

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 VI

Duplique

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 VI

Rejoinder



Référence abrégée:

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

Abbreviated reference:

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

N° de vente: **411**
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 VI
Duplicque

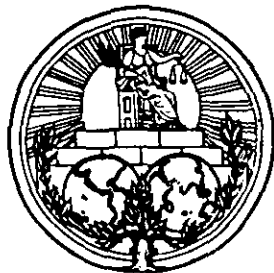
INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE
PLEADINGS, ORAL ARGUMENTS, DOCUMENTS

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

(NEW APPLICATION: 1962)

(BELGIUM v. SPAIN)

VOLUME VI
Rejoinder



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 VI

Le présent volume contient le début de la duplique du Gouvernement espagnol.

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 VI

This volume contains the beginning of the Rejoinder of the Spanish 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

INTRODUCTION	Pages 5
------------------------	------------

PREMIÈRE PARTIE

LE COMPORTEMENT DE L'ENTREPRISE
ET L'ATTITUDE DES AUTORITÉS NON JUDICIAIRES

CHAPITRE PREMIER

LA STRUCTURE ET LA CONDUITE DE L'ENTREPRISE

Observations préliminaires	23
<i>Section I — Les éléments de preuve fournis par le Gouvernement espagnol</i>	<i>27</i>
§ 1. Eléments de preuve apportés dans le Contre-Mémoire	27
§ 2. Eléments de preuve nouveaux	30
<i>Section II — Les abus résultant des structures de l'entreprise et de la politique par elle suivie</i>	<i>32</i>
§ 1. Considérations générales	32
§ 2. Les facteurs d'abus	37
A. La complexité voulue de la structure de l'entreprise	37
B. L'abus et la méconnaissance de la personnalité morale des sociétés auxiliaires	40
C. L'abus des prête-noms et des « sociétés fictives »	45
§ 3. Exemples illustrant la politique suivie par l'entreprise	51
§ 4. L'unité de l'entreprise	59
§ 5. La Barcelona Traction elle-même opérait et faisait des affaires en Espagne	70
§ 6. L'histoire financière de la Barcelona Traction, 1911-1948	85
<i>Section III — L'attitude de l'entreprise à l'égard du Fisc</i>	<i>89</i>
§ 1. Les données du problème	89
§ 2. Le comportement fiscal d'Ebro	92
§ 3. Le comportement fiscal de Barcelona Traction	95
A. L'interprétation belge du droit fiscal espagnol	96
B. Les faits	97
a) Les fonctions de Barcelona Traction en tant que société de financement	98
b) L'activité de Barcelona Traction en tant que « holding »	102
§ 4. La dissimulation systématique de la réalité des faits	106
A. L'attitude de l'Administration	107
B. Les mécanismes de la dissimulation	112

CHAPITRE II

	Pages
<i>Section I — La question des devises et l'échec du plan d'arrangement</i>	118
§ 1. Les données du problème	118
§ 2. Les explications de la Réplique sur l'absence d'une demande de devises en vue d'assurer le service des obligations de Barcelona Traction	119
A. Les facultés offertes par l'accord de paiements hispano-britannique	122
B. Les objections avancées par la Réplique contre la possibilité qu'aurait eue Barcelona Traction d'obtenir des devises dans le cadre d'un accord de paiements	126
§ 3. Les explications de la Réplique sur les demandes de devises de l'Ebro	133
A. Le problème des devises entre 1930 et 1936	137
B. Les autorisations accordées à l'Ebro pour les paiements en pesetas au cours de la période 1940-1948	144
C. L'examen de la correspondance échangée entre l'Ebro et les autorités monétaires au cours de la période 1940-1944	147
§ 4. Les explications de la Réplique sur le plan d'arrangement 1945-1946	153
A. L'attitude de l'Administration espagnole vis-à-vis du plan d'arrangement	154
B. Les caractéristiques permanentes du plan d'arrangement	160
C. Le sort réservé aux obligataires	163
D. Autres questions soulevées par la Réplique au sujet du plan d'arrangement	166
<i>Section II — De l'échec du plan d'arrangement à la faillite</i>	168
§ 1. Le prétendu complot des obligataires	169
A. La correction des négociations privées	169
B. L'acquisition des obligations par le groupe des obligataires	172
C. Les rapports entre les obligataires et National Trust	176
§ 2. L'attitude des autorités espagnoles non judiciaires	178
A. L'hispanisation de la Barcelona Traction comme mobile de la prétendue collusion	179
B. De l'« hispanisation » de la Barcelona Traction à la « déhispanisation » de Chade	182

DEUXIÈME PARTIE

LE MANQUE DE FONDEMENT DE LA DEMANDE

INTRODUCTION	199
------------------------	-----

CHAPITRE PREMIER

LES PRINCIPES DE DROIT INTERNATIONAL APPLICABLES
EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT
EN RAISON DES ACTES JUDICIAIRES

<i>Section I — Portée substantive de la conception du déni de justice « dans le sens propre du terme »</i>	204
<i>Section II — Hypothèse de responsabilité internationale pour actes judiciaires</i>	207
§ 1. La responsabilité internationale par suite de l'exercice de la compétence juridictionnelle de l'Etat	207
A. La prétendue responsabilité par suite de la mise en faillite de Barcelona Traction	207
B. La prétendue responsabilité par suite de l'extension des effets de la faillite de Barcelona Traction	209
§ 2. Le déni de justice au sens propre du terme	211

	Pages
§ 3. La responsabilité internationale en raison du contenu des décisions judiciaires	212
A. Nécessité de l'existence de l'élément subjectif de mauvaise foi et d'intention discriminatoire	212
1) Opinion des Gouvernements	212
2) La doctrine	213
3) La jurisprudence	214
4) Preuve de l'élément subjectif	216
B. Nature du contrôle de la justice internationale dans l'application du droit interne	220
C. La présomption de conformité avec le Droit international	223

CHAPITRE II

L'ABSENCE D'ACTES INTERNATIONALEMENT ILLICITES
DE LA PART DES AUTORITÉS JUDICIAIRES

<i>Section I — Les accusations relatives à l'usurpation de compétence</i>	<i>226</i>
§ 1. La prétendue usurpation de compétence en raison de la déclaration en Espagne de la faillite de la Barcelona Traction	226
A. L'évolution du grief	226
B. L'inexistence de l'usurpation de compétence	227
1) Inexistence de normes internationales en matière de compétence judiciaire pour déclarer la faillite	227
a) Les critères de compétence déterminés par la réalisation d'opérations commerciales; la possession de biens; l'exercice d'une activité commerciale quelconque; l'exploitation d'un bien à titre de propriétaire, locataire ou concessionnaire	230
b) La nationalité des créanciers	231
c) L'appel au crédit	232
d) Lieu de paiement des obligations	233
2) La justice espagnole considérée comme « forum conveniens » pour déclarer la faillite de Barcelona Traction	234
§ 2. La prétendue usurpation de compétence en raison de l'extension des effets de la faillite en dehors du territoire espagnol	237
A. Les variations et les incertitudes du grief invoqué	237
B. L'inexistence de l'usurpation de compétence	238
C. Le problème de l'émission des titres	241
<i>Section II — Le prétendu retard dans l'administration de la justice</i>	<i>244</i>
<i>Section III — La prétendue responsabilité internationale en raison du contenu des décisions judiciaires</i>	<i>252</i>

CHAPITRE III

LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE
EN RAISON DU CONTENU DES DÉCISIONS JUDICIAIRES:
L'ABSENCE DE VIOLATION DU DROIT INTERNE

<i>Section I — La juridiction des tribunaux espagnols</i>	<i>254</i>
§ 1. Les tribunaux espagnols, en vertu de leurs propres règles légales, avaient juridiction pour connaître de la faillite de la Barcelona Traction	254
A. Les règles du droit espagnol attribuaient aux tribunaux pouvoir juridictionnel pour prononcer la faillite de la Barcelona Traction	256
1) Fondement de la thèse espagnole	256
2) Echec essayé par la Réplique dans son essai de réfutation de la thèse espagnole	258

	Pages
3) Les règles du décret royal sur les étrangers (Decreto de extranjería) fondement de la thèse belge, ont été confirmées et élargies par l'article 51 du Code de procédure civile	259
B. Le fait d'avoir un domicile, un siège ou un établissement permanent en Espagne ne constitue pas une « condition nécessaire » pour qu'un commerçant étranger puisse être déclaré en faillite par les tribunaux espagnols	260
C. Dans le cas de Barcelona Traction, il y avait des points de rattachement suffisants pour que les tribunaux espagnols puissent la déclarer en faillite	263
a) La Barcelona Traction a effectué des opérations commerciales en territoire espagnol	263
b) La Barcelona Traction a dit des années durant qu'elle avait une adresse permanente en Espagne.	264
c) La Barcelona Traction possédait des biens en Espagne	264
d) Une partie des obligations de la Barcelona Traction devait être honorée en Espagne	265
e) Les demandeurs de la faillite et la majorité des créanciers étaient Espagnols	265
f) La garantie des obligations impayées était composée de biens immeubles sis en Espagne	265
D. Le tribunal de Reus s'en est tenu au droit interne espagnol lorsqu'il a estimé avoir la juridiction et la compétence pour prononcer la faillite de la Barcelona Traction	266
1) Réponse aux griefs formulés dans la Réplique contre le tribunal de Reus	267
2) Arguments du Contre-mémoire que le Gouvernement belge n'a pu réfuter, et qui sont donc passés sous silence	270
§ 2. Les tribunaux espagnols, en adoptant les mesures de saisie et d'aliénation des biens de la société faillie, n'ont pas outrepassé leurs pouvoirs dans l'exercice de leur juridiction	271
A. Inexistence d'une contrefaçon de titres ou de valeurs qui aurait pu être tolérée par le Gouvernement ou les tribunaux espagnols	272
B. La déclaration de faillite de la Barcelona Traction, selon le droit espagnol, a étendu ses effets à la société faillie et à ses biens, où que ces derniers se soient trouvés	274
<i>Section II — La déclaration de faillite</i>	279
§ 1. L'ordonnance (« providencia ») du 10 février 1948 était bien conforme au droit	279
A. Qualité des requérants pour solliciter la déclaration de faillite de la Barcelona Traction	279
B. La preuve testimoniale	281
§ 2. Conditions nécessaires de la faillite	283
A. Manque de pertinence de la « no action clause » établie par les « trust deeds »	283
B. La cessation de paiements	290
1) La cessation de paiements dans l'exposé des motifs du Code de Commerce	291
2) La cessation de paiements dans la doctrine	292
3) La cessation de paiements dans la jurisprudence	294
4) La cessation de paiements constatée dans le jugement du 12 février 1948	295
5) Réfutation des autres arguments de la Réplique	300
§ 3. Les dispositions du jugement déclaratif de faillite du 12 février 1948 étaient conformes au droit espagnol	305
A. Le jugement (<i>auto</i>) du 12 février 1948 n'a omis aucune des dispositions prescrites par la loi	305
B. La nomination, l'acceptation et les pouvoirs du commissaire et du séquestre-dépositaire	307
C. La publication du jugement déclaratif de faillite a été effectuée correctement	313
1) Le caractère territorial de la publication du jugement de faillite	314
2) Les décisions judiciaires invoquées dans la Réplique (Minera del Moncayo et Nielon-Rupell)	316
3) La Barcelona Traction a eu immédiatement connaissance du jugement de faillite	317
4) La publication du jugement de faillite ne fut pas faite dans le dessein d'entraver l'opposition de Barcelona Traction	321
5) Réfutation d'autres arguments de la Réplique	322

	Pages
<i>Section III — La saisie des droits de la société faillie</i>	328
§ 1. Les droits de la Barcelona Traction sur ses filiales pouvaient être légalement saisis en Espagne et exercés par les organes de la faillite	329
A. Les droits de la faillie sur ses filiales pouvaient être saisis et vendus sans l'appréhension matérielle des titres	330
1) Les droits de Barcelona Traction sur les filiales n'étaient pas matériellement identifiés aux titres et certificats émis par des sociétés à actionnaire unique créées à dessein en tant que telles par la société faillie	331
a) Dans les actions des sociétés anonymes, l'incorporation des droits à un titre ne suppose pas l'identification des uns à l'autre	331
b) Les droits de la faillie sur les filiales conféraient à la société-mère un droit de domination absolu du fait que les filiales étaient des sociétés à actionnaire unique conçues comme telles	335
2) La saisie des actions dans le cadre de l'ordre juridique espagnol	339
a) Les droits d'un actionnaire sont susceptibles de saisie (<i>embargo</i>) dans une exécution <i>singulière</i> , sans l'appréhension des titres	339
b) La déclaration de faillite exige la saisie de tous les droits du failli, qu'ils soient ou non incorporés à des titres-valeurs, indépendamment du fait que l'on puisse ou non saisir matériellement les titres	343
B. La déclaration de faillite de la Barcelona Traction a conféré aux organes de cette faillite la possession légitime des titres	344
1) La possession n'exige point la détention matérielle du bien en tant que seul mode d'exercice, non plus que l'appréhension matérielle en tant que seul mode d'acquisition	345
2) La possession conférée par la déclaration de faillite aux organes de la faillite n'ôte point leur sens aux mesures de saisie prévues par la loi	347
3) L'appréhension matérielle des récépissés ou certificats ne constitue pas une condition nécessaire pour la vente des droits d'actionnaire saisis	351
4) Les organes de la faillite ne sont point dispensés de la mise en possession matérielle des biens du failli lorsque cela se trouve être possible	352
C. Les organes de la faillite pouvaient exercer valablement les droits de la société faillie sur les filiales	353
D. Les droits de la faillie sur les filiales devaient être considérés comme localisés en Espagne du point de vue de leur saisie dans la faillite	356
1) La localisation des droits dans l'ordre juridique espagnol	356
2) La localisation des droits de la faillie	358
§ 2. Décisions judiciaires concernant la saisie des droits de la Barcelona Traction sur ses filiales	359
A. Requête des demandeurs à la faillite en ce qui concerne la saisie des droits et décisions rendues à ce sujet par le Tribunal	360
B. La saisie décrétée le 12 février 1948 s'est étendue à toutes les actions dont la faillie était titulaire	364
C. Sens des décisions relatives à la possession <i>médiate et civilissime</i> des titres des filiales	366
1) Position du Gouvernement demandeur	366
2) Interprétation rationnelle du prononcé relatif à la possession <i>médiate et civilissime</i>	368
§ 3. La saisie des actions n'a pas lésé les droits de la National Trust	371
A. Caractère inadmissible des prétendus dommages causés aux droits de la National Trust	373
B. La garantie accordée à la National Trust, en faveur des créances des obligataires, n'a point donné à cette société un droit quelconque à séparer de la masse les actions et obligations affectées	374
1) Sens et portée de l'article 918 du Code de commerce espagnol	375
2) La garantie établie par les Trust Deeds entre la Barcelona Traction et la National Trust ne constituait pas un gage	377
C. La National Trust n'était pas titulaire du droit de vote inhérent aux actions des filiales de la Barcelona Traction	381
§ 4. La Barcelona Traction et la National Trust avaient l'obligation de remettre les titres aux organes de la faillite	384

	Pages
§ 5. Exercice des droits saisis: la normalisation des filiales	387
A. Les organes de la faillite ont exercé régulièrement les droits de vote inhérents aux actions saisis	389
1) Inexactitudes de la Réplique au sujet de l'exercice des droits par la Barcelona Traction avant la déclaration de faillite	389
2) Les droits sur les sous-filiales ont été régulièrement exercés	391
B. Régularité de la révocation des administrateurs nommés par la société faillie et de la nomination de nouveaux administrateurs	392
C. Régularité de la modification des statuts de certaines filiales de Barcelona Traction et émission de titres	403
1) Considérations générales sur les imputations contenues dans la Réplique	403
2) Décisions au sujet de l'émission de titres par certaines des sociétés filiales et sous-filiales	410
3) Décisions que la Réplique qualifie d'« hispanisation » des filiales	416
<i>Section IV — Mesures prises à l'égard des sociétés filiales</i>	422
§ 1. L'ordre de saisie des actifs des filiales de la Barcelona Traction	422
A. Contenu des décisions qui ont ordonné la saisie	423
1) Absence de toute déclaration judiciaire éteignant la personnalité juridique des sociétés filiales	423
2) L'idée de fraude dans la motivation du Tribunal ayant pris la mesure	430
3) Les pouvoirs donnés au Commissaire visant à la révocation et à la nomination du personnel des filiales	432
B. Fondement juridique de l'ordre de saisie	433
1) La société unipersonnelle (« One Man Company ») dans l'ordre juridique espagnol	433
2) La personnalité morale des filiales de la Barcelona Traction était inopposable aux mesures conservatoires (<i>medidas cautelares</i>) adoptées par le Tribunal pour prévenir la fraude	437
3) Caractère conservatoire de la mesure de saisie des actifs des filiales	440
§ 2. Exécution de l'ordre de saisie des actifs des sociétés filiales de Barcelona Traction	442
A. Les mesures de saisie des actifs ont été exécutées sur les biens susceptibles de soustraction frauduleuse	443
B. Régularité de la saisie des documents, argent et valeurs des filiales	446
§ 3. Effets de la normalisation des filiales sur la saisie de leurs actifs	448
A. Transformation de la saisie en contrôle et surveillance par les organes de la faillite sur les sociétés normalisées	448
B. Causes ayant amené une transformation des mesures conservatoires	451
1) La conduite procédurale du groupe Barcelona Traction au lendemain de la déclaration de faillite	451
2) Résultat de la saisie dans les mois suivant la déclaration de faillite: extension de la fraude	455
3) Traitement définitif des actifs des filiales dans la faillite de Barcelona Traction	459
C. Réalité de la transformation des mesures conservatoires conséquemment à la normalisation des filiales	461
1) L'exécution de l'ordre de saisie ayant cessé en avril 1948, les biens saisis ont été rendus aux filiales	462
2) Les fonds des filiales n'ont pas été incorporés à la masse de faillite	466
3) Mainlevée de la mesure conservatoire de contrôle et de surveillance sur les sociétés filiales	468
D. Conséquences de la normalisation des filiales	470
§ 4. Inexistence des infractions légales dénoncées dans la Réplique dans le traitement accordé aux filiales avant et après leur normalisation	471
A. Le droit des sociétés n'était pas un obstacle à l'adoption des mesures conservatoires	471
B. Non-violation des règles sur la faillite des sociétés concessionnaires de services publics	473
C. Non-violation des règles sur la saisie des biens de sociétés concessionnaires de services publics	474

**DUPLIQUE
DU GOUVERNEMENT ESPAGNOL**

EXPLICATION DES ABRÉVIATIONS UTILISÉES
DANS LA PRÉSENTE *DUPLIQUE*

- Rq. — 1958 Requête Introductive d'Instance de 15 septembre 1958.
- M. — 1959 Mémoire du Gouvernement belge de 15 juin 1959.
- A.M. — 1959 Annexes au Mémoire du Gouvernement belge de 15 juin 1959.
- E.P. — 1960 Exceptions Préliminaires présentées par le Gouvernement espagnol le 21 mai 1960.
- A.E.P. — 1960 Annexes aux Exceptions Préliminaires présentées par le Gouvernement espagnol le 21 mai 1960.
- Rq. Requête introductive d'instance de 25 juillet 1962.
- M. Mémoire du Gouvernement belge de 30 octobre 1962.
- A.M. Annexes au Mémoire du Gouvernement belge de 30 octobre 1962.
- E.P. Exceptions Préliminaires présentées par le Gouvernement espagnol le 15 mars 1963.
- A.E.P. Annexes aux Exceptions Préliminaires présentées par le Gouvernement espagnol le 15 mars 1963.
- O.C. Observations et Conclusions du Gouvernement belge en réponse aux Exceptions Préliminaires présentées par le Gouvernement espagnol le 14 août 1963.
- A.O.C. Annexes aux Observations et Conclusions du Gouvernement belge en réponse aux Exceptions Préliminaires présentées par le Gouvernement espagnol le 14 août 1963.
- C.I.J. Affaire *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Nouvelle Requête: 1962) (Belgique c. Espagne), Exceptions Préliminaires, Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances 1964.
- P.O. C.I.J., Affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Procédure Orale, Vol. I et II.
- C.M. *Contre-Mémoire* du Gouvernement espagnol du 31 décembre 1965.
- A.C.M. Annexes au *Contre-Mémoire* du Gouvernement espagnol du 31 décembre 1965.
- R. *Réplique* du Gouvernement belge du 16 mai 1967.
- A.R. Annexes à la *Réplique* du Gouvernement belge du 16 mai 1967.
- A.D. Annexes à la *Duplicque* du Gouvernement espagnol.

INTRODUCTION

1. A en croire le Gouvernement demandeur, l'affaire qu'il a pris l'initiative et la responsabilité de porter devant la Cour internationale de Justice présenterait « à maints égards un caractère exceptionnel »¹.

2. Tout d'abord, quant à la forme dans laquelle le Gouvernement belge a cru bon d'exposer ses griefs, on ne peut manquer d'être frappé par l'avalanche des qualificatifs que ce Gouvernement emploie à satiété tout au long de la *Réplique*: la moindre démarche devient une « manœuvre audacieuse », les décisions juridictionnelles sont présentées comme « inouïes », les motifs retenus par les magistrats pour fonder leurs décisions sont « hardis », voire « insolites »: en un mot, tout serait exceptionnel dans cette affaire, qui serait un tissu d'« illégalités flagrantes » et d'« anomalies extraordinaires »². Le Gouvernement espagnol entend laisser au Gouvernement belge la responsabilité de l'emploi de pareils procédés: il observera seulement que le fait que le Gouvernement belge ait cru devoir recourir à une forme aussi inusitée pour présenter sa réclamation et se soit livré au dénigrement systématique et constant des autorités publiques et de la magistrature espagnoles³ montre qu'il a entendu ne négliger aucun moyen en vue de « conditionner » psychologiquement le lecteur et de l'amener à suivre un raisonnement qui ne saurait séduire même les esprits les plus épris de nouveauté.

3. Quant au fond, le Gouvernement espagnol voudrait, en guise d'introduction à la présente *Duplique*, rappeler brièvement les caractères les plus marquants de l'argumentation belge: ce sera l'objet d'un premier développement; puis il s'efforcera de résumer quelques-unes des différences essentielles qui opposent les thèses belge et espagnole.

* * *

4. Avant d'examiner dans le détail l'ensemble des arguments invoqués par le Gouvernement belge — tâche qui est l'objet propre de la *Duplique* — il est nécessaire d'attirer l'attention de la Cour sur trois traits généraux qui caractérisent l'argumentation du Gouvernement belge, à savoir: sa nouveauté, l'ampleur des variations qu'elle a subies et la légèreté des démonstrations auxquelles le Gouvernement belge prétend procéder.

¹ Introduction à la *Réplique*, I, (v).

² *Réplique*, V, p. 583.

³ Ce sont là des procédés contre lesquels le Gouvernement espagnol a déjà eu l'occasion de s'élever au cours de la procédure sur les *Exceptions préliminaires* dans les termes suivants: « Il faut remarquer, au surplus, pour démontrer l'invraisemblance de ces prétendues 'connivences malicieuses', 'complaisances malsaines' et 'machinations frauduleuses' multiples, qu'aucune d'entre elles n'a été dénoncée par les prétendues victimes devant les Tribunaux espagnols; et cela malgré le fait que les lois espagnoles fournissent les moyens de procédure permettant d'obtenir la condamnation correspondante. Il est vrai que, pour cela, il n'aurait pas suffi de faire des suppositions dénuées de fondement, car il aurait fallu que les faits allégués aient été dûment prouvés et qu'ils ne constituent pas de véritables calomnies. » E. P. 1963, I, p. 52, N° 66.

5. C'est la première fois dans les annales de la Cour internationale de Justice qu'il est question d'un prétendu « grief global » : le Gouvernement belge aime les effets de masse et il s'est sans doute imaginé qu'en mettant bout à bout des faits inexacts (ou à tout le moins insuffisants à engendrer une responsabilité internationale) il parviendrait à ses fins. A la vérité, on comprend que le Gouvernement belge ait dû agir ainsi : ce stratagème lui était indispensable en raison de la faiblesse des autres moyens dont il disposait et l'aveu, plus ou moins voilé, de cette insuffisance des griefs articulés par le Gouvernement demandeur se rencontre à plusieurs reprises dans ses écritures : ainsi le Gouvernement belge prétend que « les illégalités flagrantes, les anomalies extraordinaires, les contradictions qui ont été dénoncées dans le présent chapitre ... ne prennent à vrai dire toute leur signification que si on se rend compte de leur convergence vers l'extraordinaire résultat final obtenu »¹. Ainsi donc, le Gouvernement belge reconnaît que les griefs formulés jusqu'alors ne peuvent prendre leur sens véritable si l'on n'en fait pas la synthèse en vue de les transformer en un « grief global ». On a là la preuve certaine que le prétendu « grief global » est, non pas un élément subsidiaire de la thèse belge qui aurait été ajouté à titre surabondant, mais au contraire l'élément vital de l'édifice que la Partie adverse s'est laborieusement efforcée de construire.

Si le prétendu « grief global » tient une place essentielle dans l'argumentation belge, c'est parce que, beaucoup plus simplement que ne le dit la *Réplique*, les griefs antérieurement exposés sont dépourvus de toute signification et n'ont même pas les apparences d'un déni de justice. Et, de cela encore, le Gouvernement belge est bien obligé de convenir puisqu'il avoue qu'il n'a « jamais soutenu et ne soutient pas, parce que, pas plus que *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 »... Il n'a jamais prétendu non plus 'parce que, pas plus que *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 »². L'aveu prend toute son importance si l'on rappelle que la responsabilité internationale recherchée par le Gouvernement belge est, pour l'essentiel, une responsabilité du chef du contenu des décisions judiciaires à propos de laquelle jurisprudence et doctrine concordent à exiger l'existence d'un élément subjectif : la mauvaise foi du juge³. Ainsi, c'est l'insuffisance des griefs dont il disposait qui a rendu indispensable le recours à la pseudo-notion de « grief global ».

6. Certes, le Gouvernement espagnol entend bien que son adversaire, qui ne recule jamais devant des accusations téméraires, n'ose pas articuler formellement le grief de collusion ou de corruption pour la seule raison que, ce faisant, il se heurterait à des difficultés de preuve insurmontables. Dans ces conditions, le Gouvernement espagnol laisse la Cour juge du procédé qui consiste à tout faire pour suggérer constamment et insidieusement l'existence d'une collusion, d'un vaste complot dans lequel auraient trempé non pas le seul juge de Reus, mais des dizaines de magistrats et de fonctionnaires espagnols, quitte à se dérober devant la preuve qui lui incombait. Le Gouvernement espagnol ne s'attardera pas ici sur cette question de preuve : l'aveu d'impuissance de la Partie adverse est suffisamment éloquent sur ce point. Mais il conteste l'emploi du procédé qui consiste

¹ *Réplique*, V, N° 792, p. 583.

² *Ibid.*, N° 854, p. 618.

³ Cf. *infra* II Partie, Chap. I, Sec. II § 3 A.

de la part du Gouvernement demandeur à prétendre qu'« il n'a jamais soutenu et qu'il ne soutient pas qu'il y ait eu manœuvre dolosive, subornation, corruption ou concert frauduleux », ¹ d'une part, et, d'autre part, à faire état de la « confiance absolue » ² qu'aurait eue M. March « dans l'appui inconditionnel que les autorités administratives et judiciaires apporteraient à ses thèses ». ³ Le divorce est patent entre ce que le Gouvernement belge a fait et ce qu'il a prétendu faire: c'est pour combler cette faille que le Gouvernement belge a dû recourir à la construction hasardeuse du « grief global ». Il s'agissait pour lui de masquer l'effondrement des griefs jusqu'alors échafaudés.

7. Mais le prétendu « grief global » ne résiste pas mieux que les autres à un examen sérieux: résumée à l'essentiel, la thèse du Gouvernement belge revient en effet à dire qu'il y aurait eu coïncidence volontaire entre une intention prêtée à certaines personnes privées de spolier *Barcelona Traction* de ses biens, d'une part, et, d'autre part, une attitude constamment complaisante des autorités espagnoles qui, animées par des préjugés nationalistes, auraient prêté leur aide à ces personnes privées pour leur permettre de réaliser leur dessein sous tous ses aspects; cette version des faits est scandaleusement fausse.

8. Quant aux personnes privées, elles n'ont eu qu'un seul but, constamment réaffirmé: obtenir le paiement de ce qui leur était dû. Telle a été la seule et unique ambition qui ait animé les créanciers de *Barcelona Traction*. Et l'on ne peut sûrement pas leur reprocher d'avoir négligé les moyens amiables de parvenir à un règlement du litige qui les a opposés à leur débiteur: tout concourt, au contraire, à montrer que les obligataires de *Barcelona Traction* ont sans relâche cherché à parvenir à un accord avec les dirigeants du groupe, ainsi que le Gouvernement espagnol le démontrera le moment venu ⁴.

On ne peut, à cet égard, manquer de relever dès à présent que, dans tous les accords ou projets élaborés au cours de ces négociations, une disposition est constamment reprise et répétée, savoir que les accords s'appliqueront à moins que la société « dans l'entre-temps ait réussi à se procurer les fonds nécessaires pour le règlement des intérêts arriérés dus aux obligataires »: ce sont les termes employés dans l'accord du 21 janvier 1947 ⁵. De même, l'accord conclu à Bâle le 27 novembre 1947 prévoyait la résolution de plein droit au cas de paiement de ses dettes par *Barcelona Traction* ⁶. Voilà qui prouve de façon irréfutable que les obligataires ne poursuivaient qu'un seul but: le paiement de leur dû.

9. Au reste, M. March a maintes fois proclamé qu'il n'avait nullement l'intention, lui financier, de se muer en industriel de l'électricité: ainsi il ressort du témoignage de M. Glasco, *receiver* canadien, que, le 27 juillet 1951 encore, il rejetait toute idée d'acquiescer le contrôle de la société; il avait, disait-il, « trop d'intérêts par ailleurs pour s'embarasser de faire fonctionner des sociétés concessionnaires de service public et tout ce qu'il voulait était obtenir son dû » ⁷. C'est d'ailleurs à la suite de cette entrevue avec lui que le *receiver*

¹ *Réplique*, V, N° 854, p. 618.

² *Ibid.*, N° 792, p. 583.

³ *Ibidem*.

⁴ Cf. *infra*, 1^{re} partie, chapitre II, section II, § 1^{er} (« Le prétendu complot des obligataires »).

⁵ A.C.M., N° 118, vol. II, p. 487.

⁶ « The agreement will be automatically terminated when the *Barcelona Company* has paid all arrears of interest on its bonds and all expenses incurred by the bondholders » (A.C.M., N° 118, vol. II, p. 497).

⁷ « March disclaimed any desire to control the company: he has too many other interests to become involved in the operation of utility companies: all he wants is his money ». (*Receivership*, p. 773.)

s'efforça de convaincre les dirigeants du groupe *Barcelona Traction* d'entrer en discussion avec lui: on sait dans quelles conditions ceux-ci diffèrent leur réponse pour faire finalement savoir qu'ils ne seraient « pas disposés à négocier aussi longtemps que n'auraient pas été explorées certaines possibilités en vue d'améliorer leur position dans les négociations »¹.

La preuve la plus éclatante du fait que les créanciers de *Barcelona Traction* n'ont jamais eu l'intention de s'emparer de l'entreprise résulte de la démarche accomplie le 4 janvier 1952 par laquelle F.E.C.S.A., déclarée adjudicataire des biens, proposait à *Sidro* de les lui céder sous la seule condition du paiement préalable des obligations émises par *Barcelona Traction*². Cette proposition, ajoutée à la disposition du cahier des charges qui donnait à *Barcelona Traction* le droit de présenter à sa guise un autre enchérisseur qui dans les neuf jours remplacerait F.E.C.S.A., montre que les actionnaires ont eu toutes les possibilités de conserver la maîtrise des biens de l'entreprise sous une seule condition: payer le montant des obligations et les intérêts de retard. L'unique ambition des promoteurs de la faillite a donc bien été d'obtenir le paiement de leur dû et leur persévérance sur ce point n'a eu d'égalé que la volonté constante de leurs adversaires de se dérober à l'exécution de leurs obligations. Ce n'est qu'en déformant délibérément les faits de la cause que le Gouvernement demandeur a pu leur attribuer d'autres desseins.

10. Le deuxième aspect — beaucoup plus scandaleux encore — du prétendu « grief global » consiste à mettre en cause l'impartialité des autorités espagnoles.

Or il apparaît que le souci constant des autorités gouvernementales et administratives espagnoles a été de faire leur devoir en conformité de la loi et de s'en tenir aux limites de leur compétence; c'est ainsi que lorsque l'un des dirigeants du groupe *Barcelona Traction* tenta d'impliquer le Gouvernement dans les démêlés judiciaires de la société en s'adressant à un ministre pour essayer d'obtenir « la levée des mesures judiciaires de déclaration de faillite et autres prises contre la *Barcelona Traction* »³, ce ministre fit savoir à M. Heineman qu'il s'agissait là « de matières complètement étrangères à la compétence du Gouvernement, qu'elles se trouvent soumises aux juges et tribunaux compétents dans l'action desquels il ne peut en aucune façon intervenir »⁴. De même, dans une note verbale à l'Ambassade de Grande-Bretagne le 19 décembre 1951, le Ministre des Affaires étrangères déclarait que « tant que l'affaire se trouvera *subjudice*, ce département manquera des moyens pour s'immiscer dans le déroulement d'une procédure qui échappe à sa compétence »⁵.

11. C'est tout aussi gratuitement que le Gouvernement belge prétend imputer aux autorités espagnoles une volonté d'hispanisation; l'accusation, outre qu'elle est mal fondée, est tout à fait déplacée. En effet, ce ne sont pas les autorités espagnoles mais bien au contraire les dirigeants du groupe *Barcelona Traction* qui, les premiers et de bonne heure,

¹ *Receivership*, p. 863.

² A.C.M., vol. VIII, p. 370.

³ Cf. la note intitulée « Bases pour une nouvelle négociation », annexée à la lettre de M. Heineman en date du 26 juillet 1948 (A.C.M., vol. VI, pp. 359-360).

⁴ Cf. la réponse du ministre M. Suanzes en date du 14 août 1948 (A.C.M., vol. VI, p. 364).

⁵ A.C.M., vol. VI, p. 100.

ont envisagé d'« hispaniser » l'entreprise : cette préoccupation apparaît en tête des objectifs assignés aux divers plans de réorganisation ¹.

12. La Partie adverse ne se soucie guère de la vérité historique lorsqu'elle prétend imputer aux autorités espagnoles une volonté d'« hispanisation » alors que chacun sait que ce sont les dirigeants du groupe *Barcelona Traction* et non les autorités espagnoles qui ont eu l'idée d'une « hispanisation » dans laquelle ils pensaient trouver un remède à leurs difficultés en s'attirant en même temps les faveurs de l'Etat espagnol. Prêter aux autorités espagnoles une volonté d'« hispanisation », c'est donc opérer un singulier renversement des rôles. Mais c'est, de plus, verser dans l'in vraisemblance car, si les autorités espagnoles avaient vraiment nourri un tel dessein, elles auraient eu des moyens plus simples de le mettre à exécution : il eût suffi pour cela, et les motifs n'en manquaient pas, de prononcer la déchéance des concessions, et de les mettre en adjudication : point n'était besoin de recourir à des voies tortueuses, inspirées du seul droit privé et dont la complexité à elle seule est un défi pour l'imagination.

13. Avec le troisième élément du « grief global », à savoir l'accusation de collusion, on sombre véritablement dans le ridicule, ne serait-ce que par l'ampleur même de la gigantesque manœuvre qu'elle suppose et le nombre des personnes qui s'y trouvent impliqués : ce ne sont pas seulement le juge de Reus et les juges spéciaux nommés à la demande d'*Ebro* par le bureau de la Cour Suprême qui sont mis en cause, mais l'ensemble de la magistrature espagnole, y compris les magistrats de la plus haute juridiction du pays, à qui on ose reprocher d'avoir été animés par des mobiles inavouables qui les auraient amenés à prêter leur « concours bienveillant » ² aux représentants de certains intérêts privés, témoignant par là d'un « nationalisme exacerbé » ² et d'une « évidente partialité » ².

Mais il y a mieux, et l'on se demande si l'expression « nationalisme exacerbé » convient encore lorsqu'on constate que le Gouvernement belge — non content de mettre en cause les autorités espagnoles — trouve le moyen de s'en prendre, en outre, aux ressortissants de trois pays qui ont participé aux travaux de la commission internationale d'enquête constituée en 1950 d'accord entre les Gouvernements intéressés ³ et même aux Gouvernements canadien et britannique pour avoir signé la déclaration conjointe du 10 juin 1951 : en effet, s'il faut en croire la *Réplique*, « l'utilisation de l'expertise internationale pour servir les intérêts du groupe March se manifesta », entre autres, « par une déclaration conjointe équivoque prétendant résumer les conclusions des experts » ⁴ et dans laquelle le Gouvernement belge ne serait pas loin de voir un faux puisqu'il prétend qu'elle aurait donné une « image inexacte des travaux et des conclusions de la Commission internationale d'experts » ⁵. C'est affirmer implicitement mais nécessairement que les Gouvernements canadien et britannique, du fait que leurs représentants ont rédigé et approuvé la déclaration conjointe, auraient, eux aussi, trempé dans le vaste complot dont le principe constitue le

¹ A.C.M., vol. II, N° 112, document N° 1, p. 292.

A.C.M., vol. II, N° 112, document N° 3, p. 304 : « Broadly, the plan is to create a large Spanish distributing company ».

A.C.M., vol. II, N° 118, document N° 3, p. 499 : « As the Barcelona properties are located in Spain... Barcelona should withdraw from Canada and reorganize in Spain. »

² *Réplique*, V, N° 854, p. 618.

³ Cf. *Contre-mémoire*, IV, pp. 179-191 et *infra*, II Partie, Chap. V, Sec. IV.

⁴ *Réplique*, V, N° 162, p. 96.

⁵ *Ibid.*, N° 169, p. 102.

soutien nécessaire du « grief global ». Il apparaît ainsi qu'aux yeux du Gouvernement belge toute personne privée ou toute autorité publique, de quelque pays qu'elle soit qui, d'une manière ou d'une autre, a contribué à tenir en échec les prétentions de *Barcelona Traction* se trouve impliquée dans la conspiration que le Gouvernement belge a cru pouvoir dénoncer.

Les considérations qui précèdent suffisent à montrer que, sous quelque aspect qu'on l'envisage, le « grief global » ne résiste pas à l'examen et que l'effort d'imagination qu'on a dû faire pour l'inventer n'est pas parvenu à lui donner la moindre consistance.

