nos 981 et 982.

(2) *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1931, vol. 36, I, pp. 256 et ss.

(3) *Ibid.*, p. 285.

(4) *Stock* : lisez « capital ». Bien que publiée en français, l'étude de Borchard citée ici a manifestement été traduite de l'anglais, et la traduction laisse parfois à désirer. C'est ainsi qu'on a traduit « *legal ownership* » et « *equitable ownership* » par « propriété légale » et « propriété équitable », ce qui est évidemment incorrect : cf. *supra*, no 969.

(5) *Ibid.*, pp. 298-299.

taires nominaux ou apparents. Il n'est pas possible d'établir une règle fixe, mais on peut dire que l'intérêt national équitable sur un bien situé à l'étranger, que cet intérêt appartienne à des créanciers, à des créanciers hypothécaires, à des actionnaires, ou à d'autres personnes possédant des droits spéciaux ou indirects, a souvent amené le Département d'Etat des Etats-Unis, par exemple, à employer ses bons offices, suivant sa discrétion, pour protéger ces intérêts, bien que le titre de propriété fût libellé au nom d'un étranger * (1).

En conclusion, le professeur Borchard résume ainsi la situation dans son projet de Règles :

- * ... 2. Si l'intérêt bénéficiaire dans une demande a de tout temps appartenu conformément aux conditions de l'article 1 à des personnes qui possèdent des nationalités différentes, chaque Etat demandeur a le droit de recevoir une part de l'indemnité ou des dommages, proportionnelle à l'intérêt bénéficiaire de ses nationaux dans la demande.
- * 3. Après la présentation de la demande, les changements dans la nationalité de la personne à laquelle appartient l'intérêt bénéficiaire dans la demande, sont sans effet.
- * ... 6. Pour l'application des Règles précédentes : ...
- * (b) L'intérêt bénéficiaire dans une demande sera considéré comme désignant l'intérêt pécuniaire réel dans la demande, par opposition à l'intérêt nominal ou simple titre légal, ...
- * (e) Comme personne à laquelle appartient l'intérêt dans la demande on considérera :
- * ... (4) lorsque l'intérêt dans une demande appartient à un mandataire pour une autre personne, l'intérêt dans la demande sera considéré comme appartenant au "cestui que trust" (c'est-à-dire la personne possédant l'intérêt bénéficiaire) ... * (2).

(988) D'après les recherches faites par le Gouvernement belge, cette étude du professeur Borchard est la seule qui, dans la discussion du problème de la nationalité des réclamations tienne, compte aussi complètement de la nature du problème du *nominee* et des types analogues de détention des biens. Les passages cités ci-dessus prouvent, sans aucun doute possible, que l'opinion du professeur Borchard est diamétralement opposée à la thèse du Gouvernement espagnol. Le professeur Borchard, qui connaissait probablement mieux que quiconque en son temps la théorie et la pratique des réclamations internationales, a considéré que l'identification de l'intérêt national devait dépendre de l'identification du *beneficial interest* et que l'identification du *beneficial interest* était suffisante. Il ne partageait pas l'opinion défendue dans le *Contre-Mémoire*, suivant laquelle un intérêt pourrait perdre la protection diplomatique lorsque le *legal title* appartient au ressortissant d'un Etat autre que celui dont le *beneficial owner* est ressortissant.

c) *Le cas particulier de la protection de Sidro*

(989) Dans sa conclusion, intitulée « Impossibilité, pour le Gouvernement belge, de protéger Sidro en tant qu'actionnaire de Barcelona Traction » (3), le *Contre-Mémoire* se fonde une nouvelle fois sur le fait qu'il n'existait pas de signe extérieur indiquant à des tiers que le transfert des actions du nom de Sidro à celui de Charles Gordon & Co n'était que l'effet d'une convention de *nominee*.

(1) *Ibid.*, p. 335.

(2) *Ibid.*, pp. 353-356.

(3) *C.M.*, IV, n° 60 et 61, pp. 681 à 683.

Le *Contre-Mémoire* n'indique pas pourquoi la situation des tiers serait déterminante dans ce contexte, et le Gouvernement belge n'entend pas se livrer à des supputations à ce sujet. Mais, dans la mesure où l'information des tiers présenterait quelque importance, il faut rappeler que le rapport entre Sidro et ses *nominees* était connu :

1°) des autorités des Etats-Unis ;

2°) des autorités canadiennes ;

3°) des autorités belges ;

4°) des autorités espagnoles (1) ;

5°) et même, en un sens, du public en général, puisque Sidro, dans ses rapports et bilans annuels depuis 1930, a toujours indiqué ses intérêts dans la Barcelona Traction. Quiconque aurait comparé ces rapports au registre de la Barcelona Traction aurait pu voir que seule l'inscription de *Charles Gordon & Co.* pouvait représenter l'intérêt de Sidro.

(990) Quoi qu'il en soit, le Gouvernement belge estime que lorsque le comportement d'un Etat vis-à-vis d'un intérêt étranger donne naissance à une responsabilité internationale, l'identité précise des actionnaires est sans importance pour apprécier cette responsabilité : la conduite qui constitue le délit existe indépendamment de la connaissance de la nationalité de la victime.

En l'espèce, le Gouvernement espagnol ne peut soutenir qu'il se trouverait dans une position moins bonne du fait qu'il aurait découvert que *Charles Gordon & Co.* n'était que le *nominee* de Sidro. En d'autres termes, le traitement accordé par l'Espagne à la Barcelona Traction n'a pu être meilleur du fait que l'Espagne aurait cru que les actions étaient américaines.

La faiblesse de l'argument apparaît, au surplus, à l'évidence si l'on envisage le cas des actions au porteur. Lorsque de tels titres sont confisqués, par exemple, en un lieu de dépôt comme une banque, l'identité nationale de leur propriétaire reste inconnue jusqu'au moment où la propriété est établie : et pourtant, l'Etat qui les confisque ne pourrait évidemment se fonder sur son ignorance de la nationalité des propriétaires pour prétendre qu'il n'a pas commis de délit international!

(991) Une des allégations les plus extraordinaires du *Contre-Mémoire* est celle que l'on trouve à la page 682, d'après laquelle il serait inadmissible pour l'actionnaire de

« rejeter le manteau qui ne lui sert plus et profiter des avantages que sa propre nationalité lui offrirait présentement et que n'offre plus la nationalité de la personne qui, au moment critique, a dû être présumée par tous propriétaire à part entière des titres ».

Doit-on déduire de ce texte qu'avant de prendre des mesures contre la Barcelona Traction, l'Espagne avait examiné le statut national de ses actionnaires et était arrivée à la conclusion qu'ils étaient américains? Et si l'Espagne a mené une telle enquête, sur

(1) Sur tous ces points, v. *supra*, n° 956.

quelle base a-t-elle pu aboutir à pareille conclusion ? Sauf l'adresse de Charles Gordon & Co., le registre des actions de la Barcelona Traction ne contenait rien qui pût amener quiconque l'examinait à en déduire avec certitude que Charles Gordon & Co. était une *partnership* américaine. La firme aurait pu tout aussi bien être anglaise ou australienne, avec une adresse dans le New Jersey.

(992) Le *Contre-Mémoire* laisse entendre que si la Sidro a fait choix de *nominees* américains, c'était peut-être en vue de s'assurer, le cas échéant, la protection diplomatique des Etats-Unis ou pour bénéficier d'une situation plus favorable faite aux actionnaires américains de sociétés étrangères. Ces suppositions sont dépourvues de fondement. Au point de vue du droit international commun, chacun savait, même en 1938, que le Département d'Etat des Etats-Unis n'aurait pas été disposé à intervenir sur le plan diplomatique pour une firme qui n'était rien de plus qu'un *nominee*. En ce qui concerne la possibilité d'obtenir le bénéfice d'un traité, le Gouvernement espagnol est hors d'état de citer aucun traité dont Sidro aurait pu retirer un avantage quelconque en faisant inscrire ses actions au nom d'un *nominee* américain.

(993) En conclusion, le Gouvernement belge estime avoir établi que son droit de protéger la société belge Sidro n'est nullement affecté par le fait que les actions nominatives appartenant à cette société ont été inscrites au nom de *nominees* américains.

Sous-section 3

*Actions au porteur appartenant à Sidro.*a) *Situation à l'époque de la déclaration de faillite.*

(994) En 1946 et 1947, la Sidro possédait 351.926 actions au porteur Barcelona Traction.

La preuve en est rapportée d'une manière irréfutable.

a) Le 12 mars 1946, la Sidro a souscrit trois déclarations de ses valeurs mobilières sur l'étranger en exécution d'un arrêté-loi du 6 octobre 1944 organisant le recensement des avoirs belges à l'étranger en vue d'en permettre la libération (*A.O.C.*, n° 16, vol. II, pp. 224 et suiv.). Sur ces déclarations figurent, non seulement les 1.012.688 actions nominatives Barcelona Traction (voir *supra*, n° 956, a), mais, aussi, 351.926 actions au porteur de la même société (1).

Sur l'exemplaire de chacune de ces déclarations conservé par Sidro figure un cachet de la Banque Nationale de Belgique qui atteste avoir reçu celles-ci le 29 mai 1946 : ce cachet authentifie les documents de manière indiscutable (2).

Ces documents paraissent gêner le Gouvernement espagnol, car il s'efforce de jeter la suspicion sur ce qui, d'après lui, est seulement « censé être » la photo des formulaires souscrits par la Sidro en 1946, au prétexte que ceux-ci « n'ont été reproduits par (le Gouvernement belge) qu'en 1963 » (*C.M.*, IV, p. 660). Le Gouvernement espagnol perd de vue que, déjà dans sa note du 31 décembre 1951 (*A.M.*, n° 260, vol. IV, p. 1003), le Gouvernement belge écrivait que, s'il avait affirmé à maintes reprises dans le passé que la Sidro possédait 1.362.593 actions de la Barcelona Traction, « c'est qu'il en avait la preuve certaine. Il la trouve dans les déclarations que cette société a faites à la Banque Nationale de Belgique le 29 mai 1946 en exécution des arrêtés belges du 6 octobre 1944, relatifs au recensement des titres belges et étrangers ».

(1) Ces déclarations indiquent que les 351.926 actions étaient déposées comme suit : — * 2075 manteaux et feuilles coupons actions ordinaires Barcelona Traction * à la Sofina à Bruxelles (*A.O.C.*, n° 16, vol. II, p. 225).

— * 341.326 manteaux act. ord. Barcelona Traction * à la * Winchester House Safe Deposit, Londres * (*ibidem*, p. 227).

— * 341.326 feuilles coupons actions ordinaires Barcelona Traction et 8.525 feuilles coupons et manteaux, idem * à la * Chase Safe Deposit, New York * (*ibidem*, p. 229).

(2) Il est à noter que la liste des titres déclarés par la Sidro figure au *verso* de chaque formulaire et que le cachet de la Banque Nationale, figurant au *recto*, authentifie donc les deux faces du formulaire.

b) Le 2 août 1946, la Sidro a, d'autre part, écrit à l'Institut belgo-luxembourgeois du Change pour lui demander de faire parvenir au Séquestre Canadien « un certificat de votre Institut établissant que ce dernier n'a aucune raison de s'opposer à ce que le *Custodian* remette à notre société » les valeurs canadiennes dont un relevé était joint à la lettre et sur lequel figurent notamment 1.364.614 actions ordinaires Barcelona Traction Light and Power (*A.O.C.*, n° 28, vol. II, pp. 306 et 307). L'Institut belgo-luxembourgeois du Change a envoyé ce certificat au Séquestre canadien le 29 août 1946 (voir lettre de cet Institut à la Sidro du 20 septembre 1946, (*A.O.C.*, n° 28, vol II, p. 309) et, le 29 avril 1947, le Département du Secrétaire d'Etat du Canada, Office du Séquestre, a écrit à M. Gow, conseil de la Sidro à Toronto, que le Séquestre a libéré les titres « détenus par Securitas Ltd pour le compte de la Sidro » et, notamment, 1.364.614 actions ordinaires Barcelona Traction (*A.O.C.*, n° 13, vol. II, pp. 216 et 217).

Si l'on se rappelle que la Sidro possédait à cette époque 1.012.688 actions nominatives inscrites au nom de son *nominee* Charles Gordon and Co (voir *supra*, n° 948 et 950), la lettre du Séquestre canadien confirme de manière indiscutable que, de mars 1946 à avril 1947, Sidro était bien propriétaire de 351.926 actions au porteur Barcelona Traction, comme elle l'a déclaré à la Banque Nationale (*supra*, *litt. a*). Ce fait n'est, au demeurant, *pas contesté* par le Gouvernement espagnol (1).

(995) Quelle était la situation au 12 février 1948 ?

Dans un certificat établi le 6 mai 1959 (*A.M.*, vol. I, n° 4), la firme de *Chartered Accountants* Deloitte, Plender, Griffiths and Co atteste avoir : « examiné les registres, livres comptables et archives de la société dans le but de constater sa participation en actions ordinaires sans désignation de valeur de la Barcelona Traction Light and Power Co Ltd à la date du décret de faillite prononcé contre cette société le 12 février 1948 ». Elle a ainsi constaté qu'à cette date, 349.905 actions au porteur de Barcelona Traction appartenaient à Sidro.

Entre le mois d'avril 1947 et le mois de février 1948, la Sidro avait donc vendu 2.021 actions au porteur (351.926 — 349.905).

(996) Ici, le Gouvernement espagnol s'interroge :

« Pourquoi (Sidro) aurait-elle vendu seulement 2.021 actions et conservé les autres ? La baisse impressionnante que les actions Barcelona Traction avaient subie pendant le deuxième semestre de 1947 est un indice manifeste de ventes nombreuses. Quelle preuve a-t-on de ce que Sidro ne se serait pas débarrassé, au cours de la période indiquée, des actions Barcelona Traction au porteur dont elle avait obtenu le déblocage ? » (*C.M.*, IV, p. 660, *in fine*).

Le Gouvernement espagnol est pourtant bien obligé de reconnaître « que le 4 février 1952, Barcelona Traction a fait savoir qu'elle avait émis, au nom de Newman and Co, un certificat, représentant 341.326 actions en échange de 341.326 actions au porteur » (*C.M.*, pp. 662 et 663) : cette lettre ne confirme-t-elle pas que, contrairement à la supposition gratuite du Gouvernement espagnol, la Sidro n'avait pas vendu ses actions au porteur à la veille de la faillite ?

(1) On ne peut en effet considérer comme une contestation digne de ce nom la remarque formulée dans le *Contre-Mémoire* (p. 660) suivant laquelle la lettre du Séquestre Canadien mentionnait 1.364.614 actions Barcelona Traction « sans indiquer s'il s'agissait d'actions au porteur ou nominatives ». Le Gouvernement espagnol paraît s'être aperçu le premier de l'inanité de cette observation, car il n'en tire aucune conclusion.

Non, répond le *Contre-Mémoire* : « ce qui est plus vraisemblable (sic), c'est que, longtemps après la faillite de Barcelona Traction, Sidro ait cherché à acheter de nouveau — en y réalisant de surcroît un bénéfice — le nombre d'actions au porteur qu'elle avait probablement vendu avant la faillite, et qu'elle ait donc entrepris d'en récolter le plus grand nombre sur les différents marchés américains et européens ». Le but de ces achats massifs aurait été « d'avoir en mains les titres sur lesquels on appuyait une demande de réparation sur le plan international » et de se trouver mieux placé pour « entamer, avec le groupe privé adverse, des négociations en vue d'un arrangement »! (*C.M.*, IV, p. 663).

La rocambolesque hypothèse ainsi échafaudée pour les besoins de la cause par le Gouvernement espagnol est invraisemblable en elle-même, et contredite par les éléments du dossier.

Elle est invraisemblable en elle-même : le Gouvernement espagnol espère-t-il vraiment faire croire que les dirigeants de la Sidro auraient vendu une partie importante de leur participation dans une société se trouvant alors dans une situation parfaitement saine (1), puis, une fois cette société déclarée en faillite, se seraient empressés d'en acheter un nombre d'actions équivalent, tant aurait été grande leur confiance dans l'obtention d'une indemnité accordée amiablement par le Gouvernement espagnol (2) ou par le groupe March?

(997) L'hypothèse du Gouvernement espagnol est, d'autre part, contredite par les éléments du dossier.

a) Elle allait déjà à l'encontre des lettres échangées entre Securitas, Sidro, Sofina et Newman and Co, dont des copies ou des traductions ont été produites en annexe aux *Observations et Conclusions* et qui établissent la continuité de la possession de 341.326 actions au porteur dans le chef de Sidro. Les auteurs du *Contre-Mémoire* en étaient tellement conscients qu'ils ont été réduits à prétendre que ces documents auraient été forgés, en 1963, par le groupe Sidro-Sofina (*C.M.*, pp. 663 à 666)!

L'annexe à la présente *Réplique* (*A.R.*, n° 123) a pour objet de faire justice de cette accusation, aussi gratuite qu'outrageante; on y a joint des copies photographiques des pièces que le Gouvernement espagnol prétend suspecter. Les originaux de ces pièces seront, en outre, soumis à la Cour.

b) Le Gouvernement belge produit, en outre, une pièce nouvelle qui achève de réduire à néant l'hypothèse avancée par le Gouvernement espagnol pour la première fois dans son *Contre-Mémoire*.

Il s'agit d'une attestation du 24 janvier 1967 du contrôleur des contributions à Bruxelles, 16^e division des sociétés (*A.R.*, n° 128)

En exécution de la législation belge relative aux impôts sur les revenus, la Sidro a dû déclarer annuellement à l'Administration des contributions directes tous les mouvements de son portefeuille de titres au cours de l'exercice écoulé.