14. En ce qui concerne, ensuite, les variations des thèses juridiques, le Gouvernement espagnol estime qu'elles sont très significatives en ce qu'elles révèlent les difficultés que le Gouvernement belge éprouve à poursuivre ses démonstrations jusqu'à leur terme.

15. Une première observation doit ici être faite car elle concerne le fondement même que le Gouvernement belge assigne à sa réclamation: le Gouvernement demandeur invoque et ne peut manifestement invoquer, à l'appui de sa demande, que la prétendue violation de règles générales du droit international. Il est à remarquer que, dans ses premières interventions en faveur de *Barcelona Traction*, le Gouvernement canadien avait adopté la même position: il y avait été conduit par les fausses représentations auxquelles s'étaient livrés les sujets qu'il entendait protéger. Ceux-ci lui avaient présenté une version entièrement fautive des circonstances qui avaient amené le refus de devises; en outre, ils étaient parvenus à la persuader qu'il y aurait eu en l'espèce un déni de justice sous forme d'un refus d'accès aux tribunaux au motif que la faillite avait été prononcée « inaudita parte debitoris », alors qu'un tel mode de procéder est tout à fait usuel dans les systèmes de droit continentaux. A la suite des résultats de l'enquête menée par la commission internationale d'enquête quant au premier point et des précisions apportées par le Gouvernement espagnol dans ses notes quant au deuxième point, le Gouvernement canadien avait rectifié sa position: il avait admis qu'il ne pouvait invoquer, en l'espèce, la violation d'une quelconque règle générale du droit international et il s'était contenté de faire valoir la méconnaissance d'une obligation particulière résultant d'un traité¹. Il est assez piquant d'observer que le Gouvernement belge invoque aujourd'hui la violation par l'Espagne à l'égard du Canada d'une obligation qui résulterait du droit international général alors que le Gouvernement canadien, protecteur attiré de la société *Barcelona Traction*, avait reconnu qu'il ne pouvait donner un tel fondement à son intervention.

16. Un autre changement spectaculaire a porté sur les bénéficiaires mêmes de la protection diplomatique qu'entend exercer le Gouvernement belge; les transformations apportées dans la deuxième *Requête* par rapport à la première ont été longuement exposées lors de la procédure orale et dans le *Contre-mémoire*. Elles n'ont pas trouvé d'explication dans les dérobades et les incertitudes réitérées dans la *Réplique* sur ce point.

¹ Après avoir déclaré dans une note diplomatique en date du 27 mars 1948 que « in the view of the Canadian Government the issuance of the bankruptcy order (even if the Court had jurisdiction to issue it) constituted a denial of justice to *Barcelona Traction* because it was made without prior notice to the company and without giving the company a chance to be heard in Court before the order was made », le Gouvernement canadien reconnaissait, dans une autre note en date du 21 juillet 1949: « The Canadian Government have no alternative but to maintain that the Spanish Government is under an obligation to recognise the legal personality of incorporated companies by virtue of the Treaty of Commerce and Navigation between the United Kingdom and Spain signed at Madrid on October 31st, 1922 and the Agreement regarding Companies June 27th, 1924, both of which were adhered to by Canada on August 1st, 1928 ». La même note exprimait l'espoir du Gouvernement canadien que les mesures prises à l'égard d'*Ebro* ne le seraient pas « in violation of the rights of foreign companies which the Government of Spain has undertaken to preserve ».

17. En ce qui concerne la réparation, le Gouvernement belge abandonne la demande d'une *restitutio in integrum* pour se contenter d'une réparation par équivalent. Comme le Gouvernement espagnol aura l'occasion de le montrer, ce changement ne fait que mieux mettre en lumière les vices irrémédiables de la demande belge que ces métamorphoses ne suffisent pas à éliminer.

18. Bien d'autres glissements plus ou moins marqués apparaissent dans les thèses belges. Les plus importants concernent sans doute le « déni de justice ». Le Gouvernement belge semble s'être rendu compte de la fragilité de ses attaques menées contre les autorités non judiciaires, notamment en matière de devises. Cela n'a rien de surprenant si l'on rappelle que, sur ce point précis, un organisme international a mené une enquête à la suite de laquelle les Gouvernements canadien, britannique et espagnol ont été d'accord pour déclarer que le Gouvernement espagnol était pleinement justifié d'avoir agi comme il l'avait fait et que les griefs jusque-là portés contre lui n'avaient pas le moindre fondement.

Mais surtout le Gouvernement belge a sans doute mesuré combien il lui serait difficile de prouver la participation à un « déni de justice » de l'ensemble des juridictions qui ont été saisies de cette affaire: c'est pourquoi il a été amené à infléchir ses affirmations d'une manière qui ne tend à rien de moins qu'à faire de la Cour internationale de Justice une juridiction suprême d'appel des tribunaux nationaux (*infra*, II Partie, Chap. I, Sect. II, § 3 B).

Sans allonger la liste de ces changements qui sera enrichie dans le corps de la *Duplique* par d'autres exemples, il faut en retenir la reconnaissance manifeste des obstacles rencontrés par l'action entreprise par le Gouvernement belge.

Il va sans dire que le troisième caractère de la *Réplique*, à savoir l'inconsistance des preuves apportées par le Gouvernement belge, appelle de la part du Gouvernement espagnol des observations encore plus fermes et plus graves.

19. Certes, les questions de preuve présentent des aspects propres à chacune des matières qui seront l'objet d'un développement particulier de la *Duplique*; ces aspects seront présentés aux lieux et places qui leur reviennent dans la *Duplique* (pour la conduite de l'entreprise I Partie, Chap. I, pour les devises I Partie, Chap. II, Sect. I, pour les obligataires I Partie, Chap. II, Sect. II, pour la prétendue violation du droit international en raison du contenu des décisions judiciaires II Partie, Chap. II, Sect. III, Chap. III et IV). Mais dès ces remarques introductives, le Gouvernement espagnol tient à exprimer sa surprise devant la manière dont le Gouvernement belge prétend conduire certaines « démonstrations » et feint de croire que sont « prouvées » certaines affirmations.

20. Sans dépasser le cadre restreint d'observations préliminaires, on peut donner quelques exemples, parmi beaucoup d'autres, des procédés du Gouvernement belge dans la *Réplique*:

1) Dans un chapitre manifestement destiné à des effets d'atmosphère, le juge de Reus est accusé d'avoir eu des « contacts irréguliers » avec les demandeurs à la faillite (*Réplique*, p. 9). Cette accusation est fondée uniquement sur le fait que les témoins comparurent sans être cités préalablement et que le commissaire et le séquestre-dépositaire acceptèrent leurs charges le jour même de leur comparution, également sans citation préalable. Le Gouvernement belge peut-il prétendre ignorer que c'est là la pratique usuelle en matière de faillite, alors surtout qu'il donne en modèle des précédents judiciaires

dans lesquels les témoins ne firent pas l'objet d'une citation, pas plus que le commissaire et le séquestre-dépositaire qui acceptèrent leur charge le jour même de leur comparution? (*infra*, II Partie, Chap. III, Sect. II, § 1 B et § 3 B).

2) La *Réplique* signale deux faillites de sociétés belges, prononcées en Espagne, dans lesquelles le juge saisi aurait ordonné la publication du jugement déclaratif au siège social des sociétés intéressées et prétend qu'en exécution de cette décision la publication aurait eu lieu au « Moniteur belge ». La Partie adverse oublie que l'ordre du juge ne fut jamais exécuté. Dans l'un des deux cas, le « Moniteur belge » ne fit qu'une annonce insérée à la diligence exclusive de la société faillie elle-même. Dans le second cas, il n'y eut aucune publication, les autorités belges elles-mêmes s'y étant opposées (*infra*, II Partie, Chap. III, Sect. II, § 3 C 2).

3) La *Réplique* voudrait présenter comme une violation flagrante des droits de la défense le fait que les avoués des filiales ont été révoqués et remplacés et que les tribunaux ont déclaré qu'ils ne pourraient connaître d'un recours contre cette décision que dans le cadre d'un procès déclaratif (*Réplique*, V, pp. 496 et 498). Le Gouvernement belge ignore-t-il que les intéressés eux-mêmes ont reconnu plus tard que la doctrine affirmée par les tribunaux à cet égard était correcte? (*infra*, II Partie, Chap. III, Sect. III, § 5 B).

Et le Gouvernement espagnol n'en finirait pas de citer les affirmations non prouvées, les insinuations inexactes et malveillantes qui vont jusqu'à la mauvaise foi comme, par exemple, celle qu'on a osé faire à propos du remplacement par le Tribunal Suprême lui-même du premier juge spécial¹.

21. On peut admettre certes au profit de chaque plaideur, surtout dans une affaire aussi compliquée, la possibilité d'erreurs ou d'omissions. Mais cela ne suffit en aucun cas à expliquer les démonstrations belges ou ce qui en tient lieu. En effet, finalement, comme on le montrera plus loin, c'est essentiellement l'application par les tribunaux espagnols du droit espagnol qui fournit la base des griefs belges, et à cet égard le Gouvernement belge accumule les insinuations injurieuses, les accusations sans fondement, faisant montre d'une tendance marquée à ne considérer comme conformes au droit que les décisions favorables aux intérêts de ses protégés, lorsqu'il ne va pas jusqu'à « fabriquer » lui-même les règles de Droit espagnol qui lui conviennent, tranchant à son profit les questions douteuses ou controversées, considérant que seules les décisions conformes aux intérêts de ses protégés sont conformes au droit.

On pourrait croire que le Gouvernement belge s'inspire en quelque sorte d'une conception « statistique » de l'argumentation; la *Réplique* accumule les faits inexacts et les arguments sans valeur en escomptant que la lassitude de l'adversaire ou celle du lecteur finira bien par en faire admettre dans le nombre quelques-uns; en en gonflant la masse une démonstration finirait par présenter quelque vraisemblance. Somme toute, la vérité s'établirait au pourcentage des affirmations, même si ce pourcentage est faible, pourvu que les affirmations soient nombreuses.

Enfin, non content de présenter à la Cour des présomptions sans fondement, des hypothèses inexactes et des interprétations du droit espagnol gratuites ou même fantaisistes, le Gouvernement belge aurait voulu, sur le plan des preuves, disqualifier les

¹ *Réplique*, V, N° 156, p. 93: on sait que ce remplacement eut lieu pour des raisons familiales de la plus grande gravité (cf. A.D. N° 160).

réponses que le Gouvernement espagnol avait apportées à ses accusations. Tout d'abord le Gouvernement espagnol présenterait sans en avoir le droit les documents irrégulièrement recueillis auprès des archives de l'entreprise en Espagne, ensuite il aurait opéré un choix de documents. Ces allégations, de portée générale, ne reposent sur aucun fondement; pour ne pas alourdir l'Introduction, il y sera répondu dans le corps même de la présente Duplique ¹.

* * *

22. La Réplique comme le Mémoire voudrait présenter le tableau d'une entreprise prospère, victime d'un cas de force majeure qui paralyse le paiement de ses dettes, en proie à la mauvaise volonté, puis à l'hostilité des autorités publiques et de la magistrature, surprise par d'inconcevables demandes judiciaires, prompt à se défendre et succombant, après une héroïque résistance, à une vaste conjuration destinée à la dépouiller de ses biens.

Le Gouvernement espagnol ne saurait admettre aucun des traits de ce tableau qui ne vise qu'à présenter une version déformée des faits. A cet égard le Gouvernement espagnol doit, dès à présent, insister sur le fait que, si l'affaire soumise à l'appréciation de la Cour présente un caractère insolite, cela tient non pas à l'application du droit espagnol au cours de la procédure de faillite, mais exclusivement à l'attitude tout à fait singulière de *Barcelona Traction* tout au long de sa tumultueuse histoire; à la façon dont elle a conduit ses affaires en Espagne, à son comportement à l'égard des autorités administratives, à la manière dont elle a choisi de défendre ses intérêts en ayant recours d'emblée à la protection diplomatique et en ne se présentant que beaucoup plus tard devant les tribunaux.

23. Avant de discuter dans le détail les éléments du tableau brossé par le Gouvernement belge qui constituent à proprement parler ses accusations — ce qui sera l'objet du corps même de la Duplique —, le Gouvernement espagnol pense qu'il est utile de montrer dès maintenant que l'opposition des deux gouvernements porte d'abord sur les causes profondes des événements.

Pour la Belgique, l'existence d'un complot réunissant les obligataires, les autorités espagnoles non judiciaires et judiciaires constituerait un « grief global » qui expliquerait toute l'affaire et autoriserait à détacher celle-ci des événements qui ont précédé la procédure judiciaire. Pour l'Espagne, la conduite de *Barcelona Traction*, appréciée depuis sa création jusqu'à la fin de la procédure de faillite, constitue un tout indissociable dont les éléments se tiennent et sont soudés les uns aux autres.

La structure de l'entreprise et les éléments essentiels et fondamentaux de sa politique financière sont au cœur de l'affaire. Financée par ses obligataires, l'entreprise prit l'habitude, lors des nombreuses crises qui marquèrent son histoire, de résoudre ses difficultés financières à leurs dépens. Portant le poids d'une énorme dette en livres sterling, l'entreprise se sentit menacée dans son avenir à partir du moment où, n'ayant que des recettes en pesetas, elle se mit à craindre une dépréciation de la peseta. Mais, de plus, elle eut la malencontreuse idée de dissimuler le plus longtemps possible aux autorités espagnoles certains des traits essentiels des structures sociétaires et financières de l'affaire. Ces dissimulations, dont le secret ne fut que partiellement levé lors de la crise finale, avaient pour objet, entre autres, de frauder les lois espagnoles. Le Gouvernement belge a largement reconnu ces dissimulations et leur intention.

¹ Partie première, chapitre I, section I.

Le poids dont le maintien de ces dissimulations a pesé dans la vie de toute l'entreprise, joint à l'habitude de demander des sacrifices aux créanciers, a conduit les dirigeants, notamment lorsque vers 1940 (cf. *infra*, II Partie, Chap. VI, Sect. III) l'entreprise eut l'occasion de réorienter son avenir, à refuser à maintes reprises des solutions accessibles qui auraient permis de détourner le cours des événements dans lesquels le Gouvernement belge voudrait lire aujourd'hui les desseins d'une volonté hostile.

Certes, comme le rappelle avec complaisance le Gouvernement belge, l'entreprise était en marche (*going concern*), mais elle était prisonnière d'une histoire où, par ses choix, elle s'était enfermée dans une impasse. Assise sur des formules financières sans véracité économique, dissimulant ses mécanismes pour des raisons fiscales, l'entreprise ne pouvait procéder librement aux démarches que nécessitait le service de son énorme dette extérieure. Financée par les sacrifices demandés aux obligataires et par la réduction frauduleuse de ses charges fiscales, elle avait besoin de recourir au crédit en Espagne à une échelle conforme aux besoins propres de l'industrie électrique. Mais pour user plus largement que par le passé des ressources financières du marché espagnol, il fallait profiter des moments les plus favorables et pour cela offrir au public l'image simplifiée et claire d'une grande affaire liée intimement à l'économie locale. En outre, pour se réorganiser, elle devait mettre sa structure à nu et précisément elle ne pouvait le faire sans danger. C'est ainsi qu'en 1940 elle choisit finalement de financer d'indispensables investissements avec l'argent dû aux obligataires, au lieu de se procurer, par des moyens plus corrects et si le jeu en valait la chandelle, la somme en définitive relativement limitée qui était nécessaire pour assurer le service des obligations. Il va de soi que la société aurait pu, si elle l'avait voulu, soit consigner les sommes dues, soit en effectuer le transfert dans les conditions prévues par l'accord avec le Royaume-Uni¹.

24. La faillite de la société était donc inévitable si elle ne pouvait obtenir des obligataires de nouveaux sacrifices, effacer des structures et engagements de l'entreprise tout ce qui compromettrait irrémédiablement celle-ci aux yeux des autorités espagnoles et se doter de larges sources de financement local.

Le Plan d'arrangement fut une des issues imaginées pour tenter de sortir de l'impasse. C'était une solution qui reposait en définitive sur l'accord des obligataires; d'autres formules d'accord avec ceux-ci étaient possibles; mais, dans cette situation qui ne pouvait se prolonger, la faillite même pouvait apparaître comme une solution. Réorganisation résultant d'arrangements conclus avec les obligataires heureux de limiter leurs pertes et faillite provoquée par des obligataires soucieux de l'intégrité de leurs droits n'apparaissent donc pas comme deux issues opposées et étrangères l'une à l'autre, mais bien comme les deux formes que pouvait prendre la fin d'une faillite latente résultant de l'accumulation des choix qui depuis de nombreuses années avaient fermé progressivement les voies qui auraient permis à l'entreprise de se rétablir et aux obligataires d'éviter d'avoir à choisir entre le sacrifice d'une partie de leurs droits ou leur défense par les contraintes légales.

Certes, le Plan d'arrangement était d'une singulière audace. Comment imaginer qu'un Gouvernement digne de ce nom ait pu fermer les yeux et prêter son concours à une opération aussi suspecte? En réalité, les dirigeants du groupe avaient conscience

¹ Sur ce point, *infra*, I Partie, Chap. II, Sec. I § 2 et les documents fondamentaux que sont la lettre du 29 mars 1940 de M. Heinemar à M. Hubbard (A.C.M., vol. II, N° 112, doc. N° 2, p. 301), la lettre à M. Lawton du 8 avril 1940 (*Annexes Duplique*, N° 8, doc. N° 4), les lettres du 27 juillet et du 6 août 1940 entre MM. Spéciael et Lawton, ainsi que la lettre de M. Strang du 25 avril 1940 (A.C.M., vol. VI, p. 163).

de disposer d'un immense pouvoir: ils pouvaient mobiliser contre l'Espagne des influences étrangères toutes-puissantes; ils pouvaient d'ailleurs porter contre l'Etat indocile des coups directs qui le feraient hésiter à faire montre de fermeté (cf. *infra*, N° 254).

25. Dès que les négociations furent amorcées avec les obligataires, les attermoiments et les dérobadés des dirigeants du groupe montrèrent qu'ils ne craignaient pas grand-chose des voies légales ouvertes à l'encontre des débiteurs récalcitrants. En effet, la structure de l'entreprise avait aussi pour objet d'organiser au mieux son insolvabilité, ou tout au moins de rendre la faillite si longue, si onéreuse et si aléatoire qu'elle découragerait les créanciers les mieux organisés: c'est ce que reconnaît avec une certaine naïveté le Gouvernement belge lorsqu'il considère à plusieurs reprises l'« invulnérabilité » de *Barcelona Traction* ou la « protection naturelle » que lui conférerait sa structure (*Réplique*, V, p. 16, note 1). Seule cette conscience des forces qui la soutenaient, des coups qu'elle pouvait porter à l'Espagne, de l'immunité qu'elle s'était forgée peuvent expliquer l'attitude de l'entreprise au cours de la période qui s'étend de l'échec du Plan d'arrangement à la faillite.

26. Le déclenchement de la faillite devait démontrer d'une manière éclatante combien *Barcelona Traction* était prisonnière de sa conduite. En effet, l'attitude de *Barcelona Traction* face aux procédures judiciaires démontre à l'évidence:

1) Que *Barcelona Traction* n'a pas invoqué — et pour cause — au cours de l'ensemble de la procédure interne les arguments qu'invoque aujourd'hui à tort le Gouvernement belge pour tenir, en vain, d'établir qu'elle n'était pas en état de faillite.

2) Que la tactique judiciaire de *Barcelona Traction* a été constamment conditionnée par l'édifice d'apparences et de dissimulations qu'elle avait minutieusement construit pour résister à ses créanciers et tromper le fisc.

En effet, *Barcelona Traction* non seulement a été très rapidement informée du jugement de faillite prononcé contre elle, mais ses hommes de paille avaient reçu en temps utile des pouvoirs spécifiques pour recourir contre le jugement de faillite et ils s'abstinrent de le faire (*infra*, II Partie, Chap. III, Sect. II § 3 C 3). Même les recours qui furent effectivement intentés par les « co-intéressés » de la société faillie ne se donnèrent pas pour objet d'attaquer la mise en faillite de *Barcelona Traction* elle-même, mais seulement de stériliser cette faillite en la privant de tout effet concret. Lorsque *Barcelona Traction* se décida à comparaître devant les tribunaux espagnols, le 18 juin 1948, représentée par un avoué dont les pouvoirs avaient été accordés le 9 mars 1948, elle présenta un écrit de dix-sept lignes, si court, si incomplet qu'il paraît difficile de considérer qu'il pouvait traduire une intention sérieuse de comparaître. Et c'est le même comportement que l'on pourra observer à toutes les étapes de la procédure: *Barcelona Traction* n'a jamais choisi qu'une tactique dilatoire, soulevant des incidents de procédure, adhérant aux incidents ou soutenant les demandes ayant le même objet, et émanant de tiers ou d'adversaires et s'abstenant de faire valoir un certain nombre de moyens de défense très importants précisément parce qu'elle était prisonnière d'un passé qu'elle entendait à tout prix dissimuler. Cette attitude sera exposée dans le détail plus loin (*infra*, II Partie, Chap. III, Sect. XI).

27. Mais il n'est pas besoin d'examiner par le menu l'attitude objective de la *Barcelona Traction*, des sociétés affiliées ou « co-intéressées »: la tactique de *Barcelona Traction* a été décrite et reconnue par les propres conseils de l'intéressée. Si certains conseils déjà cités par le *Contre-mémoire* (IV, p. 542) font état d'un désarroi dans la défense des intérêts de

la société faillie (A.C.M., N° 12, vol. IX, p. 356), d'autres déclarations établissent que les instructions reçues avaient essentiellement pour objet de prolonger la procédure en gagnant du temps¹.

Dès le départ la société faillie, consciente du fait que sa position était indéfendable, n'eut qu'un objectif: obtenir par une pression diplomatique assortie d'une campagne de diffamations et de menaces ce qu'aucun tribunal ne lui aurait accordé; elle obtint ainsi une pluie d'interventions destinées dans l'intention de ceux qui les provoquaient² à appuyer la protection diplomatique exercée par le Gouvernement canadien³. Comme on le sait, ce souci constant se manifesta toujours, même après la vente des biens lorsqu'elle fit appel aux services d'un prestigieux avocat américain, ancien ambassadeur de son pays, puis finalement lorsqu'elle abandonna tour à tour l'Union Jack, la feuille d'érable et la bannière étoilée pour faire le choix du seul emblème susceptible, à son avis, de lui ouvrir les portes de la Cour internationale de Justice et désigné par les conseils du Gouvernement demandeur sous le nom de « cocarde belge ».

28. Une autre raison de la singulière tactique de la société était qu'elle correspondait au système qu'elle avait progressivement mis au point au cours de toute son histoire antérieure.

Bien que la loi canadienne de mars 1912 concernant les activités de *Barcelona Traction* dans le domaine des transports eût prévu que toutes les affaires de la société dans ce secteur devaient être faites en Espagne, celle-ci, après quelques faux pas où elle avait imprudemment reconnu la vérité, s'était efforcée, notamment pour des raisons fiscales, de dissimuler l'activité qu'elle déployait en Espagne, soit directement, soit à travers ses filiales. Sans doute crut-elle habile, devant une procédure de faillite dont elle avait pourtant compris depuis de longs mois l'imminence, de suivre la même ligne de défense, en essayant d'imposer aux tribunaux espagnols l'image d'une société, *Barcelona Traction*, qui, tout en se trouvant à la tête d'un passif obligataire de plus de huit millions de livres, n'exerçait en réalité aucune activité et n'avait nulle part de biens au soleil. Ainsi la déclaration de faillite serait un simple coup d'épée dans l'eau et les créanciers se trouveraient devant l'impossibilité définitive de recouvrer leur dû.

Pour cela il lui fallait tromper les tribunaux comme elle avait, dans le passé, trompé les autorités fiscales. Ainsi, le premier acte du groupe *Barcelona Traction* dans la faillite, l'*escrito d'Ebro* du 16 février 1948 (*infra*, II Partie, Chap. III, Sect. V § 1 C), soutient-il qu'il n'était ni certain ni encore moins prouvé que toutes les actions d'*Ebro* fussent dans les mains de *Barcelona Traction*. *Ebro* admit que la chose était possible, mais que le contraire l'était également. Faut-il rappeler que cette prétendue incertitude avait été opposée dans le passé aux autorités fiscales sous le prétexte que les actions étaient au porteur?

¹ Cf. *infra*, II Partie, Chap. III, Sect. XI, et les documents de la receivership canadienne (vol. V, mémorandum du receiver N° G 21 du 24 décembre 1951, document de preuve « N » ainsi que Mémorandum du receiver du 18 avril 1952). Comme le disait l'avocat du receiver, on a évité de présenter un seul commentaire sur le fond de l'affaire en raison de l'importance considérable des questions impliquées et de la grave indiscretion qu'il y aurait eu à exposer la position de la *Barcelona Traction* en ce qui concerne l'adjudication et ses conditions.

² Il résulte en effet des documents de la cause que, dans l'esprit des dirigeants du groupe, c'est au Gouvernement canadien exclusivement qu'il appartenait d'exercer la protection diplomatique proprement dite et que le service qui pouvait être demandé au Gouvernement belge, comme à d'autres Gouvernements, consistait à appuyer les démarches du Gouvernement canadien (cf. le télégramme de M. Heineman en date du 24 février 1950, *Observations et conclusions* du Gouvernement belge en réponse aux *Exceptions préliminaires*, nouveau document, Appendice 8, p. 17).

³ Vol. V de la Receivership, Mémorandum du receiver du 18 avril 1952.

Cette permanence de l'influence du passé, cette imprégnation de la faillite par l'histoire de *Barcelona Traction* pourraient être démontrées par d'innombrables exemples. Qu'il soit permis d'en ajouter encore un qui l'illustre de manière particulièrement éloquente : les syndicats de la faillite procédèrent à la vente des biens pour le motif entre autres qu'il leur devenait impossible, après déjà trois ans de stagnation, de pourvoir aux investissements qu'appelaient le développement de la consommation. Le Gouvernement belge voudrait nier la pertinence et l'exactitude d'un tel raisonnement (*infra*, II Partie, Chap. III, Sect. VIII § I A). Cependant, comment la position des syndicats ne serait-elle pas éclaircie et justifiée si on la rapproche de celle des dirigeants de l'affaire en 1940? A cette date ils avaient, eux aussi, constaté la nécessité inéluctable d'entreprendre de nouveaux investissements dont certains n'étaient pas encore achevés lors de la faillite de 1948; mais ils décidèrent alors (comme on l'a déjà rappelé) (*supra*, pp. 14-15) de les financer avec les fonds destinés à payer la dette envers les obligataires. Le Gouvernement belge voudrait-il suggérer que, pour assurer la survie de l'entreprise, les syndicats auraient dû, eux aussi, recourir à des procédés aussi abusifs?

29. On peut donc dire que la faillite n'est qu'un chapitre, le dernier, d'une histoire financière menée vers une telle conclusion; mais l'on peut avec autant d'exactitude renverser la formule: toute l'histoire de la *Barcelona Traction* est dans la faillite elle-même et en explique les singularités: la conduite du failli est en droit un élément essentiel pour apprécier une faillite¹.

On comprend dès lors pourquoi le Gouvernement belge met tant d'acharnement à essayer de disqualifier et, le cas échéant, de faire interrompre tous les exposés consacrés par le Gouvernement espagnol à l'histoire et aux structures de l'entreprise, aux attitudes, aux choix et en un mot au jeu des dirigeants de l'entreprise en les qualifiant de « diversion ». Il ne s'agit pas seulement pour lui d'écarter des considérations susceptibles d'altérer l'image « candide » qu'il propose de ses protégés, mais il s'agit surtout d'empêcher que soient rétablies les véritables motivations des actes et la réalité des situations.

En effet, pour donner plus de portée et de consistance aux allégations innombrables et disparates qu'il entend imputer à grief au Gouvernement espagnol, le Gouvernement belge a l'illusion de les avoir réunies par le ciment solide d'une accusation d'ensemble, d'« un grief global ». Mais si l'on fait le seul bilan des occasions perdues par *Barcelona Traction* pour tenter de rétablir honorablement sa situation ou pour défendre judiciairement ses intérêts, si l'on fait l'examen de l'affaire jour par jour depuis ses origines, il ne reste rien de ce prétendu complot : c'est l'entreprise elle-même qui a été la victime des pièges imprudents dans lesquels elle a fini par tomber en dépit de l'impunité que ses dissimulations et ses appuis étaient censés lui avoir acquis.

Et cette remarque met en pleine lumière la nature véritable du « grief global » et son lien avec l'accusation de « diversion » adressée à l'argumentation espagnole.

Le Gouvernement belge estime sans doute que sur le plan juridique l'accusation qu'il résume sous la qualification de « grief global » présente une valeur autonome; on démontrera (*infra*, II^e Partie, Chapitre VI) que cette construction ne saurait constituer un grief ayant une consistance propre. En réalité, le prétendu « grief global » n'est qu'une piètre tentative d'expliquer des faits; il voudrait répondre au tableau présenté dans le *Contre-*

¹ Cf. les arrêts du Tribunal Suprême en date du 28 janvier 1915 et du 9 novembre 1950.

mémoire de la conduite de *Barcelona Traction*. En ce sens, et en ce sens seulement, « conduite de la *Barcelona Traction* » et « grief global » constituent deux présentations symétriques et contradictoires d'événements essentiels. S'il appartiendra à la Cour de départager les deux Parties, on peut d'ores et déjà faire justice des prétentions belges tendant à considérer comme irrecevables les explications présentées par le Gouvernement espagnol.

* * *

30. Dans la *Duplique* qu'il a l'honneur de soumettre à la Cour, le Gouvernement espagnol répondra, tout d'abord, à l'argumentation développée dans la *Réplique* à propos des aspects extra-judiciaires de l'affaire et du comportement de l'entreprise jusqu'au moment de la faillite. Il répondra ensuite aux considérations développées par le Gouvernement belge à propos de la faillite pour montrer combien il est absurde de vouloir trouver en la cause les éléments constitutifs d'un déni de justice: d'où la deuxième partie, qui aura pour objet de démontrer le manque de fondement de la demande. Enfin, une troisième et dernière partie sera consacrée à réfuter les objections adressées aux exceptions que le Gouvernement défendeur tire du non-épuisement des moyens et voies de recours internes et du défaut de qualité du Gouvernement belge pour agir dans l'affaire *Barcelona Traction*; ces deux exceptions trouvent aussi leur origine dans l'attitude de *Barcelona Traction* et consorts. En effet, on a déjà observé combien a été singulier ce comportement. Pris à leurs propres pièges, ils n'ont pu que s'abstenir d'utiliser dûment les moyens de défense et les voies de recours qui leur étaient ouverts en Espagne, car cela comportait nécessairement l'inconvénient, assurément très grave pour eux, de dévoiler tout ce qu'ils s'étaient efforcés de cacher pendant de longues années.

De même, l'intention préméditée de porter l'affaire sur le plan international a eu pour effet de provoquer au cours de plusieurs années les nombreuses démarches du Gouvernement national de la société avec les suites qu'elles ont eues et, à côté d'elles, les interventions de différents autres Gouvernements. Finalement, les prétentions infondées des maîtres des destinées de *Barcelona Traction* n'ont plus trouvé d'écho favorable qu'à l'oreille complaisante du Gouvernement belge, manifestement dépourvu de toute qualité pour agir en l'espèce.

Dans ces conditions et comme il l'avait déjà fait dans le *Contre-mémoire*¹, le Gouvernement espagnol se doit d'insister à nouveau sur le caractère primordial qu'il attribue à ces exceptions: elles correspondent aux objections qu'il a toujours opposées au Gouvernement belge, lorsque celui-ci a émis la prétention d'intervenir par la voie diplomatique. Elles sont, de même, les premières questions que le Gouvernement espagnol ait soulevées, sous la forme d'exceptions préliminaires, dès le début du présent procès. Il restera donc fidèle à la position qu'il a toujours adoptée en leur donnant la toute première place lorsqu'il conclura au rejet de la demande formée par le Gouvernement belge.

Finalement, le Gouvernement espagnol tient à ratifier tout ce qui a été dit dans le *Contre-mémoire* et, étant donné l'attitude du Gouvernement belge qui prend pour des aveux de prétendus silences du *Contre-mémoire*, il tient également à déclarer qu'il n'accepte aucune affirmation de la *Réplique* qui ne soit pas expressément reconnue dans la présente *Duplique*.

¹ IV, N° 18, p. 12.

PREMIÈRE PARTIE

Le comportement de l'entreprise et l'attitude des
autorités non judiciaires

1. La conduite de l'entreprise commande toute l'affaire de la *Barcelona Traction*. Le Gouvernement espagnol n'entend cependant pas, au stade de la présente *Duplicque*, reprendre l'ensemble de l'exposé des circonstances dans lesquelles l'entreprise a créé elle-même les conditions qui devaient conduire inéluctablement à sa mise en faillite.

Il se bornera à revenir sur certains aspects bien délimités de la structure et de la conduite de l'entreprise, montrant ainsi, une fois de plus, combien ce comportement était injustifiable tant du point de vue moral que sur le plan juridique: l'image d'un groupe apportant à l'Espagne un flux de capitaux étrangers et se dévouant pour le bien public ne résistera guère à la confrontation avec les faits tels qu'ils sont et tels qu'ils se dégagent, notamment, des archives mêmes de l'entreprise.

Mais le comportement de l'entreprise en Espagne a conditionné en tout premier lieu l'attitude des autorités gouvernementales et administratives. Analyser celle-ci c'est déjouer immédiatement le mythe du « complot » entre le Gouvernement espagnol et certains intérêts privés. La Cour pourra ainsi vérifier combien est imaginaire la thèse qui revient comme un « leitmotiv » dans les écritures du Gouvernement belge, que toutes les attitudes du Gouvernement et des autorités administratives révèlent une collusion destinée à favoriser les obligataires. Elle pourra aussi constater combien est fallacieuse l'idée que le Gouvernement belge fait tant de vains efforts pour accréditer, que les autorités espagnoles auraient lancé des accusations d'ordre fiscal contre une entreprise innocente aux seules fins de faire le jeu d'intérêts privés et que ces mêmes autorités n'auraient refusé des devises qu'en raison de la pénurie des changes pour faire échouer ensuite une réforme de l'entreprise ne nécessitant plus aucune devise.

La première partie de la présente *Duplicque* consacrera donc un chapitre à la structure et au comportement de l'entreprise, et un autre à l'attitude des autorités non judiciaires et à la thèse du complot.

CHAPITRE PREMIER

La structure et la conduite de l'entreprise

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

2. Le Gouvernement belge, dans la *Réplique*, ainsi qu'auparavant lors de la procédure orale sur les Exceptions préliminaires, s'est efforcé de minimiser la signification de la structure et du comportement du groupe de *Barcelona Traction* en tant qu'éléments importants du procès international présentement soumis à la Cour. Affirmant que l'exposé qu'a donné le Gouvernement espagnol de maintes irrégularités commises par le groupe de *Barcelona Traction* n'aurait absolument aucune pertinence à l'égard de la décision que prendra la Cour dans le présent litige, le Gouvernement belge prétend que cet exposé n'est qu'une « manœuvre de diversion ». Selon le Gouvernement belge (*Introduction à la Réplique*), le Gouvernement espagnol, en présentant dans le *Contre-mémoire* ladite accusation contre le groupe de *Barcelona Traction* aurait eu pour objet de :

a) détourner l'attention de la Cour des faits exceptionnellement graves sur lesquels repose la demande (par. I, p. II; par. VI, p. III);

b) discréditer, après coup, *Barcelona Traction*, ses dirigeants et ses actionnaires, dans l'espoir d'atténuer ainsi le caractère particulièrement choquant de la spoliation dont ils avaient été victime (par. IV, p. III);

c) tâcher de faire admettre par la Cour qu'au cas où seraient fondés les griefs articulés contre les autorités administratives ou judiciaires espagnoles, le préjudice subi par les sujets belges serait, néanmoins, la conséquence de fautes ou de fraudes commises par les dirigeants ou fondateurs du groupe (par. V, p. III).

Le Gouvernement espagnol repousse absolument l'insinuation selon laquelle l'exposé qu'il a fait du comportement du groupe de *Barcelona Traction* n'aurait eu d'autre objet que de brouiller les cartes et d'induire la Cour en erreur. En réalité, les preuves que le Gouvernement espagnol a présentées à la Cour concernant la structure et le comportement du groupe de *Barcelona Traction* sont tellement pertinentes à l'égard d'un si grand nombre de questions soulevées par le Gouvernement belge lui-même qu'il serait tout à fait superflu de s'attacher à réfuter l'insinuation.

3. Le Gouvernement espagnol a la conviction que la pertinence de la structure et du comportement du groupe de *Barcelona Traction* n'échappera pas à la Cour, en liaison avec les importantes questions de la cause. Comme, toutefois, le Gouvernement belge à

plusieurs reprises a protesté avec acrimonie contre l'évocation dans le litige de ces questions-là, le Gouvernement espagnol se propose ici d'indiquer une fois pour toutes certaines grandes questions en cause à l'égard desquelles la structure et le comportement du groupe de *Barcelona Traction* sont manifestement pertinents.

A la vérité, quand le Gouvernement belge prétend que les agissements illégaux du groupe en Espagne sont dépourvus de pertinence, il tombe dans la contradiction puisqu'il tire d'autre part grief du fait que le Gouvernement espagnol s'efforce de persuader la Cour que le préjudice subi par les sujets belges serait la conséquence de fautes ou de fraudes commises par les dirigeants ou fondateurs du groupe. En toute hypothèse, il est évident que les nombreuses et graves illégalités commises pendant près de quarante ans par cette société ou par ses administrateurs ou fondateurs au détriment de l'Etat espagnol doivent nécessairement avoir une influence lorsqu'il s'agit d'apprécier les conséquences juridiques de l'affaire; dans ces conditions, l'argumentation développée par le Gouvernement belge quant au point de savoir s'il y a lieu de traiter du comportement de l'entreprise et quant à la pertinence des preuves apportées par le Gouvernement défendeur ne saurait faire illusion: elle n'est qu'une vaine tentative en vue de faire échapper à leurs responsabilités les personnes qu'il voudrait protéger.

4. Si le Gouvernement espagnol toutefois a présenté à la Cour son exposé sur la structure et le comportement du groupe de *Barcelona Traction*, c'est notamment pour la simple raison que cet exposé est éminemment pertinent à l'égard de l'examen auquel procédera la Cour de toute une série de questions qui se posent quant au fond et quant aux *Exceptions préliminaires*. En effet:

a) Les preuves documentaires concernant les pratiques financières du groupe révèlent que les promoteurs et les directeurs de celui-ci avaient adopté de façon systématique une politique de financement par déficit, c'est-à-dire qu'ils maintenaient sans cesse une dette énorme en anticipant sur des augmentations de recettes à venir. En d'autres termes, les documents révèlent que la société n'a jamais cessé de fonctionner dans des conditions de « faillite latente » dans laquelle tout contretemps entraînant le ralentissement de la croissance de ses recettes ou tout obstacle imprévu propre à entraver sa liberté d'utilisation desdites recettes la rendaient vulnérable et l'exposaient à être attaquée en justice par ses créanciers. Ces preuves documentaires sont donc directement pertinentes pour expliquer les causes de la faillite et pour réfuter l'accusation belge selon laquelle les autorités administratives espagnoles porteraient la responsabilité de la faillite de la société *Barcelona Traction*.

b) Il en va de même des preuves qui concernent la complexe structure du groupe de sociétés et de celles qui se rapportent aux dissimulations que pratiquait le groupe tant pour des fins fiscales qu'afin d'éluder les lois régissant la possession de concessions par les étrangers. Ces preuves-là expliquent et justifient l'attitude que les autorités administratives espagnoles ont adoptée à l'égard du groupe ainsi que l'insistance de ces autorités à être pleinement renseignées lors de certaines des demandes de devises étrangères présentées par le groupe. Il s'ensuit que ces preuves ont une pertinence directe aux fins de réfutation de l'accusation belge selon laquelle les autorités administratives espagnoles auraient arbitrairement et malignement refusé des demandes de devises dans l'intention de rendre plus facile la mise en faillite de *Barcelona Traction*.

c) Les preuves documentaires dont il est question ci-dessus à l'alinéa b) expliquent aussi pourquoi les employés du groupe en Espagne se sont trouvés dans un grand embarras et ont appliqué des tactiques évasives lorsqu'ils se sont trouvés contraints de fournir des renseignements sur la structure et sur les dettes du groupe s'ils voulaient se procurer les devises étrangères dont ils avaient besoin pour assurer le service financier des intérêts des obligations de la société *Barcelona Traction*. Par conséquent, pour cette raison aussi, ces preuves sont directement pertinentes en vue de réfuter l'accusation belge selon laquelle les autorités administratives espagnoles auraient arbitrairement et malignement refusé de faire droit aux demandes de devises étrangères que présentait le groupe.

d) Les documents qui prouvent que le groupe avait pour principe constant de maintenir la légende que la société *Barcelona Traction* ne faisait pas elle-même d'affaires en Espagne jettent une vive lumière sur les circonstances dans lesquelles cette société s'est résolue de propos délibéré à ne pas comparaître devant les tribunaux espagnols dans le cadre de la procédure de faillite avant juin 1948. Ces preuves sont donc directement pertinentes à l'égard de l'exception préliminaire présentée par l'Espagne concernant le non-épuisement des recours internes.

e) Les preuves qui concernent le comportement de l'entreprise en Espagne, par leur masse et par leurs détails, démontrent que la légende selon laquelle *Barcelona Traction* en tant que société n'aurait pas fait d'affaires en Espagne est d'une absolue fausseté. Par conséquent, bien loin d'être les instruments d'une simple manœuvre de diversion destinée à donner le change à la Cour, ces preuves ont une pertinence directe aux fins de réfutation de l'un des principaux griefs du *Mémoire* belge, à savoir le fait que les tribunaux espagnols ont exercé leur juridiction en matière de faillite à l'égard d'une société canadienne que le Gouvernement belge prétend n'être pas assujettie à ladite juridiction.

f) Ces mêmes preuves prouvent aussi d'une part que toutes les sociétés du groupe constituaient essentiellement une unité et, d'autre part, que la société *Barcelona Traction* traitait les sociétés composant le groupe comme une seule et unique entreprise. Ces preuves, par conséquent, sont directement pertinentes aussi à l'égard des questions qu'a soulevées le Gouvernement belge concernant la façon dont les biens des sociétés filiales ont été traités par les tribunaux espagnols dans la procédure de faillite.

g) Les preuves relatives à la constitution, à la structure et au fonctionnement de l'entreprise révèlent le caractère essentiellement international du groupe de *Barcelona Traction* et jettent une lumière crue sur le fait que le Gouvernement belge refuse de fournir à la Cour la moindre preuve de la nationalité des intérêts représentés dans le capital-actions de la société immatriculée en Belgique *Sofina*, alors que d'autre part il invoque l'intérêt que cette société a dans *Barcelona Traction* pour justifier l'action par laquelle il a saisi la Cour internationale de Justice de l'affaire de *Barcelona Traction*. Ces preuves, par conséquent, sont directement pertinentes à une autre exception préliminaire du Gouvernement espagnol, à savoir que la Belgique n'a pas le moindre *jus standi* dans cette affaire.

5. Les exemples ci-dessus constituent seulement une fraction des questions à l'égard desquelles les preuves que le Gouvernement belge tient pour non pertinentes sont manifestement pertinentes; cette énumération est fort loin d'être exhaustive. C'est ainsi, pour prendre un autre exemple, que ces preuves sont un élément essentiel à qui veut comprendre

la raison de l'échec du Plan d'arrangement élaboré par le groupe en 1945-1946 et à qui veut comprendre l'attitude adoptée par les obligataires Prior Lien ainsi que les manœuvres exécutées par le groupe dans la procédure de faillite.

6. En tout état de cause, si ces justifications de la pertinence des preuves fournies dans le *Contre-mémoire* pouvaient paraître superflues, ce ne pourrait être que par la façon dont les traite le Gouvernement belge dans sa *Réplique*. Tout en feignant de tenir ces preuves pour les éléments d'une pure et simple manœuvre de diversion et tout en prétendant ne s'en occuper qu'afin de défendre le bon renom des particuliers intéressés au fonctionnement du groupe, le Gouvernement belge (Partie I, Chap. II), pour autant qu'il parle des actes de simples particuliers, relègue ces observations dans des annexes, et il ne manque pas de tenir compte de la pertinence de cet ensemble de preuves à l'égard de diverses questions en cause. Et même, il est un cas où cette pertinence est implicitement reconnue par le Gouvernement belge, qui déclare (par. 223 de la *Réplique*, V):

« 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 engageant, à ce titre, la responsabilité de l'Etat espagnol* ». (Les italiques ne figurent pas dans le texte.)

Cette prétendue « démonstration » est fort loin d'établir ce que le Gouvernement belge, dans ce paragraphe, prétend qu'elle démontre. En revanche, elle fait ressortir clairement que ces preuves sont manifestement pertinentes à l'égard des allégations belges concernant la prétendue complicité des autorités administratives espagnoles, c'est-à-dire l'un des principaux griefs sur lesquels le Gouvernement belge prétend asseoir sa thèse.

L'inconsistance de l'objection que le Gouvernement belge oppose à la pertinence des preuves relatives à la structure et au comportement du groupe de *Barcelona Traction* ne sert en définitive qu'à révéler combien il tient à éliminer de la cause des preuves qui le gênent fort.

C'est pourquoi le Gouvernement espagnol entamera le présent chapitre par une section I, dans laquelle seront rappelés les éléments de preuve qu'il a soumis à la Cour; dans une Section II, il évoquera les abus qui sont résultés des structures de l'entreprise et de la politique par elle suivie; enfin, dans une Section III, il reviendra sur la question de la fraude fiscale.

SECTION I

LES ÉLÉMENTS DE PREUVE FOURNIS
PAR LE GOUVERNEMENT ESPAGNOL

§ 1: ÉLÉMENTS DE PREUVE APPORTÉS DANS LE CONTRE-MÉMOIRE

7. Dans le *Contre-mémoire*, le Gouvernement espagnol a présenté à la Cour neuf volumes d'*Annexes*, dont une bonne part contenait des documents extraits des archives de l'entreprise en Espagne qui se rapportent à la structure de l'entreprise, à sa direction, ses modalités d'exploitation, son histoire financière et ses rapports avec les autorités fiscales et autres autorités non judiciaires espagnoles. Comme on l'a déjà observé, le Gouvernement belge critique ces preuves avec véhémence: il leur reproche d'être une « diversion » et de n'être pas pertinentes quant à la question du déni de justice; il accuse en même temps le Gouvernement espagnol d'avoir commis une incorrection en faisant usage de ces archives, d'avoir indûment gonflé le volume de ces preuves et d'avoir usé de partialité dans le choix des documents. Ces critiques du Gouvernement belge sont absolument vaines. Cependant, comme ces preuves-là sont importantes, non seulement du point de vue des autorités non judiciaires mais encore du point de vue de l'ensemble de la procédure de faillite, le Gouvernement espagnol croit devoir présenter quelques remarques générales sur cet aspect de l'affaire.

Certes, les documents versés aux pièces à l'appui du *Contre-mémoire*, que vont enrichir encore les *Annexes* à la présente *Duplique*, sont quantitativement volumineux. Pourtant, ils ne forment qu'une très faible part des documents que renferment les archives de l'entreprise en Espagne, pour ne rien dire de ceux qui se trouvent hors d'Espagne et auxquels le Gouvernement espagnol ne peut avoir accès. Aux paragraphes 233 et 266 de la *Réplique*, V, le Gouvernement belge insiste fort sur la longue histoire de l'entreprise, quarante années d'histoire, et ce pour tâcher de justifier la prolifération des sociétés qui la constituaient (voir ci-dessous, Section II, § 1, A). Mais quand il vient à s'agir des documents versés au dossier, qui ont été extraits des archives de l'entreprise, le Gouvernement belge ne paraît pas avoir songé qu'il se peut que « quarante années d'histoire » aient engendré quelque prolifération des documents.

Les archives qu'avait l'entreprise en Espagne sont en effet extrêmement riches. Les documents d'ordre interne qui se rapportent aux activités de l'entreprise en Espagne sont à eux seuls déjà fort nombreux. Mais si les archives sont volumineuses, c'est surtout parce que l'entreprise était dirigée comme un tout. Les archives d'Espagne étaient sans cesse gonflées de la correspondance foisonnante qu'échangeaient le bureau de Barcelone et les divers représentants de *Barcelona Traction* à Londres, Toronto et Bruxelles. Ainsi se fait-il que les « quarante années d'histoire » ont laissé derrière elles une impressionnante masse de documents dont le dépouillement constitue une tâche longue et ardue.

Il n'échappe pas au Gouvernement espagnol que les annexes contiennent plus de documents qu'il n'est absolument indispensable pour confirmer les assertions du *Contre-mémoire* concernant le comportement et les attitudes de l'entreprise et concernant les attitudes consécutivement adoptées par les autorités non judiciaires espagnoles. Mais le Gouvernement espagnol tenait par-dessus tout à ne pas donner l'impression d'avoir trop soigneusement choisi les documents, d'avoir retenu telle ou telle opération isolée ou d'avoir monté en épingle telle ou telle irrégularité qu'aurait accidentellement commise tel ou tel représentant de *Barcelona Traction*. Si les documents sont volumineux, c'est précisément afin de démontrer quelle était la structure de l'entreprise de *Barcelona Traction* en Espagne et que tout au long de ses « quarante années d'histoire » elle a toujours usé d'une dissimulation persistante envers les autorités espagnoles. Tant la structure que le comportement de la *Barcelona Traction* on les trouve au cœur même de l'affaire soumis par le Gouvernement belge à la Cour. La présentation de la masse des documents groupés dans les annexes était chose difficile, et il se peut que parfois les documents invoqués à l'appui d'un passage du *Contre-mémoire* se trouvent séparés d'autres auxquels ils se rattachent, mais les autres documents sont presque tous inclus ailleurs dans les annexes. Il est absolument faux d'insinuer, comme le fait la *Réplique*, que le Gouvernement espagnol aurait trié les documents sur le volet, produisant les uns, éliminant les autres, pour fabriquer de toutes pièces des prétextes à blâmer le comportement et les attitudes de l'entreprise d'Espagne. Il a bien fallu choisir les plus pertinents parmi les documents que contiennent les volumineuses archives de Barcelone. Mais ces archives, cela va de soi, sont ouvertes à l'examen de la Cour, si celle-ci le souhaite; et le Gouvernement espagnol est convaincu qu'un tel examen ne ferait que corroborer les preuves fournies par les annexes et révéler de nouvelles tromperies commises au détriment des autorités espagnoles et de nouvelles violations de la loi espagnole.

8. En tout état de cause, le grief de l'arbitraire du choix que formule le Gouvernement belge dans la *Réplique* ne saurait réfuter les abondantes preuves que fournissent les annexes du *Contre-mémoire*, des fraudes commises contre les autorités espagnoles et des violations de la loi espagnole pratiquées par l'entreprise. Il y a beaucoup trop de documents intérieurs de l'entreprise, provenant des archives espagnoles de celle-ci, qui témoignent beaucoup trop clairement, sans le moindre fard, des motifs illégitimes qui animaient l'entreprise et du caractère illicite de ses actes. Un exemple typique est fourni par les opérations simulées prétendument effectuées entre *Ebro* et *International Utilities*, dont il est question aux paragraphes 39-40 et 113-117 de la première partie, chapitre I, du *Contre-mémoire*, IV; on y trouve l'aveu du fait que des contrats fictifs étaient élaborés entre *Ebro* et *International Utilities* à des fins fiscales et que des contrats étaient antidatés pour leur donner l'apparence d'avoir été en vigueur durant les périodes appropriées de l'année fiscale. Dans le *Contre-mémoire*, le Gouvernement espagnol n'avait pas insisté sur le caractère foncièrement criminel de certaines pratiques de l'entreprise. Mais le Gouvernement belge, dans la *Réplique*, considère avec tant de désinvolture ces opérations manifestement délictueuses que le Gouvernement espagnol s'estime dans l'obligation d'en souligner le véritable caractère. Pour faire bref, disons que dans maints documents reproduits dans les annexes du *Contre-mémoire*, des représentants de l'entreprise se reconnaissent eux-mêmes, de leur propre main, coupables d'opérations comportant des délits tels que la falsification de comptabilité, les fausses déclarations fiscales et la confection de faux documents. Dans d'autres documents, ils se reconnaissent coupables d'opérations et de manœuvres tendant à tourner les lois espagnoles et à tromper diverses autorités administratives espagnoles.

Le Gouvernement belge n'a pas prétendu, et ne pouvait pas prétendre, que les documents reproduits dans les annexes ne seraient pas réellement des lettres, minutes ou mémorandums provenant des archives de l'entreprise ou que les signatures figurant sur ces documents ne seraient pas celles de personnes qui occupaient des postes supérieurs de direction ou de gestion de l'entreprise en Espagne. Dans ces conditions, le Gouvernement espagnol ne peut qu'exprimer sa stupéfaction de voir que ces documents et les fraudes manifestes qu'ils révèlent à l'encontre de l'Etat espagnol sont considérés avec une telle légèreté par le Gouvernement belge sans sa *Réplique*.

Il est vrai que le Gouvernement belge essaie d'expliquer un ou deux cas en parlant de choix arbitraire ou de « distorsion », alors pourtant que les documents eux-mêmes révèlent fort clairement l'intention de dissimuler. Il tente d'en expliquer un ou deux autres en donnant dans une annexe de spécieux éclaircissements. Mais, tout compte fait, l'explication de ces preuves écrasantes apparaît au paragraphe 282 de la *Réplique*, V, où, concluant son exposé du développement de la structure de l'entreprise, il dit :

« 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... »
(Les italiques ne figurent pas dans le texte.)

Le passage ci-dessus souligné signifie incontestablement que le Gouvernement belge reconnaît que certains documents, à tout le moins, paraissent à première vue exactement ce que le Gouvernement espagnol dit qu'ils disent, ce que toute personne de bon sens doit comprendre qu'ils disent. Quoi qu'il en soit, l'explication que le passage ci-dessus donne à la Cour de ces documents gênants est si inconsistante qu'elle jette le discrédit le plus complet sur la manière dont le Gouvernement belge traite ces documents et fait gravement douter du sérieux de son attitude à l'égard des fraudes et des méfaits de l'entreprise.

Le Gouvernement belge, semble-t-il, voudrait faire croire à la Cour que les passages des documents qui montrent que leurs auteurs ou l'entreprise ont trempé dans des manœuvres tendant à tromper les autorités espagnoles ou à tourner les lois espagnoles s'expliqueraient par le fait que les auteurs de ces documents étaient de simples « employés » qui ne comprenaient pas toujours toutes les répercussions juridiques des questions débattues. Mais il ne saurait échapper au Gouvernement belge que les documents qui parlent le plus clairement de l'intention qu'avaient les intéressés de tromper les autorités espagnoles ou d'éluder une loi espagnole ont tous été rédigés par des directeurs ou des agents supérieurs de l'entreprise, qui ne savaient que trop bien ce qu'ils faisaient. Ces documents compromettent non pas des employés subalternes mais de hauts personnages de l'entreprise tels que M. Hubbard, juriste et président de *Barcelona Traction* elle-même, et M. Lawton, président et administrateur-délégué d'*Ebro*, ainsi que certains cadres du rang le plus élevé, tels que le conseiller juridique et le chef du service financier d'*Ebro*. L'idée que l'un ou l'autre de ces personnages ait pu ne pas connaître la véritable nature des opérations dont ils s'entretenaient et dont ils étaient eux-mêmes les auteurs ne saurait résister une seconde à l'examen.

§ 2: ÉLÉMENTS DE PREUVE NOUVEAUX

9. Les archives espagnoles de l'entreprise, comme on l'a déjà indiqué, sont très volumineuses, de sorte que leur étude aux fins du présent litige a constitué une tâche longue et ardue. Postérieurement à la date où le *Contre-mémoire* a été soumis à la Cour, certains documents nouveaux ont été découverts qui offrent de l'intérêt du point de vue de l'unité fondamentale de l'entreprise et de l'attitude adoptée par celle-ci envers les autorités. Certains dossiers, en particulier, des services techniques et commerciaux, qui n'avaient pas encore été dépouillés, ont livré de nombreux documents qui fournissent de nouvelles preuves concluantes de l'unité fondamentale de l'entreprise, *du fait que* Barcelona Traction *faisait elle-même des affaires en Espagne* et du comportement constamment déloyal et illicite de l'entreprise à l'égard de l'Etat espagnol, toutes questions que la Belgique conteste encore avec véhémence dans la *Réplique*. Ces documents montrent notamment que les observations qu'a formulées le Gouvernement espagnol au paragraphe 142 du Chapitre I du *Contre-mémoire* au sujet du caractère de monopole que revêtait la politique de l'entreprise étaient trop modérées pour désigner les procédés impitoyables et frauduleux dont usait l'entreprise pour anéantir tous ses concurrents espagnols qui occupaient une place, si petite fût-elle, dans le secteur de la fourniture d'énergie électrique (voir ci-dessous section II, § 3).

10. Comme le Gouvernement belge a exposé dans la *Réplique* sa fabuleuse théorie du « complot » et qu'il a édifié avec insistance un prétendu « grief global », force a été au Gouvernement espagnol de fournir à la Cour des preuves supplémentaires propres à établir l'attitude qu'ont réellement eue à l'époque tant les autorités non judiciaires que M. March et ses co-obligataires à l'égard des embarras financiers qu'a connus l'entreprise avant la déclaration de faillite et la procédure de faillite. C'est pourquoi les annexes à la présente *Duplique* contiennent un certain nombre de documents nouveaux, tirés des dossiers du ministère des Finances, de ceux de l'ex-ministre M. Suances, des archives londoniennes du Comité des obligataires, des papiers de personnes qui siègèrent à ce Comité, ainsi que des procès-verbaux judiciaires des procès qui se sont déroulés au Canada et en Angleterre et des déclarations sous serment émanant de personnes qui ont eu, à titre personnel, connaissance de faits relatifs aux actes et aux intentions de M. March à l'égard de *Barcelona Traction* avant la déclaration de faillite et pendant le déroulement de la procédure. Ces documents montrent qu'il n'y a pas eu de « complot » entre M. March et les autorités espagnoles. Ils montrent que M. March n'avait d'autre propos que d'obtenir le paiement intégral tant des obligations qu'il détenait que des obligations aux mains du public, que ce sont les maîtres de *Barcelona Traction* et non M. March qui ont fait échouer les négociations de règlement amiable, que ce sont les maîtres de *Barcelona Traction* et non M. March qui, pour des raisons liées aux intérêts qu'ils avaient dans *Chade*, ont vainement tenté de mêler le Gouvernement espagnol aux négociations relatives à *Barcelona Traction*; que M. March ne s'est décidé à déclencher une procédure de faillite en Espagne que parce qu'il ne voyait pas d'autre moyen d'assurer le paiement des obligations qu'il détenait et que les autorités espagnoles ont toujours refusé de se laisser mêler à la bataille financière que se livraient des intérêts privés (*infra*, Chapitre II, Section II). Bien qu'il répugne à surcharger la Cour par un surcroît de documentation, le Gouvernement espagnol s'estime tenu de présenter ces preuves supplémentaires afin que la Cour puisse rendre sa décision sur le fond en pleine connaissance du rôle qu'ont respectivement joué dans la faillite de la société en Espagne les maîtres de *Barcelona Traction*, M. March et les autorités non judiciaires espagnoles.

11. Le Gouvernement belge conteste les constatations faites dans leur rapport par les experts espagnols de la Commission internationale d'enquête à propos du montant de l'investissement réel en Espagne de l'entreprise de la *Barcelona Traction*. Il conteste aussi l'exposé fait devant la Cour au sujet de la fraude fiscale qui a été commise en Espagne par ladite entreprise pendant ses « quarante années d'histoire ». Le Gouvernement espagnol a considéré opportun qu'une commission d'experts du Ministère des Finances procède à un nouvel examen des deux questions ayant en vue les objections opposées par le Gouvernement belge lors de la procédure orale sur les exceptions. Il estime aussi opportun de présenter à la Cour le rapport de ladite commission, reproduit en tant qu'Annexe N° 1 à la présente Duplique.

12. Dans la *Réplique*, le Gouvernement belge conteste également la manière dont le Gouvernement espagnol présente les divers aspects financiers de l'entreprise de *Barcelona Traction*. En raison du caractère technique de maints problèmes soulevés et des interprétations différentes que donnent les Parties des opérations financières compliquées de l'entreprise, le Gouvernement espagnol a cru bon de se procurer une appréciation objective de ces questions établie par des experts financiers indépendants. Pour assurer l'objectivité nécessaire, il a pensé que le mieux était de consulter MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co., c'est-à-dire la firme d'experts comptables au sein de laquelle le Gouvernement britannique avait choisi celui qui l'a représenté au Comité des experts, à savoir M. F. W. Charles, C.B.E. On a pris des dispositions pour que les archives de l'entreprise à Barcelone fussent ouvertes à MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co. et pour qu'ils émissent leur avis sur les principales questions d'ordre financier sur lesquelles divergent le *Contre-mémoire* et la *Réplique*. MM. Peat, Marwick, Mitchell & Co. y ont consenti et ils ont présenté deux rapports. Ces deux rapports avaient été initialement demandés à Peat, Marwick, Mitchell & Co. pour servir de guides aux conseils du Gouvernement espagnol chargés d'élaborer la *Duplique*. Mais comme ces rapports jettent une vive lumière sur maintes questions qui sont controversées, dans la procédure en cours, le Gouvernement espagnol a demandé et obtenu de Peat, Marwick, Mitchell & Co. l'autorisation de les présenter à la Cour. C'est pourquoi, sans nécessairement en prendre à son compte tous les détails, le Gouvernement espagnol les a reproduits aux Annexes 2 et 3 à la présente Duplique et, le cas échéant, il appellera l'attention de la Cour sur leurs points les plus importants.

Le premier de ces rapports concerne :

a) L'historique du capital-actions et du capital-obligations de *Barcelona Traction*, ainsi que l'effet produit par les Plans d'arrangements successifs.

b) Les méthodes par le moyen desquelles *Ebro* a été financée et les motifs pour lesquels elle a été financée ainsi; les transferts de fonds hors d'Espagne et leurs effets sur les obligations fiscales en Espagne.

c) La mesure dans laquelle l'entreprise était autofinancée et la situation financière de cette entreprise en Espagne, à divers moments, au cours de son existence et en particulier à la date du 12 février 1948.

Le second rapport concerne les principes généraux d'évaluation et la relation qu'entretiennent ces principes avec les vues énoncées dans la *Réplique* belge concernant l'évaluation qu'a faite de l'entreprise de *Barcelona Traction* M. José Soronellas Llagostera, à la date du 30 novembre 1951, évaluation qui fut effectuée sur les instructions du commissaire de la faillite afin d'établir le prix auquel il convenait de vendre les biens de *Barcelona Traction* déclarée en faillite. Ce rapport énonce également des vues indépendantes concernant une évaluation d'ordre très général de l'entreprise à ladite date.

SECTION II

LES ABUS RÉSULTANT DES STRUCTURES DE L'ENTREPRISE
ET DE LA POLITIQUE PAR ELLE SUIVIE

§ 1: CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

13. Dans le *Contre-mémoire*, le Gouvernement espagnol a exposé la structure, l'organisation et le fonctionnement de l'entreprise de *Barcelona Traction* (Sections I et II du chapitre I). Il y a démontré à la fois la complexité de la structure et l'unité de direction et d'exploitation de l'entreprise. Il a également démontré comment cette structure complexe et cette unité de direction de l'entreprise ont à maintes reprises favorisé des abus et servi d'instrument pour frauder le fisc espagnol, déjouer les lois espagnoles régissant le contrôle des changes et tourner les lois espagnoles visant la possession de concessions par des étrangers (Sections III, IV et V du chapitre I).

14. La réponse fournie par la Belgique dans la première partie de la *Réplique* n'est guère en relation avec l'argumentation du Gouvernement espagnol, car elle part d'une version absolument dénaturée des allégations du *Contre-mémoire*. C'est ainsi qu'au paragraphe 231 le Gouvernement belge a jugé bon d'affirmer, tout à fait à tort, que « pour le Gouvernement espagnol, les groupes de sociétés sont des phénomènes exceptionnels et extraordinaires, générateurs en eux-mêmes d'abus variés ». Il a jugé bon, en outre, d'attribuer au Gouvernement espagnol la thèse d'après laquelle « 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 »; de plus, que « les contrats conclus entre des sociétés appartenant à un même groupe sont des 'auto-contracts' dont la validité et surtout la loyauté seraient *a priori* douteuses »; de même qu'« il serait anormal, extraordinaire et quelque peu frauduleux que les diverses sociétés du groupe soient administrées par des administrateurs communs ».

15. Ayant ainsi caricaturé les thèses espagnoles, le Gouvernement belge peut dès lors se donner la satisfaction de conclure, à plusieurs reprises, que le Gouvernement espagnol manifesterait « 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 ». Bien plus, il fait de sa caricature des thèses espagnoles un prétexte à consacrer tout un développement aux groupes de sociétés et à la manière dont ils sont formés et dirigés. Dans ce passage, il traite du développement et de l'importance des groupes de sociétés affiliées, de la complexité de certains de ces groupes, des buts et des avantages de la création d'un groupe de sociétés, de la légitimité de ces buts et avantages, des formes et techniques juridiques applicables à la création de sociétés et de groupes, du maintien des personnalités juridiques distinctes des sociétés formant le groupe, etc.; et il agrmente son exposé de nombreuses citations tirées d'auteurs européens et américains, juristes et économistes (*Réplique*, V, par. 232-248).

16. Cette longue dissertation sur le droit et la pratique des sociétés porte complètement à faux. Le Gouvernement espagnol ne conteste pas la légitimité, l'utilité ou l'importance *générales* de groupes de sociétés affiliées, en tant que moyens de développer l'industrie et le commerce dans le monde moderne; il ne conteste pas davantage la régularité *générale* des formes et techniques juridiques qui sont employées pour constituer des sociétés et pour faire fonctionner un groupe de sociétés, et sur lesquelles la *Réplique* s'étend si longuement; elle ne conteste pas non plus la légitimité *générale* du principe qui consiste à traiter les sociétés individuelles comprises dans un groupe comme des personnes juridiques indépendantes.

17. Ce que soutient le Gouvernement espagnol, c'est que, si un certain nombre de sociétés sont très étroitement liées et qu'elles appartiennent à une société « mère » à la direction et domination de laquelle elles sont subordonnées, la réunion des sociétés en un groupe peut donner naissance à certains risques d'abus en matière de financement et de fonctionnement de l'entreprise; que, de ce fait, les intérêts des créanciers comme ceux de l'Etat peuvent subir un préjudice et que les dirigeants du groupe peuvent être tentés de faire fonctionner les sociétés comme s'il s'agissait d'une entreprise unique et d'oublier, en pratique, que les diverses sociétés ont des personnalités séparées.

18. Le Gouvernement espagnol ne conteste pas non plus que les fondateurs et les directeurs des sociétés de l'entreprise de *Barcelona Traction* aient eu recours à des formes et à des techniques juridiques qui étaient *apparemment* régulières ni qu'ils se soient *apparemment* conformés aux dispositions des textes en vigueur au Canada et en Espagne. Ce qu'il soutient, c'est que, dans bien des cas, ce n'était là qu'une simple façade et qu'à maintes reprises les promoteurs et les directeurs de l'entreprise ont fait mauvais usage des formes et des techniques juridiques afin de tromper les autorités espagnoles, de faire échec aux buts que visaient les lois espagnoles et de frauder le fisc espagnol ainsi que de favoriser les maîtres de l'entreprise au détriment des créanciers de celle-ci.

19. Le Gouvernement espagnol ne conteste pas non plus que les promoteurs et les directeurs du groupe aient *apparemment* respecté les personnalités juridiques distinctes des sociétés individuelles du groupe. Ce qu'il soutient, c'est qu'il n'y avait là aussi qu'une façade derrière laquelle les sociétés du groupe étaient habituellement dirigées en tant qu'entreprise unique et que les dirigeants du groupe passaient outre constamment à leurs personnalités juridiques distinctes.

20. Bref, ce n'est pas la légalité des formes et des techniques utilisées par l'entreprise de *Barcelona Traction* qu'incrimine le Gouvernement espagnol, c'est l'usage abusif qu'en ont fait ceux qui dirigeaient l'entreprise.

21. En conséquence, le Gouvernement espagnol ne pense pas qu'il y ait la moindre utilité à examiner en détail l'exposé du droit et de la pratique des sociétés que contient la *Réplique* du Gouvernement belge. Il se réserve naturellement le droit de présenter à l'audience ses observations sur cet exposé, au cas où les développements présentés par le Gouvernement belge rendraient la chose nécessaire. Mais dans la présente *Duplique*, le Gouvernement espagnol se bornera à une observation d'ordre général concernant cet exposé et en relèvera tel ou tel point particulier, le cas échéant.

22. L'observation d'ordre général est la suivante: si la pratique qui consiste à former des groupes de sociétés étroitement reliés les uns aux autres est courante dans bien des

pays et si elle peut être considérée comme présentant certains avantages d'ordre juridique et économique, on s'accorde aussi très généralement à reconnaître qu'elle est grosse de risques manifestes d'abus. En vérité, certains passages des ouvrages et articles mêmes qu'invoque le Gouvernement belge aux paragraphes 232-248 de la *Réplique*, V, pour justifier cette pratique font allusion à ces possibilités d'abus. Ainsi, Vanhaecke, dans l'un des passages de son ouvrage *Les groupes de sociétés*, cité au paragraphe 234, constate qu'en recourant au groupement de sociétés, les maîtres d'une entreprise peuvent parfois obtenir des résultats que la loi en vigueur ne leur permettrait pas d'obtenir s'ils agissaient sous leur propre nom; il ajoute ensuite:

« 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* ». (Les italiques ne figurent pas dans le texte.)

De même, le juriste américain Fletcher, dans l'un des passages de sa *Cyclopedia of the Law of Private Corporations*, cité au paragraphe 240 de la *Réplique*, lorsqu'il dit qu'en droit américain, le seul fait qu'une société possède la totalité ou la quasi-totalité des actions d'une autre ne suffit pas pour que l'on passe outre à leurs personnalités distinctes, ajoute cette réserve: « *en l'absence d'un dessein frauduleux* ». (Les italiques ne figurent pas dans le texte.) Dans un autre passage du même ouvrage, cité au paragraphe 246 de la *Réplique*, Fletcher, signalant qu'en droit américain « deux sociétés appartenant au même propriétaire peuvent passer des contrats, l'une avec l'autre », ajoute cette réserve importante « *de bonne foi et pour des buts licites* » (les italiques ne figurent pas dans le texte ¹).

23. Mais le Gouvernement espagnol n'a pas besoin d'aller puiser dans les ouvrages des juristes pour démontrer les risques d'abus qui sont inhérents à la pratique des sociétés qu'expose la *Réplique*, car ces risques ont retenu l'attention du législateur dans bien des pays. Au Royaume-Uni, par exemple, une longue série de lois ont été promulguées pour réglementer la création des sociétés et en contrôler le fonctionnement. En 1962, un Comité, présidé par Lord Jenkins, qui avait été chargé de réviser la loi sur les sociétés, disait, dans l'introduction à son rapport (*Command Paper 1749 de 1962*, p. 2):

« Durant les cent années qui ont suivi la promulgation du *Companies Act* de 1862, des dispositions ultérieures ont fort augmenté le volume et la complexité du droit régissant les sociétés; et la loi de 1948, dont nous sommes appelés aujourd'hui à réviser les dispositions, comprend le total impressionnant de 462 articles et 18 annexes.

Nous verrions d'un bon œil diminuer cette lourde masse de textes, mais nous ne sommes pas en mesure de présenter des propositions en ce sens, sauf dans une mesure très restreinte. D'une manière générale, on peut justifier valablement ce luxe de dispositions détaillées par la nécessité d'exercer un contrôle effectif sur les usages sans cesse renouvelés qui sont faits du régime des sociétés en tant qu'instrument commercial et financier *et sur les possibilités d'abus inhérents à ce régime...* » ¹. (Les italiques ne figurent pas dans le texte.)

24. C'est un fait notoire que le régime des sociétés est particulièrement susceptible d'abus dans le cas d'un groupe de sociétés que domine une société holding. Au paragraphe 44 du chapitre I du *Contre-mémoire*, IV, le Gouvernement espagnol a appelé l'attention de la Cour sur un rapport de la *United States Federal Trade Commission*, présenté au

¹ Traduit de l'anglais.

Congrès en 1935, où cette circonstance a été particulièrement mise en relief. La Commission avait été expressément chargée d'enquêter sur les sociétés holdings et les sociétés d'exploitation de *services publics de gaz et d'électricité*. Au chapitre XI de son rapport, la Commission, parlant des inconvénients que présentent pour le public les sociétés holdings ou le système des holdings, commençait par dire que, dans le secteur du gaz et de l'électricité (p. 831):

« Les inconvénients ont été révélés et décrits très complètement dans les procès-verbaux de la Commission et en particulier dans les rapports des comptables concernant les pratiques financières et les méthodes de comptabilité irrégulières et parfois dangereuses, avec leur cortège de charges injustifiables imposées aux sociétés d'exploitation, de déclarations inexactes concernant les investissements et les recettes des sociétés d'exploitation et des holdings et de rapports mensongers faits aux actionnaires et au public en général, qui ont causé de lourdes pertes à des centaines et des milliers d'actionnaires. Les rapports d'autres enquêteurs ont révélé et décrit encore d'autres inconvénients relatifs à la structure financière souvent malsaine, à la taille excessive des groupes de sociétés holdings, qui va jusqu'à créer des monopoles de fait qui n'ont jamais été prévus par les lois »¹.

La Commission exposait ensuite longuement les pratiques sociales qui l'avaient conduite à formuler ces critiques à l'encontre du système des holdings dans le secteur du gaz et de l'électricité. Au nombre de ces pratiques, la Commission signalait (p. 851):

« La société holding par sa position est évidemment en mesure de manipuler les tarifs et les taux de facturation des ventes d'énergie électrique et de gaz entre sociétés, ainsi que d'autres opérations entre sociétés affiliées, de manière à entraîner une déflation ou une inflation des recettes et des bénéfices d'une société par rapport à d'autres du même groupe dominé. Une société très prospère peut se voir contrainte d'acquiescer de l'énergie ou du gaz plus cher ou à en vendre moins cher que le juste prix, pour empêcher l'augmentation de ses bénéfices apparents, tandis qu'une société non rentable peut ainsi faire un bénéfice excessif »¹. (Les italiques ne figurent pas dans le texte.)

A propos de la structure du capital, la Commission faisait observer (p. 861):

« Les recherches de la Commission ont fait apparaître une très forte inflation de l'endettement de la plupart des holdings et des sociétés d'exploitation de services publics sur lesquelles a porté l'enquête. Cela était parfois la conséquence d'un véritable « stock-watering » et parfois simplement la conséquence de la surestimation des actifs »¹. (Les italiques ne figurent pas dans le texte.)

Développant l'explication de ce gonflement de l'endettement, la Commission rappelait qu'elle avait déjà montré comment les sociétés holdings ou tels autres intérêts dominants avaient réussi à faire de l'argent grâce à cette inflation de titres-valeurs et ajoutait (p. 862):

« Pour ce qui est des sociétés d'exploitation, cela s'est souvent réalisé de la façon suivante: la société holding achète des installations matérielles ou des titres-valeurs de sociétés de service public appartenant à un secteur voisin de celui où opère déjà une société dominée par elle; ensuite elle transfère à celle-ci ces mêmes biens ou titres, en contrepartie des titres de la société d'exploitation, avec un gros bénéfice pour elle-même. Le bénéfice que perçoit ainsi le holding sur une société exerce naturellement une répercussion sur le compte d'endettement de la société d'exploitation à laquelle ont été transférés les biens ainsi que sur son compte d'immobilisations. De même, dans les nombreuses consolidations, fusions ou réorganisations des sociétés d'exploitation qui ont eu lieu, la société holding forçait souvent la société nouvelle

¹ Traduit de l'anglais.

à remettre directement ou indirectement à la société holding ses actions ordinaires ou privilégiées et ses dettes à long terme en paiement des biens matériels et des avoirs des sociétés constituantes.

Les titres émis dans ces conditions figuraient souvent sur les livres de la société émettrice au pair ou pour une valeur convenue fort supérieure à la valeur des capitaux investis par la société holding dans les sociétés constituantes ainsi acquises, et fort supérieure également à ce que les biens avaient coûté en fait en investissements aux sociétés constituantes »¹. (Les italiques ne figurent pas dans le texte.)

Parlant plus loin des bénéfices qu'une société fait sur une autre à l'occasion des transferts de biens ou de titres, la Commission déclarait (p. 864):

« L'inflation de la structure de capital peut provenir du fait que des biens ou des titres sont vendus avec de gros bénéfices par une société du groupe du holding à une autre société de ce même groupe, ce qui fait que la société du groupe qui détient en dernier lieu la propriété des biens ou des titres en donne un prix exorbitant... La facilité avec laquelle on parvient à faire de gros bénéfices par la vente de titres opérée entre sociétés du même groupe quand le holding les domine toutes par la possession d'actions avec droit de vote constitue une tentation à laquelle il est rare que résistent les directeurs de sociétés »¹.