(1) Sur ce point, voir *A.M.*, vol. I, pp. 186 à 188.

(2) Rappelons que la possibilité pour le Gouvernement belge de porter la cause devant la Cour Internationale de Justice ne pouvait être prévue en 1952, car l'Espagne ne faisait pas partie à cette époque des Nations-Unies.

Sur le vu des originaux de ces déclarations, restés en sa possession, le contrôleur a pu attester que la Sidro possédait 1.364.614 actions de la Barcelona Traction au 30 juin 1946, qu'elle en a vendu 2.021 du 3 juillet 1946 au 24 avril 1947, et qu'elle n'en a vendu ni acheté aucune entre cette dernière date et le 30 juin 1952.

(998) Le certificat du 6 mai 1959 des *Chartered Accountants* Deloitte, Plender Griffiths and Co, établi d'après les registres, livres comptables et archives de la Sidro, est ainsi corroboré par des documents qui établissent de manière décisive que la Sidro :

- a) possédait 351.926 actions au porteur de Barcelona Traction en 1946 et 1947 (*supra*, n° 994);
- b) avait conservé ces actions — à l'exception de 2.021 — à la date de la faillite (*supra*, n° 997).

Il n'y a pas lieu, dès lors, de s'arrêter à l'objection du Gouvernement espagnol suivant laquelle la preuve de la propriété de 349.405 actions au porteur dans le chef de la Sidro au 12 février 1948 ne résulterait que de la comptabilité de cette société (*C.M.*, p. 658, n°s 31 et 32).

(999) On ne s'attardera pas davantage à l'argument que le Gouvernement espagnol essaie de tirer du fait que la Sidro n'a pas fait certifier ses actions Barcelona Traction — à l'exception de quelques unes — par l'Institut Belgo-Luxembourgeois du Change. A en croire le *Contre-Mémoire* (IV, p. 662, n° 37), le Gouvernement belge serait « censé ignorer complètement, à toutes fins internes, les actions non certifiées par ses propres autorités et selon ses propres lois » et dès lors « ne saurait être admis à en faire état à des fins internationales ».

Le Gouvernement belge a déjà réfuté cet argument dans ses *Observations et Conclusions*, (*A.O.C.*, n° 28, vol. II, p. 268, par. 1) : « la formalité de certification des titres étrangers, qui comportait l'application sur ceux-ci de certificats de bonne provenance, n'était obligatoire que pour les porteurs qui en détenaient sur le territoire de l'Union économique belgo-luxembourgeoise et qui désiraient s'en servir pour une opération » (1).

Le certificat de Deloitte indique qu'au 12 février 1948, seulement 2.554 actions se trouvaient en Belgique (voir *A.M.*, vol. I, n° 4) et il est constant que 54 de celles-ci seulement étaient certifiées (voir attestation de la Banque de Bruxelles, *A.M.*, vol. I, n° 8).

Quant aux titres de Sidro détenus à l'étranger, la réglementation en vigueur les assimilait à des titres certifiés du fait que Sidro avait sollicité et obtenu une attestation de déblocage (voir *supra*, n° 994, b). En effet, aux termes de l'article 1^{er}, i, du règlement

(1) Contrairement à ce que paraît croire le Gouvernement espagnol (*C.M.*, n° 36, p. 661), ceci ne résulte pas seulement de la lettre de l'Institut belgo-luxembourgeois du Change du 3 août 1961 (*A.M.*, n° 7, vol. I, pp. 67 à 69), mais des termes clairs de l'article 6 du règlement n° 12 de l'Institut belgo-luxembourgeois du Change (*A.O.C.*, n° 28, vol. II, p. 296) : « Le certificat de bonne provenance est nécessaire, sauf dispositions spéciales expresses, pour pouvoir effectuer les opérations prévues au présent règlement en matière de titres et coupons étrangers détenus sur le territoire de l'Union économique belgo-luxembourgeoise ».

n° 12 de l'Institut belgo-luxembourgeois du change (*Moniteur*, 12 mars 1946, *A.O.C.*, n° 28, vol. II, p. 295), on entend par « Dossiers certifiés: Les dossiers de titres détenus à l'étranger et appartenant à des "régnicoles,, ou des "résidents,, pour lesquels une attestation de déblocage a été sollicitée et obtenue ».

b) *Situation au 14 juin 1962.*

(1000) Au 14 juin 1962, la Sidro possédait 31.228 actions au porteur (1) (certificat de Deloitte, Plender, Griffiths and Co du 23 août 1962, *A.M.*, vol. I, n° 12, p. 116). Parmi ces actions 23.149 ont été acquises par la Sidro de 1951 à 1956, comme l'indique le certificat de Deloitte, Plender, Griffiths and Co du 23 août 1962 (*A.M.*, n° 13, vol. I, p. 118).

(1) Rappelons que, sur les 349.405 actions au porteur détenues par la Sidro au 12 février 1948, 341.826 avaient été converties en actions nominatives en 1952 : voir *supra*, n° 951.

Sous-section 4

*Actions au porteur d'actionnaires belges autres que Sidro*a) *Situation à l'époque de la déclaration de faillite.*

(1001) L'Institut belgo-luxembourgeois du Change a été chargé, par arrêté du Régent du 8 mai 1945 (*A.O.C.*, n° 26, vol. II, p. 293, art. 1^{er}) « d'opérer les vérifications et les contrôles et de délivrer les approbations et les autorisations dans tous les cas où des conventions et accords conclus entre la Belgique et les pays étrangers en vue de la libération des avoirs belges à l'étranger prescrivent l'accomplissement de ces formalités ».

Comme l'indique la lettre de cet Institut du 19 février 1959 (*A.M.*, n° 7, vol. I, p. 65), « la procédure de certification, en particulier pour les titres canadiens, comportait une vérification de la preuve de la bonne propriété depuis une date antérieure au 4 septembre 1939 et de la nationalité du requérant ».

C'est grâce à cette procédure que l'Institut belgo-luxembourgeois du Change a pu attester que, sur 265.075 actions Barcelona Traction qu'il a recensées, 244.886 appartenaient à des propriétaires belges.

Il est constant que les opérations de certification en ce qui concerne les actions de la Barcelona Traction ont été effectuées à partir du 21 octobre 1946 (lettre de l'I.B.L.C. du 3 août 1962, *A.M.*, n° 7, vol. I, p. 68) et se sont poursuivies jusqu'au 1^{er} juin 1954 (lettre de l'I.B.L.C. du 19 février 1959, *A.M.*, n° 7, vol. I, p. 65).

(1002) Le Gouvernement espagnol conteste, pour la première fois dans son *Contre-Mémoire*, que l'attestation de l'Institut belgo-luxembourgeois du Change établit la propriété belge de 244.886 actions au porteur Barcelona Traction à la date de la déclaration de la faillite (12 février 1948).

a) Il déclare, en premier lieu, qu'une partie des titres Barcelona Traction certifiés par l'Institut a pu l'être après le 12 février 1948, et il en déduit que ces titres ont pu être acquis par des Belges après la déclaration de faillite (*C.M.*, IV, p. 655, n° 26).

Cette déduction est inexacte, car pour certifier comme propriété belge 244.886 actions de Barcelona Traction, l'Institut belgo-luxembourgeois du Change s'est fait produire la preuve de la propriété ininterrompue depuis une date antérieure au 4 septembre 1939 : il en résulte que les titres certifiés après le 12 février 1948 étaient nécessairement propriété belge à cette date. (1)

(1) Ceci résultait déjà du passage précité de la lettre de l'Institut belgo-luxembourgeois du Change du 19 février 1959 (*A.M.*, n° 7, vol. I, p. 65). Pour éviter toute équivoque à ce sujet, le Gouvernement belge s'est fait confirmer ce point de manière plus explicite par l'Institut : voir *A.R.*, n° 129, par. II.

b) Le Gouvernement espagnol soutient, d'autre part, que les titres certifiés entre le 21 octobre 1946 et le 12 février 1948 ont pu être vendus avant cette dernière date, en Belgique ou à l'étranger. Il croit même pouvoir faire admettre une *présomption* que ces titres aient été vendus, puisque la certification n'était nécessaire que pour pouvoir faire des opérations sur les titres et, en particulier, pour les vendre (*C.M.*, p. 655, n° 27).

Cette présomption est, pour le moins, audacieuse. Le Gouvernement espagnol a souligné lui-même que l'on pouvait demander la certification sans « avoir l'intention de vendre pour le moment » (*C.M.*, p. 661, n° 36). Les personnes qui détenaient en Belgique des titres Barcelona Traction les ont vraisemblablement fait certifier avec l'ensemble de leur portefeuille étranger, sans que cela implique de leur part la volonté de les vendre, puisque la certification était également requise pour l'encaissement des dividendes éventuels.

D'autre part, dans la mesure où des titres certifiés comme propriété belge entre le 21 octobre 1946 et le 12 février 1948 auraient été vendus avant cette dernière date, il est permis de présumer que les ventes à *des Belges* ont été plus nombreuses que les ventes à *des étrangers*. En effet, la négociation en bourse de Bruxelles de titres étrangers certifiés n'a été autorisée par les règlements de l'Institut du Change qu'à partir du 1^{er} juin 1947 et *pour autant que le vendeur et l'acheteur fussent « l'un et l'autre régnicoles ou résidents »* (règlement n° 24 de l'Institut belgo-luxembourgeois du Change concernant la gestion des avoirs en comptes-devises et des titres étrangers, art. 1^{er}, 2, *A.R.*, n° 130) : le règlement excluait même expressément du bénéfice de ses dispositions « les personnes réputées étrangères au point de vue du contrôle des changes ».

Sans doute, les banques agréées et les agents de change autorisés pouvaient-ils envoyer à l'étranger, pour les y vendre, des titres étrangers certifiés détenus par eux pour compte de régnicoles ou résidents (règlement n° 24 précité, art. 3), mais le produit de ces ventes devait :

- soit être porté au crédit d'un compte libellé dans la monnaie de l'opération ouvert dans les livres de la banque agréée ou de l'agent de change autorisé;
- soit être racheté aux clients régnicoles ou résidents contre francs belges ou luxembourgeois;
- soit être affecté à l'achat, dans la même monnaie, d'autres titres étrangers (règlement n° 24 précité, art. 4 et 5).

A cette époque, il était donc peu avantageux, pour un Belge, de faire vendre ses titres Barcelona Traction à des étrangers.

En conclusion, il est raisonnable d'admettre que le nombre de titres appartenant à des Belges à l'époque de la faillite était au moins de 244.886.

Sur ces 244.886 actions certifiées comme propriété belge, il n'y avait, au 12 février 1948, que 54 actions certifiées appartenant à la Sidro.

Le Gouvernement espagnol, qui n'avait jamais mis ce fait en doute jusqu'ici et qui essaie même, encore aujourd'hui, d'en tirer argument (*C.M.*, p. 661, n° 37), fait observer incidemment que l'« assertion » du Gouvernement belge relative au nombre d'actions certifiées de Sidro « ne s'appuie sur aucune preuve » (*C.M.*, p. 654 note 3).

Le Gouvernement espagnol n'attribue lui-même à cette observation « qu'une importance très relative » (*ibidem*) et il fait bien, car elle est inexacte.

La Sidro ne détenait, en effet, *en Belgique*, à la date de la faillite, que 2.554 actions de la Barcelona Traction (voir *supra*, n° 999). Or, la certification ne pouvait être utile que pour les actions *détenues en Belgique* (voir *supra, ibidem*). Et il est constant que sur les 2.554 actions qu'elle détenait en Belgique, 54 seulement étaient certifiées (attestation de la Banque de Bruxelles, *A.M.*, vol. I, n° 8, et *supra*, n° 999).

b) *Situation au 14 juin 1962.*

(1003) Après avoir établi que le nombre d'actions au porteurs appartenant à des Belges autres que Sidro au 12 février 1948 était au moins de 244.886, le Gouvernement belge a démontré, dans l'annexe 14 au *Mémoire*, que cette situation n'avait pas subi de modification importante en 1962.

Cette démonstration se fonde sur les constatations suivantes :

a) De 1948 à 1962, les actions en question n'ont pu faire l'objet de transactions boursières au Canada, à New York et à Londres pour la bonne raison que, seules, les actions nominatives sont négociées sur ces places, sauf de très rares exceptions (voir à ce sujet les attestations produites précédemment, *A.M.*, n° 14, vol. I, pp. 121 à 125).

b) Les actions Barcelona Traction n'ont donc pu faire essentiellement l'objet de transactions qu'à Paris et à Bruxelles.

Pour déterminer où se trouvaient les actions à l'époque du dépôt de la requête, le Gouvernement belge a recherché l'importance des transactions sur ces deux places pendant les douze mois précédents.

A la Bourse de Paris, les actions au porteur Barcelona Traction n'ont été traitées qu'au cours de 8 séances entre le 1^{er} août et le 29 décembre 1961; elles ont été rayées de la cote le 31 décembre 1961 et ont été traitées 24 fois au marché hors-cote entre le 2 janvier et le 31 juillet 1962 (voir lettre de la Compagnie des agents de change de Paris du 24 janvier 1967, *A.R.*, n° 131).

Au contraire, à la Bourse de Bruxelles, pendant la même période du 1^{er} août 1961 au 31 juillet 1962, les actions au porteur de Barcelona Traction ont été traitées pendant 199 séances et le nombre de titres traités s'est élevé à 44.264 (voir attestation de la Commission de la Bourse de Bruxelles du 13 janvier 1967, *A.R.*, n° 132).

Ces constatations permettent de présumer que les 244.886 actions au porteur de Barcelona Traction qui appartenaient à des Belges autres que Sidro en 1948 étaient restées en Belgique en 1962.

Toutefois, comme Sidro a, par ses achats et ses ventes sur le marché belge, accru sa participation de 20.349 actions entre 1948 et 1962 (1), le nombre d'actions aux mains d'actionnaires belges autres que Sidro devait être réduit, et c'est ainsi que le Gouvernement belge est arrivé à estimer ce nombre à 200.000 au moins (*M.*, I, n° 17).

(1004) En vue de faire passer le raisonnement que l'on vient de rappeler pour « le comble de la témérité », le *Contre-Mémoire* interprète à sa façon le fait que les transactions étaient relativement nombreuses à Bruxelles, alors qu'elles étaient inexistantes ou quasi inexistantes sur les autres places : le Gouvernement espagnol invoque que « c'étaient les dirigeants de Sidro et Sofina qui conduisaient à ce moment là (1961-1962) les négociations avec le groupe March et c'était autour de ces négociations que l'on alimentait une véritable spéculation en bourse sur les titres Barcelona Traction. Mais, pour être animée, cette spéculation n'avait aucun besoin d'une large participation d'actionnaires belges autres que Sidro, » (*C.M.*, IV, p. 656, n° 29). C'est le Gouvernement belge qui souligne les derniers mots, en vue de rendre plus claire l'insinuation du Gouvernement espagnol : celui-ci voudrait donc faire croire que ce serait la Sidro qui aurait, en 1961, alimenté en majeure partie la spéculation en bourse sur les titres Barcelona Traction, au moment où elle négociait avec le groupe March.

Si telle est bien la portée du *Contre-Mémoire*, il s'agit d'une calomnie dénuée de tout fondement : comme l'écrivait le Gouvernement belge dans son *Mémoire*, la dernière transaction du groupe Sidro sur des titres Barcelona Traction « eut lieu le 27 juin 1957 » (*M.*, n° 16, *A.M.*, vol. I, n° 13). Le certificat du contrôleur des contributions (*A.R.*, n° 128) en apporte la confirmation.

(1005) D'après le *Contre-Mémoire*, il ne suffirait pas au Gouvernement belge de prouver « qu'un certain nombre d'actions de la société en question était la propriété de ses nationaux au moment du fait générateur (du dommage), et également qu'un nombre plus ou moins équivalent l'était à la date de l'introduction de l'instance » : « cela ne suffirait pas à garantir l'existence du *lien de continuité* requis, car les propriétaires belges de 1948 pourraient très bien avoir vendu, entre-temps, leurs actions à des étrangers, et ceux de 1962, les avoir achetées entre-temps à des étrangers » (*C.M.*, p. 657, note 1).

La règle de la continuité, en droit international, signifie que l'Etat qui exerce la protection diplomatique doit faire la preuve que les personnes qu'il protège ont bien sa nationalité à certaines dates critiques (2). Ces dates sont celle de la survenance du préjudice et celle du dépôt de la demande en réparation devant l'instance compétente (3).

(1) La participation de Sidro s'est accrue de 23.149 actions au porteur de 1948 à 1962, et, à l'exception de 2.800 actions, tous les ordres furent passés par l'intermédiaire de la Bourse de Bruxelles (certificat de Deloitte du 23 août 1962, *A.M.*, vol. I, n° 13).

(2) Borchard, *Rapport à l'Institut de Droit international, Annuaire* 1931, I, pp. 227 et ss.; Rousseau, *Droit international public*, n° 451, p. 363; Guggenheim, *Traité de Droit international public*, t. I, pp. 303 et ss.; O'Connell, *International Law*, pp. 117 et ss.

(3) Pour certains, une troisième date présenterait ce même caractère : celle de la décision de l'organe judiciaire ou arbitral saisi. Cependant, dans son exposé préliminaire à l'Institut de Droit international sur « La protection diplomatique des individus en droit international : la nationalité des réclamations », le professeur Briggs, après un examen approfondi de la pratique internationale, a montré que les deux seules dates « critiques » à retenir étaient celles de l'origine du dommage et de la présentation de la demande (*Annuaire de l'Institut*, 1965, vol. I, pp. 23, 55, 72, 75).