La Commission, à propos des déclarations inexactes et trompeuses qu'elle avait rencontrées dans son enquête sur les sociétés holdings, disait encore (p. 868):

« Un grand nombre des abus les plus graves commis par les sociétés holdings de services publics consistent en fausses déclarations et en tromperies, notamment en matière financière. Il se peut que ce comportement ne soit pas exclusivement propre aux sociétés holdings mais il faut cependant l'envisager à ce propos. En outre, la Commission a des raisons de croire que ce comportement est plus grave depuis quelques années au sein des grandes sociétés holdings de services publics de gaz et d'électricité que chez les grandes sociétés de chemins de fer ou industrielles. Ces fausses déclarations procèdent pour une bonne part de méthodes comptables trompeuses »¹. (Les italiques ne figurent pas dans le texte.)

25. L'enquête de la *Federal Trade Commission* portait essentiellement sur les pratiques des sociétés holdings du secteur des services publics d'électricité aux Etats-Unis. Il n'est pas douteux cependant que les pratiques financières et comptables de l'entreprise de *Barcelona Traction* étaient calquées sur celles de l'Amérique du Nord, et d'ailleurs le Gouvernement belge lui-même invoque l'usage des sociétés américaines pour justifier le système et les pratiques de l'entreprise de *Barcelona Traction*. Au demeurant, l'évolution du système et des pratiques financières et comptables de l'entreprise de *Barcelona Traction* s'est déroulée précisément durant les vingt années qui ont précédé la publication du rapport de la Commission. Il appert donc nettement que pour examiner certains aspects du système et des pratiques financières et comptables de l'entreprise de *Barcelona Traction*, les constatations de la Commission sont pertinentes.

26. Le Gouvernement espagnol ne prétend certes pas, pas plus que ne l'a fait la *Federal Trade Commission*, que tout service public d'électricité d'Amérique du Nord ait commis tous les abus exposés dans le rapport de la Commission. Il ne prétend pas non plus que les conclusions de la Commission entraînent le moins du monde la présomption que l'entreprise de *Barcelona Traction* ait commis des abus. Ce que le Gouvernement

¹ Traduit de l'anglais.

espagnol soutient, à propos du rapport de la Commission, est à la fois plus simple et plus précis. Il soutient qu'un certain nombre des abus relevés par la Commission comme étant fréquents dans les systèmes et les pratiques des sociétés de services publics d'électricité aux Etats-Unis sont précisément ceux que l'entreprise de *Barcelona Traction* a commis et qui ont abouti à sa faillite. Comme on l'a dit dans le *Contre-mémoire* (IV, par. 44, p. 36), les documents extraits des archives de *Barcelona Traction* « indiquent de la façon la plus claire que divers abus mentionnés dans le rapport de la *Federal Trade Commission* ont été commis à maintes reprises au sein de l'entreprise de *Barcelona Traction* ». Il apparaît tout aussi clairement, comme le démontrent la première partie (Chap. I et II) du *Contre-mémoire* et comme on va avoir l'occasion de le rappeler plus loin, que ces abus ont été la source des embarras financiers dans lesquels s'est débattue l'entreprise elle-même jusqu'en 1948 et qu'ils ont été par conséquent l'une des causes principales de sa faillite.

§ 2: LES FACTEURS D'ABUS

A. La complexité voulue de la structure de l'entreprise

27. Aux pages 24 et 25 du *Contre-mémoire*, le Gouvernement espagnol a inséré un diagramme montrant comment était organisée l'entreprise de *Barcelona Traction*, et au paragraphe 32 du chapitre I de la première partie il a signalé l'extrême complexité du groupe. Sur cet aspect de l'entreprise, le Gouvernement espagnol faisait remarquer :

« Malgré son ampleur et son importance, l'entreprise n'opérait que dans la région du nord-est de l'Espagne; et on ne saurait dire que la complexité de sa structure ait été la conséquence nécessaire soit de la diversité de ses intérêts commerciaux, soit de la dispersion géographique de ses zones d'opération. Bien au contraire, toutes les affaires de l'entreprise étaient liées à la production, à la distribution et à l'utilisation de l'énergie hydro-électrique en Catalogne, et elles étaient toutes dirigées depuis un bureau central que possédait l'entreprise dans la ville de Barcelone. La complexité anormale de l'entreprise était l'aboutissement d'une politique établie consistant à créer ou à maintenir en existence une multitude de sociétés en Espagne et au Canada pour frauder les autorités fiscales et autres, tourner les lois espagnoles régissant l'acquisition de concessions par les étrangers et dissimuler aux yeux des autorités espagnoles le fait que *Barcelona Traction* avait elle-même le contrôle total et direct des opérations de l'entreprise en Espagne ».

28. Dans sa *Réplique*, le Gouvernement belge nie que la structure sociale de l'entreprise de *Barcelona Traction* manifeste le moins du monde une complexité anormale, appuyant essentiellement sa thèse sur deux arguments (V, par. 233, 266 et 277). Le premier argument consiste à soutenir que « 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 » et que « le groupe de la *Barcelona Traction* est loin d'être parmi les plus compliqués » (par. 233). A ce propos, le Gouvernement belge recourt au procédé assez extraordinaire qui consiste à inviter la Cour à comparer la structure sociale de *Barcelona Traction* avec celle d'autres entreprises dont la plupart ne présentent pas la moindre ressemblance avec *Barcelona Traction*, ni par l'organisation, ni par les activités, ni par l'importance. C'est ainsi que plusieurs sociétés pétrolières géantes dont l'activité embrasse le monde entier et certaines très grosses sociétés de services publics américaines sont présentées à la Cour comme des étalons propres à mesurer la normalité de la structure de l'entreprise de *Barcelona Traction*. L'idée de comparer *Barcelona Traction* avec ces groupes gigantesques n'a aucun sens, car le caractère

plus ou moins raisonnable d'une structure sociale est nécessairement fonction du caractère, de la taille, de l'expansion géographique et des conditions particulières de l'entreprise envisagée.

29. Le Gouvernement belge ne renforce nullement sa thèse en rappelant que l'*Anuario Financiero y de Sociedades Anónimas* pour 1962-63 mentionne qu'une société espagnole, l'*Hidroeléctrica Española*, a absorbé 20 filiales et qu'une autre société espagnole, la *Sociedad Hidroeléctrica Ibérica Iberduero*, a des intérêts dans 11 filiales. Nul ne met en doute le fait qu'il existe, en Espagne comme ailleurs, des sociétés holdings qui ont de nombreuses filiales. Ce dont il s'agit, c'est de savoir si le système social de *Barcelona Traction* était d'une complexité excessive, étant donné son caractère, sa taille, son rayon d'action géographique et les conditions propres à son entreprise d'électricité.

30. Le deuxième argument consiste à accuser le Gouvernement espagnol de raisonner comme si l'on « avait créé *ex nihilo* et en une fois les diverses sociétés intégrées dans le groupe au cours de ses quarante années d'existence » et à prétendre que « le groupe de la *Barcelona Traction* est loin d'être parmi les plus compliqués (...) 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 » (par. 233 et 266). Comme bien d'autres allégations de la *Réplique*, l'allégation que, dans le *Contre-mémoire*, le Gouvernement espagnol aurait présentés *Barcelona Traction* comme ayant créé les sociétés du groupe « *ex nihilo* et en une fois » montre un impudent dédain pour ce que dit réellement le *Contre-mémoire*. Par exemple, le chapitre I de la première partie s'ouvre en fait par quatre sections qui traitent des mesures initiales adoptées pour créer et organiser l'entreprise; ensuite viennent deux sections qui concernent la prolifération ultérieure du groupe par acquisition ou création de ses plus importantes filiales et sous-filiales pendant toute la durée de son existence, jusqu'en 1947.

31. Quant à la thèse d'après laquelle la structure de l'entreprise n'était pas d'une complexité excessive, le Gouvernement belge essaie d'en faire la démonstration, aux paragraphes 267-8, en invoquant le fait qu'au cours de son histoire, le groupe a liquidé quinze sociétés filiales dont la *Réplique* donne la liste. Il s'étend ensuite sur les difficultés d'ordre juridique et fiscal qu'entraînent la fusion et le regroupement de sociétés. Dans le *Contre-mémoire* (IV, par. 32, p. 29, chap. I de la première partie), le Gouvernement espagnol avait déjà rappelé: « L'entreprise de *Barcelona Traction* prenait de temps à autre des intérêts dans diverses autres sociétés espagnoles, tandis que d'autres sociétés à l'extérieur et à l'intérieur de l'Espagne entretenaient des liens étroits avec les intérêts qui dirigeaient l'entreprise ». Mais il ne voulait pas avoir l'air de gonfler son exposé sur la complexité de l'entreprise en faisant figurer dans la liste des filiales les petites sociétés qu'avait d'abord acquises la *Barcelona Traction* pour éliminer des concurrents ou augmenter les quantités d'énergie localement disponibles et qu'elle avait liquidées par la suite. Il n'avait d'autre souci que d'indiquer à la Cour la complexité de la structure générale de l'entreprise et les motifs louches qui avaient inspiré la création de certaines sociétés ainsi que certains arrangements entre sociétés.

32. La Cour constatera que l'argumentation du Gouvernement belge reconnaît en fait qu'il existait une certaine prolifération et une certaine complexité dans les sociétés de l'entreprise de *Barcelona Traction*. Mais ce n'est pourtant pas à cette complexité même

que le Gouvernement espagnol trouve à redire. Il peut se faire qu'une très grande complexité dans la structure d'une entreprise soit due simplement au conservatisme ou à l'inertie de ceux qui la dirigent. C'est seulement quand la complexité d'un groupe provient de la création abusive de sociétés à des fins propres à porter préjudice à l'intérêt public qu'un État y trouve à redire. Aussi l'argumentation belge porte-t-elle à faux, car elle ne dit mot du fait que c'est la *complication abusive* de la structure sociale de *Barcelona Traction* que le Gouvernement espagnol incrimine dans le *Contre-mémoire*. Ce qui intéresse le Gouvernement espagnol et la Cour, ce n'est pas la plus ou moins grande complication du système social que l'on constate au sein de l'entreprise de *Barcelona Traction*; c'est le fait que cette complication avait pour fin de servir à frauder le fisc et à tourner la loi espagnole.

33. Le Gouvernement espagnol n'a donc pas besoin de creuser la question du degré exact à partir duquel on peut considérer que la complexité de l'entreprise de *Barcelona Traction* était injustifiée. Cependant, pour répondre d'une manière générale aux arguments belges, il appelle l'attention de la Cour sur deux documents tirés des archives de *Barcelona Traction*. Le premier est une consultation émise par un homme de loi espagnol consulté par les banquiers Arnús Garí en 1918, c'est-à-dire dans les débuts de l'entreprise, qui est reproduit en Annexe n° 203 au *Contre-mémoire* (vol. IX, p. 296). L'homme de loi consulté dit notamment, à la page 3 de l'Annexe:

« Laissant de côté toute considération théorique concernant les mobiles dans lesquels s'inspire la constitution des *holding companies* — en synthèse: des raisons d'ordre légal ou financier tendant à une consolidation — il faut convenir que la Compagnie a développé de façon prodigieuse les buts qu'elle poursuivait. Mais, pour y parvenir, elle a apporté et continue d'apporter dans tous ses actes un tel dessein délibéré de complication, une telle quantité de contrats, actes, fidéicommiss, garanties, nantissements, pignoratons, etc., etc., avec une telle complexité de sociétés filiales, adhérees, ramifiées, dépendantes, intervenues, contrôlées, auxiliaires ou coopératrices, que ce que nous devons appeler leur organisation (puisqu'il faut bien donner un nom aux choses), le mécanisme social et l'enchaînement d'intérêts, de droits et d'obligations de toutes ces sociétés nées sous le couvert de la Société, constitue un véritable hiéroglyphe à peu près indéchiffrable, un ensemble tenant du labyrinthe et dans lequel, pour arriver à s'y reconnaître, il est indispensable de s'aider d'un Baedeker *ad hoc* ».

Le second est un mémorandum intérieur intitulé « Projet de réorganisation du groupe B.T.L.P. », qui porte la date du 7 mars 1940, c'est-à-dire vers la fin de ces « quarante années d'histoire de *Barcelona Traction* » sur lesquelles le Gouvernement belge insiste tant (*Contre-mémoire*, Annexes, vol. II, n° 112, doc. n° 1). Après avoir dit que l'un des buts de la réorganisation serait de modifier progressivement le caractère exclusivement étranger de l'entreprise, le mémorandum fait remarquer qu'en conséquence, un autre but serait de:

« simplifier l'organisation compliquée actuelle du groupe ».

Revenant sur ce point, le mémorandum explique plus loin (p. 5):

« L'organisation de la société espagnole dont question ci-avant devra être simple, car le but doit être de faire effectivement entrer ultérieurement dans cette société des intérêts espagnols; ceci ne pourra être obtenu que *s'il est aisé de voir clair dans ladite société et nécessite également la disparition des arrangements multiples et compliqués qui existent entre les diverses sociétés du groupe actuellement...* ». (Les italiques ne figurent pas dans le texte.)

Aussi n'est-il pas étonnant que même les experts britannique et canadien, qui généralement s'abstiennent délibérément de toute critique, aient cru devoir dire, dans leur rapport, en 1951 (*Contre-mémoire*, Annexes, vol. VI, chap. II, Annexe n° 1, Doc. 10, pp. 14-15):

« Nous nous sommes efforcés dans ce rapport de présenter un calcul aussi exact que possible de l'investissement de la *Barcelona* dans l'entreprise espagnole sur la base des informations dont nous disposons. *Les sociétés comprenant le groupe Barcelona sont nombreuses, peut-être à un degré inutile*, et certaines de leurs opérations passées ont pris une forme quelque peu compliquée... ». (Les italiques ne figurent pas dans le texte.)

34. Cependant, comme il a déjà été indiqué, ce n'est pas la complexité de l'entreprise de *Barcelona Traction* en elle-même qui est significative. C'est le fait que cette complexité a servi à frauder le fisc espagnol et à tourner la loi espagnole. L'utilisation d'*Ebro* (Toronto) comme paravent abritant les comptes fiscaux d'*Ebro* (Barcelone), la création d'*International Utilities* spécifiquement conçue pour frauder le fisc, la création de *Salto de Cataluña* spécifiquement conçue pour tourner la loi espagnole régit l'exercice d'une concession publique par des étrangers, tels sont les éléments de la complexité de l'entreprise qui appellent la critique. Ces éléments sont significatifs également, parce que, lorsque l'entreprise s'est heurtée aux problèmes que posaient le contrôle des changes et la pression des créanciers, elle s'est aperçue que les éléments critiquables de sa structure l'empêchaient de donner sur sa structure sociale et ses opérations financières les éclaircissements qui s'imposaient pour justifier ses demandes aux yeux des autorités monétaires espagnoles; et parce que ces éléments l'ont empêchée aussi d'entreprendre la réorganisation dont elle avait besoin pour se procurer des capitaux par voie d'emprunts publics en Espagne. C'est ainsi que les éléments abusifs de la complexité de l'entreprise ont été une cause importante de l'état de faillite.

B. *L'abus et la méconnaissance de la personnalité morale des sociétés auxiliaires*

35. Dans le *Contre-mémoire* (Première partie, chapitre I), le Gouvernement espagnol a signalé à la Cour le mépris qu'ont manifesté constamment pour la personnalité juridique distincte des sociétés auxiliaires les maîtres de l'entreprise de *Barcelona Traction* et le fréquent abus qu'ils ont fait des contrats et des accords conclus entre sociétés du groupe. C'est pourquoi, dans sa *Réplique*, le Gouvernement belge a été amené à incorporer à son long développement sur le droit et la pratique des sociétés une apologie générale du principe du maintien de la personnalité juridique distincte des sociétés filiales, ainsi que de la validité des contrats conclus entre les sociétés d'un groupe (V, par. 236-248).

36. Citant des passages doctrinaux et des décisions de jurisprudence, le Gouvernement belge présente un exposé fouillé de la personnalité juridique des sociétés, dans son application aux groupes de sociétés. Il insiste en particulier sur le fait que, même lorsque les sociétés sont réunies en un groupe unique, il est légitime et normal que l'indépendance juridique formelle et la personnalité juridique distincte des sociétés individuelles soient maintenues et que la plupart des ordres juridiques reconnaissent que les sociétés individuelles conservent leur personnalité juridique distincte. « Le groupe de sociétés, dit-il, non seulement ne fait pas obstacle au maintien de la personnalité morale distincte des sociétés membres, mais encore implique nécessairement cette reconnaissance ». Le Gouvernement belge s'en prend ensuite à la théorie de A. A. Berle sur la « réalité économique » des groupes et déclare que « 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 ». Ensuite, il cite des opinions d'auteurs et de juges tendant à prouver que la personnalité distincte des sociétés d'un groupe reste intacte même quand ces sociétés sont totalement dominées par la société holding et même quand elles ont des directeurs communs et que les mêmes personnes exercent chez elles les fonctions d'administrateurs. A ce propos, il insiste fortement sur le fait que de nombreux pays admettent le phénomène de la société « d'une seule personne ».

37. Au paragraphe 246, passant à la question des transactions conclues entre sociétés du groupe, le Gouvernement belge dit : « 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 ». Ajoutant que les accords entre sociétés de groupe sont indispensables au fonctionnement du groupe et qu'ils sont d'un usage constant, il blâme le Gouvernement espagnol d'avoir dans le *Contre-mémoire* qualifié ces accords d'« autocontrats », expression « chargée d'un contenu péjoratif sous la plume du Gouvernement espagnol ». Le Gouvernement belge affirme que « rien ne permet d'y voir l'indice d'une fraude quelconque commise par les sociétés en cause ».

38. Là encore, la réponse belge porte largement à faux, car ce que le Gouvernement espagnol critique ce n'est pas le *principe* qui attribue une personnalité juridique distincte aux sociétés particulières d'un groupe, ni le *principe* qui admet les accords entre sociétés, mais c'est l'abus flagrant qu'ont fait de ces principes les dirigeants de l'entreprise de *Barcelona Traction*. Il est assez curieux que le Gouvernement belge ne se soit, semble-t-il, jamais demandé pourquoi les juristes et les jugements qu'il invoque ont éprouvé le besoin de discuter si sérieusement de la question de la personnalité juridique distincte des filiales et de celle de la validité des accords entre sociétés. La raison en est pourtant claire : c'est que manifestement une situation dans laquelle plusieurs sociétés sont totalement dominées par un seul holding et où des actes juridiques ont lieu entre elles, fait courir de gros risques aux tiers et à l'Etat.

39. Sur la question de la personnalité juridique des sociétés individuelles dominées par un seul et même holding, le Gouvernement belge cite de longs extraits de l'ouvrage de Vanhæcke « Les groupes de sociétés » (*Réplique*, par. 234) à l'appui du *principe* des personnalités séparées. Mais, comme on l'a déjà observé dans le par. 1 de la présente Section n° 22, Vanhæcke a bien soin d'exclure du nombre des cas où il estime légitime l'usage de la personnalité juridique distincte des sociétés individuelles, les cas où

« ... Cette utilisation est frauduleuse et tend à éluder l'application de la loi ».

40. De même, au paragraphe 240, le Gouvernement belge fait très grand cas du *dictum* suivant du juge Knappen des Etats-Unis, formulé en 1916 dans l'affaire *Pittsburgh & Buffalo Co. v. Duncan* (232 Fed. 584, p. 587):

« En ce qui concerne la propriété des actions et la domination sur la société : le seul fait que les actionnaires de deux ou plusieurs sociétés sont les mêmes, ou qu'une société exerce sur une autre un contrôle au moyen de la propriété des actions de celle-ci ou du fait de l'identité de leurs actionnaires, n'a pas pour conséquence de faire de l'une l'agent de l'autre, ni d'opérer leur fusion en une seule, de manière à rendre le contrat de l'une opposable à l'autre, lorsque chacune d'elles est organisée séparément selon des statuts distincts... ».

Le Gouvernement belge souligne que ce passage a souvent été repris et approuvé par la jurisprudence et la doctrine. Mais le Gouvernement belge a arrêté trop tôt la citation du juge Knappen, car ce docte magistrat formulait ensuite une observation qui est mieux adoptée aux circonstances de la présente affaire. Son texte poursuit :

« Il est vrai que la fiction juridique de l'existence de sociétés distinctes sera écartée le cas échéant pour empêcher la fraude ou quand une société est organisée et contrôlée et que ses affaires sont gérées de telle façon qu'elle n'est plus qu'un accessoire ou un instrument d'une autre société ».

41. En droit anglais, L. C. B. Gower, dont l'ouvrage *Principles of Modern Company Law* est cité à plusieurs reprises par le Gouvernement belge, énonce en second lieu dans ses conclusions provisoires sur « les dérogations judiciaires au principe de l'entité sociale (le fait de soulever le voile de la personnalité morale) », que les tribunaux soulèvent le voile social « si la personnalité morale est utilisée de façon flagrante comme une couverture servant à masquer une fraude ou une conduite irrégulière ». Il énumère en outre plusieurs autres catégories de cas où les tribunaux écartent le voile de la personnalité morale; et, comme le juge Knappen, il range dans cette liste les cas où la qualité d'agent est démontrée en fait. En sorte que ses troisième et quatrième conclusions sur le point de savoir dans quels cas les tribunaux s'écarteront de la jurisprudence de l'affaire *Salomon* et lèveront le voile de la personnalité morale sont les suivantes :

« (3) Ils agiront ainsi quand la qualité d'agent peut être prouvée en fait, soit à l'occasion d'opérations particulières, soit même à propos de l'ensemble des affaires de la société.

(4) Ils sont plus disposés à admettre que la qualité d'agent est établie quand l'actionnaire qui détient le contrôle est une autre société; il y a même des indices d'une tendance générale à ne pas reconnaître les entités juridiques distinctes des diverses sociétés réunies en un groupe et à considérer au contraire l'entité économique du groupe tout entier. En ce domaine, les tribunaux suivent le législateur ». (Les italiques ne figurent pas dans le texte.)

42. De même, dans un article écrit en 1957, intitulé : « *Lifting the corporate veil in Canada* », le professeur Mervyn Wood, Q.C., de l'Université de Saskatchewan, fait remarquer (35 *Canadian Bar Review*, p. 1181) :

« Il y a une très remarquable restriction à la reconnaissance de la personnalité distincte dans le cas où une société est propriétaire d'actions d'une autre. Il arrive ainsi que des sociétés forment une pyramide et qu'un contrôle unique soit exercé sur plusieurs sociétés. La centralisation du pouvoir dirigeant qui en résulte présente des avantages, mais peut donner lieu à de nombreux abus. La loi a soulevé le voile de diverses manières, notamment en matière fiscale... ». (Les italiques ne figurent pas dans le texte.)

Plus loin, à la page 1185, cet auteur constate que « les cas de fraudes fournissent des exemples où le tribunal se sent souvent contraint de passer derrière le rideau pour établir de qui l'idée émane réellement », et il dit à la même page :

« Dans d'autres cas, les tribunaux ont jugé que quand une société était manœuvrée de telle sorte qu'elle n'agissait pas pour son propre compte, il était permis de le démontrer au tribunal. Le jugement de l'affaire *Salomon* dit en fait qu'on ne saurait passer outre à l'existence d'une société dûment constituée sous le prétexte qu'elle est une fiction. Mais il se peut que les preuves démontrent qu'elle n'agit pas pour son propre compte mais plutôt pour celui de ceux qui l'ont constituée. En d'autres termes, si la société n'est qu'un canal ou un truchement servant aux fins du promoteur, le tribunal identifiera les actes de la société à ceux de ce promoteur ». (Les italiques ne figurent pas dans le texte.)

43. Quant aux accords entre sociétés, la critique que fait le Gouvernement belge du mot « auto-contrat » employé par le Gouvernement espagnol pour désigner certaines transactions effectuées par les maîtres de l'entreprise de *Barcelona Traction* est en tous points inadmissible, étant donné surtout les circonstances particulières de ces transactions. Quand un accord est passé entre deux sociétés qui appartiennent aux mêmes intérêts et qui sont dominées et dirigées par ceux-ci et que les personnes qui signent au nom desdites sociétés sont toutes des agents de ces intérêts, et que peut-être même les mêmes individus interviennent en tant que représentants des deux sociétés, alors on ne saurait douter qu'en fait la transaction présente toutes les apparences d'un contrat passé par un individu avec lui-même. En tout cas, le Gouvernement espagnol est loin d'être le seul à le penser.

44. Dans le rapport très fouillé présenté au Congrès, dont il a été parlé au numéro 24 du par. 1^{er} ci-dessus, la *United States Federal Trade Commission* a eu l'occasion de mentionner diverses façons dont il est fait abus des accords entre sociétés; trois passages de ce rapport concernant ces abus ont d'ailleurs été cités déjà au numéro 24 du par. 1^{er} ci-dessus. A la différence du Gouvernement belge, la Commission n'a pas manqué de tenir ces accords pour ce qu'ils sont en effet, à savoir des auto-contrats. A la page 843, à propos des accords de contrôle et de direction qui sont utilisés pour donner à la société holding un droit aux bénéfices des sociétés d'exploitation possédant un rang privilégié sur les créanciers de ces dernières, la Commission dit :

« Cette prétention découle de contrats passés entre la société holding et les filiales qu'elle domine, lesquels contrats, passant outre à la fiction juridique des personnalités sociales distinctes, ont le caractère d'accords passés entre la main droite et la main gauche de mêmes intérêts majoritaires ». (Les italiques ne figurent pas dans le texte.)

Et encore, parlant, à la page suivante du rapport, du fait que les sociétés holdings prélèvent des redevances élevées au titre du contrôle et de la direction d'entreprises subsidiaires de manière à en percevoir de gros bénéfices fort supérieures au coût réel des services rendus, la Commission fait observer :

« Les traits essentiels à relever à propos de ces arrangements générateurs de bénéfices sont (a) que les sociétés holdings qui prélèvent les redevances dominant absolument les activités des sociétés d'exploitation et des organisations qui fournissent les services et, qu'à cet égard, elles passent contrat avec elles-mêmes... ». (Les italiques ne figurent pas dans le texte.)

Plus loin, page 864, à propos des bénéfices que fait une société du groupe sur une autre société du groupe à l'occasion de transferts de biens ou de titres, la Commission fait remarquer :

« ... Mais quand la vente a lieu entre deux sociétés dominées d'un même groupe, il ne saurait y avoir de négociation indépendante ». (Les italiques ne figurent pas dans le texte.)

Pour conclure l'exposé de ce point, la Commission ajoute, page 866 :

« ... Dans les contrats passés entre des parties que domine un même intérêt, il existe toujours un risque d'abus, même quand les éléments directeurs sont par ailleurs prudents. Même quand il en est fait un usage circonspect, le fait qu'un seul et même intérêt économique passe contrat avec lui-même en vue d'un bénéfice et que les actionnaires ou obligataires minoritaires ont souvent des intérêts différents dans ces sortes de négociations pose toujours des problèmes délicats. Il y a également la délicate question de savoir comment les biens ont été évalués et quelle proportion de ces biens peut moralement, prudemment ou même légalement

être à un moment donné considérée comme constituant un revenu propre à être employé au service des intérêts ou des dividendes nécessaires pour rémunérer un capital, qui a été gonflé par tel ou tel moyen. *Ces difficultés constituent de très sérieux inconvénients du système des sociétés holdings et sont des maux inhérents aux transactions qui s'effectuent entre sociétés d'un seul et même groupe* ». (Les italiques ne figurent pas dans le texte.)

45. Il est même si manifeste qu'il y a risque d'abus lorsque les représentants d'une société passent contrat avec eux-mêmes en tant que représentants d'une autre société contrôlée par les mêmes intérêts, que les tribunaux des Etats-Unis ont, dans certains cas, considéré que ces accords étaient entachés d'une présomption de fraude (Cook, *On Corporations*, 8^{me} édition, Vol. 13, p. 2514). Par exemple, dans l'affaire *Corsican National Bank v. Johnson* (1919, 251, U.S. 68, p. 90), la Cour Suprême des Etats-Unis a notamment déclaré :

« Le fait que deux sociétés ont en commun la majorité ou même la totalité des membres de leurs conseils n'a pas nécessairement pour effet de rendre nuls les contrats passés entre elles, mais les transactions conclues par l'intermédiaire d'agents ou de directeurs agissant simultanément pour le compte des deux sociétés doivent être regardées comme entachées d'une présomption de fraude, à moins qu'elles n'aient été expressément autorisées ou ratifiées par les actionnaires ».

Dans ces affaires le risque était que, dans leur propre intérêt, les administrateurs eussent pu favoriser une société au détriment des actionnaires de l'autre. Mais elles illustrent le fait général que les « auto-contracts » entre sociétés contrôlées par les mêmes intérêts sont, par nature, susceptibles d'abus.

46. Le Gouvernement espagnol reviendra sur le problème de la personnalité juridique des sociétés dans le § 4 qui traite de l'unité fondamentale de l'entreprise. Il ne s'attachera pour le moment qu'à montrer que l'apologie que fait le Gouvernement belge, dans sa *Réplique*, du principe de la personnalité morale exagère considérablement l'inviolabilité de la *personnalité distincte des sociétés*. Le Gouvernement belge, par cette présentation déformée du principe de la personnalité morale prétend, semble-t-il, conférer aux *actes irréguliers* de l'entreprise une pseudo-immunité à l'égard du contrôle de la Cour, tout comme, en déformant un autre principe, il a tenté de conférer à des *documents* révélateurs de l'entreprise une pseudo-immunité qui les eût mis à l'abri des yeux de la Cour. Mais dans l'affaire qui nous occupe, le principe de la personnalité morale ne saurait donner à l'entreprise la protection que réclame le Gouvernement belge. En effet, indépendamment des nombreux exemples dans lesquels la personnalité morale des sociétés auxiliaires a servi de « couverture à la fraude et à des actes irréguliers », l'entreprise elle-même n'a pas respecté la personnalité juridique distincte de ses diverses sociétés. Au contraire, ainsi que l'a montré le *Contre-mémoire* et comme l'exposera plus avant le § 4. ci-après, l'entreprise était dirigée et exploitée en tant qu'un tout unique et intégré, et les personnalités juridiques distinctes que possédaient *en principe* les sociétés individuelles ont été constamment tenues pour rien, *en pratique*. Bref, encore que le système des sociétés de l'entreprise ait pu paraître assez normal *extérieurement*, ce n'était là *en fait* guère plus qu'une façade, derrière laquelle *Barcelona Traction* elle-même dirigeait, exploitait et faisait ses affaires en Espagne. Au surplus, le rôle du principe de la personnalité morale dans cette façade n'était pas simplement de fournir un mécanisme permettant d'organiser commodément l'entreprise; sa fonction primordiale dans la pratique de l'entreprise était de servir à duper les autorités fiscales espagnoles et à tourner la loi espagnole régissant l'usage des concessions publiques par les étrangers.

C. *L'abus des prête-noms et des « sociétés fictives »*

47. A plusieurs reprises, le Gouvernement espagnol dans le *Contre-mémoire* a rappelé l'usage qui avait été fait d'administrateurs « fictifs » ou d'actionnaires « fictifs » pour la formation ou le fonctionnement de sociétés appartenant à l'entreprise de *Barcelona Traction* (IV, Première partie, chapitre I, paragraphes 3, 6, 8, 12, 13, 14, 18, 22, 28, 138-140). Il l'a fait pour deux raisons: (1) pour montrer, en signalant l'usage répété de ce procédé et en énumérant les noms des « hommes de paille » participant à la constitution de certaines sociétés, que celles-ci étaient des manifestations d'un seul et même groupe financier; et (2) pour montrer qu'à certains points de vue l'entreprise a eu recours à des administrateurs ou à des actionnaires « fictifs » à des fins de dissimulation.

48. Fidèle à la méthode qu'il emploie généralement pour traiter de cet aspect du litige, le Gouvernement belge renvoie aux annexes les cas de dissimulation et donne à la Cour, dans le texte de la *Réplique*, un exposé tendant à prouver qu'il est normal dans la pratique anglo-saxonne d'avoir recours à des administrateurs prête-noms pour constituer des sociétés. Prétendant, tout à fait à tort, que le Gouvernement espagnol soutiendrait que l'usage d'administrateurs ou d'actionnaires prête-noms est en lui-même une preuve *prima facie* de fraude, le Gouvernement belge s'arrange alors pour donner l'impression qu'il n'y aurait là qu'un cas de plus dans lequel le Gouvernement espagnol ne comprendrait rien aux réalités de la vie moderne des affaires (*Réplique*, V, par. 251-252).

49. Une fois de plus, ce que le Gouvernement espagnol conteste, ce n'est pas la régularité des formes juridiques employées par l'entreprise, mais bien l'utilisation qui en a été faite. Au chapitre I de la première partie du *Contre-mémoire*, le Gouvernement espagnol a exposé de la façon la plus objective les circonstances dans lesquelles ont été créées les sociétés groupées dans l'entreprise de *Barcelona Traction*, sans mettre en cause les formes juridiques employées. Bien au contraire, il a rappelé au paragraphe 2 qu'aux dires du Gouvernement belge, ces formes étaient normales dans la pratique anglo-américaine. C'est que le Gouvernement espagnol, au chapitre I, se proposait de mettre en relief le fait que le capital-actions des sociétés centrales de l'entreprise avait été émis sans le moindre versement d'espèces et de signaler que l'identité ou la similitude des noms des fondateurs « fictifs » était la preuve que les sociétés étaient simplement des manifestations diverses des mêmes promoteurs. Evidemment, ce dernier point était important pour établir la vraie nature des accords conclus entre des sociétés du groupe, les « auto-contrats », qui ont tenu tant de place dans le financement et le fonctionnement de l'entreprise.

50. L'une des raisons traditionnelles du recours à des « prête-noms » faisant figure d'administrateurs ou d'actionnaires, dans la pratique anglo-américaine tout comme ailleurs, est le désir de maintenir dans l'ombre la personne qui domine ou possède l'entreprise. Le motif du recours au procédé des prête-noms peut être légitime ou illégitime. Mais, quand l'emploi de prête-noms a pour fin spécifique de cacher quelque chose aux autorités d'un Etat, il y a certainement lieu d'en déduire que le motif est illégitime: que c'est une dissimulation ou une tromperie. Un cas de dissimulation de ce genre s'est produit lors de la formation de la filiale espagnole *Saltos de Cataluña*, que le *Mémoire* disait avoir été fondée « pour des raisons d'organisation interne ». En fait, comme l'a indiqué le Gouvernement espagnol d'après des documents tirés des archives de l'entreprise (*Contre-mémoire*, chapitre I, Annexe N° 32), ces « raisons d'organisation interne » étaient « d'éluider les dispositions de la loi espagnole régissant l'acquisition de concessions électriques par des étrangers et de frustrer la mise en œuvre du programme national de travaux hydro-

électriques dans le bassin de l'*Ebro*» (*Contre-mémoire*, IV, chapitre I, par. 28); et, comme le montrent les mêmes documents, non seulement l'on eut recours à des prête-noms pour former la société, mais encore on leur fit passer de minutieux accords secrets, de manière à garantir à *Barcelona Traction* la maîtrise des actions de la société (*ibid.*, par. 138).

51. Le Gouvernement belge présente ses observations sur ce point dans l'Annexe 52 à la *Réplique* (p. 9 de l'Annexe), où il s'abstient, sans doute sagement, de faire la moindre allusion aux documents compromettants. En revanche, il donne de la formation de la société l'explication suivante:

« La Société *Salto de Cataluña* fut chargée particulièrement de l'acquisition de certaines concessions sur diverses rivières pour lesquelles les études étaient poursuivies. Au stade des études, il apparaissait préférable de ne pas faire réaliser ces travaux directement par l'*Ebro* ou une autre société du groupe. D'autre part, *étant donné l'arbitraire qui régnait dans certaines sphères administratives*, il avait été jugé utile de transférer diverses concessions à *Salto de Cataluña*, dont les actions seraient temporairement détenues par des personnes espagnoles étrangères au groupe bien que, légalement, rien ne s'opposât à ce qu'elles appartiennent à des sociétés espagnoles du groupe... ». (Les italiques ne figurent pas dans le texte.)

Le Gouvernement belge poursuit en assurant qu'« aucune disposition légale quelconque n'était violée ou éludée en la circonstance ».

52. La thèse belge que le transfert des concessions à *Salto de Cataluña* ne contrevenait à aucune loi espagnole est elle-même certainement contestable pour qui connaît l'objet que visait manifestement le Décret royal La Cierva de 1921, à savoir réserver l'octroi de concessions aux seuls ressortissants espagnols et à des sociétés espagnoles, administrées par des Espagnols. En tout état de cause, M. Strang, conseil juridique de l'entreprise de *Barcelona Traction*, avait, dans une circonstance antérieure, clairement exprimé qu'il craignait fort que le transfert des concessions à une société espagnole contrôlée par *Barcelona Traction*, en l'espèce *Salto del Segre*, ne fût pas compatible avec le décret royal. Dans une lettre du 2 septembre 1926, M. Strang écrivait à M. Hubbard, Président de *Barcelona Traction* (*Contre-mémoire*, Annexes, chap. I, vol. III, N° 416, par. 7):

« Je ne suis pas sûr que cette disposition qui tend à assurer à *Salto del Segre* la reprise des options et le transfert de la concession soit vraiment nécessaire; on trouve déjà des dispositions de cet ordre dans le contrat de vente des actions de *Barcelonesa* et de plus, comme l'*Ebro Company* possède à peu près tout le capital de *Salto del Segre*, on peut obliger celle-ci à prendre les mesures indiquées. Je pense aux dispositions du Décret royal du 14 juin 1921 et à l'amendement du 7 juillet 1921, qui vous sont tous les deux déjà familiers et qui disposent que les concessions ne seront accordées qu'à des sujets espagnols et à des sociétés constituées et domiciliées en Espagne, et il me semble que toute mention d'une intervention de *Barcelona Traction* dans les affaires de *Salto del Segre* pourrait peut-être amener les autorités espagnoles à enquêter sur la question tout entière, y compris les circonstances dans lesquelles le dernier transfert des concessions sur le Haut Segre a été effectué ». (Les italiques ne figurent pas dans le texte.)