Il résulte de cette règle que le Gouvernement belge n'aurait pas le droit de protection diplomatique pour des actions qui n'auraient pas appartenu à des Belges en 1948 ou qui auraient été cédées à des étrangers avant 1962 (1), mais ceci ne signifie évidemment pas que le Gouvernement belge devrait, pour toutes les actions qui se trouvaient en mains belges à ces deux dates, faire la preuve qu'elles n'ont fait l'objet d'aucune transaction entre-temps : suivant la pratique constamment suivie devant les juridictions internationales, le Gouvernement belge n'a pas d'autre démonstration à faire que celle du nombre d'actions appartenant à des Belges aux deux dates critiques à considérer (2).

Il est, en effet, permis de présumer que les actions qui se trouvaient en mains belges le 12 février 1948 et le 14 juin 1962 y sont restées entre ces deux dates. Une telle présomption ne saurait être renversée par un raisonnement aussi hypothétique que celui qu'avance le *Contre-Mémoire*. Il faudrait apporter une preuve contraire, ou tout au moins des présomptions sérieuses en sens contraire, ce que le Gouvernement espagnol est évidemment incapable de faire.

(1006) Le Gouvernement espagnol voudrait encore imposer au Gouvernement belge une preuve supplémentaire.

A en croire le *Contre-Mémoire*, si des actions appartenant à un Belge en 1948 ont été vendues à un autre Belge avant 1962, cela suffirait à faire disparaître le droit de protection diplomatique de la Belgique, bien que, « pendant toutes ces années, les actions, tout en changeant de mains, soient demeurées propriété belge ». « En effet, poursuit le *Contre-Mémoire*, s'il y a transfert de propriété, il n'y a pas transfert de préjudice... Or, sans préjudice subi par le particulier qu'on voudrait protéger, il n'y a pas de droit de réclamation à faire valoir par l'Etat » (C.M., IV, n° 30, p. 657).

Cette thèse n'est pas défendable. Il est clair que le droit à réparation du particulier naît au moment où le dommage est créé. Pour ce qui le concerne, il n'y a donc qu'une seule « date critique ».

Dans la présente affaire, il s'agit d'un dommage causé à des actionnaires : le droit à réparation est évidemment attaché à la propriété des actions et en suit le sort. Il est donc transféré en même temps que l'action. Toutes considérations sur la prudence du vendeur des actions auxquelles un tel droit à réparation est attaché et sur l'esprit de spéculation de l'acheteur sont dénuées de pertinence.

Quant à l'Etat qui exerce la protection diplomatique, son droit est subordonné à la « nationalité de la demande » — c'est-à-dire à la nationalité du particulier lésé, qui doit être la sienne. Mais l'identité de ce particulier est sans importance : d'après la jurisprudence constante de la Cour, et, avant elle, de la Cour permanente de Justice internationale, l'Etat qui agit exerce son droit propre, celui qu'il a de faire respecter le droit international en la personne de ses ressortissants — et non pas du tout le droit du particulier.

(1) Borchard, *Diplomatic protection of citizens abroad*, 1927, p. 666 et jurisprudence citée.

(2) Dans son exposé précité, le professeur Briggs arrive à la conclusion très ferme qu'il n'y a pas d'autre démonstration à faire que celle de la nationalité de la demande aux deux dates « critiques » (*op. cit.*, p. 75). Cette opinion semble avoir recueilli un très large assentiment au sein de l'Institut. Elle est confirmée par toute la pratique citée par le professeur Briggs.

Dans la pratique, il arrive fréquemment que le droit à réparation en droit interne change de titulaire avant la décision arbitrale ou judiciaire à intervenir, notamment par suite du décès du premier titulaire. Il existe même une jurisprudence relativement abondante en matière de *cession du droit à réparation*. D'après cette jurisprudence, une telle cession n'a d'influence sur le droit de protection de l'Etat national que si elle est réalisée entre des personnes de nationalité différente (1).

Certaines de ces décisions sont d'autant plus intéressantes qu'elles ont été prises alors que le gouvernement défendeur avait soutenu la thèse que défend actuellement le Gouvernement espagnol, selon laquelle l'acheteur n'a subi lui-même aucune perte et n'a donc aucun droit à réparation (2).

(1) V. par exemple Hargous, *Moore, International Arbitrations*, p. 2327; Camy, *ibid.*, p. 2398; Henri Ruy, *ibid.*, p. 2401; Lasarte, *ibid.*, p. 2390; Osgood and Stetson, et Taylor and Mac Leane, *ibid.*, p. 4654; Slocum, *ibid.*, p. 2385; Parrot and Wilson, *ibid.*, p. 2384; Norton, *ibid.*, p. 2163; Landreau, *Recueil des Sentences arbitrales*, vol. I, p. 347; Christen and C^o, *ibid.*, X, p. 435.

(2) V. par exemple Bowerman and Burbury's, *Recueil des Sentences arbitrales*, vol. I, p. 347. *Add.* les motifs de la décision du surarbitre Plumley, dans l'affaire *Stevenson*, Commission de réclamation anglo-vénézuélienne, *ibid.*, vol. IX, p. 447.

Sous-section 5

Le caractère belge de Sidro

(1007) L'importance des intérêts belges dans la Barcelona Traction, représentés pour la plus grande partie par les actions possédées par Sidro, ne pouvait guère être sérieusement contestée. Les sous-sections précédentes ont mis en lumière le peu de solidité des objections opposées par le Gouvernement espagnol sur ce point. Conscient de cet état de choses, ce dernier s'est alors efforcé de déformer l'argumentation belge, dans l'espoir d'imposer à la Belgique la nécessité de fournir une preuve jugée impossible à apporter.

(1008) Le Gouvernement espagnol souhaiterait faire croire que la thèse du Gouvernement belge aboutit à détruire totalement la personnalité juridique des sociétés. Il y tient tellement, qu'il y revient à plusieurs reprises (1). D'après lui, le Gouvernement belge estimerait « inadmissible » de « s'arrêter à l'écran de la personnalité morale... ; au cas où des préjudices auraient été causés à une société, le nom, le lieu de constitution, le siège, en un mot la nationalité de la société serait sans importance réelle. Ce qui compterait, aux fins de la détermination de l'Etat qui a qualité pour exercer la protection diplomatique, ce seraient les intérêts économiques réels couverts par le manteau de la société, ceux des épargnants eux-mêmes, des gens qui ont donné leurs économies pour contribuer à la poursuite de certaines finalités » (2).

Poursuivant, pour le compte de la Belgique, la démonstration qu'il lui prête gratuitement, le Gouvernement espagnol va jusqu'à affirmer que, pour son adversaire, « la sécurité des investissements internationaux exigerait que, chaque fois qu'il y aurait une difficulté sérieuse, on recherche les individus, *les personnes physiques qui, par leurs économies, ont réellement contribué à un placement à l'étranger* » et que : « c'est l'Etat national des premiers (les épargnants individuels) qui serait le véritable intéressé et qui devrait prendre la défense de ses ressortissants lésés, *plutôt que l'Etat auquel appartient la personne morale et qui, on ne sait pourquoi, aurait un intérêt moins direct et moins réel* » (3).

Devant l'insistance de son adversaire, le Gouvernement belge se voit forcé de répéter, une fois de plus, qu'il considère comme parfaitement admissible que l'on s'arrête à « l'écran de la personnalité morale » en ce sens, qu'il estime qu'une société peut, sans aucun doute,

(1) *C.M.*, IV, pp. 684 et ss. ; pp. 717 et ss.

(2) *Ibid.*, p. 684.

(3) *C.M.*, p. 685.

être protégée par l'Etat dont elle a la nationalité, lorsque cette nationalité est effective et même si elle recouvre des intérêts étrangers très importants. Ce qu'il conteste, c'est que ce fameux « écran de la personnalité morale » soit érigé en absolu et brandi pour empêcher la protection des actionnaires étrangers d'une société, alors que ceux-ci ont été laissés sans moyen d'obtenir réparation, par les voies de droit internes, du dommage causé à leurs droits et intérêts dans cette société. Le Gouvernement belge n'a jamais affirmé que l'Etat « auquel appartient la personne morale » devrait se voir préférer celui des actionnaires. Sa thèse constante est qu'« un même acte illicite peut occasionner des interventions d'Etats différents agissant à des titres distincts » (1) : le droit de protection de la société n'interdit pas la protection des actionnaires étrangers, lorsqu'elle est justifiée, mais n'a évidemment pas à être primé par cette dernière.

(1009) L'insistance du Gouvernement espagnol à mettre au compte du Gouvernement belge une thèse aussi outrée est, à vrai dire, parfaitement explicable. Elle doit permettre d'en venir à l'étape suivante, qui constitue une déformation encore plus accentuée de la position de la Belgique.

Partant de la prémisse — malheureusement pour lui, radicalement fautive — ci-dessus rappelée, le Gouvernement espagnol s'estime, en effet, autorisé à passer immédiatement à l'allégation qui lui importe : « S'il veut être logique avec lui-même, et convaincre que, du point de vue de la réalité des intérêts sinon de celle du droit, c'est lui qui a vraiment titre pour intervenir, le Gouvernement belge doit fournir la preuve que c'est réellement l'épargne belge qui est investie dans la Barcelona Traction, que ce sont des personnes physiques belges qui ont contribué avec leurs ressources au développement de l'entreprise montée en Espagne par la société canadienne » (2).

Le Gouvernement espagnol tente ainsi d'enfermer la Belgique dans un faux dilemme : ou bien, reconnaître totalement et absolument la personnalité juridique des sociétés, et admettre en conséquence que l'Etat national d'une société a seul qualité pour en assurer la protection ; ou bien, nier la personnalité juridique des sociétés, et aller jusqu'au bout d'une telle négation, pour ne s'arrêter qu'au moment où se rencontrent des personnes physiques, les fameux épargnants individuels, qui font l'apport de leurs « économies » (3).

(1010) Le Gouvernement belge se bornera, en présence d'une telle tentative, à deux observations.

(1) *Procédure orale*, III, p. 575. *Add. supra*, n° 899, pp. 654-655.

(2) *C.M.*, IV, p. 685.

(3) Le Gouvernement espagnol dit encore que ce sont ces personnes physiques qui seraient lésées et « auxquelles seules devrait aller une réparation si la lésion existait » (*C.M.*, p. 685, note 3). Mais c'est une erreur. Il est clair que si la Belgique décide de faire une distribution de l'indemnité que pourrait lui allouer la Cour, cette distribution sera opérée entre tous les actionnaires belges de la Barcelona Traction, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales, au prorata de leurs actions. Les petits épargnants qui n'entreraient pas dans cette catégorie pourront en profiter dans la mesure où ils seraient actionnaires de personnes morales de droit belge qui seraient elles-mêmes actionnaires de la Barcelona Traction mais n'aurait aucun titre à faire valoir.

La première est que l'argumentation du Gouvernement espagnol conduit à substituer, à la demande présentée par la Belgique et dont est saisie la Cour, une demande toute différente et à introduire, par ce biais, un élément absolument nouveau qui modifie complètement les bases juridiques de la présente affaire. Il place la question du *jus standi* sur un terrain où elle ne s'était encore jamais posée — et qui est sans rapport aucun avec la véritable demande belge. En effet, la composition du capital social de Sidro et de Sofina n'est plus discutée en vue de déterminer le caractère effectif de la nationalité belge de ces sociétés, comme cela avait été le cas jusqu'alors. Il s'agit de faire de la « participation réelle de l'épargne belge » la base même du *jus standi* de la Belgique. En sorte que le Gouvernement espagnol, qui soutient, ailleurs, que la requête introduite par la Belgique, le 14 juin 1962, pour obtenir réparation du dommage subi par les actionnaires belges de la Barcelona Traction, (dont le plus important est la Sidro), constituerait, en réalité, une protection de la société canadienne elle-même (1), en vient, ici, à substituer à cette même requête, une action en protection des actionnaires de la Sidro, de ceux de la Sofina, principal actionnaire de la précédente, ainsi que de ceux des diverses sociétés pouvant détenir, directement ou indirectement une part des actions de la Sofina.

Ce qui caractérise cette attitude, c'est le refus de s'accommoder de la demande belge telle qu'elle a été présentée à la Cour.

Le Gouvernement espagnol va si loin dans ce refus qu'il n'hésite pas à déclarer qu'il « ne se soucie guère, en vérité, de savoir si le Gouvernement belge peut ou non exercer la protection diplomatique de Sidro ou de la Sofina » (2), ce qui constitue un aveu dénué d'artifice.

Pourquoi cette tactique? L'avantage qu'en attend le Gouvernement espagnol est évident. Il apparaît sans fard dans le § 5 de la Section II (Chapitre VI) du *Contre-Mémoire*, intitulé significativement : « Preuve qui incombe au Gouvernement belge » et où le Gouvernement espagnol, qui ne recule jamais devant une répétition, reprend une fois de plus les conclusions qui ont été résumées plus haut.

Pour le *Contre-Mémoire*, la Belgique doit établir « et avec un degré suffisant de certitude », la participation effective de « l'épargne belge » au capital de Sidro et de Sofina, « aux moments critiques » (auxquels le droit international oblige de faire la preuve de la nationalité d'une demande) « et ce en tenant compte de tous les échelons par lesquels il faut passer » pour prouver la participation réelle de cette épargne dans le capital de *Barcelona Traction* (3). Et d'ajouter : « il n'y a pas de doute possible que l'obligation de fournir cette preuve incombe au Gouvernement belge » (*sic*) (4).

En un autre endroit, le *Contre-Mémoire* insiste encore sur le fait qu'il appartiendrait au Gouvernement belge de donner « non pas les noms de Sidro et Sofina, mais la liste des personnes physiques belges dont il prétend qu'elles sont lésées illicitement et auxquelles seules devrait aller une réparation si la lésion existait » (5).

(1) *Supra*, n° 873, pp. 634 et suiv.

(2) *C.M.*, IV, p. 684.

(3) *Ibid.*, p. 687.

(4) *C.M.*, p. 687.

(5) *Ibid.*, p. 685, note 3.

Il s'agit, à toute évidence, d'une nouvelle *probatio diabolica*, aussi impossible à établir que la liste des propriétaires successifs d'un bien depuis l'appropriation initiale. Il serait, évidemment, assez avantageux pour la thèse espagnole de charger la Belgique d'un tel *onus probandi*.

(1011) La seconde remarque est que l'exigence formulée par le Gouvernement espagnol n'est, en aucune manière, imposée par la « logique » de la thèse belge restituée dans sa réalité. Cette exigence découlerait-elle alors du droit international lui-même? On chercherait vainement un précédent où une obligation aussi exorbitante aurait été formulée, bien que, comme on le sait, la pratique connaisse de nombreux cas où des gouvernements sont intervenus au bénéfice de leurs nationaux actionnaires de sociétés étrangères, soit par des démarches diplomatiques, soit dans la négociation de conventions, soit devant des instances arbitrales. Il n'existe, en réalité, aucune règle de droit international imposant, dans un cas quelconque, à un Etat qui intervient pour protéger une société possédant ostensiblement sa nationalité, de faire, préalablement, la démonstration que le capital de cette société représente, directement ou indirectement, « les économies » de ses citoyens. Les exercices de logique auxquels se livre la *Contre-Mémoire* — au prix, on le répète, de considérables déformations de l'argumentation belge — ne sauraient évidemment suffire à établir l'existence d'une règle aussi inédite. Il est significatif et révélateur que le Gouvernement espagnol s'en soit tenu, cependant, à cette forme de démonstration et n'ait cherché, à aucun moment, à étayer sa thèse en l'appuyant sur une règle positive du droit international.

(1012) Il est clair que, dans ces conditions, on se retrouve placé dans le droit commun de la protection diplomatique. Celui-ci, on le sait, subordonne l'exercice de cette protection à la condition de la nationalité de la personne privée qui en fait l'objet. S'il s'agit d'une société commerciale, cette nationalité résulte d'éléments variables suivant les systèmes de droit interne : siège social, lieu de création (*incorporation*), etc.

En l'espèce, la nationalité belge de Sidro se trouve établie par le fait que cette société a été constituée selon le droit belge et que son siège social est établi à Bruxelles, ce qui est suffisant au regard de la loi belge. Ces faits ont été établis dès le début de la procédure (1) et n'ont jamais été contestés.

En droit strict, le Gouvernement belge n'était donc tenu à aucune autre démonstration. N'ayant jamais contesté le droit qu'à l'Etat national de la société de protéger celle-ci (indépendamment d'une intervention éventuelle, au profit d'actionnaires étrangers, de l'Etat national de ces derniers), il était parfaitement justifié à invoquer la présomption bien établie selon laquelle le lien juridique de nationalité entraîne *prima facie* le droit pour l'Etat national d'exercer sa protection diplomatique au profit de la société qui le présente (2). Le Gouvernement espagnol, voulant manier l'ironie, affirme qu'en faisant appel à une telle présomption, le Gouvernement belge aurait fait preuve de candeur (3). Le sens de cette remarque reste extrêmement obscur et sa pertinence n'apparaît

(1) *M.*, I, p. 15.

(2) Borchard, *Diplomatic protection of citizens abroad*, pp. 620 et s. (et les références); P. de Visser, *La protection diplomatique des personnes morales*, *R.C.A.D.J.* 1961, 102, p. 453.

(3) *C.M.*, p. 683.

pas davantage. Toujours est-il qu'il s'agit d'une pirouette et non d'une réfutation. Il faut en conclure que le Gouvernement espagnol, aujourd'hui comme hier (1), admet bien l'existence de cette présomption (2).

(1013) Le Gouvernement belge, pourtant, ne s'en est jamais tenu à cette attitude qui, pour être parfaitement conforme au droit international, lui a paru trop négative. Ceci d'autant plus qu'il a toujours admis — en s'appuyant sur la pratique constante des Etats (3) — qu'un gouvernement n'est justifié à endosser la demande d'une société que si la nationalité de celle-ci est effective. Pour cette raison, le Gouvernement belge a tenu, dès ses premières écritures, à montrer que les trois quarts des actions de la Sidro appartenaient à des actionnaires belges aux deux dates critiques (1948 et 1962). Eu égard à l'importance de la participation d'une autre société belge, la Sofina, dans le capital de la Sidro, le Gouvernement belge a fait un pas de plus : il a démontré que la part des actionnaires belges dans la Sofina était, aux mêmes dates, plus importante encore que dans la Sidro (4).

Le *Contre-Mémoire* conteste le bien-fondé de cette double démonstration. Fidèle à la méthode adoptée dans ses *Observations et Conclusions* (n° 204 et annexe n° 30), le Gouvernement belge réfutera l'argumentation espagnole dans une annexe (*A.R.*, n° 133), car il estime que la démonstration de la majorité belge dans la Sidro et la Sofina est surabondante.

*
* *

(1014) On peut tirer, en quelques lignes, les conclusions qui se dégagent de la présente section.

Elle a établi une nouvelle fois la prépondérance des intérêts belges dans le capital de la Barcelona Traction à la date de la déclaration de faillite (1948) et à celle de l'introduction de la *Requête* (1962).

(1) Dans sa note du 22 décembre 1951, citée dans les *Observations et Conclusions*, I, p. 179, note 1 et reproduite en annexe au *Mémoire* (vol. IV, n° 259, p. 1001).

(2) Le Gouvernement espagnol résume aussi (*C.M.*, IV, p. 683) la critique qui lui a été adressée et selon laquelle il serait peu conséquent pour lui de contester à la Belgique le droit de protéger Sidro (et, il faut ajouter : d'exiger de la Belgique qu'elle fasse davantage que de prouver qu'il s'agit bien d'une société belge) étant donné l'attitude qu'il a prise en matière de nationalité et de protection diplomatique des sociétés. Il n'assortit, toutefois, ce rappel d'aucun commentaire. Il lui est difficile, en effet, de contester la contradiction dans laquelle il s'est placé.

(3) V. *supra*, n° 915, p. 663.

(4) *M.*, I, pp. 15 et 16 (et les annexes); *O.C.*, I, pp. 206 à 208 et annexe n° 30.

Comme le Gouvernement belge l'avait indiqué dans son *Mémoire* (1), sur les 1.798.854 actions représentant le capital de la Bardelona Traction,

a) la société belge Sidro possédait :

1° en 1948 :

| | |
|--|------------------|
| actions nominatives inscrites au nom de <i>nominees</i> de Sidro | 1.012.688 (2) |
| actions au porteur | 349.905 (3) |
| Total | <u>1.362.593</u> |

2° en 1962 :

| | |
|-------------------------------|------------------|
| actions nominatives | 1.354.514 (4) |
| actions au porteur | 31.228 (5) |
| Total | <u>1.385.742</u> |

b) les actionnaires belges autres que Sidro possédaient :

1° en 1948 :

| | |
|---|----------------|
| actions nominatives | 420 (6) |
| actions au porteur : au moins | 244.886 (7) |
| total : au moins | <u>245.306</u> |

2° en 1962 :

| | |
|---|----------------|
| actions nominatives | 2.388 (8) |
| actions au porteur : au moins | 200.000 (9) |
| total : au moins | <u>202.388</u> |

(1) *M.*, I, pp. 9 à 14.

(2) *Supra*, n° 948.

(3) *Supra*, n° 995.

(4) *Supra*, n° 952.

(5) *Supra*, n° 1000.

(6) Chiffre non contesté, résultant du registre des actions nominatives (*M.*, n° 4, p. 10 et *A.M.*, n° 2, vol. I, p. 14).

(7) *Supra*, n° 1001.

(8) Chiffre non contesté, résultant du registre (*M.*, n° 13, p. 13 et *A.M.*, n° 10, vol. I, p. 76).

(9) *Supra*, n° 1003.

Il ressort des chiffres qui précèdent que plus de 88 % des actions de la Barcelona Traction étaient propriété belge, tant au moment de la mise en faillite de cette société qu'à celui de l'introduction de l'instance.

La présente section a établi, d'autre part, que les actions appartenant à la société belge Sidro n'ont pas cessé d'être sa propriété en raison de leur inscription au nom de *nominees*, et n'ont pas perdu leur caractère belge en raison de la nationalité étrangère de ces *nominees* (1).

Enfin, le fait que la majorité des actions de la Barcelona Traction appartiennent à une société belge, la Sidro, n'oblige pas le Gouvernement belge à démontrer, en outre, que les actions de Sidro sont elles-mêmes, en majeure partie, propriété belge (2). Toutefois, une annexe à la présente *Réplique* reprend la démonstration surabondante faite sur ce point dans une annexe aux *Observations et Conclusions* (3) et réfute les objections que le *Contre-Mémoire* a tenté d'y opposer (4).

(1) *Supra*, nos 957 et ss.

(2) *Supra*, nos 1007 et ss.

(3) *A.O.C.*, vol. II, n° 30, pp. 317 et ss.

(4) *A.R.*, n° 133.

APPENDICE

(1015) Le *Contre-Mémoire* contient une véritable altération des faits, lorsque, à propos de l'attitude du Gouvernement canadien, il s'exprime comme suit (IV, p. 750, note 1) :

« La Cour n'aura certainement pas manqué d'être surprise que le Gouvernement belge n'ait pas été à même de répondre à la question de M. Jessup relative à la réponse donnée par le Canada à la communication belge relative à la Requête introduite devant la Cour.

Cette réponse reste encore un mystère qu'il n'appartient pas au Gouvernement espagnol de chercher à éclaircir ».

Ces deux courtes phrases contiennent au moins deux erreurs manifestes.

La première relative à la question — ou plus exactement aux deux questions — du Juge Jessup.

Il suffit de se référer à la page 672 de la *Procédure orale* (III) pour constater que la seconde des deux questions posées par le Juge Jessup — celle à laquelle le Gouvernement espagnol se réfère ici — ne visait pas la « réponse donnée par le Canada à la communication belge relative à la requête introduite devant la Cour », mais bien les informations que l'une ou l'autre des Parties pourrait fournir à la Cour concernant l'attitude du Gouvernement canadien après les deux communications auxquelles le Juge Jessup se référerait et qui dataient respectivement (*dans l'ordre où le Juge les citait*) du 21 mars et du 15 février 1955 (soit plus de trois ans avant la présentation de la première *Requête* belge devant la Cour).

Ce qu'il faut au contraire relever, c'est que, bien que la question ait été posée expressément *aux deux Parties*, le Gouvernement espagnol, pour sa part, n'a donné d'autre réponse qu'un commentaire de certaines des pièces fournies par la Belgique, commentaire faisant plus de place, d'ailleurs, aux suppositions qu'à l'exégèse (*P.O.*, vol. II, pp. 822 et ss.). La déformation infligée à la question du Juge Jessup, afin de réserver au seul Gouvernement belge la tâche d'y répondre, se passe de tout autre commentaire.

La deuxième erreur est relative à la suite donnée par le Gouvernement belge à la question prérappelée. C'est aller vraiment trop loin que de feindre de s'étonner que le « Gouvernement belge n'ait pas été à même de répondre » à la question ainsi formulée, et que « la réponse donnée par le Canada à la communication belge relative à la Requête introduite devant la Cour... reste encore un mystère ».

Si l'on s'en tient au point précis que le Gouvernement espagnol entend soulever lui-même, il suffit de rappeler que, dès les premières plaidoiries, les conseils du Gouvernement belge avaient signalé à la Cour que le Gouvernement canadien n'avait réagi « en aucune façon » lorsque la Belgique lui avait communiqué le texte de la première *Requête* déposée à la Cour par le Gouvernement belge le 15 septembre 1958 (*P.O.*, III, p. 561).

Tout en réservant leur position quant à la véracité de cette affirmation, les conseils du Gouvernement espagnol avaient cru pouvoir en conclure que « ce silence plein de dignité montre, mieux que toute réponse, quelle était la véritable réaction de ce Gouvernement... » (*P.O.*, III, p. 825).

En duplique, les conseils du Gouvernement belge avaient précisé que ce silence, le Gouvernement du Canada l'avait conservé tant au moment du désistement de la première instance que lors de l'introduction, par le Gouvernement belge, de la présente procédure (*ibidem*, p. 935).

La réponse du Canada ne reste donc pas un mystère, comme le voudrait le *Contre-Mémoire* : le fait est qu'il n'y eut pas de réponse canadienne du tout.

Quant à la véritable question posée par le Juge Jessup, elle a provoqué le dépôt, par la Belgique, d'un certain nombre de pièces nouvelles, qui ont été commentées, en duplique, par les conseils du Gouvernement belge (*P.O.*, III, pp. 931 à 936). Il est remarquable que le *Contre-Mémoire*, grâce à la diversion qui vient d'être mise en lumière, ait réussi à éviter de répondre à ces précisions.

Cette dérobade est significative. En effet, les documents fournis apportent un démenti formel à la thèse espagnole, que le *Contre-Mémoire* ose, cependant, reprendre sans modification, et suivant laquelle le Gouvernement canadien aurait finalement abandonné la protection diplomatique de la Barcelona Traction en 1954, vraisemblablement parce qu'il se serait rendu aux arguments espagnols et aurait acquis — notamment après la déclaration conjointe des Gouvernements du 11 juin 1951 — la conviction que la question ne comportait aucune responsabilité internationale du Gouvernement espagnol.

Si les deux Parties sont d'accord sur le fait que le Canada a renoncé à protéger la Barcelona Traction, elles diffèrent nettement et quant à la date de cette cessation, et quant à ses motifs.

La note diplomatique canadienne du 21 avril 1952 — que le Gouvernement espagnol s'était abstenu de comprendre dans la correspondance diplomatique reproduite en annexe aux *Exceptions Préliminaires* (*A.E.P.*, 1960, vol. III, pp. 191 à 244) et que le Gouvernement belge a produite lui-même comme document nouveau en avril 1964 — est la dernière intervention officielle du Canada en cette affaire. C'est donc en 1952, et non en 1954, que le Canada a renoncé à s'occuper de l'affaire.

Par ailleurs, le contenu en est doublement instructif.

Faisant suite aux notes canadiennes des 26 juillet 1951 (*A.E.P.*, 1960, vol. III, p. 220), 28 septembre 1951 (*ibidem*, p. 226) et 22 décembre 1951 (*ibidem*, p. 238), toutes présentées après la publication de la déclaration conjointe des Gouvernements, la note du 21 avril 1952 maintenait expressément les griefs que le Gouvernement canadien avait formulés à l'égard de l'Espagne, et démontrait par là que le Gouvernement canadien n'avait, ni à la suite des travaux de la commission d'experts, ni à la suite de la déclaration conjointe, ni au vu d'explications que le Gouvernement espagnol lui aurait fournies postérieurement, renoncé à sa thèse suivant laquelle le traitement de la Barcelona Traction et des sociétés de son groupe en Espagne engageait la responsabilité de l'Etat espagnol.

D'autre part, cette même note constatait, avec découragement, l'inutilité qu'il y aurait à poursuivre le dialogue diplomatique, et exprimait le regret que le Gouvernement espagnol n'ait pas accepté la proposition canadienne d'arbitrage.

Elle faisait enfin allusion à la possibilité d'un règlement amiable du différend.

Un autre document nouveau, produit par la Belgique lors des débats devant la Cour, relatait que vers la même époque, c'est-à-dire au début de 1952, le Ministre des Affaires étrangères du Canada avait exprimé au Consul d'Espagne à Ottawa le peu d'intérêt qu'avait son Gouvernement pour cette affaire, vu le caractère minime des intérêts canadiens en cause.

L'époque à laquelle s'est produite cette manifestation du manque d'intérêt de la part du Canada vient confirmer la conclusion que le Gouvernement belge a tirée quant aux motifs qui avaient inspiré l'action du Gouvernement canadien depuis le début, du fait que la cessation de l'intervention officielle de ce Gouvernement a coïncidé avec le remboursement des obligations en £ de la Barcelona Traction, dont la société canadienne National Trust était le *trustee*.

Enfin, dans sa lettre du 19 juillet 1955 à l'avocat Arthur Dean, représentant de la Sidro — autre document nouveau produit par le Gouvernement belge devant la Cour en réponse à la question du Juge Jessup — le Ministre canadien des Affaires étrangères, après avoir rappelé le caractère officieux de l'intervention de l'Ambassade du Canada à Madrid à propos de la mission de M. Dean, disait clairement que le Gouvernement canadien n'était pas disposé à intervenir effectivement en cette affaire, ou à faire des représentations au Gouvernement espagnol quant aux mesures qui devraient être prises en vue d'un arrangement.

On peut donc conclure, sur la base des documents versés aux débats, que c'est dès avril 1952 que le Gouvernement canadien a cessé toute intervention officielle dans cette affaire, et qu'au moment où il l'a fait, il a confirmé, une dernière fois, les griefs qu'il avait articulés à l'égard du Gouvernement espagnol à propos du traitement infligé en Espagne à la Barcelona Traction et à ses filiales.

Le fait que le *Contre-Mémoire* ne produit aucun document quelconque d'où il résulterait que le Gouvernement canadien aurait, *ultérieurement*, changé d'avis, démontre que l'explication que le Gouvernement espagnol donne de la cessation de l'intervention canadienne est dépourvue de tout fondement.

QUATRIÈME PARTIE

La Réparation du Préjudice

CHAPITRE I

LA RÉPARATION EN TANT QUE DROIT DU GOUVERNEMENT BELGE

(1016) Les principes régissant les modalités et l'étendue de la réparation due par le Gouvernement espagnol ont été énoncés dans le *Mémoire* belge au Chapitre V de l'Exposé de Droit (n^{os} 368 ss., pp. 181 ss.), auquel le Gouvernement belge prie la Cour de bien vouloir se reporter.

Le *Contre-Mémoire* espagnol répond à l'exposé du *Mémoire* belge dans son Chapitre IV, Sec. V (IV, n^{os} 262 ss., pp. 575 ss.), intitulé « Observations sur la nature véritable de la demande belge quant aux modalités et à l'étendue de la réparation ». Les arguments développés dans ces « Observations » sont repris ensuite dans le Chapitre VI, Sec. 1 (par. 6 ss, pp. 641 ss.) du *Contre-Mémoire*. Le Gouvernement espagnol essaie, en substance, de déformer la nature de la réclamation belge dont les termes exacts ont été une nouvelle fois rétablis dans la *Réplique* du Gouvernement belge dans le Chapitre II de la troisième partie, section I, sous-section I.

Le Gouvernement belge, par conséquent, se bornera ici à réfuter les critiques contenues dans le *Contre-Mémoire* espagnol au sujet des modalités et de l'étendue de la réparation réclamée.

(1017) Il a été établi que les actes illicites commis par les autorités espagnoles et dont les actionnaires belges de la Barcelona Traction ont été victimes, ont donné lieu, au point de vue du droit international, à une responsabilité du Gouvernement espagnol à l'égard du Gouvernement belge. En demandant la réparation du dommage souffert par ses ressortissants, le Gouvernement belge fait, selon la formule célèbre énoncée par la Cour Permanente de Justice Internationale et reprise par la Cour Internationale de Justice, « valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international ».

Comme l'a dit la Cour Permanente de Justice Internationale dans l'*Affaire de l'Usine de Chorzow (Demande en indemnité — Fond)* : « Les règles qui déterminent la réparation sont les règles de droit international en vigueur entre les deux Etats en question et non pas le droit qui régit les rapports entre l'Etat qui aurait commis le tort et le particulier qui aurait subi un dommage. Le dommage subi par le particulier n'est donc jamais identique, en substance, avec celui que l'Etat subira ». Mais la Cour Perma-

mente ajoutait : « il ne peut que fournir une mesure convenable de la réparation due à l'Etat » (1). Il est vrai, en effet, que la réclamation, tout en appartenant à l'Etat belge, « se rattache matériellement à la réclamation des particuliers » (2). De même qu'elle y trouve son origine, de même elle y trouve sa mesure, en ce sens que les modalités et l'étendue de la réparation due à l'Etat belge doivent se rapporter au dommage souffert par ses ressortissants pour lesquels il a pris fait et cause (*M.*, I, n° 369, p. 181).

La réparation à laquelle l'Etat espagnol est tenu doit être complète; elle doit « se calquer autant que possible sur le préjudice » (3), et, « autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si l'acte illicite n'avait pas été commis » (4).

(1) CPJI, Série E, n° 17, p. 28.

(2) Max Huber, Affaire des réclamations britanniques au Maroc espagnol, *Recueil des sentences arbitrales des Nations Unies*, cité dans le *C.M.*, p. 579, note I.

(3) Rousseau, *Droit international public*, 1953, p. 383.

(4) CPJI, Série A, n° 17, p. 47.

CHAPITRE II

LA SITUATION DES ACTIONNAIRES BELGES DANS LA BARCELONA TRACTION

(1018) Les modalités et l'étendue de la réparation que l'Etat espagnol doit à l'Etat belge doivent donc être établies en tenant compte de la situation des actionnaires belges de la Barcelona Traction à la date où s'est produite la dépossession et en tenant compte des dommages divers qui en ont résulté.

(1019) En ce qui concerne la situation des actionnaires belges, il faut tenir compte du fait qu'ils possédaient la presque totalité du capital-actions de la Barcelona Traction et que l'un d'entre eux, la Société Internationale d'Energie Hydro-Electrique (Sidro), société de droit belge, la contrôlait à elle seule.