MM. Strang et Hubbard étaient en 1926 tout à fait convaincus que les transferts de concessions à des sociétés espagnoles dont on savait qu'elles étaient sous la domination de *Barcelona Traction* risqueraient d'amener une enquête des autorités espagnoles ayant

en vue les intentions du Décret royal qui en 1935 avait poussé l'entreprise à créer *Salto de Cataluña* et à dissimuler derrière un rideau de prête-noms espagnols le fait que *Barcelona Traction* dominait cette société.

53. Mais même si l'on devait admettre que le transfert des concessions à *Salto de Cataluña* n'était pas un acte contraire en lui-même aux lois espagnoles, il resterait encore que le transfert des concessions à *Salto de Cataluña* exigeait l'approbation des autorités administratives espagnoles et que l'entreprise a eu recours à la dissimulation pour obtenir cette indispensable approbation. Les documents reproduits à l'Annexe 32 au chapitre I du Contre-mémoire montrent clairement que *Barcelona Traction* savait parfaitement que l'approbation des autorités espagnoles risquait de n'être pas accordée, si ces autorités n'acquiesçaient pas la conviction que les concessions étaient transférées à « une société strictement nationale » (Document n° 1). Ils montrent aussi que l'on eut recours à des prête-noms espagnols et à un rocambolique échafaudage d'accords secrets et de coffres bancaires à double serrure dans l'intention expresse de cacher aux autorités espagnoles que *Salto de Cataluña* appartenait en fait et qu'elle était « corps et biens » sous la domination de *Barcelona Traction*, société étrangère.

54. Si le Gouvernement belge estime réellement qu'il n'y a rien d'illicite pour une société dans le fait de tromper de propos délibéré les autorités administratives d'un pays donné, qu'il soit étranger ou de la même nationalité que la société, pour obtenir desdites autorités une autorisation requise par la loi et touchant aux questions sur lesquelles a porté la tromperie, il est certainement le seul gouvernement au monde qui soit de cet avis.

55. Le Gouvernement belge lui-même semble avoir senti que les membres de la Cour pourraient ne pas être disposés à voir d'un œil aussi indulgent un acte délibéré de tromperie commis à l'encontre d'autorités gouvernementales, car, dans le passage repris en italiques au paragraphe 51 ci-dessus, il a essayé d'excuser le recours à la dissimulation en parlant de « l'arbitraire qui régnait dans certaines sphères administratives ». Sans doute M. Strang, dans sa lettre du 7 juin 1935 (document n° 1 de l'Annexe 32) avait parlé du *Consejo de Obras Hidráulicas* comme d'un organisme qui aurait été « extrêmement chauvin » au début de 1934. Mais, aux yeux de M. Strang et de ses collègues du bureau de Barcelone de l'entreprise, l'administration espagnole était jugée coupable de « chauvinisme » dès qu'elle essayait, conformément au Décret royal, de favoriser le développement des services publics hydro-électriques par les soins d'intérêts « strictement nationaux ». L'allégation de chauvinisme dans la lettre de M. Strang est symptomatique de l'attitude hautaine et dédaigneuse qu'avait l'entreprise envers les autorités espagnoles. Quant au prétendu « arbitraire qui régnait dans certaines sphères administratives », la Cour n'aura qu'à se reporter au § 3 suivant pour voir de quel côté se trouvait réellement l'arbitraire. La Cour y trouvera l'exposé, fondé sur de nombreux documents tirés des archives de Barcelone, de la campagne, absolument impitoyable, d'obstruction et de sabotage que mena *Barcelona Traction* contre tous les intérêts espagnols qui tentaient de développer l'industrie électrique dans des régions où ils risquaient de faire concurrence à l'entreprise de *Barcelona Traction*. Au regard de cet exposé, l'insinuation du Gouvernement belge, selon laquelle l'entreprise n'aurait eu recours à la dissimulation, lors de la formation de *Salto de Cataluña*, qu'en raison de l'attitude prétendument arbitraire des autorités espagnoles, insinuation que formule ailleurs aussi la *Réplique* à propos d'autres dissimulations, est vraiment quelque peu exagérée.

56. En fait, *Barcelona Traction* a fait un usage très général de prête-noms et de mandataires pour manipuler les actions qu'elle possédait dans ses filiales et sous-filiales et y exercer son droit de vote. Les explications qu'en fournit la *Réplique* sont discrètes : pour ce qui est de la constitution d'*Unión Eléctrica de Cataluña*, par exemple, elle se borne à dire que l'on fit usage de prête-noms « pour des raisons de convenance personnelle » (*Réplique*, Annexe 52, vol. I, p. 293). Le système des prête-noms et des mandataires employé par l'entreprise en matière d'actions et de vote aux assemblées des sociétés est toutefois expliqué assez complètement dans la *Réplique* (Annexe 106, vol. II, p. 528). On y tente même de déduire de ce système l'argument que, puisque *Barcelona Traction* n'avait pas le droit de voter aux assemblées des filiales et sous-filiales sans avoir obtenu pouvoir ou autorisation préalable de *National Trust*, les organes de la faillite auraient prétendu exercer des droits appartenant à *Barcelona Traction* que celle-ci ne possédait pas réellement. Mais ces explications n'éclairent pas les raisons pour lesquelles *National Trust* a joué le rôle de « prête-nom » pour une part des actions d'*Ebro* appartenant à *Barcelona Traction*.

57. Comme nous l'avons déjà signalé, l'un des objets du système des prête-noms est de cacher la personne qui est le véritable maître ou propriétaire de la société derrière le voile du droit formel du prête-nom ; et, même si le prête-nom n'est employé que pour des raisons de convenance, tel peut toujours être l'effet de son intervention. C'est ainsi que, jusqu'en 1926, les autorités espagnoles ont reçu copie des procès-verbaux des assemblées générales des deux sociétés auxiliaires canadiennes opérant en Espagne, c'est-à-dire d'*Ebro* et de *Catalonian Land* ; dans ces procès-verbaux *National Trust* y figurait dans la liste des actionnaires présents à l'assemblée sans qu'il fût fait mention de sa qualité de prête-nom, et surtout pas de prête-nom de *Barcelona Traction* (A.D. N° 6, docs. n°s 17 et 18, vol. II, pp. 172-178). De même, les autorités espagnoles avaient accès aux registres des procès-verbaux des assemblées des filiales espagnoles de *Barcelona Traction*, où étaient mentionnées comme actionnaires ayant assisté aux assemblées les personnes qui étaient les prête-noms de *Barcelona Traction* sans que fussent indiqués ni leur caractère de prête-noms ni le fait qu'elles agissaient pour le compte de *Barcelona Traction*.

58. Le chef du service juridique d'*Ebro* à Barcelone lui-même a prétendu avoir été induit en erreur par le système des prête-noms, quant au véritable propriétaire des actions d'*Ebro*, lesquelles appartenaient toutes à *Barcelona Traction*. C'est ce qui ressort de la déposition faite par M. José Puig Doménech, le 18 novembre 1949, devant le juge d'instruction de Barcelone (*Contre-mémoire*, Annexes, vol. II, chapitre I, n° 107, p. 145) :

« Le témoin déclare spontanément qu'il se souvient avoir, dans sa dernière déposition devant le Juge d'instruction, assuré que les actions de *Riegos y Fuerza del Ebro* n'appartenaient pas dans leur totalité à la *Barcelona Traction*, mais qu'il existait d'autres personnes qui possédaient des actions de la société *Riegos y Fuerza del Ebro*, et qu'il le savait par les documents qu'à l'occasion des exercices annuels, on envoyait aux Finances pour la liquidation de l'impôt et, en démonstration de la véracité de son assertion, il présente une copie du bilan correspondant au trente et un décembre mil neuf cent quarante-six, dans lequel il est indiqué que M. E. A. Graydon possède quatre-vingt actions, J. S. Holmsted, dix, et la *National Trust Company*, vingt-quatre mille huit cent quarante; que l'original du document qu'il présente se trouverait à Toronto où a été tenue l'assemblée générale à laquelle il se réfère, mais qu'il doit y en avoir une copie authentique dans les bureaux de la société *Riegos y Fuerza del Ebro*, à Barcelone »

Le juge d'instruction lui ayant demandé si les personnes mentionnées au procès-verbal de l'assemblée générale d'*Ebro*, tenue à Toronto en 1947, étaient les vrais actionnaires ou simplement leurs représentants, le témoin a ajouté :

« Qu'il croit que ces personnes étaient les propriétaires ou possesseurs de ces actions, parce que, sur le livre registre des actions qui était tenu à Toronto, il était indiqué que ces actions avaient été transférées au nom de ces messieurs qui figuraient comme ayant assisté à l'assemblée en question ».

MM. Lawton et Hubbard connaissaient évidemment la vérité sur ces questions. Mais, si le témoignage du chef du service juridique d'*Ebro* était sincère, il en résulterait que le système des prête-noms employé par l'entreprise cachait, même à des agents supérieurs espagnols d'*Ebro*, les rapports véritables existant entre *Barcelona Traction* et ses filiales. Il n'est donc pas étonnant que les fonctionnaires du fisc espagnol aient été trompés de la même façon.

59. En outre, il est intéressant de comparer la régularité apparente des formes employées pour l'exercice du droit de vote par *Barcelona Traction*, qui sont exposées à l'Annexé 106 de la *Réplique* belge, avec la description que des employés de l'entreprise à Barcelone ont donnée de la façon dont se tenaient réellement les assemblées de la société en Espagne (*Contre-mémoire*, Annexes, vol. II, chapitre I, n° 107, p. 118-145, 158-159, 163-165, 183-185). Il ressort des témoignages d'employés, interrogés par le juge d'instruction dans le cadre de l'action pénale intentée contre M. Lawton ou par l'enquêteur spécial dans la procédure de l'affaire de *Sidro*, que l'on désignait plus ou moins au petit bonheur les employés qui devaient jouer les actionnaires aux assemblées. C'est ainsi que M. Joaquín Maluquer Nicolau, Secrétaire général d'*Ebro* et d'autres sociétés de *Barcelona Traction*, auquel on demandait selon quels principes il dressait les listes d'actionnaires pour le vote aux assemblées générales, répondit (*ibid.*, p. 183):

« M. Lawton, président et directeur général, me disait d'habitude: 'Faites une répartition nominale des actions' ... On me laissait toute latitude d'établir la liste à mon gré ».

Ajoutant qu'il inscrivait des noms au hasard, il déclara que telle était la raison pour laquelle « des personnes de rang très modeste figuraient parfois avec un grand nombre d'actions ». Ce témoignage ainsi que celui de M. Manuel Pinilla Campoamor, caissier principal d'*Ebro* (*ibid.*, pp. 158-159), montrent encore que des actionnaires étaient régulièrement portés sur les listes des procès-verbaux des assemblées générales comme ayant été présents, alors qu'en fait il n'en était rien, et que M. Pinilla signait d'habitude les procès-verbaux en qualité de « scrutateur » sans même avoir assisté à la prétendue assemblée générale. Quand on lui demanda pour quelle raison il agissait de la sorte, M. Pinilla répondit: « Parce que la direction m'en avait donné l'ordre ».

Il semble donc tout à fait établi qu'en ce qui concerne cet aspect de la pratique de la société, la régularité apparente des formes et méthodes employées par l'entreprise était quelque peu fragile et superficielle.

60. Quant au comportement des organes de la faillite, c'est une question qui relève de la seconde Partie Chapitre III (Section III). Mais le Gouvernement espagnol ne saurait négliger de signaler ici que, dans la procédure de faillite:

a) d'une part, tant *Ebro* que *National Trust* ont essayé d'user de la position de cette dernière en tant qu'actionnaire « prête-nom » pour écarter les conséquences juridiques de la situation où se trouvait *Barcelona Traction*, unique actionnaire d'*Ebro* (c'est aussi ce que fait le Gouvernement belge dans sa *Réplique*);

b) d'autre part, *National Trust* n'a jamais essayé d'affirmer sa position de prête-nom ou de créancier-gagiste en vue de forcer les organes de la faillite à exercer le droit de vote dans les mêmes conditions où l'exerçait *Barcelona Traction* avant la faillite.

61. Enfin, il y a lieu de formuler quelques commentaires sur les « sociétés fictives », question qui offre de l'intérêt principalement à l'égard de *Spanish Securities* et, plus spécialement, à l'égard d'*International Utilities*. Encore une fois, la défense que fait le Gouvernement belge dans la *Réplique* repose sur le fait qu'avaient été remplies toutes les formalités requises par la loi canadienne pour qu'une société fût régulièrement constituée. (V, Chapitre II, par. 254). Mais, là aussi, la question cruciale n'est pas la régularité des sociétés au point de vue formel, mais l'usage qui a été fait de ces sociétés. Il est assez courant qu'une entreprise crée une « société fictive » pour servir de simple instrument d'organisation sociale ou de financement, et la compatibilité *en principe* d'une telle société avec la loi canadienne n'est pas en cause. Mais une « société fictive », qui est la chose et la propriété des mêmes intérêts qui possèdent et dominent les autres sociétés d'une entreprise, est particulièrement propre à être utilisée aux fins abusives qu'a signalées la *Federal Trade Commission* (ci-dessus, § 1, n° 24). Lorsque, comme c'était le cas pour *Spanish Securities* et *International Utilities*, on constate qu'une telle société prend part à des transactions d'une valeur nominale très importante dont il est malaisé d'évaluer la contrepartie, on ne saurait guère reprocher aux autorités de l'Etat de considérer, comme l'a fait la Cour Suprême des Etats-Unis, l'opération avec une grande réserve.

Quant à *Spanish Securities*, le Gouvernement belge conteste qu'on en puisse parler comme d'une « société fictive ». Le paragraphe 254 de la *Réplique* rappelle que la constitution de la société a été conforme à la pratique canadienne; que le bilan de ses affaires au 31 décembre 1913 montre que la totalité de son capital de \$ 40.000 avait été entièrement libéré; qu'elle avait garanti des avances de fonds importantes à *Barcelona Traction*; qu'elle s'occupa de placer des obligations et des actions, mena les négociations en vue d'obtenir les premières concessions et négocia l'acquisition de participations dans des sociétés espagnoles; et qu'elle fut dissoute en 1923 avant que *Sidro* acquit un intérêt dans *Barcelona Traction*. Le gouvernement belge conclut de là que *Spanish Securities* était nécessairement l'« instrument » de ses actionnaires, car tel est le cas de toute société, mais que ses activités montrent qu'elle n'était ni « fictive » ni dépourvue d'existence autonome.

62. Rien, toutefois, de ce qu'avance le Gouvernement belge n'empêche *Spanish Securities* d'être une « société fictive ». Sans doute cette société avait-elle été constituée conformément à la loi canadienne, sans doute encore son nom apparaît-il dans de nombreuses lettres et accords et sans doute aussi son nom a-t-il pu figurer sur une porte au 21-25 King Street West, à Toronto. Mais du commencement à la fin, les administrateurs de cette société, qui théoriquement participaient à des opérations d'un montant énorme, ont été un comptable, un clerk de *solicitor* et un aide-comptable qui n'étaient évidemment que de simples « prête-noms ». Au surplus, le bilan annuel qui était présenté au nom de la société conformément à l'*Ontario Companies Act* montre qu'elle n'a jamais cru bon d'avoir un trésorier; qu'elle semble n'avoir jamais possédé de biens; qu'elle indiquait la valeur de ses actions comme « problématique — sans valeur définie » et qu'elle n'a jamais tenu d'assemblée jusqu'au jour où celle-ci s'est réunie pour dissoudre la société en 1923 (*Contre-mémoire*, Annexes, chapitre I, vol. I, n° 2, pp. 33-44). Ce sont ces aspects de *Spanish Securities* qui poussent le Gouvernement espagnol à dire qu'elle n'était qu'une « société fictive » et simplement une autre manifestation et un *alter ego* des

intérêts financiers qui contrôlaient *Barcelona Traction*. A ce propos, il n'est pas sans intérêt de noter que lorsque, peu de temps après sa constitution, *Spanish Securities* passa un accord avec la *Deutsche Bank*, c'est M. Hubbard, l'un des administrateurs de *Barcelona Traction*, et non pas un directeur de *Spanish Securities*, qui signa l'accord au nom de *Spanish Securities* (*Contre-mémoire*, Annexes, chapitre I, vol. I, n° 3, p. 47). Et quand un accord fut passé entre *Barcelona Traction* et *Spanish Securities*, le 18 février 1913, c'est encore M. Hubbard, l'un des directeurs de *Barcelona Traction*, qui signa pour *Spanish Securities*, et M. Pearson, Président de *Barcelona Traction* et en même temps porteur de presque toutes les actions de *Spanish Securities*, qui signa pour *Barcelona Traction*. Mais, quoi qu'il en soit, la question de savoir si *Spanish Securities* fut ou non une « société fictive » est d'ordre plutôt académique, car il ressort nettement des documents que *Spanish Securities* ne fut qu'une manifestation de plus des intérêts financiers qui dominaient *Barcelona Traction*.

63. Quant à *International Utilities*, le Gouvernement espagnol a signalé dans le *Contre-mémoire* (Chapitre I de la première partie, par. 14) que cette société était le meilleur exemple qu'on puisse trouver d'une « société fictive » et il a démontré à l'aide de documents tirés des archives de l'entreprise qu'elle avait été créée spécifiquement pour servir de moyen permettant de manipuler les comptes d'*Ebro* et qu'elle fut constamment utilisée pour frauder les autorités fiscales espagnoles (*ibid.*, par. 37-40, 109-116). Les documents tirés des archives de l'entreprise qu'a cités le Gouvernement espagnol à propos de cette société sont très compromettants. C'est pourquoi le Gouvernement belge, une fois de plus, au paragraphe 276 de la *Réplique*, renvoie avec tact la Cour à une Annexe (Annexe 52), prétendant que les allégations espagnoles s'y trouvent « réfutées ». Mais si elle se reporte à l'Annexe (vol. I, p. 293), la Cour trouvera simplement l'affirmation que la constitution d'*International Utilities* fut régulière et que, s'il est vrai que des considérations d'ordre fiscal ont inspiré sa création, ces considérations étaient exemptes de toute intention frauduleuse. Le Gouvernement belge détourne simplement ses regards des documents compromettants qui, par leurs falsifications et leurs fausses dates, ne démontrent que trop clairement cette intention. Et cependant ce sont les fraudes et les dissimulations qui se rattachent à *International Utilities* qui ont constitué l'une des principales raisons pour lesquelles la société n'a pu se dégager de ses difficultés en matière de devises étrangères et qui, par conséquent, l'ont empêchée de s'acquitter de ses obligations envers ses créanciers.

§ 3: EXEMPLES ILLUSTRANT LA POLITIQUE SUIVIE PAR L'ENTREPRISE

64. Dans la première partie du *Contre-mémoire* (IV, chap. I, section V, § 4, n° 136-142), le Gouvernement espagnol a signalé à l'attention de la Cour des documents qui montrent comment l'entreprise de *Barcelona Traction* a tourné, par des expédients sans scrupules, les lois espagnoles régissant la possession de concessions de services publics par des étrangers; comment il en est résulté l'établissement d'un monopole étranger sur un service public d'Espagne et comment l'entreprise a tenté de défendre ce monopole même contre une institution d'Etat, la *Confederación Hidrográfica del Ebro*, en faisant illégalement main basse sur les concessions de *Santa Ana* et de *Clúa* (*Contre-mémoire*, Annexes, chap. I, vol. I, n° 32, p. 316).

65. Au paragraphe 350 de sa *Réplique*, le Gouvernement belge se contente de dire que l'inexactitude de ces allégations de fraude est flagrante et qu'il y a déjà été répondu au

paragraphe 276 et à l'Annexe 52. Mais le paragraphe 276 se borne à affirmer lui aussi qu'« aucune des 'fraudes' alléguées par le Gouvernement espagnol n'existe en réalité », et à répéter qu'il a été répondu aux allégations à l'Annexe 52. Or, l'Annexe 52, comme nous l'avons déjà indiqué au paragraphe précédent de la présente *Duplique* (nos 51-55), passe simplement sous silence les documents compromettants que contenaient les archives de l'entreprise et soutient en fait que, pour satisfaire à la loi espagnole, il suffisait de faire inscrire les concessions au nom d'une société constituée en Espagne. Il a été démontré au *paragraphe précédent* que cette assertion est totalement inadmissible, en raison des dissimulations qu'avait pratiquées l'entreprise pour obtenir les autorisations nécessaires et du fait que les administrateurs de la société espagnole étaient par des accords secrets totalement assujettis aux ordres de *Barcelona Traction*.

66. Lors de l'élaboration du *Contre-mémoire*, le conseil du Gouvernement espagnol n'avait pas prêté d'attention particulière aux archives des services techniques et commerciaux de l'entreprise, car l'on pensait que ces archives seraient probablement sans intérêt pour la présente affaire. Mais, comme on l'a déjà dit précédemment, les recherches récentes dans les archives de ces services ont révélé que ce que disait le Gouvernement espagnol, dans le *Contre-mémoire*, pour montrer que l'entreprise avait tourné la loi espagnole régissant l'acquisition de concessions de services publics et illustrer sa politique de monopole, alléguées déjà graves en elles-mêmes, devient insignifiant au regard des faits révélés par les archives. Le Gouvernement belge dira sans aucun doute que ces nouvelles preuves des méfaits de l'entreprise en Espagne sont sans pertinence et constituent une « diversion » destinée à détourner l'attention de la Cour des allégations belges visant les autorités administratives et judiciaires espagnoles. Mais ces preuves sont directement pertinentes si l'on tient compte du « grief global » et de l'ensemble de la thèse belge du déni de justice qui s'appuie sur l'idée d'un prétendu complot dans lequel auraient été impliquées les autorités espagnoles. Elles démontrent l'intensité de la brutalité, de la duplicité et l'arrogance qui caractérisent les actes de l'entreprise dans son effort pour s'arroger un monopole de fourniture et de distribution de l'électricité en Catalogne. Elles démontrent aussi que, dans la poursuite de ses fins propres, l'entreprise était résolue à ne tenir aucun compte des intérêts, des lois et des autorités espagnols. Ces faits ont pour conséquence de ruiner complètement l'image de l'entreprise bienfaitrice de l'Espagne que présente à la Cour le Gouvernement belge et, ce qui est plus important encore, la Cour verra l'entreprise manifester cette même brutalité, duplicité et arrogance dans les négociations relatives à *Chade* et au Plan d'arrangement, avant la faillite et au cours de la procédure de faillite elle-même.

67. Les dossiers du service commercial de l'entreprise à Barcelone contiennent un grand nombre de documents concernant l'élimination des intérêts espagnols qui faisaient concurrence à l'entreprise en Catalogne. Dans les premières années, l'entreprise pratiqua à toute occasion une politique active d'achat des petits intérêts qui s'occupaient de fourniture et de distribution d'électricité en Catalogne et elle maintint cette politique par la suite, pour autant que ses difficultés financières le lui permettaient. Ce serait abuser de l'attention de la Cour que de lui présenter tous ces documents. Le Gouvernement espagnol n'entend pas non plus nier que, jusqu'à un certain point, il n'était pas déplacé que l'entreprise s'efforçât alors de racheter les affaires locales concurrentes pour développer et rendre plus efficace sa propre entreprise. Certains de ces documents toutefois montrent que l'entreprise tenait tout particulièrement à empêcher une certaine affaire de tomber aux mains des autorités municipales locales. Par exemple, une note du 10 avril 1929 du chef

du département commercial recommande l'achat d'un petit distributeur-revendeur de la ville de Papiol, et ce dans les termes suivants (*Duplique, Annexes, n° 5, document n° 1*):

« L'ancien propriétaire de cette affaire est décédé et la veuve était sur le point de céder toute l'affaire aux autorités municipales pour qu'elles l'exploitent elles-mêmes. En effectuant cet achat, nous évitons ce facteur indésirable, éliminons un petit revendeur isolé et, en même temps, faisons un peu d'argent sur cette affaire ».

68. Entre 1929 et 1934, le principal souci de l'entreprise, du point de vue qui nous occupe à présent, semble avoir été le risque qu'un puissant groupe espagnol de revente ne se constituât dans la région de Lérida, au cas où un certain M. Esteva se serait associé à la famille Gomis (*Duplique, Annexes, n° 5, nos 2 et 3*). Cette situation faisait l'objet d'enquêtes périodiques du service commercial, et la tactique qu'appliquait généralement l'entreprise pour y parer paraît avoir été de s'évertuer à maintenir la division entre M. Esteva et les frères Gomis et d'engager des pourparlers avec l'un des frères Gomis dissocié de l'autre (*Duplique, Annexes, n° 5, documents nos 4, 5, 6, 7*). Ces documents montrent que l'une des causes d'inquiétude de l'entreprise venait de ce que les frères Gomis avaient des intérêts dans une importante concession sur la rivière Sègre à Oliana, au développement de laquelle il était vraisemblable que l'Etat prit part (*Duplique, Annexes, n° 5, document n° 2*). Ils montrent aussi, notamment, que dans les litiges judiciaires contre les frères Gomis, les tribunaux espagnols s'étaient révélés capables de protéger les droits contractuels de l'entreprise en vertu de la loi espagnole (*Duplique, Annexes, n° 5, documents n° 9, p. 3*).

69. Vers 1935, toutefois, c'était le développement en Catalogne de coopératives de production et de fourniture d'électricité qui était devenu le souci principal de l'entreprise. Le premier document sur ce sujet figurant dans les dossiers du service commercial est une note non datée ni signée portant ce titre plutôt inquiétant: « Intérêt de R. y F. del E. Ebro à annuler ou contrecarrer toute l'organisation des Coopératives » (*Annexe n° 5, Doc. n° 10*). Ce document est quelque peu hermétique, car il n'est qu'une note abrégée concernant diverses mesures dont il avait été question pour écraser les coopératives ou leur faire obstacle, et, par souci de secret, certains personnages sont désignés par de simples initiales. Mais il n'est pas nécessaire que la Cour s'arrête à ce document, car la signification en est parfaitement éclairée par d'autres documents des archives de ce service.

70. M. Bonel, sous-directeur du service commercial, dans une note du 14 juin 1935, déclare qu'il a expliqué à M. Spéciael (administrateur de *Barcelona Traction* et d'*Ebro*) la position qui était celle de l'entreprise vis-à-vis des coopératives et qu'il s'est entretenu avec M. Menschaert (administrateur de ces mêmes sociétés) « des diverses formules qui avaient été envisagées dans le but d'enrayer d'abord et d'annihiler ensuite l'essor des coopératives » (*Annexe n° 5, doc. n° 11*). La note est assez éloquente par elle-même. En bref, les mesures convenues étaient: *a*) des mesures propres à empêcher la formation de groupements de coopératives; *b*) une guerre des tarifs soigneusement graduée et contrôlée contre les coopératives tendant à les forcer à fermer leurs postes sans provoquer de répercussions politiques; *c*) une tentative d'entente avec M. Parés et M. Massana qui finançaient les coopératives, en vue d'acquérir une part des créances que ces personnes détenaient contre les coopératives; *d*) une tentative de neutraliser en même temps l'action d'un certain M. Camps, qui était l'âme du développement des coopératives. On peut ajouter que M. Camps est le personnage dont le nom est dissimulé sous l'initiale « C » dans les premiers documents, tandis que Parés et Massana sont les personnes que désignent les lettres « P » et « M ».

71. Dans le document suivant, qui est une note du 6 juillet 1935, M. Bonel expose brièvement les dispositions prises pour donner effet aux mesures convenues le mois précédent (Annexe n° 5, Doc. n° 12). La première section traite du cours pris par la guerre des tarifs contre les coopératives. La deuxième section, qui relate la façon dont M. Camps a été suborné, est révélatrice des procédés clandestins que l'entreprise paraissait trouver tout naturel d'employer... Sous le titre « Action indirecte », M. Bonel raconte que M. Ripoll, Président de la *Banca Marsans* en même temps qu'administrateur de l'une des filiales de *Barcelona Traction* (l'*Unión Eléctrica*), avait appris que M. Camps avait fait une démarche auprès de sa banque en vue d'emprunter des fonds pour développer les réseaux de distribution de certaines coopératives; que l'entreprise était en rapport avec M. Ripoll et que ce dernier avait incité M. Camps à prendre contact avec le bureau d'*Ebro* au sujet de l'emprunt, puisque celui-ci touchait à la concurrence avec *Ebro*; que M. Camps avait alors été poussé, pour ne pas dire suborné, à travailler dès lors pour *Barcelona Traction* et à saboter le développement des coopératives.

72. A la fin de ce même mois, juillet 1935, M. H. W. Eddy, directeur du service commercial, adressa à M. Lawton un rapport complet sur les derniers développements touchant les coopératives et les relations de l'entreprise avec M. Camps (Annexe n° 5, doc. n° 13). Il indiquait que la guerre des tarifs évoluait dans un sens favorable à l'entreprise. Il exposait dans les moindres détails la position de M. Camps et expliquait qu'en se mettant au service de l'entreprise,

« la tactique de Camps consistera à se présenter comme un agent qui fait le commerce des moteurs Diesel d'occasion, qui a un petit bureau avec un seul employé et un téléphone; il continuera de jouer le rôle de conseiller des coopératives déjà formées et de celles qui viendraient à se créer par la suite, *mais toujours selon nos instructions, en faisant tout ce qui dépendra de lui pour les empêcher de réussir* ».

En d'autres termes, Camps devait de l'intérieur travailler contre les coopératives, trahissant leur confiance, et l'entreprise devait le payer pour agir ainsi pour son compte à elle. Tout ce que M. Eddy trouve à dire à ce sujet c'est:

« Nous n'avons certes pas d'illusions sur les qualités angéliques de Camps, mais je crois quant à moi, que dans son état d'esprit actuel, il fera très probablement de son mieux pour nous en donner pour notre argent, et dans l'avenir il pourrait être à l'extérieur un homme utile pour nous ».

73. Dans ce même rapport, M. Eddy disait encore qu'il avait sondé Camps concernant la possibilité « *d'organiser plus tard des troubles dans le district de Lérida desservi par Gomis* (car nous prévoyons des moments difficiles avec ces gens-là, dès qu'aura expiré notre propre contrat de revente et que sera entrée en service leur centrale électrique d'Oliana) ». Il disait également qu'il avait « interrogé Camps de manière assez serrée sur ce qu'il pensait d'un arrangement éventuel avec Parés et Massana tendant à liquider éventuellement les entreprises des coopératives ». Il ajoutait ensuite:

« Selon Camps, la façon de procéder serait de charger un tiers de faire l'acquisition de créances sur la coopérative de *Reus*, par exemple de l'ordre de 3-4.000 pesetas, et en accord avec Parés et Massana, qu'il fasse mettre l'entreprise en faillite et, d'une manière générale, rende très difficile la continuation de l'exploitation ».

« Son idée serait alors plutôt de s'en prendre au personnel technique de la petite usine Diesel en offrant aux employés d'autres emplois et d'attendre que le service électrique devienne très défectueux ».

Et quelle fut l'opinion du directeur du service commercial de l'entreprise à l'égard de ces louches procédés ? La voici :

« Conformément à la politique mise au point pendant nos conversations de Bruxelles, je suis personnellement d'avis et je recommanderais que nous passions l'accord avec Camps dans le sens indiqué ». (Les italiques ne figurent pas dans le texte.)

74. Le 14 août 1935, un accord fut effectivement passé entre l'entreprise (en la personne du directeur et du sous-directeur du service commercial) et Camps, qui conséquemment par écrit les termes de leur *villain complot* (Annexe n° 5, doc. n° 14). Les noms des parties L'accord ne fut rédigé qu'en un seul exemplaire qui devait être déposé dans le coffre de M. Bonel. Cet accord, en particulier, chargeait expressément Camps de faire obstacle à la prise en charge des services d'électricité par les municipalités ». Il s'engageait également à faire un rapport hebdomadaire sur son activité; les archives du service commercial contiennent un grand nombre de ces rapports-là.

75. Le document qu'il faut citer ensuite est une note de M. Bonel, en date du 4 octobre 1935, rapportant une conversation du même jour avec Camps concernant les plans qu'ils avaient pour acquérir la haute main sur les créances que détenait Parés contre les coopératives (Annexe n° 5, doc. n° 15). Il suffira d'en citer le dernier paragraphe :

« Il a donc été décidé que j'entrerais en contact immédiat avec M. Ripoll afin de fixer le jour où ce dernier devra me faire savoir à quelles conditions et de quelle façon Parés et Massana (c'est-à-dire Cros) seraient disposés à nous transférer leurs créances ou, le cas échéant, à nous vendre purement et simplement les installations existantes de *Villanueva de Reus* ».

76. Les plans du service commercial prenaient rapidement forme et, dans une note du 18 janvier 1936, M. Eddy les exposait à son directeur, M. Lawton, avec de plus amples détails (Annexe n° 5, doc. n° 16). Dans cette note, il envisageait les avantages et les inconvénients qu'il y aurait, d'une part, à acheter promptement les créances contre les coopératives et, d'autre part, à attendre que l'action déployée par Camps pour saboter les coopératives en eût réduit davantage encore la valeur, ce qui permettrait de payer moins cher les créances. Le 24 février, (Annexe, n° 5, doc. n° 17) son directeur adjoint, M. Bonel, pré-sentait une longue note de dix-huit pages (dont il est superflu d'importuner la Cour) donnant les faits et les chiffres se rapportant aux créances.

77. C'est ce qui poussa M. Spéciael à intervenir par une lettre adressée de Bruxelles à M. Lawton, datée du 16 mars 1936, dont copie fut envoyée à M. Hubbard à Londres (Annexe n° 5, doc. n° 18). Dans cette lettre, M. Spéciael exposait à M. Lawton son point de vue sur la situation et la tactique à suivre plus particulièrement pour l'achat des créances contre les coopératives de *Reus* et de *Villanueva*. Il disait notamment :

« en admettant que les choses aillent si mal dans les coopératives qu'elles soient conduites au bout d'un certain temps, à la faillite, nous ferons certes une perte sur nos créances; nous ne nous en plaignirions pas cependant; l'argent sacrifié aura été bien employé ». (Les italiques ne figurent pas dans le texte.)

Il estimait que le créancier qui serait désigné pour agir pour le compte de l'entreprise avait le choix entre trois solutions : la première, qu'il qualifiait d'« *attitude brutale* », consistait simplement à prendre possession de tous les avoirs des coopératives dès le premier

défaut de paiements. Cette façon de faire ne lui paraissait pas judicieuse car elle risquait d'enflammer l'opinion publique locale et de provoquer l'intervention des autorités espagnoles. La deuxième, qu'il qualifiait aussi de « radicale » et qui appelait les mêmes objections, était de prendre en main l'exploitation de la coopérative et de relever immédiatement les tarifs. Dans la troisième, qu'il qualifiait d'« action progressive », le créancier exerçait simplement le pouvoir de « contrôle » prévu dans son contrat et, par ce moyen, faisait obstruction et arrêta le développement des coopératives; puis il renouvelait ses prêts pour de brèves périodes seulement et à un taux d'intérêt plus élevé, afin de préparer les esprits au sein des conseils des coopératives à envisager la liquidation comme la seule solution et aboutir finalement au même résultat qu'eût donné l'« attitude brutale ».

78. M. Spéciael concluait son exposé sur la tactique par des observations qui ne sont que trop fréquentes dans les documents de l'entreprise (ibid.):

« Il faut encore se demander par qui nous réaliserions, le cas échéant, pareille opération; il est évident que nous ne pouvons pas apparaître nous-mêmes et que nous devons faire intervenir un tiers qui agisse selon nos instructions.

Serait-il possible que P. et M., tout en ayant transféré les créances, conservent celles-ci à leur nom, tout en étant astreints à agir *sans discussion* suivant ce que nous leur enjoindrions de faire? Un arrangement de ce genre pourrait-il être établi, présentant pour nous les garanties suffisantes? D'autre part, P. et M. accepteraient-ils de remplir pareil rôle?

D'autre part, quel serait l'homme qui, délégué des créanciers, aurait à jouer sur place le rôle que nous avons défini précédemment? Il faut que ce soit un homme de toute confiance et qui soit, au surplus, très habile ». (Les italiques ne figurent pas dans le texte.)

M. Spéciael demandait alors si M. Camps pourrait faire l'office d'« homme de toute confiance » et « très habile ».

79. Dans une note du 17 avril 1936, M. Bonel rendit compte que les idées de M. Spéciael paraissaient parfaitement réalisables et que le service commercial avait une préférence pour l'« action progressive » (Annexe N° 5, doc. N° 19). Il rendait compte, d'autre part, du fait que M. Ripoll (directeur d'une filiale de *Barcelona Traction* et président de la *Banca Marsans*), ayant vu M. Parés, avait obtenu son complet accord sur ce plan et que c'était un gendre de M. Parés qui, en définitive, jouerait le rôle de « délégué des créanciers » et non pas M. Camps.

80. Quand les choses en furent arrivées là, il fallut coucher par écrit l'accord conclu entre l'entreprise et MM. Parés et Massana, et M. Strang, chef du service juridique, fut prié de préparer un contrat (Annexe N° 5, doc. N° 20). Mais, dans une note adressée à M. Lawton, M. Strang déclarait qu'à son avis l'entreprise n'avait pas intérêt à passer contrat, puisque, à ce qu'on lui avait dit, « la société n'oserait pas porter l'affaire devant les tribunaux ». Il mentionnait aussi la possibilité de transférer les créances à un « tiers notoirement solvable, tel qu'une banque », mais « se demandait si une banque accepterait ». Il concluait:

« Tout compte fait, la solution la moins critiquable serait de passer un accord verbal dont les termes seraient consignés dans un aide-mémoire, signé par exemple par MM. Ripoll et Bonel, les noms des parties étant désignés par les lettres X et Y ».

Est-il besoin d'en dire davantage sur une opération quand on a vu comment réagissait, si endurci qu'il fût, le service juridique de l'entreprise?

81. L'accord fut alors conclu et peu après, à ce que dit M. Eddy dans une note du 20 juin 1936 (Annexe N° 5, doc. N° 21):

« La société a acquis de Parés et Massana les créances qu'ils possédaient contre les Coopératives, dans le but de chercher à *susciter un mauvais fonctionnement technique et économique desdites Coopératives dont la conséquence ultime serait de disparition de celles-ci.* Son but est également, par la même occasion, d'obtenir que *le résultat désastreux desdites Coopératives évite la formation d'autres Coopératives dans d'autres agglomérations* ». (Les italiques ne figurent pas dans le texte.)

La note contient encore d'autres observations accusatrices de M. Bonel, mais il suffira d'en citer le dernier alinéa:

« Pour résumer, on peut dire que l'action de la société doit tendre à *essayer de rendre effective la chute des Coopératives, tant sur le plan économique que sur le plan technique, afin que le service fourni soit aussi mauvais que possible* et qu'un développement nouveau ne puisse être réalisé qui absorberait la clientèle de *Riegos y Fuerza del Ebro* ». (Les italiques ne figurent pas dans le texte.)