Dès 1924, la Sidro était devenue le principal actionnaire de la Barcelona Traction, par son intervention dans la réorganisation financière qui assainit définitivement la situation de la société. Dès 1930, elle possédait 75 % des actions de la Barcelona Traction, suite à l'unification du capital de cette société, et elle n'a cessé de conserver cette participation, qui constituait un de ses principaux actifs permanents.

D'autre part, aux termes d'un contrat de services, la Sofina, principal actionnaire de la Sidro, a, à partir de 1929, assuré la gestion des entreprises exploitant en Espagne. Spécialement qualifiée par son expérience dans l'industrie électrique, la Sofina n'a cessé de prêter un concours actif aux sociétés du groupe de la Barcelona Traction.

Ainsi, à la fois du fait qu'elle était l'actionnaire ayant le contrôle absolu de la Barcelona Traction et que la Sofina, principal actionnaire de la Sidro, prêtait son assistance technique aux filiales de la Barcelona Traction, la Sidro avait acquis à l'égard des autres actionnaires de la Barcelona Traction la fonction et le caractère d'« actionnaire pilote » (1).

(1) Un actionnaire pilote est celui qui exerce le contrôle d'une société ou d'un groupe et qui, par sa conduite tant dans la gestion de l'affaire que dans les rapports avec les tiers, inspire aux actionnaires minoritaires la confiance qui les engage à investir dans l'affaire. La Sidro a rempli le rôle d'actionnaire pilote dans deux affaires : la Mexican Light and Power Company Ltd., et la Barcelona Traction. Tant dans l'une que dans l'autre, la Sidro s'est constamment préoccupée de protéger les intérêts des actionnaires minoritaires sur un pied d'égalité absolue avec ses propres intérêts. Lors de la vente de sa participation de contrôle dans la Mexican Light au Gouvernement mexicain, en 1960, la Sidro a demandé et obtenu, comme condition de la vente, que l'acheteur offre aux actionnaires minoritaires les mêmes conditions de prix et de modalités de paiement qu'elle avait obtenues elle-même. Lors des négociations avec le groupe March en 1961 (voir *Mémoire*, n° 288 et suiv.), l'attitude de la Sidro a été identique. Ce rôle d'actionnaire pilote a d'ailleurs été reconnu par Juan March lorsque, le 9 janvier 1952, la Fecsa a « offert » à Sidro de lui céder les droits qui lui avaient été conférés par l'adjudication des biens de la Barcelona Traction, dans les conditions relatées au n° 229 du *Mémoire* (voir *A.M.*, n° 214). Sa communication, de façon significative, offrait de lui céder ses droits et obligations « dans l'intérêt de tous les actionnaires de Barcelona Traction ».

(1020) Le préjudice dont les actionnaires belges ont été victimes à la suite des agissements illicites du Gouvernement espagnol a donc été en substance le suivant : ils ont perdu le contrôle d'un ensemble d'entreprises (le groupe de la Barcelona Traction) qui était en plein fonctionnement, et qui constituait, comme le disent les Anglo-Américains « *a going concern* ». Au moment de la dépossession des actionnaires belges, ce groupe d'entreprises s'était affirmé comme la plus importante affaire d'électricité de la Péninsule ibérique, produisant et distribuant, à elle seule, quelque 20 % de la totalité de l'énergie électrique en Espagne (voir *Mémoire*, I, paragraphes 37 et ss., pp. 22 et ss.).

CHAPITRE III

LA DEMANDE DE *RESTITUTIO IN INTEGRUM* —
RÉFUTATION DES CRITIQUES ESPAGNOLES

(1021) Dans les conclusions de son *Mémoire*, le Gouvernement belge avait demandé que la réparation du préjudice causé par les actes illicites imputables au Gouvernement espagnol soit autant que possible réalisée par l'effacement de toutes les conséquences que ces actes avaient eues pour ses ressortissants, actionnaires de la Barcelona Traction. (*Mémoire*, I, n° 383, n° II, p. 191).

Le Gouvernement belge suivait en cela non seulement la règle fondamentale de droit international selon laquelle la réparation doit, autant que possible, effacer toute conséquence de l'acte illicite, mais aussi les termes du Traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage entre la Belgique et l'Espagne du 19 juillet 1927, dont l'article 21 prévoit, implicitement à titre principal, que les conséquences d'un acte illicite doivent être effacées autant que possible par voie administrative (Cf. *Mémoire*, n° 376, p. 185). La demande belge était donc particulièrement justifiée.

Cet effacement devait, en l'espèce, par l'annulation des décisions judiciaires, assurer aux actionnaires belges de la Barcelona Traction la restitution des droits et pouvoirs afférents à leur participation. Ceci impliquait nécessairement le rétablissement de la situation économique et de la structure juridique du groupe de la Barcelona Traction en tant que complexe industriel, tel qu'il existait au moment où les agissements entraînant la responsabilité du Gouvernement espagnol ont eu lieu (1).

Le Gouvernement espagnol soutient que cette *restitutio in integrum* devrait aussi comporter non seulement le remboursement à l'adjudicataire de tout ce que l'achat lui a coûté, et, en particulier, le « remboursement des paiements relatifs aux obligations effectués en exécution du Cahier des charges », mais aussi « le remboursement à l'adjudicataire de tout ce qui constitue son apport à la structure de l'ancienne entreprise et qui ne serait pas susceptible d'en être séparé ». (*Contre-Mémoire*, IV, p. 578).

Le Gouvernement belge ne peut que formuler, à ce sujet, ses plus expresses réserves.

Il n'est pas douteux que, une fois admis le fondement de sa demande, si la *restitutio in integrum* était possible, elle devrait être ordonnée en vertu du droit international. Elle ne pourrait être paralysée par les prétentions de l'adjudicataire qui n'est pas partie au

(1) Le Gouvernement espagnol prétend (*Contre-Mémoire*, p. 648) que « en demandant le rétablissement de la Société Barcelona Traction et de ses filiales dans la situation où elles se trouvaient avant qu'interviennent la déclaration de faillite et ses conséquences, le Gouvernement belge ne demande pas la *restitutio in integrum* des actionnaires, mais celle de la société ». Cette affirmation est dénuée de tout fondement, comme il a déjà été démontré dans le chapitre de cette *Réplique* consacré au *jus standi*.

différend international soumis à la Cour. La question de savoir si, dans cette hypothèse, il y aurait lieu de tenir compte des dépenses faites par lui soit pour l'acquisition du portefeuille de la Barcelona Traction, soit pour le développement des entreprises, ne se poserait qu'accessoirement. Sans doute faudrait-il prendre en considération, dans cette éventualité, d'une part, les procédés auxquels le groupe March eut recours pour s'emparer des biens, et d'autre part, la circonstance qu'une partie importante des investissements fut réalisée à l'aide de revenus dont, depuis 1948, le groupe de la Barcelona Traction fut privé. Mais cette controverse se trouve dépourvue de toute utilité à la lumière des considérations développées ci-après.

(1022) Le Gouvernement belge a déjà démontré, dans son *Mémoire* (I, nos 251 à 254, pp. 111 ss., et nos 375 ss., pp. 184 ss.), l'extrême difficulté à laquelle, dès cette époque, la *restitutio in integrum* se heurtait dans l'espèce. A la section V du Chapitre I de la première partie de cette *Réplique*, il a exposé les « Conséquences des mesures dénoncées et leur caractère irrémédiable ». Il y a démontré que le rétablissement des affaires des filiales dans leur état antérieur a été irrémédiablement compromis par les mesures prises par le groupe March, suite à l'adjudication à Fecsa des biens de la Barcelona Traction.

Le patrimoine des sociétés filiales a été dispersé et transformé. Les installations ont été profondément modifiées et ne sont pratiquement plus identifiables. Le groupe de la Barcelona Traction, de ce fait, ne constitue plus une réalité concrète, d'autant moins que ses anciennes filiales ont été dissoutes depuis.

Mais, depuis le dépôt du *Mémoire*, une circonstance nouvelle est survenue. De nouvelles décisions judiciaires ont été rendues en Espagne affectant la Barcelona Traction. L'une d'elles rejette l'opposition qu'elle avait formulée contre le jugement de faillite. Il paraît évident que le droit constitutionnel espagnol ne permettrait pas de revenir sur des décisions ayant acquis définitivement force de chose jugée.

La demande de *restitutio in integrum* se heurte donc, en fait et en droit, à des obstacles infranchissables et dès lors, conformément à l'article 21 du Traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage de 1927 entre la Belgique et l'Espagne, cité plus haut, il y a lieu à réparation par l'allocation d'une indemnité en espèces.

CHAPITRE IV

LA DEMANDE DE RÉPARATION PAR VOIE D'INDEMNITÉ
MÉTHODES A SUIVRE
RÉFUTATION DES CRITIQUES ESPAGNOLES

(1023) Le montant de l'indemnité devra être fixé en prenant pour base la valeur nette, évaluée en monnaie actuelle, du patrimoine de la Barcelona Traction au moment de sa mise en faillite. Le Gouvernement belge a droit à un pourcentage de la valeur nette ainsi établie, proportionnel à la participation des ressortissants belges dans le capital actions de la société. A cette somme, il y a lieu d'ajouter la réparation des autres dommages indiqués au *Mémoire*, dont les frais judiciaires (*Mémoire*, I, n° 380, p. 187), le principal et les intérêts des obligations émises par Barcelona Traction et détenues par la Sidro et la Sofina (*Mémoire*, n° 381 a), pp. 187-188), la créance de la Sofina sur la société Ebro (*Mémoire*, n° 381 b), p. 188), en ce compris l'indemnité de rupture, et celle due en raison des autres préjudices accessoires subis par les ressortissants belges.

(1024) Contre la méthode de réparation par voie d'indemnité, le Gouvernement espagnol soulève, en substance, deux objections.

Premièrement, il soutient que « le Gouvernement belge ne demande pas du tout la réparation du préjudice prétendument subi par les prétendus actionnaires belges : il demande à recevoir 88 % de la valeur du prétendu préjudice qu'aurait subi la société, ce qui est chose bien différente » (*C.M.*, IV, p. 650). Il s'agit là d'un sophisme. Les actionnaires belges dont le Gouvernement belge protège les intérêts dans la présente affaire ont certes, comme il a été démontré dans la troisième partie de cette *Réplique*, des droits et intérêts distincts de ceux de la société qu'ils contrôlaient. Il n'en résulte pas moins que, ladite société étant pratiquement défunte, le dommage souffert par l'ensemble des actionnaires s'identifie avec le dommage subi par la société elle-même, c'est-à-dire avec la valeur nette du patrimoine dont elle a été dépouillée. Par conséquent, la réparation à laquelle ont droit les actionnaires, ressortissants belges, doit être proportionnelle à leur participation dans le capital-actions de la Barcelona Traction.

La méthode indiquée plus haut de l'évaluation du dommage souffert par les actionnaires est, d'ailleurs, celle qui, à l'heure actuelle, est couramment adoptée, par exemple, par les traités de paix qui ont mis fin à la deuxième Guerre Mondiale pour fixer les dommages soufferts par les ressortissants des Nations-Unies qui détenaient des intérêts dans des sociétés ne possédant pas la nationalité d'un membre des Nations-Unies. Suivant les dispositions de ces traités, le dommage souffert par les actionnaires qui étaient ressortissants d'un membre des Nations-Unies réclamant est réparé par l'allocation d'une fraction *pro quota* du dommage souffert par la société. Il en est ainsi même si :

a) la société continue à fonctionner comme « *going concern* » nonobstant le dommage subi;

b) la société ayant subi le dommage est une personne juridique d'un pays autre que celui dont sont ressortissants les actionnaires ayant droit à l'indemnisation *pro quota* (1).

(1025) Deuxièmement, le Gouvernement espagnol soutient que s'il était décidé de distribuer aux actionnaires, par voie d'indemnité, le patrimoine dont la société a été spoliée, « la société ne pourrait plus jamais reconstituer ce patrimoine social qui, ne l'oublions pas, est destiné avant tout à couvrir la dette envers ses créanciers. Quant aux actionnaires, ils recevraient le patrimoine social comme s'il d'agissait d'un résidu d'actif, et ce sans qu'il y ait eu liquidation » (C.M., IV, p. 652).

Il s'agit là d'un nouveau sophisme, par ailleurs teinté d'hypocrisie. En effet, le souci manifesté tardivement par le Gouvernement espagnol pour l'avenir de la Barcelona Traction et pour ses créanciers chirographaires, étonne, alors que les conditions dans lesquelles le patrimoine a été vendu ont complètement ignoré les intérêts de ces derniers et dépouillé la société, ses actionnaires et ses créanciers chirographaires.

L'avenir de la société ne sera donc en rien affecté par les indemnités que le Gouvernement belge aura pu procurer à ses ressortissants actionnaires.

Quant aux actionnaires et créanciers étrangers, il ne dépendra, dans cette éventualité, que du Gouvernement espagnol d'étendre, à leur profit, le bénéfice de la décision dont les ressortissants belges auront bénéficié.

(1) Traité de Paix avec l'Italie du 10 février 1947, art. 73.4 (b) : « Les ressortissants des Nations-Unies qui détiennent directement ou indirectement des parts d'intérêts dans les 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 conforme à l'alinéa (a) ci-dessus. Cette indemnité sera calculée en fonction de la perte ou du dommage total subi par la société ou l'association, et son montant par rapport au total de la perte ou du dommage subi par la société ou l'association, aura la même proportion que la part d'intérêts détenue par lesdits ressortissants par rapport au capital global de la société ou association en question ».

En se référant à cet article et à l'art. 78.2 du même Traité, la Commission de Conciliation franco-italienne a remarqué dans sa décision de l'*Affaire Società Boracifera Larderello* (déc. n° 207 du 26 mai 1956, *Nations-Unies, Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIII, p. 727) : « Que les dispositions de l'art. 78, par. 4 b), doivent s'interpréter comme ayant pour effet d'ouvrir aux ressortissants alliés porteurs d'intérêts dans des entreprises italiennes ayant subi des dommages de guerre, une voie particulière de recours en vue de leur réparation... » que la disposition finale de l'art. 78, par. 4 b), relative au "dommage total" subi par l'entreprise, vise ce dommage tel qu'il doit être évalué du point de vue de cette disposition du Traité, et non pas l'application de telle législation interne italienne; que cette évaluation spéciale ne saurait être tenue pour dépendante de celle à intervenir pour les dommages de guerre; que d'ailleurs ce droit à réclamation en restitution ou en réparation, au profit des actionnaires alliés, a été affirmé très nettement, et avec une grande ampleur, par la Commission de Conciliation franco-italienne, notamment, dans la jurisprudence « *Tessitura Serica Piemontese* ».

La même Commission a remarqué dans l'*Affaire Tessitura Serica Piemontese* (déc., n° 82 du 1^{er} décembre 1950, *Nations-Unies, Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIII, p. 83) : « La raison et le but de l'art. 78, par. 9 (a), 2^e alinéa, du Traité de Paix est en fait, en dernière analyse, non la protection de la société même constituée selon les lois italiennes, mais des associés, citoyens des Nations-Unies, dont la participation a valu à la Société de faire l'objet de mesures discriminatoires de la part de l'Italie pendant la guerre (cf. aussi l'art. 78, par. 4 (b), du Traité de Paix, qui reconnaît le droit à indemnité même aux citoyens des Nations-Unies qui auraient subi des pertes par suite de participation à une société n'ayant pas la nationalité de l'une des Nations-Unies selon la définition de l'art. 78, par. 9 (a) ».

V. aussi la décision de la même Commission dans l'*Affaire Scfimelec* (déc. n° 26 du 25 mai 1949, *Nations-Unies, Rec. cit.* XIII, 90).

(1026) Si la Cour avait le moindre doute quant à la légitimité de la méthode d'évaluation du préjudice proposée ci-dessus, le Gouvernement belge rappelle que, suivant l'arrêt n° 13 rendu dans l'*Affaire de l'Usine de Chorzow* (demande en indemnité — Fond) (1), la Cour Permanente de Justice Internationale a admis le principe qu'il y a lieu de distinguer entre les cas d'expropriation par voie légale, d'une part, et les actes de dépossession contraires au droit international, d'autre part (2). L'arrêt a eu soin de préciser que l'impossibilité de la *restitutio in integrum* a pour effet « de remplacer la restitution par le paiement de la valeur de l'entreprise » (p. 48).

Le mode de réparation du préjudice causé aux actionnaires belges dont le Gouvernement belge demande l'application s'inspire très directement de ces principes.

(1027) Ce faisant, le Gouvernement belge n'a pu manquer de tenir compte du fait que, s'agissant d'une société holding, c'est la valeur de l'unité économique qui doit être prise en considération pour évaluer le dommage (3). Il en découle deux conséquences :

- a) La valeur à déterminer est celle d'une entreprise en plein fonctionnement, d'un « *going concern* ». Il ne s'agit pas d'une valeur de liquidation.
- b) Pour l'évaluation du dommage, il convient de déterminer la valeur de cette unité économique, c'est-à-dire la valeur des filiales et sous-filiales de la société holding.

La valeur nette des entreprises du groupe de la *Barcelona Traction* que réclame le Gouvernement belge est la valeur de ces entreprises, déduction faite de leurs dettes vis-à-vis des tiers (cette expression excluant les dettes, en ce compris la dette obligataire, de ses filiales vis-à-vis de la *Barcelona Traction*). Il semble que sur ce point les deux Parties soient d'accord. En effet, comme l'a rappelé le Chapitre I de la première partie, les syndicats, eux-mêmes, ont reconnu, dans leur requête du 13 août 1951 demandant la vente des avoirs de la *Barcelona Traction*, que cette dernière « est propriétaire de toutes les entreprises qui sont exploitées en Espagne par *Barcelona Traction* » (4). Il en fut de même pour les premiers experts espagnols consultés par les mêmes syndicats : « . . . tout l'actif de la *Barcelona Traction* équivaut à la propriété du patrimoine conjoint des sociétés subordonnées . . . » (5).