82. Le travail de sape dirigé contre les coopératives par l'entreprise s'accélérait donc. Toutefois, M. Spéciael, mis au courant de la situation par M. Lawton, insistait sur la *nécessité de procéder progressivement* et de conserver une certaine souplesse dans le programme, étant donné que « le moment actuel n'est pas opportun pour mettre les coopératives en faillite » (Annexe N° 5, doc. N° 22). La guerre civile espagnole vint alors accélérer le déclin des coopératives, mais en même temps la proclamation d'un moratoire des paiements apporta un élément de complication, en suspendant temporairement toute possibilité de liquidation forcée des coopératives. Le service commercial resta néanmoins en contact avec Parés et Massana et, en 1939, l'entreprise s'employait de nouveau activement à éliminer définitivement les coopératives (Annexe N° 5, doc. N°s 23, 24 et 25). En février 1940, la désintégration finale des coopératives de Reus, de Villanueva et de Montroig et l'absorption de leurs affaires par l'entreprise entraînèrent dans sa phase finale (Annexe N° 5, doc. N°s 26 et 27) et dès juillet de la même année, l'opération était achevée (Annexe N° 5, doc. N° 28). Il est vrai que la coopérative de Reus n'était pas effectivement en liquidation, mais elle était « *totalement inactive* », tandis que les autres coopératives, celles de Villanueva et de Montroig, étaient en cours de liquidation. L'entreprise tenta de donner son quitus à la coopérative de Reus en négociant l'achat de son réseau de distribution. Mais, comme le relate M. Eddy avec quelque arrogance dans une note du 7 mai 1941, ces négociations n'aboutissaient pas, « *en raison du refus obstiné qu'opposaient les intérêts locaux à la vente de leurs réseaux de distribution, ce qui signifierait la fin complète des activités des coopératives* ». (Les italiques ne figurent pas dans le texte.) C'est pourquoi il dressa un nouveau plan pour intensifier la pression sur les actionnaires et les forcer à accepter un règlement définitif (Annexe N° 5, doc. N° 29).

83. La Cour estimera peut-être qu'il y a quelque ironie dans le fait que cette faillite à laquelle l'entreprise accablait brutalement les coopératives devait, si peu de temps après, devenir le sort de cette même entreprise, victime de ses propres actes. Il y a peut-être aussi de l'ironie dans le fait que l'une des trois coopératives en butte aux intrigues de l'entreprise fut la coopérative locale de Reus, cette ville où ladite entreprise devait bientôt se trouver elle-même mise en faillite par les porteurs espagnols de ses propres obligations, dont elle refusait de satisfaire les justes réclamations.

84. Toutefois, comme on l'a déjà fait observer au numéro 66, ce n'est pas l'ironie, la justice immanente, du résultat final qui mérite le plus de retenir l'attention de la Cour. C'est plutôt l'excès de brutalité, de duplicité et d'arrogance qui a caractérisé l'action de l'entreprise au cours de la campagne de longue haleine qu'elle mena pour écraser les coopératives espagnoles, dans la période qui précéda immédiatement sa propre faillite. Des documents il ressort qu'à partir de 1935 l'entreprise a appliqué sans répit le plan qu'elle avait mis au point pour empêcher les intérêts électriques espagnols de se développer par le moyen des coopératives et les pousser toutes, pas à pas, à la ruine; que par ruse et duplicité, elle est parvenue à ses fins, soudoyant systématiquement des personnes intéressées pour qu'elles trahissent les coopératives et servent d'écran dissimulant aux autorités espagnoles les attaques malveillantes qu'elle dirigeait elle-même contre les coopératives et qu'elle a constamment manifesté de l'arrogance et un dédain impitoyable pour les intérêts de l'Etat espagnol autant que pour ceux de la population des localités espagnoles intéressées. S'il y a « complot » dans la présente affaire, la Cour conclura sans doute que c'est ici qu'il se trouve, dans les documents qui révèlent l'ignoble « complot » machiné par l'entreprise contre les coopératives d'électricité de Catalogne.

85. Le Gouvernement belge osera-t-il encore donner à entendre que ce « complot » s'explique tout simplement comme un léger malentendu imputable à des employés subalternes de l'entreprise qui n'étaient pas tout à fait « au courant »? Le directeur et le directeur-adjoint du service commercial étaient certainement parfaitement conscients de ce qu'ils faisaient, car ce sont eux qui mirent au point le plan détaillé du « complot » et qui le mirent à exécution. Au surplus, s'il est vrai qu'ils furent sur place les exécutants principaux du « complot », le conseil d'administration de *Barcelona Traction* lui-même y était aussi profondément mêlé et pleinement responsable à la fois de son organisation et de son exécution à toutes les étapes. M. Lawton, M. Spéciael et M. Menschaert ont élaboré et approuvé le programme d'action, et il n'est pas de manœuvre qui ait été exécutée par M. Eddy et M. Bonel sans qu'eût été consulté M. Lawton, tandis que M. Hubbard à Londres était tenu au courant de la moindre démarche. Bref, ce ne fut pas là un écart de conduite imputable localement à *Ebro*. Ce fut une action ourdie par les dirigeants et conforme à une politique adoptée directement par le conseil d'administration de *Barcelona Traction* elle-même.

86. Quelques années seulement plus tard, *Barcelona Traction* elle-même subissait une pression tendant à la forcer à remplir ses obligations envers ses propres obligataires. A ce moment-là, les quatre mêmes personnages, MM. Lawton, Hubbard, Spéciael et Menschaert, se distinguent à nouveau, avec d'autres membres du conseil de *Barcelona Traction*; ce sont eux qui s'emploient à élaborer un plan d'arrangement, à essayer d'obtenir des autorités espagnoles les devises étrangères indispensables à son financement et à chercher à éluder les légitimes réclamations de M. March et de ses co-obligataires, soucieux de percevoir leur dû. Comme on le montrera ci après, le conseil d'administration de *Barcelona Traction* manifesta, dans cette campagne, les mêmes qualités de brutalité, d'égoïsme, de duplicité et d'arrogance qui avaient caractérisé sa campagne contre les coopératives. Il chercha notamment à brouiller les cartes, cherchant par tous les moyens à rattacher l'affaire de *Chade* aux problèmes de devises étrangères de *Barcelona Traction*, à attirer le Gouvernement espagnol dans le litige qui l'opposait à ses obligataires et à pousser le Gouvernement espagnol contre M. March. Aussi, lorsque le Gouvernement belge demanda à la Cour de voir dans l'entreprise de *Barcelona Traction* la victime infortunée et candide d'un « complot » ourdi par les autorités non judiciaires espagnoles, M. March et les autorités judiciaires, complot imaginaire, que ne corrobore aucune

preuve, il se peut fort bien que la Cour se demande quelle fut au juste celle des parties intéressées qui était la plus capable d'entrer dans un « complot ». Étaient-ce les autorités espagnoles, qui avaient été constamment victimes, tout au long d'un quart de siècle, de la duplicité de l'entreprise en divers domaines? Était-ce l'entreprise, dont les archives mêmes révèlent une brutalité, un égoïsme, une duplicité et une arrogance sans bornes?

§ 4. L'UNITÉ DE L'ENTREPRISE

87. Le Gouvernement espagnol a souligné, dans le *Contre-mémoire* (chapitre I, section 2), l'unité essentielle de l'entreprise *Barcelona Traction*. Il a attiré l'attention sur les faits que: (a) les sociétés auxiliaires étaient toutes propriété à part entière de la *Barcelona Traction* à l'exception de *Productora* qui, cependant, était propriété de la *Barcelona Traction* à raison de 81,5%; (b) il y avait une administration et une direction communes contrôlant toutes les sociétés de l'entreprise; (c) les sociétés auxiliaires étaient manipulées par la direction commune sans faire de cas de leur statut légal séparé; et (d) d'innombrables documents dans les archives de l'entreprise montrent qu'en réalité la *Barcelona Traction* traita régulièrement les sociétés auxiliaires en tant qu'entreprise unique dans leurs opérations journalières et leur direction.

88. Les développements consacrés à cette question par le Gouvernement belge dans la *Réplique* prennent la forme, pour une grande part, d'une dissertation sur la pratique et le droit des sociétés (par. 234-248 de la *Réplique*). Ils ont été déjà examinés au § 1 de la présente section. Comme il a été déjà dit, le Gouvernement belge exagère, dans ses aspects matériels, l'inviolabilité du principe de la personnalité morale distincte des sociétés, en méconnaissant largement le fait que, même dans les pays où il est fortement enraciné, le principe est écarté dans certains cas. En particulier, on oublie que la personnalité distincte d'une société peut toujours être écartée si elle sert à masquer une fraude ou si les faits montrent qu'une société n'agit pas de son plein gré mais qu'elle sert d'instrument ou d'agent à une autre société. Sur cette base, et selon son attitude générale envers la preuve relative à la conduite réelle des affaires de la *Barcelona Traction*, le Gouvernement belge s'abstient de prendre en considération les nombreux documents tirés des archives internes à Barcelone qui justifient pleinement le rejet de la personnalité morale indépendante des sociétés du groupe de la *Barcelona Traction* sur ces deux motifs.

89. Le Gouvernement belge lui-même reconnaît dans la *Réplique* que les sociétés de la *Barcelona Traction* constituaient en fait une seule entreprise, tout en affirmant que les différentes sociétés retiennent leur personnalité morale distincte. Dans une note au paragraphe 22, par exemple, il dit: « 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 » (V, p. 13, note 1). Puis, commentant le Rapport de l'expert Soronellas, il affirme dans une autre note:

« 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 leit-motiv dans les décisions judiciaires et dans le *Contre-mémoire* pour justifier du point de vue juridique la saisie des biens des filiales » (p. 111, note 1).

Le Gouvernement espagnol s'occupera, le moment venu, des questions soulevées par le Rapport Soronellas et la saisie des biens des filiales (Chap. III, Section VIII). Ici, il se borne à souligner l'insistance du Gouvernement belge dans le passage ci-dessus sur l'unité économique de la *Barcelona Traction*. Dans le même ordre d'idées, il rappelle à la Cour que, se référant à la réparation due pour le soi-disant déni de justice, le Gouvernement belge a, de façon similaire, fait ressortir à maintes reprises le complexe de sociétés de la *Barcelona Traction* comme entreprise unique (*Mémoire*, IV, paragraphes 370, 375, 377-378 et 382). Ainsi, il semblerait évident que le Gouvernement belge lui-même demande à la Cour de tirer certaines conclusions légales de l'unité économique de la *Barcelona Traction*.

90. Dans sa dissertation sur la pratique et le droit des sociétés dans le chapitre II de la *Réplique*, l'insistance du Gouvernement belge se porte cependant sur les personnalités morales distinctes des différentes sociétés de l'entreprise. Ainsi, au paragraphe 234 il prétend :

« 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 ». (Les italiques ne figurent pas dans le texte.)

Comme il a été déjà souligné au § I de la présente section, la thèse attribuée ici au Gouvernement espagnol a été présentée de façon erronée. Ce n'est pas sur l'unité économique de l'entreprise seulement que le Gouvernement espagnol se base pour justifier la levée du voile de la personnalité juridique des sociétés de la *Barcelona Traction* et leur traitement en droit comme une seule entreprise.

Considérant les faits, le Gouvernement belge ne pouvait faire moins qu'admettre que l'entreprise de la *Barcelona Traction* constituait une seule unité économique, une seule entreprise d'affaires. Mais l'unité de l'entreprise dépassait ces limites. Bien que la *Barcelona Traction* eût l'aspect extérieur d'un groupe de sociétés, il était en fait dirigé et exploité comme s'il s'agissait d'une seule affaire; et, pour servir les intérêts de la *Barcelona Traction*, on ne tint fréquemment aucun compte de l'autonomie et de la personnalité individuelle des sociétés. De plus, dans la mesure où la personnalité morale séparée des sociétés individuelles a été reconnue, elle le fut à maintes reprises dans le but de frauder ou d'abuser les autorités espagnoles.

91. Dans le § I de cette section, le Gouvernement espagnol a déjà attiré l'attention sur des opinions tirées de la doctrine ou de la jurisprudence qui montrent que la personnalité juridique distincte d'une société peut être écartée si elle est organisée, contrôlée et dirigée de telle façon à en faire une simple « auxiliaire », « instrument » ou « agent » d'une autre société. La majorité de ces opinions proviennent d'autorités citées par le Gouvernement belge lui-même dans la *Réplique*, et le principe en est si bien établi que le Gouvernement espagnol ne pense pas qu'il soit nécessaire d'en multiplier les citations dans la présente *Duplique*. C'est pourquoi, et tout en se réservant le droit, si nécessaire, d'apporter comme preuve d'autres autorités sur ce point lors des plaidoiries, il entend maintenant considérer de plus près la position concernant l'entreprise dont la Cour a à s'occuper.

92. Le Gouvernement espagnol se rend parfaitement compte que la question de « percer le voile » de la personnalité juridique et celle d'attribuer la responsabilité des actes d'une société auxiliaire à une « société-mère » peut se présenter sous différents

aspects et que, par conséquent, la réponse peut ne pas toujours dépendre des mêmes considérations. La question peut, par exemple, se poser lorsqu'une société-mère est juridiquement responsable, soit de l'exécution d'un contrat passé par une des sociétés auxiliaires, soit du dommage causé par celles-ci, soit des dettes de la société auxiliaire en faillite, soit encore des transgressions à la loi pour la violation d'une ordonnance de droit public encourues par une société auxiliaire. Elle peut se poser aussi en raison de l'exercice de la juridiction sur une société-mère étrangère ou bien pour déterminer la compétence, et aussi dans des cas plus spéciaux, comme la détermination du « caractère ennemi » en cas de guerre. Dans certains cas, la question est de savoir si un acte particulier d'une société auxiliaire peut être attribué à la société-mère; dans d'autres, elle est de savoir si la maison-mère doit être considérée responsable devant la loi pour tous les actes de la société auxiliaire. Mais, quelle que soit la nature de la question, la réponse en droit dépend principalement des faits particuliers du cas d'espèce et, dans le cas présent, les faits montrent indiscutablement que *Barcelona Traction* était la personne qui agissait dans les opérations des sociétés auxiliaires et que, par conséquent, les actes de celles-ci doivent être considérés en droit comme les actes de *Barcelona Traction* elle-même.

93. Avant d'en arriver aux faits, le Gouvernement espagnol pense qu'il peut être utile de rappeler les critères ou facteurs que les tribunaux ont considérés comme donnant des indications que les actes d'une société auxiliaire doivent être attribués à sa maison-mère. Dans ce but, un article cité par le Gouvernement belge au paragraphe 235 de la *Réplique* (V, p. 144) peut servir de guide. Il s'agit de l'article « Insulation from liability through subsidiary corporations » de Douglas et Shanks (39 *Yale Law Journal*, 1929, p. 193):

A la page 195 de cet article, les auteurs font remarquer que le fait d'affirmer que la société auxiliaire est une « agence », un « accessoire », un « instrument », un « alter ego », « outil », « société en double », ou « prête-nom » de la maison-mère et que l'utilisation d'une filiale est un « manteau masquant la fraude », ou est « inéquitable », « injuste » ou « pas raisonnable », ne résout pas la question, car ces concepts eux-mêmes doivent être définis et énoncent simplement des résultats dont la signification dérive des faits. Dans une note à la même page, ils citent un *dictum* de Cardozo J. dans le même sens, dans lequel ce juge éminent des Etats-Unis observait que « le pittoresque des épithètes » ne doit pas « nous amener à oublier que le terme essentiel à définir est l'opération effective ». Ils donnent ensuite une liste des différents types d'organisation et de fonctionnement qu'ils considèrent comme étant utiles:

- « 1. Propriété de la totalité des actions de la filiale.
2. Propriété de la majorité des actions de la filiale ou un intérêt de contrôle.
3. Propriété par les mêmes personnes des actions des deux sociétés.
4. Suffisance ou insuffisance du capital de la filiale par rapport à celui utilisé dans des sociétés concurrentes normales.
5. Degré de financement de la filiale par la maison-mère.
6. La méthode d'un tel financement.
7. La mesure dans laquelle il y avait un conseil d'administration commun.
8. La mesure dans laquelle il y avait des membres de la direction et des employés communs.

9. La mesure dans laquelle se sont tenues des réunions séparées d'actionnaires et de directeurs.
10. La mesure dans laquelle les deux sociétés avaient des départements d'affaires communs.
11. Le degré auquel les contrats entre les deux sociétés favorisaient plus l'une que l'autre.
12. La mesure dans laquelle des comptabilités séparées étaient tenues.
13. La mesure dans laquelle un membre du bureau ou un directeur de l'une d'elles était autorisé à déterminer la politique de l'autre.
14. La mesure dans laquelle un employé, un membre du bureau ou un directeur de la maison-mère est responsable du préjudice ou du contrat pour lequel un procès est intenté.
15. Le genre d'affaires de chacune d'elles.
16. La mesure dans laquelle le monde des affaires et le public considéraient les deux sociétés comme une unité d'affaires.
17. Qui était considéré par le demandeur comme responsable.
18. La mesure dans laquelle il y avait des transferts des filiales, à la maison-mère en fraude des créanciers.

D'autres facteurs se révéleront d'eux-mêmes. Ceux qui figurent sur la liste devront être décomposés. Mais ils suffiront comme guides en ce qui concerne les actes dommageables et les instances nées des contrats.»

Bien que cette liste reflète principalement les critères qui se dégagent des arrêts des Tribunaux américains, dans des cas de dommage et d'instances nées des contrats, elle énumère des facteurs pertinents pour déterminer la position juridique d'une maison-mère par rapport aux actes de sa filiale et qui peuvent par conséquent servir de « panneaux de signalisation » dans la présente affaire pour apprécier jusqu'à quel point les opérations des compagnies auxiliaires doivent être considérées, en fait et en droit, comme opérations de la *Barcelona Traction* elle-même. Enfin, si on compare les faits qui se rapportent à la *Barcelona Traction* avec la liste de Douglas et Shanks, on verra que les critères énumérés s'appliquent « in toto » à l'entreprise.

94. Que les trois premiers critères se rapportant à la propriété des actions s'appliquent dans le cas d'espèce peut très bien être vérifié en se rapportant au diagramme de l'organisation de l'entreprise reproduit aux pages 24 et 25 du *Contre-mémoire* espagnol (IV). La *Barcelona Traction* possédait toutes les actions et obligations d'*Ebro* et d'*Unión Eléctrica*; elle possédait les deux sociétés « corps et âme » comme l'a dit un des membres de la direction. En conséquence, soit directement, soit par l'intermédiaire de ces deux filiales dont elle était entièrement la propriétaire, la *Barcelona Traction* possédait toutes ou presque toutes les actions de toutes les sociétés de l'entreprise. Dans le cas de quelques sociétés, un nombre très réduit d'actions se trouvait dans d'autres mains. Seulement dans un cas, *Productora de Fuerzas Motrices*, la participation étrangère n'était pas nominale; et même dans ce cas, la participation de la *Barcelona Traction* était si forte (81,5 %) que la société se trouvait entièrement soumise à sa direction et à son contrôle. Puisque *Barcelona Traction* possédait toutes les actions ou la presque-totalité des actions des sociétés auxiliaires, il s'ensuit que

les mêmes personnes possédaient les actions de toutes les sociétés. Par conséquent, dans le cas d'espèce les trois premiers critères mentionnés par Douglas et Shanks militent en faveur de l'unité en fait et en droit de l'entreprise.

95. Les trois critères suivants cités par Douglas et Shanks (nos 4, 5 et 6 de leur liste), suffisance ou insuffisance du capital de la filiale, degré de financement de la filiale par la maison-mère et méthode d'un tel financement, démontrent également que *Barcelona Traction* et ses filiales fonctionnaient comme une seule unité. La totalité de l'affaire en Espagne, seule affaire de la *Barcelona Traction*, était contrôlée et dirigée par le canal de l'*Ebro*, comme il a été établi dans le *Contre-mémoire* (partie I, chapitre I, sections II et III, pp. 30-52 (IV)).

Barcelona Traction, ainsi qu'il l'a été mentionné dans le paragraphe précédent, possédait indiscutablement la totalité du capital de l'*Ebro*, le capital actions aussi bien que le capital obligations. De plus, *Barcelona Traction* a acquis le capital actions de l'*Ebro* en échange de concessions et autres droits, surévalués outre mesure d'avis du Gouvernement espagnol, sans apport d'argent comptant ou autre financement liquide.

Le développement de l'entreprise pendant ses premières années fut financé par des fonds mis à la disposition d'*Ebro* par *Barcelona Traction* soit sous la forme d'argent liquide donné en échange d'obligations d'*Ebro*, soit sous forme d'avances faites sur un compte courant ouvert entre *Barcelona Traction* et *Ebro* (cf. Rapports de Peat, Marwick & Co., Annexe, n° 2, par. 71-173). Il en résulta un volume de dettes très élevé d'*Ebro* à *Barcelona Traction*, et la politique suivie par la *Barcelona Traction* était de maintenir, et même d'augmenter, cet endettement d'*Ebro* vis-à-vis de *Barcelona Traction* comme un de ses principaux mécanismes pour diriger les finances de l'entreprise.

Aux archives de l'entreprise se trouve la preuve accablante que ce mécanisme, l'endettement d'*Ebro* envers *Barcelona Traction*, était utilisé par *Barcelona Traction* comme moyen de réalisation d'importantes fraudes fiscales (*Contre-mémoire*, partie I, chapitre I, section V; et voir section III plus loin). Mais, même si l'on écarte la fraude, ces éléments de preuve établissent un manque réel de séparation entre la gestion des finances d'*Ebro* et de *Barcelona Traction*.

96. Les éléments de preuve recueillis montrent que les mêmes personnes faisaient fonctionner le mécanisme des dettes *Ebro* — *Barcelona Traction* de bout en bout de la transaction, c'est-à-dire en tant que créancier et en tant que débiteur. Si les signatures sur les « auto-contrats » ou sur ce qu'on pourrait appeler « auto-lettres » étaient faites de façon à avoir l'air d'être différentes, les transactions étaient conçues et rédigées jusqu'à la dernière virgule par des personnes représentant les deux sociétés, sans tenir compte pour qui elles agissaient; et les contrats et les lettres nécessaires étaient alors signés soit par elles-mêmes, soit par d'autres personnes. Ce fut le cas, par exemple, avec l'« auto-contrat » du 16 juillet 1920, « rétablissant » une dette de quelques £4.945.153, qui avait été liquidée lors du premier Plan d'arrangement (*Contre-mémoire*, partie I, chapitre I, section V, par. 104-106). Le but de cet « auto-contrat » était d'augmenter la dette d'*Ebro* envers *Barcelona Traction* pour permettre de verser les bénéfices d'*Ebro* à *Barcelona Traction* sous forme d'intérêts non imposés au lieu de dividendes imposables. Le plan semble avoir été conçu par M. Hubbard et M. Lawton, membres du personnel supérieur des deux sociétés débitrice et créditrice, et par M. McMurtry, chef du département juridique du débiteur. Ce fut aussi le trésorier de la société débitrice, M. Cretchley, qui préconisa le

premier le plan pour égarer les autorités fiscales espagnoles et selon lequel *Barcelona Traction* devait créer une nouvelle filiale, *International Utilities*, à qui elle attribuerait ses intérêts dans les dettes d'*Ebro*. Puis M. Hubbard et M. Lawton, membres de la direction des deux sociétés débitrice et créditrice, avec le chef du département juridique du débiteur, préparèrent tous les détails de ce plan par lequel *Barcelona Traction*, le créancier, attribuerait ses intérêts à la nouvelle société prête-nom, *International Utilities* (*Contre-mémoire, ibid.*, IV, section II, par. 37-38, et section V, par. 107). Ensuite, M. Hubbard et M. Lawton, avec le trésorier de la société débitrice, firent jouer ce compte courant comme un autre canal pour passer les bénéfices d'*Ebro* en Espagne à *Barcelona Traction* en évitant l'impôt sur le revenu espagnol et, dans ce but, les directeurs de la société débitrice ont fixé le taux d'intérêt qui serait le plus avantageux pour la société débitrice de payer chaque année sur le compte courant pour permettre à un montant maximum de bénéfices d'être transférés, libres d'impôts, au créancier (*Contre-mémoire, ibid.*, section II, par. 39 et 40).

97. Rien ne pourrait montrer plus clairement l'unité de l'administration financière de l'entreprise que les transactions mentionnées dans le paragraphe précédent. Lorsqu'une société débitrice prépare le rétablissement d'une dette éteinte pour absorber ses propres bénéfices, lorsqu'une société débitrice propose et arrange pour son créancier une soi-disant « attribution » de l'intérêt du créancier dans la dette, lorsqu'une société débitrice, sans aucune raison, demande de payer un taux d'intérêt plus élevé sur son compte courant, lorsque ce sont les mêmes personnes qui arrangent les transactions pour le débiteur et le créancier, et quand dans chaque cas le créancier est la société-mère de la société débitrice, il ne peut vraiment y avoir aucun doute sur l'unité de l'administration financière des sociétés en question. Beaucoup d'autres exemples de l'unité de l'administration financière de l'entreprise pourraient être apportés, et le Gouvernement espagnol se réserve le droit de le faire, si cela s'avérait nécessaire. Le Gouvernement espagnol croit cependant que les faits mentionnés plus haut suffisent à rendre sa thèse parfaitement fondée.

98. D'autres critères mentionnés par Douglas et Shanks sont la mesure dans laquelle les sociétés ont un conseil d'administration commun, des membres de la direction et des employés communs, des assemblées d'actionnaires et de directeurs distinctes et des départements d'affaires communs (nos 7, 8 et 10 sur leur liste). Le Gouvernement espagnol a déjà souligné dans le *Contre-mémoire* le chevauchement de la qualité de membre des Conseils d'administration des sociétés de la *Barcelona Traction* (partie I, chapitre I, section II). Bien que cela soit particulièrement évident dans le cas de *Barcelona Traction* et d'*Ebro*, il existait partout dans l'entreprise. Dans le cas des filiales espagnoles, les conseils d'administration étaient en partie composés d'Espagnols incorporés à l'entreprise de façon à donner aux sociétés un « teint » espagnol vis-à-vis des autorités espagnoles. Mais ces Conseils d'administration comprenaient également des personnes, telles que MM. Peacock, Hubbard et Speciael, hauts fonctionnaires au sein du Conseil de *Barcelona Traction*, et notamment M. Lawton, qui occupait les fonctions de Directeur Général d'*Ebro* et « Président » (ou « Vice-Président ») de *Barcelona Traction*. Par l'intermédiaire de M. Hubbard, de M. Lawton et de l'état-major d'*Ebro* en Espagne, l'organisation et la direction des sociétés en Espagne étaient entièrement sous la direction et le contrôle de *Barcelona Traction*. De son bureau à Londres, M. Hubbard, « Chairman » de *Barcelona Traction*, intervenait continuellement dans la direction journalière des affaires des sociétés en Espagne, comme le prouvent les documents figurant aux Annexes espagnoles, et ces documents ne représentent qu'une petite partie de la correspondance échangée entre M. Hubbard et la direction de l'entreprise en Espagne. Il communiquait ses opinions et ses instructions non seulement à

M. Lawton, Directeur Général d'*Ebro*, mais encore directement au chef du département juridique, au chef comptable et aux autres membres de la direction de l'*Ebro*.

Ainsi qu'il a été souligné dans le *Contre-mémoire*, M. Hubbard se servait des bureaux de la *Canadian and General Finance Company Limited*, agents de *Barcelona Traction* en Angleterre, comme quartier général pour superviser et diriger les directeurs des sociétés en Espagne (partie I, chapitre I, section I, par. 12). Il utilisait cette société comme « Couverture » pour ses activités directionnelles après que *Barcelona Traction* eut adopté la politique de cacher, autant que possible, aux autorités espagnoles tout lien direct entre la *Barcelona Traction* et ses sociétés auxiliaires en Espagne. Pendant les premières années de son existence, *Barcelona Traction* avait maintenu un bureau à Londres, sous son propre nom, et à travers celui-ci elle dirigeait les sociétés en Espagne. Ceci est mis en évidence par de nombreux documents des premières années, qui se trouvent aux archives de l'entreprise et qui procèdent du bureau de Londres de la *Barcelona Traction*; il suffit de mentionner une lettre du 10 septembre 1915 de M. Porter, Secrétaire-adjoint de *Barcelona Traction*, au chef comptable d'*Ebro*, dans laquelle le premier écrivait (Annexe n° 6, doc. n° 3):

« A cet égard, je ne pense pas que, par le passé, le bureau de Barcelone se soit rendu compte des véritables rapports qui doivent exister avec le bureau de Londres.

Si vous pensez que ce bureau est le bureau de Londres et à toutes fins utiles le bureau principal de la *Barcelona Traction, Light & Power Company, Ltd.*, vous verrez tout de suite que, étant donné qu'il s'agit d'une société détenant des actions dans des entreprises opérant en Espagne, les transactions de ces sociétés sont d'une très grande importance; en fait la substance de la société Barcelona. Ceci étant, il est évident que le bureau de Londres devrait être tenu au courant de toutes les informations contenues dans nos lettres du début de l'année. »

Pendant le long règne de M. Hubbard comme « Chairman » de *Barcelona Traction*, la plaque du bureau fut changée en *Canadian and General*, mais le système subsista et fut en réalité intensifié.

La participation directe de M. Hubbard dans la direction de l'entreprise en Espagne dépasse de beaucoup ce qui pourrait être la sphère des activités de *Canadian and General* en tant qu'agents d'achat de l'entreprise.

Quant aux membres de la direction communs, aux employés communs et aux départements d'affaires communs, ces critères étaient présents au plus haut degré dans les opérations de l'entreprise en Espagne, ainsi qu'il a déjà été montré dans le *Contre-mémoire* (partie I, chapitre I, section II).

Les sociétés en Espagne avaient des membres de la direction communs, des employés communs et des départements d'affaires communs pour la simple raison que leur administration tout entière et leur fonctionnement étaient du ressort d'*Ebro* et que les membres de la direction, les employés et les départements d'*Ebro* exerçaient leurs fonctions pour toutes les sociétés. Ceci était vrai non seulement pour les sociétés auxiliaires de l'*Ebro* mais aussi pour celles qui étaient des sociétés auxiliaires directes de la *Barcelona Traction* elle-même. De nombreux documents aux Annexes espagnoles témoignent de cette subordination totale de toutes les sociétés en Espagne à *Ebro*, et les experts britannique et canadien n'ont pas manqué de le souligner:

« Actuellement, il semble qu'aucune des filiales mentionnées ne fonctionne indépendamment, et depuis bien des années, la presque-totalité des transactions en Espagne, concernant n'importe quelle société, doit passer par *Ebro*. »

99. Un autre critère (N° 9 sur la liste de Douglas et Shanks) qui montre le manque total de séparation véritable entre les différentes unités de l'entreprise est la mesure dans laquelle se tiennent des assemblées séparées d'actionnaires et d'administrateurs. La façon dans laquelle étaient tenues les assemblées d'actionnaires des sociétés espagnoles, ou plutôt la mise en scène pour le procès-verbal, apparaît clairement dans la déposition faite en 1949 par des employés de l'entreprise lors de l'inculpation de MM. Lawton et autres devant le tribunal des délits monétaires, et spécialement de la déposition faite par eux la même année au Commissaire du tribunal dans le procès *Sidro* devant la Haute Cour anglaise (*Contre-mémoire*, Annexes, chapitre I, Annexe 107, doc. n°s 1 et 2).

Particulièrement révélatrice est la déposition de M. Joaquín Maluquer Nicolau, secrétaire général d'*Ebro* de 1942 à 1945 (*ibid.*, document n° 2, p. 38-40). La pratique était, selon le secrétaire général, de « faire une distribution nominale d'actions » suivant les instructions de M. Lawton dans le but de créer des actionnaires qui étaient enregistrés comme ayant pris part aux assemblées générales des sociétés espagnoles; il avait les mains libres pour confectionner la liste à sa guise et il le faisait entièrement au hasard. Il se dégage aussi de sa déposition que, bien que figurant dans le procès-verbal comme ayant assisté aux assemblées, ces « actionnaires » choisis au hasard entre le « staff » espagnol d'*Ebro*, n'y avaient en fait pas assisté; et que les soi-disant « scrutateurs » des assemblées étaient également absents lors des assemblées au cours desquelles ils auraient dû accomplir leur fonction (voir aussi la déposition de M. Manuel Pinilla Compoamor et de nombreux autres témoins; *ibid.*, document n° 1, pp. 2 et ss.).

Cette mascarade était naturellement destinée à donner aux sociétés un « teint » espagnol vis-à-vis des autorités espagnoles et fait partie de la longue histoire de tromperies et de fraudes pratiquées par la *Barcelona Traction* sur le territoire espagnol. Mais il sert également à prouver le point examiné dans le présent paragraphe. Quelques-unes des sociétés espagnoles étaient des filiales d'*Ebro* et d'autres étaient des filiales de *Barcelona Traction* elle-même. La fausse création d'actionnaires pour assister aux assemblées de ces sociétés et la « cuisine » du procès-verbal de ces assemblées démontrent clairement l'indifférence méprisante de la *Barcelona Traction* à l'égard de la personnalité distincte des sociétés de l'entreprise.

100. Un autre élément mentionné par Douglas et Shanks (n° 11 de leur liste) est le degré auquel les contrats entre les sociétés favorisaient plus l'une que l'autre; et en ce sens il montre de façon irrésistible le manque de véritable séparation entre les personnalités juridiques des sociétés de l'entreprise. Des cas frappants d'accords unilatéraux peuvent être vus dans le chapitre I de la première partie du *Contre-mémoire*. Il y a tout d'abord la curieuse transaction de 1925 entre *Ebro* et la *Barcelona Traction*, avec l'intervention d'*International Utilities*, et dans laquelle les dettes hypothécaires d'*Ebro* étaient plus que doublées pour fournir un moyen d'absorber les bénéfices croissants d'*Ebro* (IV, par. 111-114). Cette transaction était la forme la plus extrême d'« auto-contrat », dans laquelle le propre directeur général d'*Ebro* ainsi que l'état-major financier et légal ont mis leurs talents non négligeables à préparer avec enthousiasme un plan par lequel la dette, déjà lourde, de la société serait très largement augmentée sans aucune augmentation compensatoire dans les ressources d'*Ebro*. Le Gouvernement belge a cherché à soutenir la

justesse de cette transaction avec des arguments qui n'ont aucun rapport avec les motifs de M. Hubbard, M. Lawton, M. McMurtry et M. Crechley, tels qu'ils ressortent des documents. Mais quelle que soit l'opinion que l'on se forme sur les avantages de la transaction, le fait est que les personnes concernées la considéraient comme très défavorable à *Ebro*. M. McMurtry n'expliqua-t-il pas, en disant pourquoi il avait écrit la lettre N° 11, d'une certaine façon :

« En considération du fait que la vente des obligations avec un rabais de 50% constitue une lourde charge pour *Ebro Irrigation & Power Co. Ltd.*, nous avons donné à la lettre un ton plus impératif et nous avons mis la responsabilité de la transaction sur le dos d'*International Utilities Finance Corporation*. » (CA. C. M., vol. II, p. 38)

Ainsi, le conseiller juridique d'*Ebro* écrivait un projet de lettre très stricte pour *International Utilities*, filiale à 100% de la maison-mère d'*Ebro*, qui devait être envoyé à sa propre société pour créer, sur le papier, une justification apparente à un endettement considérable de sa propre société.

Un autre cas du même genre est « l'accord » entre sociétés de 1924 qui éleva le taux d'intérêt payable par *Ebro* sur son compte courant avec *International Utilities* de 6 à 8% dans le seul but d'absorber les bénéfices d'*Ebro*. Ici aussi le conseiller juridique et le trésorier d'*Ebro* en Espagne imaginèrent avec M. Hubbard les lettres par lesquelles leur propre société serait requise par *International Utilities* de payer un taux d'intérêt plus élevé (*Contre-mémoire*, partie I, chapitre I, section II, par. 39-40). Un autre cas est celui de la vente par *Barcelona Traction* à *Ebro* en 1926 de « *Barcelonesa* » à un prix très élevé avec pour objet l'augmentation des dettes de *Ebro* vis-à-vis de *Barcelona Traction* (*ibid.*, par. 41).

Les cas précédents, ainsi qu'ils sont signalés dans le *Contre-mémoire* (*ibid.*, par. 42) ne sont que quelques-uns parmi les nombreux exemples de contrats entre sociétés rédigés par le Bureau de Barcelone de l'entreprise non pas dans l'intérêt des sociétés individuelles citées dans les accords, mais dans le but de cacher ou de minimiser les bénéfices réalisés en Espagne par l'entreprise dans son ensemble.

101. Quelques-uns des autres éléments qui figurent sur la liste de Douglas et Shanks ne sont pas pertinents dans le cas d'espèce puisqu'ils concernent plutôt l'existence de responsabilité juridique pour un contrat ou le dommage d'une société auxiliaire. Il suffira donc de se référer à deux autres éléments mentionnés dans leur liste (N°s 13 et 116) : la mesure dans laquelle un membre de la direction d'une des sociétés était autorisé à fixer la politique de l'autre ; et la mesure dans laquelle le monde des affaires ou le public considérait généralement les deux unités comme une unité d'affaire.

L'existence de ce premier élément a été étudiée au numéro 98 ci-dessus en parlant de la haute direction de l'entreprise en Espagne menée par M. Hubbard, « Chairman » de *Barcelona Traction*, et deuxièmement, lorsqu'on s'est référé au contrôle absolu et à la conduite des opérations de toutes les sociétés en Espagne par M. Lawton, Directeur général de *Ebro* et Président (après 1931 administrateur) de *Barcelona Traction*. Ces messieurs occupaient des positions doubles dans les conseils de *Barcelona Traction*, de *Erbo* et des autres sociétés de l'entreprise et très souvent agissaient sans établir aucune différence entre leur qualité de directeurs des différentes sociétés. Mais la preuve montre d'une manière irréfutable que M. Hubbard intervenait dans la conduite de l'entreprise en Espagne essentiellement en sa qualité de « Chairman » de *Barcelona Traction*. Elle

montre aussi que M. Lawton, bien qu'agissant principalement en sa qualité de Directeur général d'*Ebro*, agissait fréquemment en sa double qualité de fonctionnaire d'*Ebro* et de *Barcelona Traction*, de sorte que la qualité précise dans laquelle il agissait dans une transaction ne pouvait pas être distinguée. Mais, ainsi que Douglas et Shanks le font ressortir, si les personnalités juridiques distinctes d'une maison-mère et d'une société auxiliaire doivent être maintenues, « un homme ne peut occuper indifféremment un poste ou un autre ».

102. L'autre facteur, la mesure dans laquelle le monde des affaires ou le public considérait généralement l'entreprise comme une seule unité, met aussi en évidence l'absence de vraie séparation entre les personnalités juridiques des sociétés de la *Barcelona Traction*. M. Lawton, ainsi qu'il en a déjà été fait état, était à la fois Directeur Général d'*Ebro* et Président (après 1931 administrateur) de *Barcelona Traction*, et il lui arrivait fréquemment d'agir indifféremment dans ces deux qualités; et on devait aussi voir le Chairman de *Barcelona Traction*, M. Hubbard, intervenant constamment dans la conduite des opérations des sociétés en Espagne. M. Lawton et son état-major à Barcelone, agissaient en outre fréquemment dans certaines affaires, pour le compte de *Barcelona Traction* elle-même, par exemple dans les négociations avec les banquiers Arnús Garí et en rapport avec les soi-disant assemblées générales des sociétés espagnoles qui étaient des filiales directes de *Barcelona Traction*. Par conséquent, il n'est pas surprenant que des personnes traitant des affaires avec M. Lawton et les cadres du bureau de Barcelone, pouvaient difficilement distinguer entre *Ebro* et *Barcelona Traction*. Ainsi, la banque Arnús Garí écrivait de temps en temps à *Barcelona Traction*, *eo nomine*, au bureau de Barcelone (*Contre-mémoire*, Annexes, chapitre I, vol. I, N° 49, document n° 9, n° 50, documents nos 8 et 10, et 66, documents nos 3 et 6).

Les archives de l'entreprise montrent également que le monde des affaires en Belgique considérait aussi le bureau de Barcelone d'*Ebro* comme une manifestation de la société *Barcelona Traction* elle-même. Sofina, en écrivant sur des sujets techniques, et M. Speciael, en écrivant en sa qualité de membre du conseil de *Barcelona Traction*, avaient tous les deux tendance à se référer à l'entreprise en Espagne comme étant *Barcelona Traction*. Dans une lettre du 18 mars 1932 M. Lawton, après avoir reçu une lettre ouvertement adressée à *Barcelona Traction Light and Power Company, Ltd., Barcelona*, mit M. Speciael en garde sur ce point (Annexe, n° 6, document n° 30):

« Pour les raisons que vous connaissez, il serait désirable que toute la correspondance soit adressée à *Riegos y Fuerza del Ebro S.A.*, aussi je vous serais très reconnaissant de bien vouloir donner des instructions dans ce sens aux services intéressés. »

Cependant, des lettres à en-tête embarrassant continuèrent d'arriver, et le 18 juin 1932 M. Lawton renvoya une de ces lettres à M. Speciael lui demandant de la remplacer par une lettre adressée à *Ebro*. Malgré cet avertissement, M. Speciael continua de se référer à *Barcelona Traction* dans le texte de ses lettres. Par exemple, dans une lettre du 22 janvier 1934 il suggérait que la *Barcelona Traction* tire profit d'une concession de change relative aux *exportations d'Espagne* (Annexe n° 6, document n° 32). De nouveau, dans une note du 11 juin 1934 concernant les plans d'un nouveau bâtiment administratif à Barcelone, M. Speciael se référa au bâtiment d'administration de la B.T.L.P. à Barcelone (Annexe n° 6, document n° 35). Il est à peine surprenant, par conséquent, que l'Administrateur-Secrétaire de la Société Belge de Banque voie l'affaire sous le même angle. Ecrivant à M. Heineman au sujet d'un contrat en cours de négociation à Barcelone, la Société Belge de Banque rédigeait ainsi sa lettre (Annexe n° 6, document n° 38):

« En l'absence de mon père, actuellement aux Etats-Unis, nos excellents amis français, les Gillet, me font part de ce qu'ils se rendent à Barcelone en vue de passer un contrat avec la *Barcelona Traction, Light and Power Co.* »

En fait et en dépit des avertissements de M. Lawton, le bureau de Barcelone lui-même continua de temps en temps à recevoir des lettres qui laissaient tomber le masque de sa séparation avec *Barcelona Traction*. Ainsi, dans une lettre de la Sofina du 4 mars 1935, cette société libellait avec audace l'adresse du destinataire: *Barcelona Traction Light and Power Co.*, Barcelone (Annexe n° 6, document n° 39).

De façon semblable, les bureaux de Toronto et de Londres, oubliant le mythe de la séparation entre la *Barcelona Traction* et *Ebro* créé à l'intention des autorités espagnoles, laissaient quelquefois échapper qu'ils considéraient le bureau de Barcelone comme étant le bureau de *Barcelona Traction* aussi bien que celui d'*Ebro* (*Contre-mémoire*, IV, partie I, chapitre I, par. 59). Il est aussi évident, d'après le témoignage de M. Julio Gay Cabrisés, Secrétaire d'*Ebro*, devant l'officier de justice anglais dans le procès *Sidro*, qu'il était parfois impossible aux employés de l'entreprise de Barcelone de distinguer entre les activités d'*Ebro* et de *Barcelona Traction* (*Contre-mémoire*, Annexes, chapitre I, vol. II, n° 107, document n° 2). Lorsqu'on l'interrogeait sur sa souscription d'actions de la *Unión Eléctrica* en tant que nommée de *Barcelona Traction*, ce témoin expliqua que tout avait été arrangé auparavant par la « direction » à qui il avait fait parvenir sa demande après l'avoir signée. Alors qu'on lui demandait ce qu'il voulait dire par « la direction », il répondit qu'il voulait dire M. Lawton en tant que Directeur d'*Ebro* et Président de *Barcelona Traction*; et qu'il ne pouvait pas dire à ce moment, s'il (M. Lawton) agissait dans l'une ou l'autre qualité (*ibid.*, p. 20). Plus tard, lorsqu'il était interrogé par la partie adverse sur ce point, il réaffirma sa réponse, disant que durant toute la période il ne savait pas si M. Lawton agissait en tant que Directeur Général d'*Ebro* ou en tant que Président de *Barcelona Traction*, parce que M. Lawton « faisait indistinctement les deux choses en même temps » (*ibid.*, p. 28). Il afficha vraiment le plus complet étonnement lorsqu'il apprit que M. Lawton avait cessé d'être Président en 1931, expliquant que parce que « on parlait encore des affaires de la *Barcelona Traction* », il avait été amené à croire que M. Lawton était encore Président (*ibid.*, p. 30).

103. La liste de Douglas et Shanks énumérant les éléments destinés à mesurer la séparation ou l'unité en droit des personnalités de sociétés connexes a été utilisée ici par le Gouvernement espagnol parce qu'elle fait partie d'un article que le Gouvernement belge semble approuver; parce qu'il est basé non pas sur une construction théorique de l'auteur mais sur des critères appliqués à des cas concrets par les Tribunaux internes; et parce qu'il reflète le bon sens de la question. Le fait à retenir est que, lorsqu'on établit une comparaison entre les circonstances de la *Barcelona Traction* et cette liste, presque chacun des éléments vise de façon directe et nette vers l'unité de l'entreprise en droit et vers le « disregard » des personnalités juridiques distinctes des sociétés individuelles. En résumé, en appliquant les critères de Douglas et Shanks, la *Barcelona Traction* apparaît comme étant un cas par excellence dans lequel il est juridiquement approprié de lever le voile et d'écartier la personnalité juridique distincte des sociétés de l'entreprise.

§ 5. *BARCELONA TRACTION* OPÉRAIT ELLE-MÊME
ET FAISAIT DES AFFAIRES EN ESPAGNE

104. A la Section III du Chapitre I du *Contre-mémoire*, le Gouvernement espagnol a exposé toute une série de considérations et une grande abondance de preuves d'où l'on est contraint de conclure que *Barcelona Traction* a traité elle-même des affaires en Espagne et qu'elle avait dans ce pays des agents et des représentants pour réaliser des affaires en son nom et pour son compte. Or, cette conclusion, faisons-nous remarquer, est d'une importance capitale pour ce qui est non seulement des fraudes fiscales commises par le groupe au détriment du fisc espagnol mais aussi en ce qui concerne la question de savoir si, au moment de la faillite, les tribunaux espagnols étaient fondés à exercer leur juridiction sur *Barcelona Traction Company*.

Cette conclusion est importante à l'égard des fraudes fiscales, parce qu'elle confirme que toute la situation fiscale du groupe en Espagne reposait sur un mensonge — sur l'affirmation mensongère obstinément soutenue que la société mère du groupe ne se livrait à aucune activité et qu'elle n'avait aucun représentant ou agent qui exerçât une telle activité en son nom ou pour son compte.

Cette conclusion n'est pas moins décisive sur le terrain de la compétence judiciaire parce qu'elle établit que — quelles que puissent être les raisons particulières sur lesquelles telle ou telle cour de justice espagnole a fondé sa compétence — *Barcelona Traction* était, d'une manière générale, assujettie à la juridiction des tribunaux espagnols, sans excepter la matière de la faillite.

105. Au Chapitre II (Section II) de la première Partie de la *Réplique*, le Gouvernement belge, avant de s'en prendre aux assertions espagnoles, s'exprime ainsi: « 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 ». Cette remarque est tout à fait hors de saison car, dès la fondation de la société, ou peu s'en faut, les autorités fiscales espagnoles s'employèrent sans cesse à essayer de confirmer le soupçon qu'elles avaient que *Barcelona Traction* exerçait elle-même une activité en Espagne; mais si elles n'y réussirent pas c'est uniquement à cause des faux-semblants et des déclarations mensongères que leur présentait la société. Il n'y avait d'ailleurs pas lieu pour le Gouvernement espagnol de prendre position en ce qui concerne la question de l'assujettissement de *Barcelona Traction* à la justice aussi longtemps que cette question était de l'exclusif ressort des tribunaux espagnols dans le cadre de la procédure de faillite.

106. Quant au fond, le Gouvernement belge affirme avec insistance que, pour décider si *Barcelona Traction* exerçait une activité en Espagne, la date critique est celle de la faillite. En effet, il prétend alors que quelle qu'ait été l'activité que *Barcelona Traction* a pu avoir à cette date-là en Espagne, soit elle-même soit par des intermédiaires, cette

activité ne pouvait, ni au regard du droit fiscal ni au regard du droit commercial espagnol équivaloir au fait de « réaliser des affaires en Espagne ». Pour ce qui est de la date, il est à peine nécessaire de dire qu'en cas de fraudes fiscales, ce n'est pas la date de la faillite qu'il faut retenir, ce sont les dates auxquelles ont été commises les fraudes, lesquelles s'échelonnent tout au long — ou peu s'en faut — de l'existence de la société. Pour ce qui est de la compétence en matière de faillite, il est vrai, à n'en pas douter, que la date à retenir est celle de la faillite. Mais il est certainement vrai également que, s'il appert que, durant de longues périodes antérieurement à sa faillite, une société a « réalisé des affaires en Espagne » soit elle-même soit par des intermédiaires et qu'elle n'a pris aucune mesure efficace pour mettre fin à cette situation, elle peut à bon droit — et doit quasi inévitablement — être considérée encore comme « réalisant des affaires en Espagne » à la date de la faillite.

107. Se fondant sur la lettre des lois espagnoles applicables, le Gouvernement belge argumente qu'une société étrangère peut exercer une activité commerciale en Espagne de deux manières.

Premièrement, en vertu de l'article 15 du Code de commerce, elle peut créer « des établissements et des succursales en Espagne », auquel cas elle doit se faire inscrire au Registre du commerce. En même temps, les lois régissant l'impôt sur les revenus stipulent que « les entreprises qui réaliseraient des affaires en Espagne » sont passibles de cet impôt (loi du 22 septembre 1922 remplaçant celle du 29 décembre 1910) et le texte pour-suit ainsi :

« Aux effets de la disposition qui précède, 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.

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 ».

Deuxièmement, une société étrangère peut avoir de temps à autre une activité en Espagne sans posséder pour autant « succursale » ou « établissement ». Dans ce cas-là, dit le Gouvernement belge, on ne saurait la considérer comme exerçant une activité en Espagne au regard du Code de commerce ou des textes régissant la matière de la juridiction, à moins que son activité ne prenne la forme d'actes répétés; des opérations isolées, effectuées de façon sporadique, n'équivalent donc pas à une « activité » aux fins envisagées.

108. Ensuite, le Gouvernement belge en effet demande à la Cour d'accepter comme parole d'Évangile toute la toile de mensonges qu'a présentée pendant des années le groupe de *Barcelona Traction* aux autorités espagnoles. C'est ainsi que malgré les preuves fournies par le *Contre-mémoire*, il affirme qu'il « est constant en fait que la *Barcelona*

Traction n'avait pas en Espagne d'établissement et de succursale au moment de la faillite ». Certes, au moment de la faillite, *Barcelona Traction* ne possédait pas en Espagne un « établissement » ou une « succursale » qu'elle reconnaissait comme tels. Mais les preuves tirées des archives du groupe, comme l'a déjà démontré une précédente section de la présente *Duplique*, mettent en lumière qu'en vérité *Barcelona Traction* traitait *Ebro* et ses autres sociétés auxiliaires d'Espagne comme de simples « succursales » de *Barcelona Traction* tout en s'en servant aussi comme d'« établissements » ou d'« agences » pour mener à bien ses affaires. Le seul fait que, pendant de longues années, le groupe ait réussi à dissimuler le fait aux autorités espagnoles n'autorisait certainement pas *Barcelona Traction* à demander aux cours de justice espagnoles et n'autorise pas davantage maintenant le Gouvernement belge à demander à la Cour Internationale de Justice de délimiter la compétence des tribunaux espagnols de justice en 1948 en prenant pour critère le décor factice échafaudé par le groupe pour masquer la réalité des faits.

109. De nouveau, tout en admettant que *Barcelona Traction* « avait, pendant une courte période, pris à ferme les installations de la *Société des Tramways de Barcelone* par une convention du 20 février 1913 », le Gouvernement belge fait observer que cette situation a pris fin en 1919 et qu'en outre *Barcelona Traction* a liquidé ses intérêts dans cette société en 1924. Il affirme qu'après 1919 *Barcelona Traction* elle-même n'avait pas d'installation en Espagne, et que l'affaire *Ceballos* (de la même année), dans laquelle un particulier avait accusé la société d'esquiver indûment l'obligation qu'elle avait d'acquitter les impôts espagnols, avait rendu ladite société particulièrement circonspecte à cet égard.

Il peut se faire que *Barcelona Traction* ait mis fin au bail des « Tramways » en 1919 et qu'au même moment, l'affaire *Ceballos* ait engagé le groupe à une certaine prudence, mais les preuves montrent avec une clarté aveuglante que cette prudence a poussé *Barcelona Traction* non pas à mettre fin à toute activité en Espagne, mais à mettre au point un complexe réseau d'expédients destinés à dissimuler cette activité aux yeux des autorités espagnoles.

110. Ensuite le Gouvernement belge affirme que « la seule circonstance que *Barcelona Traction* détenait une participation prépondérante ou même la totalité du capital social des sociétés filiales qui exploitaient elles-mêmes des installations en Espagne ne pouvait évidemment pas lui conférer la qualité de société exerçant le commerce en Espagne ». A l'appui de cette affirmation, il plaide que les dispositions du Code civil et du Code de commerce ne permettent pas « que la société-mère puisse être considérée comme exerçant elle-même l'activité de ses filiales. »

D'autre part, il invoque certains avis de droit énoncés sur consultation de la société par des juristes espagnols ainsi qu'un arrêt du Tribunal Suprême (*Aranzadi*) rendu en 1942 qu'il imagine propre à mettre dans l'embarras le Gouvernement espagnol. Finalement, il conteste le passage du *Contre-mémoire* où il est dit que les mots « qui réaliseraient des affaires en Espagne » dans le texte de la loi de 1922 régissant l'impôt sur les revenus s'inspirent d'« un critère économique et non pas juridique ». Sur ce point il argumente que la législation espagnole définit elle-même cette expression en termes à la fois précis et légaux quand elle parle d'une entreprise étrangère « qui a en Espagne des succursales »; et que la législation espagnole n'assimile pas le moins du monde les « filiales » aux « succursales ». En outre, il insinue qu'en invoquant dans le *Contre-mémoire* « les réalités économiques » en tant que critère permettant d'établir si une société étrangère « réalise des affaires en Espagne », le Gouvernement espagnol ne ferait qu'essayer de dissimuler le fait qu'il renon-

cerait à prétendre que la propriété qu'avait *Barcelona Traction* de filiales opérant en Espagne suffisait à faire d'elle une société « réalisant des affaires en Espagne ».

Les affirmations du Gouvernement belge concernant la loi espagnole applicable seront examinées plus loin dans les sections qui traitent respectivement des fraudes fiscales de l'entreprise et de la compétence des tribunaux espagnols de justice concernant la faillite de *Barcelona Traction* (Section III ci-après et partie II). Il suffit ici de dire que la loi espagnole applicable dans ces contextes est loin de revêtir le caractère purement formaliste qu'indique le Gouvernement belge. Il est compréhensible que le Gouvernement belge soit enclin à attirer l'attention de la Cour sur une argumentation, si spécieuse et mal fondée qu'elle soit, concernant la loi espagnole et à passer outre, une fois de plus, à la masse ses preuves éclatantes tirées des archives de l'entreprise, qui réfute complètement ses dires sur les questions en cause. L'objet du présent paragraphe est donc tout simplement de remettre ces questions dans leur vraie perspective en rappelant brièvement quelques-unes des principales preuves qui démontrent que *Barcelona Traction* exerçait elle-même une activité en Espagne.

111. De l'avis du Gouvernement espagnol, la question de savoir si en fait *Barcelona Traction* « avait réalisé des affaires en Espagne » a été tranchée de façon définitive par ce que dit la section précédente concernant l'unité de l'entreprise et le mépris que manifestait *Barcelona Traction* à l'égard des personnalités juridiques distinctes des sociétés d'Espagne. Dans ladite section, il a été démontré que *Barcelona Traction* elle-même, en la personne de ses principaux employés, non seulement supervisait mais encore dirigeait directement les opérations commerciales en Espagne; de sorte qu'elle n'était un holding qu'en apparence. Les personnalités juridiques distinctes des sociétés d'Espagne étaient si amplemment et si continuellement mises au rancart par *Barcelona Traction* que ces sociétés n'étaient que de simples « adjoints », « instruments » et « agents » de *Barcelona Traction*. Bref, *Barcelona Traction* doit être considérée comme ayant en fait et en droit réalisé des affaires en Espagne par le canal de sociétés espagnoles et ces sociétés à leur tour doivent être considérées comme ayant en fait et en droit agi en tant qu'« établissements », « succursales » ou « agences » de *Barcelona Traction*.

112. Il y a plus; les personnalités juridiques des sociétés espagnoles ont été utilisées de manière constante comme des paravents pour duper les autorités espagnoles tant pour ce qui est des obligations fiscales de l'entreprise en Espagne que pour ce qui concerne l'octroi de concessions d'électricité. Par conséquent, en vertu d'une exception fort bien fondée au principe de la personnalité juridique dans les cas où il y a fraude, *Barcelona Traction* n'est pas fondée à invoquer la personnalité juridique de ses succursales contre le Gouvernement espagnol (on peut se reporter au § 2, B, ci-dessus contenant de nombreuses références qui font ressortir cette exception au principe). De ce fait, dans le présent procès, la Cour a le droit et la mission d'écarter le voile qui couvre les personnalités juridiques des sociétés espagnoles et de tenir en droit leurs actes pour des actes de *Barcelona Traction* elle-même.

113. En outre, comme il ressort du *Contre-mémoire* (IV, partie I, chap. I, sect. III, p. 51), les preuves tirées des archives de l'entreprise démontrent clairement que:

« a) M. Lawton et des membres de son bureau à Barcelone sont intervenus à de nombreuses reprises comme agents de *Barcelona Traction* dans la négociation et l'exécution des opérations de *Barcelona Traction* elle-même en Espagne;

b) Ils le firent en consultation étroite avec le *Chairman* et le Président de *Barcelona Traction* et sur instructions de ceux-ci;

c) Les problèmes traités par eux en Espagne furent en de nombreuses circonstances soumis au conseil d'administration de *Barcelona Traction* par le *Chairman*;

d) La banque espagnole *Arnús-Garí* opéra presque sans discontinuer à partir de 1918 en qualité d'agent de *Barcelona Traction* pour ce qui concernait les obligations et les actions de *Barcelona Traction* en Espagne, et à certaines occasions dans d'autres domaines encore;

e) Les succursales de Barcelone de certaines autres banques sont aussi intervenues occasionnellement comme agents de *Barcelona Traction* en diverses matières ».

Le *Contre-mémoire* a fourni les preuves de ces points (IV, pp. 42 à 51) et il y a dans les archives de l'entreprise beaucoup d'autres preuves encore dont une partie a été citée à d'autres propos dans le *Contre-mémoire*. Les dossiers du bureau de Barcelone regorgent de preuves de l'intervention directe de M. Hubbard (« *Chairman* » de *Barcelona Traction*) et de M. Spéciael (Président de *Barcelona Traction*, après 1931) dans le fonctionnement des sociétés d'Espagne. Ces preuves abondent dans les documents que nous avons cités à propos des fraudes fiscales commises en Espagne et à propos de l'ensemble du problème des changes. Elles abondent dans la correspondance concernant l'acquisition de concessions et tout particulièrement dans les nouveaux textes que reproduit le § 3 concernant les impitoyables intrigues ourdies par l'entreprise contre les coopératives d'électricité de Catalogne.

114. Le *Contre-mémoire* a aussi donné des exemples d'affaires dans lesquelles M. Lawton et des membres de son équipe sont intervenus comme agents de *Barcelona Traction* dans la négociation et l'exécution des opérations de *Barcelona Traction* elle-même en Espagne. Ces opérations se répartissent en deux catégories principales: ce sont d'une part des négociations effectuées en Espagne en liaison avec l'émission d'obligations de *Barcelona Traction* et, d'autre part, l'acquisition de concessions en Espagne par *Barcelona Traction*. C'est un fait caractéristique que le Gouvernement belge cherche dans sa *Réplique* à se débarrasser de ces exemples par des arguments purement formalistes qui non seulement font bon marché des preuves compromettantes livrées par les archives de la société, mais encore donnent un exposé fallacieux de la loi espagnole applicable. Comme nous l'avons déjà dit, la question de la loi espagnole applicable sera examinée plus loin. Mais le Gouvernement espagnol ne saurait s'abstenir d'exprimer d'ores et déjà la surprise que lui cause la nature des arguments présentés dans la *Réplique*, car il semble bien qu'en employant ces arguments-là, le Gouvernement belge appose le sceau de son approbation aux fraudes pratiquées par *Barcelona Traction* au détriment des autorités espagnoles. En effet, le Gouvernement belge avance la thèse que, si claires que soient les preuves du fait que *Barcelona Traction* est directement intervenue dans des transactions opérées en Espagne, cette société ne doit pas être considérée comme ayant « réalisé des affaires en Espagne », au cas où la forme prise en définitive par la transaction a été assez habilement aménagée pour dissimuler aux autorités espagnoles le nom et l'intervention de *Barcelona Traction*. Cette thèse, qui offusque le bon sens et attente à la loi espagnole, ne rencontrera certainement pas l'agrément de la Cour.

Dans le *Contre-mémoire*, le Gouvernement espagnol a parlé de deux négociations relatives à l'acquisition de concessions; il les donnait en exemples de transactions au cours desquelles *Barcelona Traction* s'était elle-même livrée à une activité commerciale en

Espagne: l'une d'elles, qui a eu lieu en 1925-1926, comportait l'intervention de la banque *Arnús Garí* et de la société *Salto del Segre* (sous-filiale de *Barcelona Traction*) en tant qu'instruments d'exécution de la transaction, et l'autre, qui a eu lieu en 1935, comportait l'intervention de M. Bausili, avocat de *Chade*, et de la société *Salto del Segre* en tant qu'instruments d'exécution de la transaction. Au paragraphe 348 de sa *Réplique*, le Gouvernement belge n'hésite pourtant pas à parler des faits mentionnés dans le *Contre-mémoire* comme s'ils remontaient à 1911 et à 1926. Et il poursuit en affirmant avec insistance que ces faits « n'ont été suivis d'aucune acquisition de concessions depuis lors et que les concessions en cause n'appartenaient plus, depuis plus de vingt ans, à la *Barcelona Traction* au moment de la déclaration de la faillite ». Il affirme avec insistance qu'« à ce moment, elle n'était titulaire d'aucune concession quelconque ». Finalement, sur cette base, il demande à la Cour de conclure que « ces opérations isolées ne pourraient en aucun cas justifier en 1948 l'affirmation selon laquelle la société aurait une activité commerciale en Espagne ».

Ces transactions particulières étaient, en fait, bien loin d'être « isolées » puisque l'intervention directe de *Barcelona Traction* dans les affaires d'Espagne non seulement était continue mais encore se poursuivait jusqu'à la date de la faillite de *Barcelona Traction* en 1948. En outre, comme les documents prouvent à l'évidence que *Barcelona Traction* a eu recours frauduleusement à des concessionnaires qui n'étaient que des hommes de paille pour ces transactions-là, le fond que le Gouvernement belge, dans sa *Réplique*, fait sur la circonstance que les concessions n'étaient pas réellement aux mains de *Barcelona Traction* elle-même constitue une attitude qu'il est très surprenant de voir adopter par un gouvernement, quel qu'il soit. Les documents des archives de l'entreprise révèlent que pour éluder les dispositions de la loi espagnole, c'est en pleine connaissance de cause que *Barcelona Traction* a dissimulé le rôle qu'elle avait joué dans l'acquisition et le contrôle des concessions d'Espagne.

115. L'explication de la transaction de 1925-1926 qui est fournie au paragraphe 349 de la *Réplique* est si superficielle qu'il est à peine nécessaire pour le Gouvernement espagnol de faire davantage que de prier la Cour de comparer cette explication avec l'exposé soigneusement documenté des faits véritables qui est donné à la page 50 du *Contre-mémoire* (Part. I, Chap. I, par. 66). Le Gouvernement belge, il est vrai, cherche à discréditer cet exposé en alléguant que les documents produits par le Gouvernement espagnol seraient incomplets et choisis par lui dans les archives de la société, mais il se garde de dire en quoi ces documents sont impropres à présenter les faits véritables aux tribunaux et s'abstient de produire lui-même d'autres documents.

Le Gouvernement belge présente la transaction de la manière suivante: tout d'abord il fut envisagé que *Barcelona Traction* acquerrait elle-même les concessions et les céderait à *Ebro*, mais ce dessein fut apparemment abandonné. Cependant, les concessions ont été vendues par leurs propriétaires directement au banquier Arnús Garí qui « 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 ». *Barcelona Traction*, il est vrai, avait chargé Arnús Garí de négocier cette opération et Arnús Garí agissait vraiment en faveur et pour le compte de *Barcelona Traction*. Mais Arnús Garí n'agissait pas « au nom de *Barcelona Traction* ». De plus, bien qu'il soit vrai également que les instructions données par *Barcelona Traction* à Arnús Garí « prévoyaient d'ailleurs que le bénéficiaire final de l'acquisition serait la personne désignée par *Barcelona Traction* »,

en fait c'est la société *Salto del Segre* qui fut désignée, de sorte que c'est elle seule qui fut partie à l'acquisition définitive des concessions.

En premier lieu, il n'a jamais été envisagé par M. Hubbard, M. Lawton, M. McMurtry que *Barcelona Traction* devienne la propriétaire en titre des concessions. Au contraire, dans sa forme originale, leur plan envisageait que le propriétaire des concessions souscrirait un « contrat privé » pour vendre les concessions à n'importe quelle personne ou société désignée par *Barcelona Traction*; et *Barcelona Traction* était si éloignée de vouloir paraître ouvertement dans l'affaire que M. Hubbard blâma M. McMurtry d'avoir été assez imprudent pour écrire sur un papier à lettres portant l'en-tête d'*Ebro*.

En deuxième lieu, le banquier Arnús Garí n'a été introduit dans l'opération par *Barcelona Traction* qu'en qualité d'instrument destiné à achever des négociations en Espagne que *Barcelona Traction* elle-même avait entreprises dans ce pays. Des lettres de M. McMurtry, du 23 décembre 1925 et du 5 janvier 1926, montrent que les conditions de la vente avaient déjà été négociées et acceptées par le vendeur avant qu'Arnús Garí fût mis au courant de l'affaire (*Contre-mémoire*, Chap. I, annexe N° 67, doc. N° 1 et annexe 66, doc. N° 1). Elles montrent aussi que M. Lawton et M. McMurtry à Barcelone entreprirent ces négociations à la fois en faveur et au nom de *Barcelona Traction* et qu'ils négocièrent avec le vendeur l'achat du droit qu'aurait *Barcelona Traction* de désigner la personne ou la société à qui le droit aux concessions serait transmis. Les documents montrent aussi que M. Lawton et M. McMurtry employaient *Arnús Garí* pour l'achat des concessions expressément « commé représentants de la société *Barcelona Traction* » et « comme agissant pour le compte de la société *Barcelona Traction* » (*ibid.*, annexe N° 66, doc. N° 1 et 2). Certes, les documents indiquent que la vente par le vendeur fut présentée alors comme une vente à *Arnús Garí*, avec le droit pour *Arnús Garí* de nommer la personne ou la société en faveur de laquelle l'acte public de vente prenait force exécutoire, mais ils indiquent également que les instructions de M. Lawton à *Arnús Garí* renfermaient la clause suivante (*ibid.*, annexe N° 66, doc. N° 2):

« Veuillez noter que *Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd.* a le pouvoir de désigner la personne physique ou juridique qui acquerra lesdites concessions, droits ou propriétés et par conséquent, conformément aux stipulations de la clause 5 du projet de contrat ci-inclus, vous donnerez plein effet à la désignation qui vous sera notifiée par *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.* Faute de recevoir cette désignation avant le 1^{er} février prochain, un acte public prendra force exécutoire en votre faveur, sans préjudice de la signature de tout autre acte de vente à exécuter par vous en faveur de toute personne ou société qui sera ultérieurement désignée par la susdite *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.* » (c'est nous qui soulignons).

En d'autres termes, l'accord conclu avec *Arnús Garí* par M. Lawton était fait expressément pour le compte et au nom de *Barcelona Traction* et avait pour objet de conférer à *Barcelona Traction* le droit de disposer des concessions d'Espagne. En outre, les documents montrent que la banque *Arnús Garí*, à son tour, a reconnu qu'elle achetait les concessions « pour le compte de *Barcelona Traction Light and Power Company Ltd.* » et qu'à la date même où elle signait le contrat, la banque *Arnús Garí* débitait le compte de *Barcelona Traction* elle-même du premier versement du prix d'achat augmenté du montant convenu de sa propre commission (*ibid.*, annexe n° 66, doc. n° 3 et 4). Quelques jours plus tard, le solde du prix d'achat était payé par *Arnús Garí* qui informait *Barcelona Traction* qu'« en vertu des instructions de M. F. Fraser Lawton » le compte de *Barcelona Traction* avait été débité du montant en question.

Dans ces circonstances, il est manifeste que *Barcelona Traction* a elle-même tout d'abord négocié en Espagne l'achat de concessions avec les propriétaires et ensuite a conclu en Espagne avec *Arnús Garí* un accord en vertu duquel elle acquérait le droit absolu de disposer de ces concessions à sa guise. Cela constitue clairement tant en fait qu'en droit un cas où *Barcelona Traction* a « réalisé des affaires en Espagne » et on a peine à voir comment le Gouvernement belge a pu se résoudre dans sa *Réplique* à donner son agrément à la thèse opposée. Même si l'on pouvait admettre — en passant outre à l'évidente preuve du contraire que fournissent les documents — qu'*Arnús Garí* ait joué dans l'affaire le rôle d'un acquéreur indépendant, il resterait vrai que *Barcelona Traction* avait elle-même conclu une transaction en Espagne avec *Arnús Garí*. En fait, bien sûr, *Barcelona Traction* n'a fait intervenir *Arnús Garí* dans la transaction que pour éliminer le nom de *Barcelona Traction* de tout document concernant l'acquisition par elle de droit sur les concessions qui risquait de tomber sous les yeux des autorités espagnoles, c'est-à-dire pour éluder les dispositions de la loi espagnole régissant l'acquisition de concessions par des étrangers.

En outre, il est également tout à fait manifeste que, dans cette transaction, M. Lawton et M. McMurtry agissaient en tant que représentants de *Barcelona Traction* en Espagne même dans le cadre de l'interprétation indûment restrictive que donne de la loi espagnole le Gouvernement belge sur ce point. Ils ont négocié tant avec le propriétaire des concessions qu'avec *Arnús Garí*, expressément pour le compte et au nom de *Barcelona Traction*.

116. L'explication de la transaction de 1935 que donne le paragraphe 350, V, de la *Réplique* n'est pas moins superficielle ni moins surprenante, quand on songe qu'elle émane d'un gouvernement mis en face des preuves documentaires les plus évidentes de l'existence de fraudes. Cette transaction concernait la création de la société *Salto de Cataluña* et le transfert à celle-ci de certaines concessions, avec l'objectif frauduleux d'éluder la loi espagnole régissant la possession de concessions par des étrangers. Quant à la fraude, le Gouvernement belge se contente de dire qu'il a déjà traité de cette allégation au paragraphe 276 et à l'annexe 52 de la *Réplique*. Mais le Gouvernement espagnol a déjà démontré aux numéros 50-58 que les explications qu'offrent ce paragraphe et cette annexe de la façon dont *Barcelona Traction* a dupé les autorités espagnoles à propos de cette transaction sont complètement inadmissibles et ne tiennent aucun compte des preuves évidentes qui ont été tirées des documents d'archives de l'entreprise.

Quant à la transaction elle-même, les faits — fort bien attestés par des documents — ont été exposés aux paragraphes 28 et 67 du *Contre-mémoire*, IV. En bref, craignant qu'un certain organisme public puisse de nouveau s'intéresser aux concessions de Clúa et de Santa Ana, *Barcelona Traction* décida d'en acquérir la maîtrise par le moyen d'un intermédiaire. Pour dissimuler aux autorités espagnoles le fait que les concessions étaient acquises par des étrangers, *Barcelona Traction* décida de créer une société toute neuve déguisée de manière à avoir l'air d'une société espagnole exempte de tout lien avec le groupe de *Barcelona Traction*. Les Espagnols qui devaient faire figure d'actionnaires furent contraints de conclure avec *Barcelona Traction* des accords complexes et secrets concernant les conditions de disposition de leurs actions. *Barcelona Traction* a également employé un avocat de Chade, M. Bausili, lequel agit pour le compte de *Barcelona Traction*, à la fois comme acquéreur des concessions et comme « chairman » de la société à créer, à laquelle il devait transférer les concessions. M. Bausili et les autres actionnaires apparents de la société signèrent tous des lettres individuelles tenues secrètes adressées à *Barcelona Traction*, reconnaissant que les actions détenues par eux appartenaient à la société Barce-

lona Traction et s'engageant à les remettre à *Barcelona Traction* ou à son mandataire à la demande de *Barcelona Traction*. Les certificats d'actionnaires furent ensuite déposés dans une banque britannique de Barcelone, dans un coffre à deux serrures, dont l'une des clés était entre les mains de M. Clark, à Barcelone, pour le compte de *Barcelona Traction*.

Ecartant d'un revers de main la question de la fraude à la loi, le Gouvernement belge émet l'observation suivante dans sa *Réplique*:

« Mais quoi qu'il en soit, il demeure constant que c'est *Salto 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 *Salto 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 ».

Si étrange qu'il soit dans le texte d'un gouvernement, c'est là l'argument qui nous est devenu familier et qui consiste à affirmer que la Cour peut seulement considérer la forme sous laquelle ceux qui cherchaient à tromper les autorités espagnoles ont présenté leurs transactions frauduleuses, mais ne saurait considérer le fond même de ces transactions.

Dans la transaction de 1935, le mécanisme juridique employé par *Barcelona Traction* différait à certains égards de celle qui avait été employée dans la transaction de 1925/1926 mais la technique générale fut la même. *Barcelona Traction*, par l'intermédiaire de M. Lawton et de son personnel, a négocié elle-même en Espagne l'organisation des concessions,

Ensuite, M. Lawton et son personnel, agissant expressément pour le compte et au nom de *Barcelona Traction*, négocièrent avec M. Bausili et certains autres Espagnols en Espagne la fondation de la société *Salto de Cataluña* et le transfert à celle-ci des concessions en question. Au même moment, *Barcelona Traction*, en son propre nom, concluait en Espagne avec M. Bausili et d'autres Espagnols des contrats secrets en vertu desquels elle acquérait le droit absolu de disposer de toutes les actions de la nouvelle société. Même s'il n'y avait pas le moindre élément de fraude, cela constituait certainement une activité commerciale de la part de *Barcelona Traction* en Espagne.

Au demeurant, comme il est amplement prouvé que *Barcelona Traction* avait le propos de tromper frauduleusement les autorités espagnoles, on ne saurait accepter un instant l'affirmation du Gouvernement belge que, même si l'on démontrait que *Barcelona Traction* était la véritable détentrice du capital-actions de *Salto de Cataluña*, il ne s'en suivrait pas que les concessions pussent être considérées comme appartenant à *Barcelona Traction*. En vertu des principes bien établis qui ont été exposés au § 2, B. de la présent section, le Gouvernement espagnol, en raison du but frauduleux en vue duquel *Salto de Cataluña* a été créée, est fondé à prier la Cour de passer outre à la personnalité juridique de cette société et de tenir l'acquisition des concessions comme directement effectuée par *Barcelona Traction* elle-même.

La preuve des fins frauduleuses que poursuivait *Barcelona Traction* en créant la société *Salto de Cataluña* ressort de presque tous les documents reproduits à l'annexe

pertinente du *Contre-mémoire* (Partie I, chap. I, annexe n° 32) et cette preuve est renforcée par les autres documents imprimés à l'annexe de la présente *Duplique* (Annexe N° 4, Doc. 20-29). Ces documents confirment que *Barcelona Traction* s'est évertuée à prendre toutes les mesures possibles pour éliminer de la transaction tout élément qui aurait pu attirer l'attention des autorités espagnoles sur la participation de *Barcelona Traction* à la transaction. Ils démontrent que *Barcelona Traction* avait décidé qu'il serait dangereux de donner à *Arnús Garí* un rôle dans la transaction parce qu'aux alentours de 1935, les liens d'*Arnús Garí* avec le groupe de *Barcelona Traction* étaient trop connus. Ils démontrent aussi que le 16 juillet 1935, M. Hubbard, « Chairman » de *Barcelona Traction* écrivait au directeur du département juridique d'Espagne :

« En ce qui concerne la formation de la nouvelle société qui prendra en charge les concessions, je pense que je dois vous rappeler que ni vous ni aucun des juristes attachés à l'organisation ne doit figurer comme représentant de la société. Quelles que soient les démarches officielles à entreprendre en rapport avec l'affaire, j'ai le sentiment que celles-ci devront être prises par les juristes de la *Financiera*, faute de quoi les autorités feront aussitôt le rapprochement entre notre groupe et la création de la nouvelle société » (c'est nous qui composons en italiques).