De même, dans sa demande adressée à l'Institut Espagnol de Monnaie Etrangère en date du 11 février 1952 (6), Fecsa, l'adjudicataire des biens de la *Barcelona Traction*, se fonda sur « l'avantage que suppose pour notre économie la nationalisation des valeurs étrangères dont il s'agit, *représentatives, en définitive, de biens et d'installations situés sur le territoire espagnol* ».

(1) C.P.J.I., Série A, n° 17.

(2) Voici comment s'exprime la Cour (pp. 46-47) : « L'acte de la Pologne . . . n'est pas une expropriation à laquelle n'aurait manqué, pour être légitime, que le paiement d'une indemnité équitable; c'est une main-mise sur des biens, droits et intérêts qui ne pouvaient être expropriés même contre indemnité. Il s'ensuit que l'indemnité due au Gouvernement allemand n'est pas nécessairement limitée à la valeur qu'avait l'entreprise au moment de la dépossession, plus les intérêts jusqu'au jour du paiement ».

(3) Ce facteur a également été pris en considération dans l'*Affaire de l'Usine de Chorzow* arrêt n° 13, p. 48.

(4) A.M., n° 175, vol. III, p. 679.

(5) A.C.M., n° 152, doc. 3, vol. VIII, p. 298. Bien entendu, le Gouvernement belge maintient ses réserves les plus expressives au sujet des méthodes et critères employés par ces experts.

(6) A.C.M., n° 8, doc. 11, vol. VI, p. 385.

(1028) Partant de ces considérations, la Sidro a établi la note qui figure à l'annexe n° 282 du *Mémoire* (A.M., volume IV, pp. 1077 ss.). Après y avoir examiné une série de méthodes d'évaluation et montré les raisons pour lesquelles certaines d'entre elles devaient être écartées parce qu'elles n'étaient pas appropriées au cas d'espèce, ou à déconseiller parce que trop incertaines ou trop complexes, cette note propose une méthode qui consiste à établir la valeur réelle des installations des filiales à la date de la faillite.

Sur cette base, la note conclut que la valeur nette du capital-actions de la Barcelona Traction était de 88.600.000 dollars des Etats-Unis.

Le Gouvernement espagnol critique cette note et exprime, en premier lieu, son étonnement que le Gouvernement belge ait inséré dans son *Mémoire* une note émanant d'une partie intéressée au litige. Il semble oublier que « la réparation due à un Etat par un autre Etat ne change pas de nature par le fait qu'elle prend la forme d'une indemnité pour le montant de laquelle le dommage subi par un particulier fournit la mesure » (1).

Cette pratique de recourir aux exposés de parties intéressées au litige est sanctionnée, d'ailleurs, par les tribunaux internationaux. Le Règlement de la Commission Mixte de Conciliation établie entre la France et l'Italie par le Traité de Paix de 1947, pour adjuger les réclamations françaises contre l'Italie à la suite des mesures de guerre prises par cette dernière contre des sujets français, prévoit à l'article 15 : « Les personnes intéressées au litige peuvent présenter des mémoires sans conclusions et être entendues par la Commission. Elles ne prêtent pas serment » (2).

(1029) En deuxième lieu, le *Contre-Mémoire* (IV, p. 580, note 2) accuse les experts belges d'avoir « déployé, en utilisant la note en question, des efforts acharnés pour éviter l'application en l'espèce des méthodes auxquelles se réfère la Cour » (dans l'*Affaire de l'Usine de Chorzów*). Mais, contrairement à ce que croit pouvoir faire remarquer le Gouvernement espagnol, il n'y a aucune opposition entre les vues exprimées dans la Note

(1) C.P.J.I., Arrêt n° 13, p. 28.

(2) Bos, Maarten, *The Franco-Italian Conciliation Commission*, in *Nordisk Tidsskrift for international Ret og Jus gentium, Acta Scandinavica Juris Gentium* 1952, 133, remarque à la p. 144 :

« Les personnes physiques, sociétés ou associations intéressées ne sont pas parties. Leurs griefs sont poursuivis par l'Etat, et c'est l'Etat qui, dans la procédure devant la Commission, cherche à faire valoir un droit qu'il possède, à savoir son droit que ses ressortissants soient traités conformément au droit international... Mais cette adoption d'une réclamation privée n'exclut pas les personnes intéressées etc. de toute participation dans la procédure, puisque l'article 15 par. b) du Règlement leur accorde le droit de présenter à la Commission des mémoires sans conclusions et d'être entendues par la Commission ». (« The interested individuals, corporations or associations, are not parties. Their claims are espoused by the State and it is the State which seeks, in the proceedings before the Commission to assert a right vested in it, namely its right that its nationals should be treated in conformity with international law... This espousal of private claims, however, does not debar the interested individuals, etc. from any participation in the proceedings, since Article 15, par. b), of the Rules of Procedure entitles them to present to the Commission written statements without formal submissions (des mémoires sans conclusions) and to be heard by the Commission ».) Et il ajoute dans une note : « Dans la pratique, les avocats des personnes intéressées etc. ont été autorisés à comparaître. Dans une affaire, 14 d'entre eux ont plaidé devant la Commission » (« In practice, counsel for the interested individuals etc. have been allowed to appear. In one case, 14 of them were heard by the Commission »)

préparée par les experts techniques de la Sidro et la référence à l'arrêt dans le *Mémoire*.

Si les principes énoncés dans cet arrêt ont une valeur jurisprudentielle incontestable, la mission assignée aux experts ne fut manifestement *déterminée qu'en fonction* de l'espèce dont la Cour était saisie, et elle ne fut pas proposée comme devant être suivie dans chaque cas.

(1030) La troisième critique soulevée par le *Contre-Mémoire* (IV, p. 580, note 2) est que « dans la présente affaire, l'entreprise de la Barcelona Traction a fait l'objet d'une évaluation effectuée par des experts, avec toutes les garanties voulues, dans le cadre de la procédure judiciaire espagnole ». Il prétend qu'il serait difficile « aux "intérêts", que le Gouvernement belge prétend protéger de nier l'exactitude de l'évaluation qui a alors été établie ». C'est sans nul doute au rapport de l'expert Soronellas que le *Contre-Mémoire* se réfère. L'examen de ce rapport, qui a été fait aux paragraphes nos 184 et suiv. de la *Réplique* et dans une annexe (A.R., n° 40), a mis en évidence la série d'erreurs commises qui enlèvent toute valeur à ces conclusions.

CHAPITRE V

LA RÉPARATION DES PRÉJUDICES ACCESSOIRES

(1031) Pour le surplus, le Gouvernement belge maintient sa demande de réparation devant compenser la perte de jouissance subie par ses ressortissants dans l'intervalle qui sépare la mise en faillite de la Barcelona Traction (12 février 1948) de la date de l'arrêt de la Cour sur le fond. Il réclame, de ce chef, et pour les raisons exposées dans le *Mémoire* (M., I, nos 378 et 379), le paiement d'un intérêt compensatoire et forfaitaire au taux de 6 % l'an sur le montant de 78 millions de dollars des Etats-Unis. Ce principe a été également énoncé par la Cour Permanente de Justice Internationale dans l'*Affaire de l'Usine de Chorzow* (arrêt n° 13, p. 47) dans les termes que voici : « Le principe essentiel... est que la réparation doit, autant que possible... rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis... allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place ».

(1032) Le Gouvernement belge maintient sa réclamation sur les montants qu'en leur qualité d'obligataires de la Barcelona Traction, deux de ses ressortissants, les sociétés Sidro et Sofina, n'ont pu encaisser pour les raisons exposées au par. 381 a) du *Mémoire* (pp. 187-188). Ce montant s'élève en principal, et en y ajoutant l'intérêt jusqu'au 4 janvier 1952, à £ 433.821. A ce montant, il convient d'ajouter l'intérêt au taux de 6 % l'an, pour la période allant du 4 janvier 1952 jusqu'au jour de l'arrêt de la Cour sur le fond.

(1033) Le Gouvernement belge maintient sa demande de réparation du chef de la perte, par la Sofina, du contrat de prestation de services qui la liait à l'Ebro (*Mémoire*, par. 381b), p. 188). Le montant réclamé de ce chef s'élève à 620.000 dollars des Etats-Unis. Il continue à réclamer réparation du chef de l'arriéré dû à Sofina par la société Ebro (*ib.*). Ce montant s'élève à 1.003.127 dollars, augmenté des intérêts au taux de 6 % l'an à partir du 12 février 1948 jusqu'au jour de l'arrêt de la Cour sur le fond.

(1034) Le Gouvernement belge demande également réparation du montant total des frais exposés par la société Sidro (étant donné que la Barcelona Traction était dépourvue de moyens, suite à la faillite espagnole, pour exercer ces recours), pour assurer en Espagne et ailleurs, la défense des intérêts de la Barcelona Traction.

Il paraît équitable, en effet, que le Gouvernement belge reçoive réparation en ce qui concerne les frais judiciaires exposés par un de ses ressortissants (l'actionnaire principal de la Barcelona Traction) pour assurer, par le truchement de cette société, la défense judiciaire de ses intérêts dans la série de procédures engagées en Espagne qui, dans leur ensemble, constituent un déni de justice. Par identité de motifs, il convient

d'y ajouter les frais de procédure exposés par le même ressortissant dans les cinq procès poursuivis hors d'Espagne, relevés dans l'annexe 134 à la *Réplique*. Il faut y comprendre les sommes exposées par le même ressortissant pour souscrire aux *Receivers's Certificates*. Toutes ces procédures et la nomination d'un *Receiver* au Canada furent en effet la conséquence directe des dénis de justice qui forment le grief du Gouvernement belge.

Le montant de l'indemnité ainsi réclamée pour frais judiciaires est évalué provisoirement à 3.800.000 dollars des Etats-Unis. Il convient d'y ajouter un intérêt calculé au taux de 6 % l'an à partir du 4 janvier 1952 jusqu'au jour de l'arrêt de la Cour sur le fond.

(1035) Il y a lieu, enfin, de demander que le Gouvernement espagnol paie des intérêts moratoires, à un taux conforme au taux généralement appliqué, sur le montant global des dommages-intérêts qui seront reconnus à la Belgique, et ce, pour la période allant de la date de l'arrêt de la Cour sur le fond jusqu'à celle du paiement effectif.

(1036) Etant donné qu'un arrêt rendu sur le fond établirait l'obligation du Gouvernement espagnol de réparer un dommage certainement très élevé mais dont la détermination pourrait être réservée à une procédure subséquente, il paraît approprié de demander à la Cour de bien vouloir condamner l'Espagne au paiement d'une indemnité provisionnelle, à valoir sur le montant global dont la détermination surviendrait ultérieurement.

Le Gouvernement belge s'en remet à l'appréciation de la Cour pour déterminer le montant de la condamnation au paiement d'une indemnité provisionnelle.

(1037) Le Gouvernement belge demande, enfin, que la Cour veuille bien fixer les délais de paiement des indemnités définitive ou provisionnelle.

CONCLUSIONS

CONCLUSIONS

I. Considérant que la Barcelona Traction est une société *holding* de droit canadien, et que les titres représentatifs de son capital appartenaient notoirement, à concurrence de 88 %, tant à la date de la déclaration de faillite de cette société qu'à celle de l'introduction de la présente instance, à des ressortissants belges, personnes physiques et personnes morales;

II. que ladite société avait, en 1948, une situation financière parfaitement saine, comme l'avaient ses filiales, sociétés d'électricité canadiennes ou espagnoles ayant leurs activités en Espagne;

III. que, toutefois, la guerre civile d'Espagne et la deuxième guerre mondiale avaient fait obstacle, de 1936 à 1944, à ce que la Barcelona Traction pût recevoir, de ses filiales exploitant en Espagne, les devises nécessaires au service des emprunts en £ émis par elle en vue du financement des investissements du groupe en Espagne;

IV. que pour remédier à cette situation, les dirigeants de la Barcelona Traction convinrent avec les obligataires, en 1945, d'un plan d'arrangement qui fut approuvé par le *trustee* et ratifié par le tribunal canadien compétent, mais combattu par le groupe March en tant que porteur d'un certain nombre d'obligations; que son exécution fut rendue impossible par suite de l'opposition des autorités espagnoles du change bien que le dernier mode de financement proposé ne comportât plus, pour l'économie espagnole, de sacrifice quelconque de devises;

V. que prenant prétexte de cette situation, le groupe March demanda et obtint du juge de Reus, en Espagne, le 12 février 1948, un jugement prononçant la faillite de la Barcelona Traction;

VI. que la procédure de faillite fut conduite de manière à aboutir à l'adjudication au groupe March, qui eut lieu effectivement le 4 janvier 1952, de tous les actifs de la société faillie, d'une valeur très supérieure à son passif, moyennant prise en charge par l'adjudicataire lui-même du seul passif obligataire, qu'il avait concentré, pour la

plus grande partie, entre ses mains, tandis que le prix en espèces versé aux syndics, soit 10 millions de pesetas, insuffisant pour couvrir les frais de la faillite, ne leur permit de rien retourner ni à la société faillie, ni à ses actionnaires, ni même de payer ses créanciers chirographaires;

VII. qu'ainsi, l'institution de la faillite a été détournée de sa destination normale et mise au service exclusif des intérêts de certains ressortissants espagnols;

VIII. que les décisions et omissions des organes de l'Etat espagnol, corrélatives à cette mise en faillite, ainsi qu'aux mesures qui intervinrent ultérieurement, constituent, suivant le droit international, des dénis de justice ou un traitement discriminatoire à l'égard des ressortissants étrangers, ou ont eu lieu hors de la compétence revenant à l'Etat espagnol en vertu du droit international;

IX. que les décisions et omissions incriminées ci-dessus, en dépouillant arbitrairement la société Barcelona Traction de tous ses actifs, ont rendu désormais irréalisable l'activité à laquelle elle s'était consacrée, et, simultanément, ont, en les privant de toute valeur et de toute utilité, porté une atteinte immédiate et directe aux droits et intérêts des ressortissants belges, personnes physiques et morales, actionnaires de la Barcelona Traction.

X. qu'en vain la Barcelona Traction, ses sociétés filiales ou sous-filiales et d'autres personnes, physiques ou morales, atteintes par les mesures prises, introduisirent, devant les juridictions espagnoles et contre le jugement de faillite et les décisions ultérieures, d'innombrables recours, qui eussent fait cesser les illégalités et évité la spoliation finale s'ils n'avaient été déclarés irrecevables ou suspendus, ou encore n'avaient été étouffés par des décisions, elles-mêmes constitutives de dénis de justice;

que des recours furent également tentés contre les mesures préparatoires à la vente et contre la vente, mais qu'ils furent, à leur tour, rejetés par des décisions d'une illégalité flagrante;

qu'à tort, dès lors, le Gouvernement espagnol oppose à la demande du Gouvernement belge l'exception de *non-épuisement des voies de recours internes*;

XI. qu'à tort également le Gouvernement espagnol dénie au Gouvernement belge qualité pour assumer la protection des actionnaires belges de la Barcelona Traction;

qu'il se prévaut à cette fin des principes généraux du droit international régissant la matière, mais qu'il ne montre nullement en quoi ceux-ci interdiraient « que l'Etat national d'actionnaires ou d'« intérêts », quel que soit leur nombre ou leur importance, puisse présenter, en faveur de ces derniers, une réclamation dans laquelle il ferait valoir un préjudice prétendument illicite subi par la société qui a la nationalité d'un Etat tiers »;

qu'une telle règle spécifique, loin de pouvoir être déduite des principes généraux de la protection diplomatique, y apporterait au contraire une grave dérogation, qui ne trouve aucun appui dans la pratique internationale et ne découle aucunement de la nature de la personnalité juridique des sociétés anonymes;

qu'en l'espèce il y a d'autant plus lieu de reconnaître, dans le chef des actionnaires belges de la Barcelona Traction, l'existence de droits et d'intérêts distincts et indépendants de ceux de la société et susceptibles d'être protégés internationalement par l'Etat belge, que :

- (a) les mesures prises par les autorités espagnoles contre la Barcelona Traction ont eu essentiellement pour objet et pour résultat d'enlever à ses actionnaires étrangers le contrôle des entreprises de ce groupe et les ont totalement dépouillés;
- (b) les actionnaires belges occupaient notoirement dans la Barcelona Traction, au moment de la spoliation, une position majoritaire et dirigeante;
- (c) les charges des procédures judiciaires introduites devant les tribunaux tant en Espagne qu'ailleurs ont été supportées exclusivement par le principal actionnaire belge, la société Sidro, les mesures dénoncées ayant, dès le 12 février 1948, enlevé à la Barcelona Traction tous ses moyens d'action;
- (d) l'adjudication au groupe March des avoirs de la Barcelona Traction, le 4 janvier 1952, a pratiquement mis fin à l'existence de cette société;
- (e) la protection diplomatique exercée par le Gouvernement canadien en faveur de la Barcelona Traction a cessé bien avant le dépôt de la *Requête* belge.

XII. Considérant que les accusations de fraude formulées par le Gouvernement espagnol contre la société Barcelona Traction et l'allégation suivant laquelle cette société se serait trouvée en état permanent de faillite latente sont dénuées de toute pertinence en la cause et, au surplus, entièrement mal fondées;

XIII. que la réparation due à l'Etat belge par l'Etat espagnol, à la suite des actes internationalement illicites dont ce dernier Etat est responsable, doit être complète et se calquer autant que possible sur le dommage souffert par les ressortissants pour lesquels

l'Etat belge a pris fait et cause; que, la « restitutio in integrum » étant, dans les circonstances de la cause, pratiquement et juridiquement impossible, la réparation du dommage souffert ne peut avoir lieu que sous la forme d'une indemnité pécuniaire globale;

que le montant de cette indemnité doit être fixé en prenant comme base la valeur nette, évaluée en monnaie actuelle, du patrimoine de la société Barcelona Traction au moment de sa mise en faillite; qu'elle doit être estimée, en principal, à un pourcentage de cette valeur nette correspondant à la participation des ressortissants belges dans le capital-actions de la société Barcelona Traction, soit 88 %;

que cette indemnité doit couvrir, en outre, tous les préjudices accessoires subis par les dits ressortissants belges par suite des actes incriminés, en ce compris la privation de jouissance, les frais exposés pour la défense de leurs droits et l'équivalent, en capital et intérêts, du montant des obligations Barcelona Traction détenues par des ressortissants belges, ainsi que de leurs autres créances à charge des sociétés du groupe dont le recouvrement n'a pu avoir lieu par suite des actes dénoncés.

PAR CES MOTIFS et tous autres qui ont été ou seront développés par le Gouvernement belge au cours de la procédure,

Plaise à la Cour, rejetant toutes autres conclusions plus amples ou contraires de l'Etat espagnol,

Dire et juger :

- 1°) que la *Requête* présentée par le Gouvernement belge est recevable;
- 2°) que l'Etat espagnol est responsable du préjudice subi par l'Etat belge dans la personne de ses ressortissants, actionnaires de la Barcelona Traction, du fait des actes contraires au droit international commis par ses organes et qui ont conduit au dépouillement total du groupe de la Barcelona Traction;
- 3°) que l'Etat espagnol est tenu d'assurer la réparation dudit préjudice;
- 4°) que ce préjudice peut être évalué à 78 millions de dollars des Etats-Unis représentant 88 % de la valeur nette, au 12 février 1948, des avoirs dont le groupe Barcelona Traction a été dépouillé;
- 5°) que l'Etat espagnol est, en outre, tenu de payer, à titre forfaitaire et pour couvrir la perte de jouissance, un intérêt compensatoire au taux de 6 % sur le susdit montant de 78 millions de dollars, et ce depuis le 12 février 1948 jusqu'à la date de l'arrêt;
- 6°) que l'Etat espagnol doit, en outre, payer une somme évaluée provisoirement à 3.800.000 dollars des Etats-Unis, destinée à couvrir les frais exposés par les ressortissants belges pour la défense de leurs droits depuis le 12 février 1948;

7^o) que l'Etat espagnol sera redevable aussi d'une somme de 433.821 £ représentant le montant, en principal et intérêts, au 4 janvier 1952, des obligations en £ de la Barcelona Traction détenues par lesdits ressortissants, ainsi que d'une somme de 1.623.127 dollars des Etats-Unis représentant la créance d'un desdits ressortissants à l'égard d'une société filiale de la Barcelona Traction, en ce compris une indemnité forfaitaire pour manque à gagner résultant de la résiliation prématurée d'une convention;

qu'il sera dû sur ces sommes un intérêt de 6 % l'an calculé depuis le 4 janvier 1952 en ce qui concerne le montant de £ 433.821, et depuis le 12 février 1948 en ce qui concerne le montant de 1.623.127 dollars ; et ce jusqu'à la date de l'arrêt ;

8^o) que l'Etat espagnol est également redevable des intérêts moratoires, déterminés par référence au taux généralement usité, sur le montant des indemnités, à compter de la décision de la Cour fixant celles-ci et jusqu'à la date du paiement;

9^o) subsidiairement aux 4^o à 6^o ci-dessus, que le montant de l'indemnité revenant à l'Etat belge sera établi par voie d'une expertise à ordonner par la Cour; donner acte au Gouvernement belge qu'il se réserve de présenter en prosécution de cause telles observations que de conseil concernant l'objet et les modalités de cette mesure d'instruction;

10^o) et au cas où la Cour estimerait ne pouvoir, sans expertise, se prononcer sur le montant final de l'indemnité revenant à l'Etat belge, *prendre en considération* l'ampleur considérable du préjudice causé, et accorder, dès à présent, à valoir sur l'indemnité à *déterminer* après expertise, une indemnité provisionnelle, dont le montant est laissé à l'appréciation de la Cour.

Le Gouvernement belge se réserve le droit de compléter et modifier les présentes Conclusions au cours de la procédure qui se déroulera devant la Cour.

Bruxelles, le 16 mai 1967.

L'Agent du Gouvernement belge,

(s) Yves DEVADDER

**LISTE DES ANNEXES
A LA RÉPLIQUE DU GOUVERNEMENT
BELGE**

VOLUME I

N^o des
annexes

1. Extrait de *El Economista* (Madrid) du 15 octobre 1966
2. *Document 1* : Formulaire de jugement déclaratif de faillite extrait de l'ouvrage de Juan Saura, *Faillites*, Madrid, 1952.
Document 2 : Formulaire de jugement déclaratif de faillite extrait de l'ouvrage de Manresa, *Commentaires à la Loi de procédure civile*, 7^e éd., vol. VI, Madrid, 1957.
Document 3 : Formulaire de jugement déclaratif de faillite extrait de l'ouvrage de Broca, *Manuel de formulaires civils*, 16^e éd., Barcelone, 1957.
3. Extrait du *Bulletin officiel de la Province de Tarragone*, du 14 février 1948.
4. Écrit du séquestre provisoire au juge n^o 4 de Barcelone, du 13 mars 1948, faisant savoir qu'il n'a fait, en ce qui concerne la Barcelona Traction, aucun encaissement ou paiement.
5. Procès-verbal de saisie du 24 février 1948.
6. Communications adressées aux banques par le juge de Barcelone le 16 février 1948.
7. Communications adressées aux banques par le juge de Barcelone le 19 février 1948.
8. Lettre adressée le 20 février 1948 par le Banco Español de Crédito au juge de Barcelone.
9. Réponse adressée le 23 février 1948 par le juge de Barcelone au Banco Español de Crédito.
10. Lettre adressée le 25 février 1948 par le Banco Español de Crédito au président de l'Ebro.
11. *Document 1* : Lettre adressée le 18 mars 1948 par la Banque d'Espagne au juge de Reus.
Document 2 : Réponse adressée le 22 mars 1948 à la Banque d'Espagne.
Document 3 : Écrit du séquestre provisoire, du 3 avril 1948, demandant l'autorisation de disposer du compte courant de l'Ebro à la Banque d'Espagne.
Document 4 : Ordonnance du juge de Reus, du 5 avril 1948, autorisant le séquestre provisoire à disposer des sommes figurant au compte courant de l'Ebro à la Banque d'Espagne.
12. *Document 1* : Lettre adressée le 14 février 1948 par le président de l'Ebro aux banques.
Document 2 : Notification adressée aux banques le 20 février 1948 par M. Puig Doménech, agissant en qualité de mandataire de l'Ebro.
13. Sommation adressée le 1^{er} mars 1948 par le président de l'Ebro à la Banque d'Espagne.
14. Notification adressée le 16 février 1948 par le commissaire et le séquestre provisoire aux banques.
15. *Document 1* : Écrit de l'avoué des demandeurs à la faillite, du 27 février 1948, demandant au juge d'ordonner au Banco de Londres y América del Sur de communiquer au tribunal tous renseignements relatifs aux dépôts de titres des sociétés filiales.

- Document 2* : Ordonnance du 28 février 1948 faisant droit à l'écrit qui précède.
- Document 3* : Ecrit de l'avoué des demandeurs à la faillite, du 28 février 1948, demandant au juge d'ordonner à diverses banques de communiquer au tribunal tous renseignements relatifs aux dépôts de titres des sociétés filiales.
- Document 4* : Ordonnance du 1^{er} mars 1948 faisant droit à l'écrit qui précède.
- Document 5* : Communication aux banques, du 1^{er} mars 1948, en suite de l'ordonnance qui précède.
16. Ordonnance du 10 mai 1948, par laquelle le juge spécial ordonne le versement à la Caisse générale des dépôts des sommes déposées au nom de l'Ebro dans deux banques de Barcelone.
17. Jugement du juge spécial du 18 juin 1949, confirmant l'ordonnance du 26 février 1948 autorisant le retrait de 20 millions de pesetas de la Caisse générale des dépôts.
18. *Document 1* : Procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire de la Compañia Barcelonesa de Electricidad, du 17 décembre 1949.
- Document 2* : Procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire de Saltos del Segre, du 14 décembre 1949.
- Document 3* : Procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire d'Electricista Catalana, du 14 décembre 1949.
- Document 4* : Procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire d'Unión Eléctrica de Cataluña, du 14 décembre 1949.
- Document 5* : Procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire de Catalanian Land, du 14 décembre 1949.
- Document 6* : Procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire de Riegos y Fuerza del Ebro, du 14 décembre 1949.
19. Ecrit des syndics, du 8 août 1952, demandant la levée des mesures de saisie.
20. Arrêt de la Cour d'appel de Barcelone, du 22 décembre 1954, autorisant la libération de 81 millions de pesetas déposés à la Caisse générale des dépôts.
21. Radiation, le 19 août 1952, de l'inscription au registre du commerce relative à la saisie des biens de l'Ebro.
22. Ordonnance du juge de Reus, du 9 mars 1948, rejetant le recours intenté par MM. Menschaert et Puig Doménech contre leur révocation.
23. Procès-verbal de saisie du 23 février 1948.
24. Note sur la convention du 14 février 1948 entre Energia Eléctrica de Cataluña et Electro Metalúrgica del Ebro.
25. Ordonnance du commissaire, du 18 mars 1948, approuvant la décision du séquestre provisoire nommant de nouveaux conseils d'administration pour Unión Eléctrica de Cataluña, Energia Eléctrica de Cataluña et Saltos del Ebro.
26. Lettre du 28 janvier 1949 adressée par M. Ripoll au séquestre provisoire.
27. Procès-verbal de la séance du conseil d'administration d'Energia Eléctrica de Cataluña du 14 octobre 1949.
28. *Document 1* : Lettre de la National Trust, du 23 août 1966, au sujet d'actions de la Barcelonesa déposées à la Bank of London & South America.
- Document 2* : Affidavit de M. Lyndon, *Trust Officer* de la National

Trust, au sujet d'actions de la Barcelonesa déposées à la Bank of London & South America.

29. Note sur le caractère définitif des actions que les syndicats ont décidé de remplacer par de faux titres.

Appendice n° 1 :

Document 1 : Certificat d'inscription de 125 000 actions ordinaires de l'Ebro au nom de la Barcelona Traction.

Document 2 : Certificat d'inscription de 150 000 actions différées de l'Ebro au nom de la Barcelona Traction.

Document 3 : Lettre de la firme Blake, Cassels & Graydon, du 17 janvier 1967, établissant que lesdits certificats constituent des certificats valables et définitifs.

Appendice n° 2 : Certificat d'inscription de 990 actions Catalonian Land au nom de la National Trust.

Appendice n° 3 : Titre au porteur de 1000 actions Unión Eléctrica de Cataluña.

Appendice n° 4 :

Document 1 : Titre au porteur d'une action Electricista Catalana.

Document 2 : Titre au porteur de 100 actions Electricista Catalana.

Appendice n° 5 :

Document 1 : Action ordinaire au porteur de la Barcelonesa.

Document 2 : Action privilégiée au porteur de la Barcelonesa.

Appendice n° 6 : Reçu provisoire d'une action Saltos del Segre.

30. Ecrit additionnel au déclinatoire Boter, du 2 avril 1948, contestant la qualité de créanciers des demandeurs à la faillite.

31. *Document 1 :* Lettre du 1^{er} mars 1967, adressée par la Sidro à la National Trust.

Document 2 : Déclaration de la National Trust, du 29 mars 1967, en réponse à la lettre qui précède.

32. Attestation d'un notaire canadien, datée du 30 octobre 1950, portant sur une inscription dans le registre des actions nominatives de l'Ebro.

33. Document daté du 27 février 1948, intitulé par le commissaire « Liste des créanciers ».

34. Ecrit du commissaire au juge de Reus, daté du 17 avril 1948, exposant que les saisies ne lui ont pas révélé le nom des créanciers de la Barcelona Traction.

35. Lettre de la firme Binder, Hamlyn & Co, du 4 avril 1967, donnant la liste des obligataires Prior Lien et First Mortgage de la Barcelona Traction au 12 février 1948.

36. Ecrit du Comité des obligataires Prior Lien, daté du 26 octobre 1948, dans lequel il est reconnu que dans l'état de la procédure il ne peut y avoir de nomination de syndicats.

37. Note sur les pièces de la correspondance diplomatique relatives à la proposition belgo-canadienne de création d'une commission internationale d'experts.

Appendice 1 : Dernier projet de note diplomatique établi par le Canada.

Appendice 2 : Lettre de l'ambassade du Canada au ministère belge des Affaires étrangères, datée du 23 février 1950, communiquant le projet qui précède.

- Appendice 3*: Lettre de l'ambassadeur du Canada au ministre belge des Affaires étrangères, datée du 24 février 1950, lui communiquant la modification demandée par le Département d'Etat américain.
- Appendice 4*: Projet de note canadienne incorporant la modification demandée par les Etats-Unis et quelques changements mineurs suggérés par le représentant de ce pays à Madrid.
- Appendice 5*: Lettre du chargé d'affaires de Belgique à Madrid au ministre belge des Affaires étrangères, datée du 11 mars 1950, à propos des changements dont il est question ci-dessus.
- Appendice 6*: Projet de note belge.
38. *Document 1*: Lettre du ministre canadien des Affaires étrangères au ministre belge des Affaires étrangères, du 18 mai 1950.
Document 2: Réponse du ministre belge des Affaires étrangères à la lettre ci-dessus, datée du 19 mai 1950.
39. *Document 1*: Procès-verbal des réunions de la Commission internationale d'experts, des 27, 28 et 30 octobre 1950.
Document 2: Lettre de l'expert britannique M. Charles, à ses collègues espagnols, datée du 27 novembre 1950.
40. Examen du rapport de l'expert Soronellas.
Appendice: Extraits de *Third Annual Report on Exchange Restrictions*, publié par le Fonds monétaire international.
41. Note sur le bénéfice net moyen pour les actionnaires de la Barcelona Traction au cours des années 1941-1946.
42. *Document 1*: Extrait du *Moody's Public Utility Manual* relatif à l'American Electric Power Company, Inc.
Document 2: Extrait du *Moody's Public Utility Manual* relatif à la General Telephone & Electronics Corporation.
Document 3: Extrait du *Moody's Public Utility Manual* relatif à l'American Telephone & Telegraph Company.
Document 4: Extrait du *Moody's Public Utility Manual* relatif à la Cities Service Company.
Document 5: Extrait du *Moody's Public Utility Manual* relatif à la Standard Oil Company of California.
Document 6: Extrait du *Moody's Public Utility Manual* relatif à la Standard Oil Company.
43. *Document 1*: Extrait de l'*Anuario Financiero y de Sociedades Anónimas de España*, 1962-1963, relatif à Hidroeléctrica Española, S.A.
Document 2: Extrait de l'*Anuario Financiero y de Sociedades Anónimas de España*, 1962-1963, relatif à la Sociedad Hidroeléctrica Ibérica « Iberduero » S.A.
44. Extrait de Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*.
45. *Document 1*: Extrait de *European Chemical News*, du 9 novembre 1962, relatif à Courtaulds Ltd.
Document 2: Extrait de *European Chemical News*, du 19 octobre 1962, relatif à la Badische Anilin- und Soda-Fabrik A.G.
46. Note sur la conséquence de la réunion de toutes les actions d'une société entre les mains d'un actionnaire unique en droit belge.
47. Rapport des experts britannique et canadien de la Commission internationale d'expertise, daté du 22 mars 1951.

48. Note sur les rôles joués par les sociétés Guarantee Insurance and Investment Cy., Canadian & General Finance Cy. Ltd., et Pearson Engineering Ltd.
49. Note sur la régularité de la constitution de la société Ferrocarriles de Cataluña et de l'apport des actions de cette société lors de la formation de la Barcelona Traction.
Appendice: Décision adoptée par l'assemblée générale de Ferrocarril de Sarria a Barcelona, du 16 octobre 1911.
50. Réfutation des allégations du Gouvernement espagnol quant à l'évaluation des apports en nature effectués à la Barcelona Traction en vertu de la convention du 30 novembre 1911.
Appendice: Valeur des concessions hydrauliques apportées par Spanish Securities à la Barcelona Traction.
51. Prospectus d'émission des obligations à 6 % de Unión Eléctrica de Cataluña S.A.
52. Note sur les diverses sociétés du groupe de la Barcelona Traction et les circonstances de l'acquisition de leurs titres par le groupe ou de leur constitution.
Appendice 1: Offre d'achat d'actions de la Compañía Barcelonesa de Electricidad.
Appendice 2: Extrait du bilan de l'Ebro au 31 décembre 1923.
53. Opinions émises par des auteurs éminents sur la manière de choisir les valeurs mobilières à émettre par une société pour assurer son financement.
54. Bilan de l'Ebro au 31 décembre 1946.
55. Note sur les prétendues dettes fictives de l'Ebro.
Appendice 1: Tableau des investissements faits dans l'Ebro.
Appendice 2: Tableau donnant la comparaison entre les créances de la Barcelona Traction et les dettes de l'Ebro.
Appendice 3: Procès-verbal établi par l'inspecteur Canosa le 21 février 1934.
56. Note sur les modalités de la réorganisation proposée aux obligataires de la Barcelona Traction et acceptées par ceux-ci par un accord du 9 avril 1915.
57. Convention du 9 avril 1915 entre le Comité d'obligataires et la Barcelona Traction.
58. Note sur les conventions des 15 juin 1915 et 16 juillet 1920, entre la Barcelona Traction, l'Ebro et la Barcelonesa, et dettes de l'Ebro envers la Barcelona Traction.
Appendice 1: Constitution du montant convenu de £ 4 945 153.
Appendice 2: Eventualité où l'option aurait été réalisée immédiatement.
— Détermination du léger avantage en faveur de la Barcelona Traction.
Appendice 3: Convention du 26 décembre 1925 entre International Utilities et l'Ebro.
59. Prospectus d'émission des 6 $\frac{1}{2}$ % Prior Lien Bonds de la Barcelona Traction.
-

VOLUME II

N^o des
annexes

60. Note sur le non-recouvrement par l'Ebro d'une créance fiscale.
61. Note sur les prétendues fraudes fiscales.
62. Note sur les obligations émises par Energia Eléctrica de Cataluña.
63. Note sur les dettes obligataires des filiales de la Barcelona Traction à l'exclusion de Productora, et dette obligataire de la Barcelona Traction en pesetas de 1924 à 1947.
64. Conférence sur les concessions hydrauliques des 15 et 17 mai 1935.
65. Extrait de *La Vanguardia* du 24 mars 1932, relatif aux déclarations du gouverneur de la Banque d'Espagne.
66. Mémoire du trésorier de l'Ebro, du 23 mars 1932.
67. Lettre de M. Cretchley à M. Hubbard, du 24 mars 1932, accompagnée d'un mémoire du trésorier de l'Ebro du 24 mars 1932.
68. Lettre de M. Lawton à M. Hubbard, du 21 juin 1932.
69. Questionnaire remis à l'Ebro le 23 mars 1932, par les agents du contrôle des changes.
70. Réponse au questionnaire ci-dessus.
71. Lettre de M. Lawton à M. Hubbard, du 25 mars 1932.
72. Lettre de M. Lawton à M. Santiago Alba, du 25 avril 1932.
73. Lettre de M. Lawton à M. Hubbard, du 5 mai 1932.
74. Télégramme de M. Lawton, transmis par M. Hubbard à la Sofina, le 24 juin 1932.
75. Lettre de M. Lawton à M. Hubbard, du 4 juillet 1932.
76. Tableau des devises allouées par les autorités du change à l'Ebro, du 1^{er} janvier 1931 à juillet 1936.
77. Extraits du certificat établi par le secrétaire général du pseudo-conseil de l'Ebro en septembre 1951.
78. Extraits du mémoire n^o G 21 du *receiver* de la Barcelona Traction, du 24 décembre 1951.
79. *Document 1*: Lettre de M. Lawton à M. Hubbard, du 4 janvier 1941.
Document 2: Lettre de M. Lawton à M. Hubbard, du 14 novembre 1944.
Document 3: Lettre de M. Lawton à M. Spéciael, du 24 octobre 1946.
Document 4: Compte rendu d'une entrevue entre un représentant du Trésor britannique et une délégation du Comité des obligataires Prior Lien.
80. Note relative à la correspondance échangée en 1940-1944 entre l'Instituto Español de Moneda Extranjera et l'Ebro, concernant les demandes de devises présentées par cette société.
Appendice: Avances faites par l'Ebro aux autres sociétés auxiliaires.
81. Note relative à la correspondance échangée entre l'Instituto Español de Moneda Extranjera et l'Ebro, concernant les demandes de cette société relatives au service des obligations en pesetas de la Barcelona Traction.

82. Lettre de M. Serrano Suñer à M. Domken, du 20 mars 1954.
83. Note sur les modalités de financement du plan d'arrangement successivement proposées.
Appendice : Dettes obligataires de la Barcelona Traction et leurs arriérés d'intérêts au 1^{er} décembre 1945.
84. Lettre de l'Association nationale des porteurs français de valeurs mobilières à la National Trust, du 25 mars 1946.
85. Démonstration du caractère équitable des propositions faites aux obligataires.
Appendice 1 : Raisonnement mathématique suivi pour le calcul de la valeur des First Mortgage à la date du 1^{er} décembre 1945.
Appendice 2 : Valeur de l'action Barcelona Traction.
86. *Document 1* : Télégramme de M. Montañés à la National Trust, du 6 novembre 1946.
Document 2 : Télégramme de réponse de la National Trust, du 7 novembre 1946.
87. Télégramme de M. Bock à M. Heineman, du 16 novembre 1945.
88. Extraits du jugement de faillite rendu en cause S.A. *Minera del Moncayo*, le 31 août 1907.
89. Extraits du décret-loi espagnol du 14 mars 1937.
90. Extrait du *Trust Deed* des First Mortgage Bonds du 1^{er} décembre 1911 (amendé le 31 décembre 1918).
91. Extraits de l'arrêt de la *Court of Appeals*, rendu dans l'affaire *U.G.S. Finance Ltd. v. National Mortgage Bank of Greece and National Bank of Greece (Lloyd's List Law Reports)*.
92. Publication du jugement de faillite de la Société minière de Moncayo au *Moniteur belge* du 22 septembre 1907.
93. Note sur la levée du voile de l'incorporation et l'extension de la faillite d'une société à une autre société en droit comparé.
94. Note sur l'assimilation des titres au porteur aux objets mobiliers corporels.
95. Note sur la situation des droits incorporés dans des titres au porteur.
96. Note démontrant que les récépissés provisoires sont, en droit espagnol, de véritables titres-valeurs.
97. Clause 12 du *Trust Deed* du 1^{er} décembre 1911 relatif à l'émission des obligations First Mortgage.
98. Arrêt du Tribunal suprême du 17 avril 1917.
99. Arrêt du Tribunal suprême du 19 avril 1960.
100. Arrêt du Tribunal suprême du 17 février 1958.
101. Note sur la saisie des biens et le concept d'appartenance.
102. Note sur l'affaire *Niel-on-Rupell*.
Appendice 1 : Extraits du jugement du 12 avril 1934 déclarant la faillite de la société Niel-on-Rupell.
Appendice 2 : Extrait de la *Gaceta de Madrid* du 8 juillet 1934, publiant le jugement de faillite de la société Niel-on-Rupell.
Appendice 3 : Extraits du jugement du 11 novembre 1935 rejetant l'opposition de la société Niel-on-Rupell à sa déclaration de faillite.
Appendice 4 : Extraits de l'arrêt de la Cour d'appel de Barcelone, du 6 novembre 1939, en cause Niel-on-Rupell.
103. Ordonnance du juge Schroeder, du 29 décembre 1948.

104. Publication du jugement de faillite dans le *Bulletin officiel de la Province de Barcelone* du 14 février 1948.
105. Note sur l'illégalité des sommations adressées par le commissaire de la faillite à la Barcelona Traction et à la National Trust le 8 octobre 1949.
106. Exercice du droit de vote attaché aux actions données en gage à la National Trust avant le 12 février 1948.

Appendice 1 :

- Document 1 :* Lettre de la Barcelona Traction à la National Trust, du 28 août 1945.
- Document 2 :* Lettre de la National Trust à la Barcelona Traction, du 6 septembre 1945.
- Document 3 :* Lettre de la Barcelona Traction à la National Trust, du 30 septembre 1946.
- Document 4 :* Lettre de la National Trust à la Barcelona Traction, du 7 octobre 1946.
- Document 5 :* Lettre de la Barcelona Traction à la National Trust, du 16 novembre 1946.
- Document 6 :* Lettre de la Barcelona Traction à la National Trust, du 5 novembre 1947.
- Document 7 :* Lettre de la Barcelona Traction à la National Trust, du 21 novembre 1947.

Appendice 2 :

- Document 1 :* Lettre de la Barcelona Traction à la National Trust, du 30 septembre 1946.
- Document 2 :* Lettre de la National Trust à la Barcelona Traction, du 7 octobre 1946.
- Document 3 :* Lettre de la Barcelona Traction à la National Trust, du 16 novembre 1946.
- Document 4 :* Lettre de la Barcelona Traction à la National Trust, du 5 novembre 1947.
- Document 5 :* Lettre de la Barcelona Traction à la National Trust, du 21 novembre 1947.

Appendice 3 :

- Document 1 :* Lettre de l'Ebro Barcelone à l'Ebro Toronto, du 7 mars 1947.
- Document 2 :* Lettre de la Barcelona Traction à la Canadian Bank of Commerce, du 2 avril 1947.
- Document 3 :* Lettre de la Barcelona Traction à la National Trust, du 3 avril 1947.
- Document 4 :* Lettre de la National Trust à la Barcelona Traction, du 3 avril 1947.
- Document 5 :* Lettre de la Canadian Bank of Commerce à la Barcelona Traction, du 3 avril 1947.
- Document 6 :* Télégramme de la Barcelona Traction à l'Ebro Barcelone, du 8 avril 1947.
- Document 7 :* Réponse de l'Ebro Barcelone à la Barcelona Traction, du 9 avril 1947.
- Document 8 :* Lettre de l'Ebro Barcelone à la Barcelona Traction, du 30 mai 1947.

Document 9 : Lettre de la Barcelona Traction à la National Trust, du 10 juin 1947.

107. Argument tiré de l'article 113 de la Loi de procédure civile quant au caractère non suspensif du déclinatoire de juridiction.
108. Ecrit de la Barcelona Traction, du 9 septembre 1949, s'opposant à l'octroi d'un délai extraordinaire de preuve de huit mois.
109. Note sur les actions en récusation de l'Ebro.
110. Arrêt de la Cour d'appel du 30 juin 1949.
111. Bilan de l'Ebro au 31 décembre 1951.
112. Lettre de la firme Binder, Hamlyn & Co, du 18 avril 1967, donnant la liste des obligataires Prior Lien et First Mortgage de la Barcelona Traction au 17 avril 1967.
113. Lettre de M. Lyndon, *Trust Officer* de la National Trust, du 26 avril 1967, relative aux obligations de la Barcelona Traction inscrites au nom de la succession Wellington T. Ashbridge.
114. Extraits du contrat passé entre Juan March et la Fecsa le 27 mai 1952, relatif aux 2 640 000 livres sterling d'obligations First Mortgage de la Barcelona Traction.
115. Lettre de la National Trust à la Sidro, du 18 avril 1967, relative aux 2 640 000 livres sterling d'obligations First Mortgage de la Barcelona Traction.
116. Inscription au registre du commerce de l'augmentation de capital de la Fecsa, du 2 janvier 1953.
117. Note sur la possibilité de soulever l'incompétence du Tribunal même si, par hypothèse, le jugement de faillite n'avait pas été attaqué dans les délais.
118. Note sur la question de la soumission tacite à la compétence du juge de Reus.
119. Note sur le caractère d'entité autonome de l'Institut espagnol de monnaie étrangère (IEME), et sur la possibilité de recours hiérarchiques contentieux-administratifs en matière de devises.
120. Note sommaire concernant la prise en considération dans le droit conventionnel des droits et intérêts d'actionnaires étrangers.
121. Lettre de Charles Gordon & Co à la National Trust, du 3 novembre 1939.
122. *Document 1* : Lettre de Newman & Co à la Chase National Bank, du 11 mai 1948.
Document 2 : Reçu de la Chase National Bank, du 11 mai 1948.
123. Note sur la correspondance échangée entre Securitas Ltd., Sidro, Sofina et Newman & Co entre le 31 juillet 1947 et le 3 mai 1948 au sujet des actions au porteur Barcelona Traction appartenant à Sidro.
- Appendice 1* : Relevé établi par Securitas des titres détenus par elle au 31 décembre 1939.
- Appendice 2* : Document précédent portant, pour accord, la signature de deux administrateurs de la Sidro.
- Appendice 3* : Rapport adressé par Securitas à Sidro le 24 septembre 1946.
- Appendice 4* : Lettre de Securitas à la Sidro, du 31 juillet 1947.
- Appendice 5* : Lettre de Sidro à Sofina, du 27 novembre 1947.
- Appendice 6* : Lettre de Sofina à Sidro, du 3 décembre 1947.
- Appendice 7* : Lettre de Sidro à Securitas, du 19 avril 1948.

- Appendice 8*: Lettre de Securitas à Sidro, du 3 mai 1948.
Appendice 9: Lettre de Newman & C^o à Sidro, du 3 mai 1948.
Appendice 10: Lettre de Newman & C^o à Securitas, du 4 mai 1948.
Appendice 11: Certificat du décès de M. Ehrlich, le 14 juillet 1949.
Appendice 12: Certificat du décès de M. de Le Hoye, le 7 février 1960.
Appendice 13: Certificat de destruction, du 11 janvier 1952, relatif à 341 326 actions ordinaires de la Barcelona Traction.
Appendice 14: Lettre de Binder, Hamlyn & C^o à Sidro, du 14 janvier 1952.
Appendice 15: Lettre de la Barcelona Traction à Sidro, du 4 février 1952.
Appendice 16: Demande de Newman & C^o, du 13 septembre 1951, pour émettre des certificats d'actions nominatives.
124. *Document 1*: Lettre de Sidro à Newman & C^o, du 31 janvier 1967.
Document 2: Affidavit de M. Lyndon, *Trust Officer* de la National Trust, du 10 février 1967, relatif à l'annulation des certificats d'actions Barcelona Traction émis au nom de Newman & C^o.
Document 3: Lettre de Newman & C^o à Sidro, du 13 février 1967.
Document 4: Nouveau certificat d'actions Barcelona Traction, émis au nom de la Sidro.
Document 5: Reçu de l'Algemene Bank Nederland N.V., du 20 avril 1967, relatif au dépôt du nouveau certificat d'actions Barcelona Traction émis au nom de la Sidro.
125. Consultation du professeur Chayes, du 10 mars 1967.
126. Consultation de M. Mockridge, du 20 mars 1967.
Appendice 1: Arrêt de la *Court of Appeal* dans l'affaire *Gaby v. Federal Packaging & Partition C^o Ltd. et al.*
Appendice 2: Arrêt de la *Supreme Court of Canada* dans l'affaire *Gordon v. Gaby*.
127. Extraits du rapport des membres espagnols de la Commission internationale d'experts.
128. Attestation du contrôleur des contributions de Bruxelles, 16^e division des sociétés, adressée à la Sidro le 24 janvier 1967.
129. Lettre de l'Institut belgo-luxembourgeois du change adressée le 8 mars 1967 à M. Devadder, agent du Gouvernement belge près la Cour internationale de Justice.
130. Règlement n^o 24 de l'Institut belgo-luxembourgeois du change, concernant la gestion des avoirs en comptes-devises et des titres étrangers.
131. Lettre adressée le 24 janvier 1967 par la Compagnie des agents de change de Paris à la Société centrale pour l'industrie.
132. Attestation délivrée le 13 janvier 1967 par la Commission de la Bourse de Bruxelles.
133. Note sur les intérêts belges dans Sidro et Sofina.
Appendice 1: Lettre du ministère des Finances à la Sofina, du 21 janvier 1948.
Appendice 2:
Document 1: Arrêté ministériel du 22 mai 1946, relatif à la déclaration tardive des titres belges et congolais détenus en Belgique.

Document 2 : Arrêté ministériel du 18 janvier 1949, relatif à la déclaration tardive des titres belges et congolais détenus en Belgique.

Appendice 3 :

Document 1 : Note sur les dividendes de Sofina de l'exercice 1946 payés en Belgique.

Document 2 : Modifications du 20 février 1947 au Règlement n° 12 de l'Institut belgo-luxembourgeois du change.

Document 3 : Règlement n° 18 de l'Institut belgo-luxembourgeois du change.

Appendice 4 : Lettre de l'Institut belgo-luxembourgeois du change à la Sofina, du 9 mai 1947.

Appendice 5 : Certificat de la firme Deloitte, Plender, Griffiths & Co, en date du 12 avril 1967.

Appendice 6 :

Document 1 : Article 131 de la Loi d'expansion économique, de progrès social et de redressement financier, du 14 février 1961.

Document 2 : Arrêté royal du 14 juillet 1961, relatif à la perception de l'impôt complémentaire personnel par voie de retenue à la source sur certains revenus mobiliers.

134. Note sur les procédures hors d'Espagne.

Appendice 1 : Action National Trust c/ Barcelona Traction.

Document 1 : Affidavit de M. MacKelcan, du 9 juillet 1948.

Document 2 : Déposition de M. MacKelcan, du 15 juillet 1948.

Appendice 2 : Action Westminster Bank c/ National Trust et Barcelona Traction.

Appendice 3 : Action Walford c/ Barcelona Traction et National Trust.

Appendice 4 : Action National Trust c/ Ebro, Catalanian Land et Fecsa.

Appendice 5 : Action Sidro et Holmsted c/ Comité des obligataires Prior Lien.

The publications of the INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE may be ordered from any bookseller. For information regarding the sale of the Court's publications please write to the *Distribution and Sales Section, Office of the United Nations, 1211 Geneva 10 (Switzerland)*, or the *Sales Section, United Nations, New York, N.Y. 10017 (USA)*.

The publications of the PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE (1920-1946) are obtainable from Kraus Reprint Ltd., 9491 Nendeln, Liechtenstein, to which all requests should be addressed.

On peut acquérir les publications de la COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE auprès des librairies spécialisées du monde entier. Pour tous renseignements, prière de s'adresser à la Section de la distribution et des ventes, Office des Nations Unies, 1211 Genève 10 (Suisse) ou à la Section des ventes, Nations Unies, New York, N.Y. 10017 (Etats-Unis).

On peut acquérir les publications de la COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE (1920-1946) auprès de Kraus Reprint Ltd., 9491 Nendeln, Liechtenstein. Pour tous renseignements, prière de s'adresser à cette société.