Le Gouvernement espagnol a la conviction que la Cour ne partagera pas le point de vue que semble soutenir le Gouvernement belge, à savoir que *Barcelona Traction* ne saurait être considérée comme ayant réalisé des affaires en Espagne et cela parce que, grâce à divers artifices, elle a réussi à dissimuler ses activités en Espagne aux autorités espagnoles.

117. Une autre catégorie de transactions commerciales qu'a effectuées en Espagne *Barcelona Traction* elle-même, par l'entremise de M. Lawton et de son équipe et par l'intermédiaire de certaines banques concernait l'émission d'emprunts et le service des obligations émises en Espagne. Un exposé documenté de ces transactions a été donné dans le *Contre-mémoire* (Partie I, Chap. I, Sect. III, pars. 55-63 et annexes 47-65 et 1038). Ces transactions, qui s'étendent sur une longue période — de 1918 à la veille de la faillite de *Barcelona Traction* — concernent pour une part l'émission d'obligations de *Barcelona Traction* en Espagne par la banque *Arnús Garí* et pour une part diverses activités exercées par *Arnús Garí* et par certaines autres banques d'Espagne en relation avec le service financier ou la conversion de ces obligations-là. Le Gouvernement espagnol a fait remarquer que les banques en question agissaient dans ces transactions dans une certaine mesure en tant que représentant ou agent de *Barcelona Traction* et que M. Lawton et différents membres de son entourage à Barcelone agissaient en tant que représentants ou agents de *Barcelona Traction* en Espagne.

118. Les explications que donne le Gouvernement belge de ces transactions dans la *Réplique* reposent sur l'interprétation — déjà mentionnée —, formaliste à l'excès, de la loi espagnole applicable. On trouvera l'exposé de la loi par le Gouvernement espagnol à la section III. Cependant, pour montrer sans plus attendre que la loi espagnole applicable ne revêt pas le caractère formaliste qu'allègue la *Réplique*, il nous sera peut-être permis de donner une idée de cet exposé en reprenant ici le résumé établi par le Tribunal Suprême dans son arrêt du 10 février 1967 (Annexe N° 7) :

« En définitive, de même que la Loi n'est pas rigoureuse quant à la manière de conférer et de signifier un pouvoir, vu qu'elle admet tant le pouvoir exprès que le pouvoir tacite (Code civil, art. 1710, par. 1), elle ne peut pas non plus l'être quant au mode d'extérioriser

l'intention d'agir à titre de représentant et non en son nom propre, en sorte que s'il existe des circonstances qui rendent présumable la volonté de représenter (art. 1253) ou des faits avec lesquels serait incompatible la volonté de non représenter (théorie de la déclaration tacite) par un esprit de rigorisme formaliste étranger à celui de notre Loi, l'on ne peut pas invoquer l'absence de volonté représentative ».

En ce qui concerne l'émission d'obligations de *Barcelona Traction* en Espagne, le Gouvernement belge fait ressortir que la banque *Arnús Gari* a placé ces obligations sur le marché espagnol non pas en tant qu'agent de *Barcelona Traction* mais pour son propre compte en tant qu'elle avait acheté les obligations à la société *Barcelona Traction*, et que les contrats d'achat des obligations étaient signés à Londres et assujettis à la loi anglaise. Ces arguments peuvent être acceptés et le Gouvernement espagnol ne prétend pas que, lors de l'émission de ces obligations en Espagne, *Arnús Gari* ait agi en droit en qualité d'agent ou de représentant de *Barcelona Traction*. Le fait cependant demeure que tout d'abord M. Harrsen et ensuite M. Lawton et le personnel d'*Ebro* à Barcelone ont négocié les contrats avec *Arnús Gari* en Espagne et cela explicitement pour le compte de *Barcelona Traction*; et également que le but de l'émission des obligations était de réunir pour *Barcelona Traction* des capitaux du public espagnol.

Il reste également le fait qu'après l'émission des obligations, celles-ci ou d'autres obligations de *Barcelona Traction* contre lesquelles les premières avaient été converties furent continuellement servies par *Arnús Gari* ou d'autres banques espagnoles au bénéfice de *Barcelona Traction* jusqu'à la date de la faillite et que les différentes opérations liées à l'émission de duplicata d'obligations destinées à remplacer celles qui avaient été perdues ou détruites durant la guerre civile furent également effectuées par des banques espagnoles pour le compte de *Barcelona Traction*. D'ailleurs, pour ce qui est de la conversion des obligations de *Barcelona Traction* en Espagne, *Arnús Gari* agissait spécifiquement en tant que banquier et agent chargé par *Barcelona Traction* d'opérer ces transactions. En outre, le fait demeure que, dans toutes ces transactions, M. Lawton et son personnel négociaient en Espagne les arrangements nécessaires avec les différents banquiers et leur donnaient toutes instructions utiles spécifiquement pour le compte de *Barcelona Traction* et que dans le cas des opérations de change, l'accord était non seulement négocié par M. McMurtry mais aussi signé par M. Lawton en Espagne pour le compte de *Barcelona Traction*.

Le Gouvernement belge, au paragraphe 354 de la *Réplique*, dit de toutes ces opérations que si on les analyse soigneusement « on constate que les opérations où la Banque *Arnús Gari* a agi comme mandataire ou comme commissionnaire dévoilant le nom de son commettant sont épisodiques, très limitées et sans aucune signification économique ». Si par les mots « aucune signification économique » le Gouvernement belge veut dire que ces opérations elles-mêmes n'ont pas valu un profit imposable à *Barcelona Traction* en Espagne, il se peut que cela soit vrai. Mais là n'est pas la question. La question est de savoir si *Barcelona Traction* a exercé une activité commerciale en Espagne et ces transactions, de l'avis du Gouvernement espagnol, révèlent nettement que tel a bien été le cas, non seulement par l'intermédiaire d'*Arnús Gari* et d'autres banques, mais par le canal de M. Lawton et d'autres employés de l'entreprise d'Espagne. Et cette activité n'a été ni « épisodique » ni « limitée ». Elle s'est exercée sans interruption sous une forme ou une autre depuis 1918 jusqu'à la faillite de *Barcelona Traction* et son importance économique générale pour *Barcelona Traction* n'a pas du tout été insignifiante.

L'une de ces transactions, dont il est question à la page 47 du *Contre-mémoire* (par. 61) (IV), concernait certaines obligations 6% à 45 ans que *Barcelona Traction* «vendait» à sa filiale *Unión Eléctrica*, tout simplement pour échapper au fisc. Le Gouvernement espagnol attira alors l'attention sur certaines remarques tirées d'une lettre de M. Lawton du 6 février 1931 qui révélait la vraie nature de cette transaction (*Contre-mémoire*, Partie I, Chap. I, annexe 56, p. 1). Le Gouvernement belge, au paragraphe 356 de la *Réplique*, s'évertue à présenter cette vente comme parfaitement normale, quoique M. Lawton insiste sur le fait que l'encaissement des coupons était nécessaire afin de faire «paraître» cette vente à l'*Unión* «comme authentique». Les mots anglais «appear to be genuine» qu'employait M. Lawton ne permettent pas de douter le moins du monde de l'idée que lui-même se faisait du vrai caractère de cette transaction. Mais il y a bien d'autres expressions révélatrices dans la lettre de M. Lawton et il nous suffit de prier la Cour de se reporter au texte même de cette lettre.

Ces transactions semblablement fournissent la preuve que M. Lawton et les autres membres de son personnel d'Espagne ne cessèrent pas de servir d'agents ou représentants à *Barcelona Traction* pour traiter des affaires qui étaient spécifiquement celles de *Barcelona Traction*. Dans quelques documents, le rôle de la personne en question agissant comme agent ou représentant de *Barcelona Traction* est spécifiquement déterminé; dans d'autres, il ressort clairement du contexte. C'est ainsi que les documents prouvent amplement que M. Lawton et d'autres personnes de son entourage ont à maintes reprises rempli le rôle d'agents ou de représentants de *Barcelona Traction*, selon les principes énoncés dans l'arrêt précité du Tribunal Suprême. Au paragraphe 346 de la *Réplique*, devons-nous ajouter, la Cour est priée de fermer les yeux sur cette preuve en vertu du curieux argument que voici:

«il faut se défier des documents à caractère non juridique, dont le Gouvernement espagnol s'empare volontiers, 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 juridique précise du mandat ou de la représentation».

Cela n'est, bien sûr, qu'une nouvelle application de la théorie extrêmement formaliste que le Gouvernement belge a jugée bonne pour la défense des activités frauduleuses de *Barcelona Traction*. Les auteurs des documents et des phrases en question étaient M. Lawton, directeur-gérant de l'entreprise en Espagne, M. Hubbard, avocat et «Chairman» de *Barcelona Traction*, ainsi que le service juridique de M. Lawton et Arnús Garí, banquier. Que tel ou tel de ces hommes, dans telle ou telle circonstance particulière, ait eu ou non le sentiment de parler en juriste, ils exprimaient tous toujours en termes appropriés la nature de la transaction dans laquelle ils s'estimaient engagés. D'ailleurs, les faits réels relatifs aux transactions confirment l'exactitude des termes qu'ils employèrent.

119. La façon dont, en général, M. Lawton et son personnel de Barcelone agissaient en tant que représentants de *Barcelona Traction* en Espagne peut être encore mise en lumière par le fait que *Barcelona Traction* se servait d'eux pour tenir les assemblées générales des sociétés espagnoles qui étaient les filiales de *Barcelona Traction* elle-même. Il a déjà été question de ces activités de M. Lawton et de son personnel au § 4 de la présente section (n° 99), où l'attention de la Cour est appelée sur les preuves pertinentes qui se trouvent dans les annexes du *Contre-mémoire* (chap. I, annexe 107). Nous avons souligné, dans ledit paragraphe, que certaines des sociétés espagnoles dont les assemblées générales se tenaient dans ces conditions-là étaient des filiales de *Barcelona Traction* elle-même et non pas des filiales d'*Ebro*. Tel était le cas d'*Unión Eléctrica*, d'*Electricista Catalana* et d'*Elec-*

tricista Reusense. Bien que les dispositions que prenaient pour ces assemblées-là M. Lawton et son personnel fussent irrégulières à bien des égards, elles bénéficiaient de la complète approbation et même de la coopération de *Barcelona Traction*. Il s'ensuit que, dans ce cas encore, il s'agit d'une matière dans laquelle M. Lawton agissait de façon habituelle, année après année, en tant qu'agent et représentant de *Barcelona Traction* pour des affaires qui étaient spécifiquement des affaires propres de *Barcelona Traction* elle-même.

120. Il reste à examiner l'argument avancé au paragraphe 351 de la *Réplique*, selon lequel M. Lawton ne saurait être considéré comme ayant agi en qualité d'agent ou de représentant de *Barcelona Traction* pour la raison que — à ce que prétend le Gouvernement belge — il n'aurait pas reçu *pouvoirs* pour représenter *Barcelona Traction* en Espagne. Le Gouvernement belge affirme que « pour qu'il puisse être considéré comme un "agent" de la *Barcelona Traction* », il aurait fallu que M. Lawton « 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 le pouvoir d'engager la société et donc de la représenter au sens propre du terme ». Cette affirmation qui, une fois encore, repose sur une interprétation excessivement formaliste de la loi espagnole applicable, est manifestement fautive, puisqu'il aurait toujours été possible au conseil d'administration de *Barcelona Traction* de donner des instructions à M. Lawton, comme à n'importe quelle autre personne pour agir en qualité d'agent à son service, dans les conditions et les circonstances qui lui auraient convenu.

Le Gouvernement belge cependant affirme ensuite que M. Lawton n'a jamais reçu pouvoir d'agir légalement en tant que représentant de *Barcelona Traction* en Espagne, excepté quand « pour des opérations isolées et occasionnelles » il recevait une procuration spéciale qui lui conférerait l'autorité nécessaire pour représenter la société en Espagne. A ce propos, le Gouvernement belge insiste sur le fait que, même quand il était président de la société — jusqu'en 1931 — M. Lawton n'était qu'un membre du conseil d'administration et n'était pas habilité à engager la société. Il insinue également que, en tout état de cause, le Gouvernement espagnol est enclin à confondre les termes de « Président » et de « Chairman » de la société. D'une manière générale, le Gouvernement belge se réfère à un avis de droit émis en 1960 aux fins de la procédure préliminaire par M^e M.A. Graydon, juriste canadien, qui était en même temps « Chairman » de *Barcelona Traction* à cette date.

Bien loin de confondre les situations de « Président » et de « Chairman » dans la hiérarchie de *Barcelona Traction*, le Gouvernement espagnol a lui-même souligné que le principal personnage exécutif de *Barcelona Traction* était le directeur (Chairman) M. Hubbard. C'est précisément cette circonstance même qui fait des constantes interventions de M. Hubbard, jour après jour, dans la direction et les opérations de l'entreprise en Espagne des preuves si manifestes de l'unité fondamentale de l'entreprise et de l'engagement direct de *Barcelona Traction* elle-même en Espagne.

Il se peut que le président d'une société ne soit, en droit canadien, qu'un membre du conseil des directeurs et que la loi canadienne sur les sociétés ne lui accorde pas de pouvoirs *spécifiques* pour engager la société dans ses relations avec des tiers. Mais, comme il est déclaré dans l'ouvrage de Fraser et Stewart sur le droit des sociétés au Canada (Cinquième édition, 1962), « en vertu des statuts, des pouvoirs étendus sont habituellement conférés ». Au demeurant, c'est induire en erreur le lecteur que de dire, comme le fait le Gouvernement belge, que « le président, comme tel, n'a aucun pouvoir pour engager la société »; et M. Graydon ne va pas aussi loin dans sa lettre. Il y a bien des cas où les cours de justice ont estimé qu'un président, même quand il outrepassait l'autorité que lui accordaient les

statuts, peut engager la société et la rendre responsable d'un engagement outrepassant les pouvoirs sociaux formels qu'il possède. En droit canadien, une société peut être responsable des actes de ses agents (et le président en est un) accomplis dans le domaine apparent de leurs pouvoirs, et la question de savoir si M. Lawton pouvait engager la société par un acte accompli en Espagne ne saurait donc être tranchée en droit canadien sans considérer ses pouvoirs apparents aussi bien que ses pouvoirs réels.

En fait, les statuts de la société dans leur première version confiaient au président « la surveillance générale des affaires et des opérations de la société ». Même après avoir été amendés à la suite de la création du poste de directeur (Chairman), les statuts « chargeaient » le président de « la direction générale et de la gestion des affaires de la société » sous la seule réserve des obligations et de la vigilance attribuées au « Chairman ». Par conséquent, M. Lawton en tant que président et *a fortiori* M. Lawton agissant de concert avec M. Hubbard en tant que directeur, jouissaient, grâce aux statuts, de très amples pouvoirs. En outre, en raison du principe de l'autorité apparente, tel qu'il est appliqué en droit canadien, une personne qui, en Espagne, traitait avec M. Lawton n'aurait pas été affectée par d'éventuelles limitations apportées aux pouvoirs de M. Lawton par les statuts ou par des décisions prises par le conseil d'administration de *Barcelona Traction*. Ce ne sont pas là « des documents publics » et une personne ne serait pas réputée liée par ces textes à moins qu'elle n'en ait eu effectivement connaissance (Fraser et Stewart, *Droit des sociétés du Canada*, Cinquième édition, 1962, pp. 132-133).

Quant aux décisions du conseil d'administration de la *Barcelona Traction*, ce sont elles qui, jointes aux statuts, seraient surtout aptes à révéler à la Cour quels étaient les pouvoirs véritables confiés *formellement* à M. Lawton et les limitations *formelles* qui leur étaient imposées. Mais le Gouvernement belge s'est montré singulièrement réticent en ce qui concerne les décisions du conseil d'administration de *Barcelona Traction*; il semble bien qu'il aime mieux ne pas placer sous les yeux de la Cour les preuves pertinentes.

Le Gouvernement espagnol rappelle avec insistance que, encore que pour les raisons exposées à la présente Section ainsi que dans le *Contre-mémoire*, il considère que *Barcelona Traction* exerçait en Espagne une activité qui était activité propre de *Barcelona Traction* elle-même, cela ne constitue qu'une fraction de l'action beaucoup plus ample que déployait en Espagne *Barcelona Traction*. Comme nous l'avons signalé, *Barcelona Traction*, par l'intermédiaire de M. Hubbard, de M. Lawton, de M. Spéciael et d'autres personnes de l'équipe de M. Lawton, dirigeait et gérait elle-même l'entreprise d'Espagne. Tout en maintenant l'apparence d'une simple société holding, *Barcelona Traction*, en réalité, dirigeait, gérait et conduisait elle-même l'affaire d'Espagne.

Enfin, il importe de commenter brièvement ce que le Gouvernement belge dit à l'Annexe 134, Appendice 3 de sa *Réplique* de l'affaire *Walford v. Barcelona Traction Light and Power Company Ltd. and National Trust* devant la « High Court » d'Angleterre. Le Gouvernement espagnol avait appelé l'attention de la Cour Internationale de Justice sur ce litige, dans son *Contre-mémoire* (IV, Partie I, Chap. I, Sect. III, pars. 49-53) en manière de préface à l'exposé qu'il y faisait des opérations de *Barcelona Traction* en Espagne. Dans ce procès, qui s'inscrit dans la longue série de procédures judiciaires engendrées par la faillite de *Barcelona Traction*, la Cour de justice d'Angleterre a affirmé le droit qu'elle avait d'exercer sa juridiction à l'égard de *Barcelona Traction*, pour la raison que les preuves fournies démontraient que cette société avait un bureau d'affaires à Londres. La Cour rejeta d'emblée des arguments de *Barcelona Traction* qui rappellent fort certains

des arguments qu'allègue le Gouvernement belge dans le présent litige. Ce faisant, ladite Cour formula des commentaires sévères sur l'affaire et sur les preuves administrées par *Barcelona Traction*, comme on peut le voir en analysant dans le détail l'argumentation des parties et le texte de l'arrêt, reproduits dans le *Contre-mémoire*.

Le Gouvernement belge a relégué ses commentaires sur ce litige dans les annexes précitées, dans lesquelles, passant sous silence les observations défavorables qu'a faites la Cour concernant la déposition de M. Hubbard, le Gouvernement belge se borne à a) insinuer que le Gouvernement espagnol aurait cherché à établir une fausse analogie entre l'affaire de M. Lawton en Espagne et celle de la *Canadian & General Finance* à Londres et b) à affirmer qu'il avait déjà démontré que M. Lawton n'était pas le représentant de *Barcelona Traction* en Espagne. Il n'échappe certes pas au Gouvernement espagnol que l'arrêt rendu dans l'affaire *Walford* s'inspirait du droit anglais et non pas du droit espagnol et que les éléments de fait n'étaient pas les mêmes que dans notre cas. Même ainsi toutefois il existe des similitudes significatives dans l'attitude qu'adoptèrent *Barcelona Traction* et surtout son président, M. Hubbard, à l'égard de la juridiction locale en Espagne et en Angleterre. Et il existe des similitudes significatives dans la position formaliste qu'adopta *Barcelona Traction* à l'égard de la question des agents et représentants, dans la répugnance que manifesta *Barcelona Traction* (et que stigmatisa le juge) à produire les preuves pertinentes ainsi qu'enfin dans le comportement tortueux de M. Hubbard. Il ne saurait donc être sans intérêt que la « High Court » ait rejeté en bloc tous les arguments de *Barcelona Traction* et affirmé sa compétence.

Si toutefois le Gouvernement espagnol avait fait bonne place à l'affaire *Walford* dans le *Contre-mémoire*, ce n'était pas tant en raison des analogies juridiques qu'on en peut tirer, c'était bien plutôt en raison de l'éclatante lumière que cette affaire projette sur la façon dont se comporte *Barcelona Traction* à l'égard des autorités. C'est pourquoi le Gouvernement espagnol prend la liberté de prier les magistrats de la Cour Internationale de Justice de revoir, aux pages 39-41 du *Contre-mémoire* (IV), les commentaires formulés par le juge anglais. Ils y verront qu'après avoir rendu son jugement, le juge Roxburgh estima devoir dire à propos des preuves fournies par *Barcelona Traction*:

« Parmi les preuves que vous m'avez fournies, il n'y en a aucune digne de foi ».

Le Gouvernement espagnol rappelait également que le magistrat anglais voulait surtout parler des preuves avancées par M. Hubbard, président de la société et principal auteur ou directeur de nombreux stratagèmes mis au point par *Barcelona Traction* pour dupes les autorités espagnoles.

Il y a quelque chose qui est peut-être dans le présent contexte plus significatif encore: c'est ce que dit le juge (le texte est reproduit à la page 40) du fait que *Barcelona Traction* n'avait pas produit des copies des décisions du conseil d'administration:

« Je ne crois pas que toute question importante ait été déferée à Toronto, à moins que cette affirmation ne signifie seulement que les grandes décisions de politique générale étaient prises au cours de séances du Conseil d'administration tenues au Canada et auxquelles assistaient certains des membres européens de ce Conseil, c'est-à-dire par exemple, M. Hubbard ou M. Spéciael. Je n'ai vu le texte que d'une seule décision du Conseil d'administration; or *Barcelona Traction* aurait bien facilement pu en produire d'autres s'il y en avait eu qui vinssent à l'appui de l'affirmation de M. Hubbard. Celle que j'ai vue donne de très amples pouvoirs à un administrateur anglais, M. Peacock résidant au Royaume-Uni » (Les italiques ne figurent pas dans le texte).

La Cour aura sans doute le sentiment que le Gouvernement belge applique la même tactique que *Barcelona Traction*, tactique qui consiste à être d'une grande libéralité en matière d'affirmations non fondées et d'une extrême parcimonie lorsqu'il s'agit de produire ces preuves indispensables que sont les décisions du conseil d'administration de *Barcelona Traction*.

§ 6: L'HISTOIRE FINANCIÈRE DE BARCELONA TRACTION, 1911-1948

121. A la Section IV du Chapitre I du *Contre-mémoire*, le Gouvernement espagnol a démontré que « la témérité des méthodes financières des promoteurs eut manifestement une répercussion directe sur l'état latent de faillite qui caractérisa toujours la structure financière de l'entreprise » et que « la charge écrasante de dettes obligataires excessives libellées en différentes monnaies, dont elle portait le poids, créait inéluctablement un danger potentiel d'insolvabilité » (IV, C.M., N° 92 p. 66). Le *Contre-mémoire* a souligné à cet égard que la politique de financement que les promoteurs ont arrêtée — financer l'entreprise par des capitaux empruntés à des tiers sans aucun apport d'espèce ni d'autres liquidités en représentation du capital-actions — était spéculative et dangereuse au plus haut degré. Il a souligné aussi que les dangers de cette méthode furent fortement aggravés par la façon dont les promoteurs diluèrent le capital-obligations en opérant à son profit des rabais et des prélèvements démesurés, au moyen desquels ils ont gardé entre leurs mains, outre les actions de la société, un gros paquet d'obligations First Mortgage. Le *Contre-mémoire* a montré, enfin, que si les promoteurs espéraient que les bénéfices provenant des ressources naturelles de l'Espagne les mettraient en mesure d'honorer leurs engagements, le fait est que leurs prévisions se sont montrées absolument erronées et que le 1^{er} décembre 1914 est survenue la première cessation de paiements de *Barcelona Traction*; dans un rapport du comité des obligataires publié en 1924, on peut lire cette remarque citée dans le *Contre-mémoire* (C.M., N° 89 p. 65) et valable encore en 1948, à la veille de la faillite:

« Le point faible des finances de la société a toujours consisté dans l'existence d'une trop lourde dette consolidée et dans un très important montant d'intérêts obligataires payables en sterling ».

Dans la *Réplique*, le Gouvernement belge prétend établir que ni la constitution de la société, ni les procédés organiques de financement de la *Barcelona Traction* « ne permettent d'affirmer que la société aurait été, dès l'origine, en état permanent de faillite latente » (V, R., N° 226, p. 134). La *Réplique* affirme que si le Gouvernement espagnol peut parler de l'« état de faillite latente » qui aurait caractérisé la *Barcelona Traction* dès l'origine, c'est parce qu'il a méconnu les pratiques les plus usuelles concernant la constitution et le fonctionnement des groupes de sociétés et « les règles les plus suivies en matière de financement des entreprises et, particulièrement, des entreprises de services publics » (R., N° 284, p. 188). De l'avis du Gouvernement belge, « 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 parfaitement exactes »; et le Gouvernement belge de conclure que « l'analyse des chiffres » permet de réfuter les assertions relatives au « financement par déficit » et à « l'énorme poids » que le Gouvernement espagnol attribue à la dette obligataire (R., N° 316, p. 217).

Le Gouvernement espagnol a donc cru opportun de se procurer une appréciation objective des questions techniques faite par des experts financiers indépendants. Sans

nécessairement en prendre à son compte tous les détails, le Gouvernement espagnol reproduit leurs rapports aux annexes 2 et 3 et, le cas échéant, il appellera l'attention de la Cour sur les points les plus importants. Le Gouvernement espagnol se bornera, pour le moment, à des observations concernant la manière dont le Gouvernement belge entend justifier sa thèse et il en relèvera quelques points particuliers.

122. La *Réplique* reconnaît en fait que la *Barcelona Traction* a connu, entre 1914 et 1924, les difficultés financières qui ont été exposées dans le *Contre-mémoire*; elle admet que « 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 » (V, R., N° 306, p. 208). Le Gouvernement belge soutient dans la *Réplique* que, nonobstant, il n'y eut entre 1914 et 1924 ni cessation de paiements de la *Barcelona Traction* ni, *a fortiori*, faillite latente (R., N° 302, p. 204, N° 306, p. 208 et N° 309, p. 210). A cet égard, il rappelle des circonstances qui, à son avis, excluent de considérer les difficultés financières de la *Barcelona Traction* comme constitutives d'une cessation de paiements. Cet argument est hors de raison. Il n'est pas raisonnable de prétendre qu'il n'y a pas eu cessation de paiements parce que l'insuffisance des ressources de la société découle d'une prévision incorrecte de l'ampleur des investissements à entreprendre, ou du niveau des ventes ou du délai nécessaire à la réalisation des investissements. Il n'est pas raisonnable non plus d'exclure l'existence d'une cessation de paiements parce que l'insuffisance des ressources de la société a été provoquée par la dépréciation de la monnaie du pays dans lequel les revenus sont acquis par rapport à la monnaie dans laquelle les charges obligataires sont payables. L'explication, plus ou moins vraisemblable, des causes qui ont déterminé les erreurs des prévisions des dirigeants de l'entreprise ou qui à partir de 1918 ont affecté la valeur de la peseta par rapport à la livre, ne change en rien le manque de pertinence de l'argumentation belge.

La *Réplique* soutient, en outre, que l'existence d'une cessation de paiements, lors des réorganisations financières de 1918, 1921 et 1924, doit être exclue aussi vu que « ces réorganisations ne concernent que les obligataires et jamais les autres créanciers de la société » (R., N° 306, p. 208). A cet égard, le Gouvernement belge semble prétendre que « l'idée même de cessation des paiements » doit être exclue dès qu'une société a échappé à des mesures d'exécution judiciaire en proposant aux obligataires un arrangement accepté par la suite, arrangement qui viserait « à simplifier et à assainir le capital-obligations de la société et à régulariser le régime des intérêts » (R., N° 306, p. 208, et N° 309, p. 210). Par conséquent, de l'avis du Gouvernement belge, les situations de cessation de paiements ou d'insolvabilité sont inexistantes du moment qu'elles sont reconnues par la société débitrice en dehors de la voie judiciaire. Ceci s'accorde mal avec les prescriptions de la loi canadienne sur les arrangements avec les créanciers de 1933, loi invoquée par la *Barcelona Traction* afin de proposer aux obligataires le plan d'arrangement de 1945. La procédure établie dans cette loi était ouverte à toute « société débitrice » au sens défini par la Section 2, lettre c, à savoir, à « ... une société qui soit en faillite ou insolvable ou qui ait commis un acte de faillite selon la définition de la *Loi des faillites* ou qui soit considérée comme insolvable, au sens de la *Loi des Liquidations*, qu'elle ait fait ou non l'objet d'une action judiciaire devant les Tribunaux ».

123. Quant au fond, l'« assainissement » du capital-obligations et la « régularisation » du régime des intérêts — réalisés moyennant les réorganisations financières de 1915, 1918, 1921 et 1924 — ont entraîné pour les obligataires de la *Barcelona Traction* des pertes en capital de plus de £ 4.000.000 ainsi que des pertes en revenus assez considérables. Ces faits

s'accordent mal avec les affirmations du Gouvernement belge selon lesquelles la *Barcelona Traction* ne se trouvait nullement, entre 1911 et 1924, en état de cessation des paiements ou de faillite latente et que « 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 parfaitement exactes » (R., N° 316, p. 217). Le Gouvernement belge invoque, en rapport avec cette extraordinaire affirmation, que les ressources provenant de l'exploitation en Espagne permettaient aisément, à partir de 1926, d'assurer le paiement des intérêts et de l'amortissement des obligations « et d'assurer en outre, du moins jusqu'à l'instauration du contrôle des changes en 1931, la rémunération normale du capital-actions » (R., N° 316, p. 217). A cet égard, la *Réplique* se garde bien d'examiner si la politique de distribution de dividendes, suivie entre 1926 et 1931, a eu une incidence quelconque sur les persistantes difficultés financières de la *Barcelona Traction* que les dirigeants de l'entreprise ont tenté, en 1945, de résoudre définitivement, aux dépens des obligataires, en convertissant la lourde dette consolidée en livres en une dette en pesetas. Par contre, en octobre 1926 le Président de la *Barcelona Traction*, M. Peacock, a signalé que la politique de distribution de dividendes menaçait de faire disparaître la modeste réserve formée aux dépens des obligataires; il soutint alors qu'aucune entreprise électrique ne peut fonctionner normalement sans une réserve substantielle (A.C.M., vol. III, p. 528).

124. Le Gouvernement belge prétend aussi tirer des conclusions nullement justifiées en recourant à une analyse partielle de certaines écritures comptables de l'entreprise de la *Barcelona Traction* dont la vraie signification semble parfois lui échapper. C'est aussi que la *Réplique* entend justifier « la prospérité jusqu'à la guerre civile et après celle-ci » en faisant état, notamment, des résultats obtenus par la *Barcelona Traction* ou des montants reportés ou mis en réserve dans les comptes de cette société (R., N°s 313-317, pp. 212-218). Mises à part les réserves que soulève la manière dont la *Réplique* traite les écritures comptables, un tel procédé ne pourrait jamais aboutir à des conclusions valables pour juger de la viabilité financière d'une entreprise à court terme ou à long terme. Une analyse comptable sérieuse devra, en tout cas, prendre en considération d'autres éléments décisifs et indispensables. La Cour voudra bien se rapporter, à cet égard, aux parties V et VI du rapport Peat, Marwick, Mitchell & Co. (A.D., N° 2) concernant l'histoire financière du groupe pendant la période 1925-1948 et la position financière au 12 février 1948. Dans les conclusions générales de la partie VI (N° 448) on peut lire:

« Sur la base des renseignements qui sont actuellement disponibles, nous estimons donc, en ce qui concerne la situation financière de l'entreprise à la date du 12 février 1948:

a) aussi longtemps qu'*Ebro* n'a pas expédié de fonds hors d'Espagne ou n'a pas été en mesure d'en expédier, la situation financière en Espagne était viable, du moins à court terme, pourvu que les obligataires de *Barcelona Traction* n'exerçassent pas d'action judiciaire pour faire valoir leur garantie.

b) si *Ebro*, à partir de 1939, c'est-à-dire à partir de la fin de la guerre civile, avait obtenu des autorités espagnoles compétentes en matière de devises étrangères l'autorisation d'expédier des fonds hors d'Espagne, les dirigeants de *Barcelona Traction* auraient été contraints de reconsidérer toute la question de l'avenir de l'entreprise étant donné le niveau diminué des fonds liquides qui seraient restés dans l'affaire; la question de savoir si cela aurait abouti à une diminution des dépenses d'investissement ou à un accroissement des emprunts avec les conséquences financières que cela eût entraîné, c'est ce qu'à l'heure actuelle on ne saurait établir, s'agissant de circonstances hypothétiques.

c) en supposant qu'*Ebro* ait été en mesure d'expédier des fonds hors d'Espagne à partir du début de l'année 1948 et qu'elle eût ainsi mis *Barcelona Traction* en mesure de liquider la totalité des arriérés dus aux obligataires, les liquidités du groupe, semble-t-il, n'eussent pas été suffisantes pour faire face même aux paiements courants, sans recours à des emprunts tout au moins temporaires. D'ailleurs, dans ces circonstances, il eût fallu ou bien réduire les dépenses d'investissement si la chose avait été possible, ou bien alors emprunter à long terme, ou alléger le fardeau des emprunts antérieurs en proposant aux obligataires, une fois de plus, un plan d'arrangement. Par conséquent, s'il est vrai que, en supposant une diminution des investissements, il eût été peut-être possible au groupe de continuer à fonctionner et de faire face à ses engagements au fur et à mesure de leur échéance, il n'en reste pas moins que le groupe aurait été dans l'obligation de supporter une charge financière sans cesse croissante, surtout si l'on considère qu'il était vraisemblable que les bénéfices allaient diminuer, faute d'expansion de la capacité, et si l'on songe qu'il était possible qu'une certaine partie tout au moins des engagements contingents pût donner naissance à d'importants engagements réels. On pourrait donc dire que, bien que semble improbable une viabilité financière à long terme de façon durable, sans que l'entreprise procède à une restructuration financière de grande envergure, sur la base des conditions exposées ci-dessus, il semble qu'elle aurait pu éviter de tomber dans une situation immédiate d'insolvabilité. »

SECTION III

L'ATTITUDE DE L'ENTREPRISE A L'ÉGARD DU FISC

§ 1: LES DONNÉES DU PROBLÈME

125. Le Gouvernement belge a lancé deux accusations bien définies au sujet de l'attitude adoptée par les autorités non judiciaires à l'égard de l'entreprise. La première de celles-ci a trait aux irrégularités relevées dans la conduite de l'entreprise, et l'autre aux devises. Bien que la première de ces accusations concerne apparemment des faits qui se sont produits en 1951 et que la seconde se rapporte à des décisions prises entre 1940 et 1946, l'ensemble de l'argument rend nécessaire de traiter en premier lieu la question des irrégularités.

Les Gouvernements britannique, canadien et espagnol ont examiné conjointement, sur une initiative prise par le Gouvernement britannique, le contenu des rapports remis en mars 1951 par les membres de la Commission des experts, une fois ces rapports ayant été étudiés par les Administrations respectives de ces Gouvernements (*Contre-mémoire*, IV, chap. II, par. 129, p. 177). Un texte établi d'un commun accord a donc été signé à Madrid le 11 juin 1951 par les représentants accrédités des trois Gouvernements (Annexe au *Contre-mémoire*, chap. II, Annexe I, doc. n° 1, vol. VI, pp. 5-7). Le Gouvernement espagnol a fourni à la presse le texte de la déclaration conjointe et un communiqué sur la séance du Conseil des Ministres au cours de laquelle compte-rendu de la déclaration conjointe a été donné (Annexe au *Contre-mémoire*, chap. II, Annexe I, n° 2, vol. VI, pp. 8-10).

Le Gouvernement belge a attaqué la déclaration conjointe des trois Gouvernements et le communiqué du Conseil des Ministres et affirme que le Gouvernement espagnol avait tenu « par une habile manœuvre diplomatique » à fournir aux organes de la faillite et aux tribunaux le prétexte qui leur permettrait de consommer le dépouillement de la *Barcelona Traction* en vendant les biens de celle-ci (*Mémoire*, I, par. 184-186, pp. 84-85; n° 354, p. 174; n° 356, p. 175). Le Gouvernement belge fonde ce grief sur des allégations dont le *Contre-mémoire* a montré le manque de sérieux ¹.

¹ Il s'agit de critiques contre l'initiative prise par l'Espagne de réunir une Commission internationale d'experts, contre le choix des pays appelés à désigner des représentants au sein de ladite Commission et contre les deux experts espagnols (cf. *Contre-mémoire*, chap. II, par. 136-173, pp. 179-187); de l'accusation lancée contre les trois Gouvernements qui ont signé la déclaration conjointe d'avoir dénaturé les conclusions des experts (cf. *Contre-mémoire*, chap. II, par. 174-193, pp. 187-191); de l'accusation lancée contre le Gouvernement espagnol d'avoir dénaturé la déclaration conjointe dans le communiqué du Conseil des Ministres (cf. *Contre-mémoire*, chap. II, par. 324-336, pp. 223-227). La *Réplique* reprend l'accusation fondamentale qui consiste à dire que les autorités non judiciaires avaient tenu à fournir un prétexte permettant de réaliser la vente des biens; et reprend pratiquement de même tous les arguments antérieurs contre la déclaration conjointe (*Réplique*, V, par. 162-172, pp. 96-103). Mais les pages correspondantes parviennent à peine à dissimuler l'impossibilité dans laquelle se trouve le Gouvernement belge de répondre aux arguments sérieux fournis par le *Contre-mémoire*.

Parmi ces allégations figure celle-ci que le Gouvernement espagnol aurait attribué à la *Barcelona Traction* des irrégularités dont le « manque de fondement ou l'exagération grossière » « ne peuvent aujourd'hui être sérieusement contestés » (cf. *Contre-mémoire*, IV, chap. II, par. 337-365, pp. 229-234). La réalité et l'importance des exportations clandestines de devises ne pouvant pas être discutées, c'est le manque de fondement des irrégularités fiscales qui fait l'objet de développements extensifs dans la *Réplique*¹.

126. En ce qui concerne les irrégularités fiscales, le Gouvernement belge reprend l'argument qu'il avait présenté lors des plaidoiries sur les exceptions pour formuler « deux objections fondamentales » qui « 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 » (*Réplique*, V, par. 324, p. 224). Persuadé comme il l'est que c'est l'affaire même de la *Barcelona Traction* qui n'aurait jamais dû être portée devant la Cour, le Gouvernement espagnol ne pense pas dépasser les bornes de la modération qu'il s'est fixée en exprimant son étonnement de voir formuler une telle déclaration. C'est à tous points de vue, que l'on se place sous l'angle de la morale ou sous celui du Droit, un acte très grave que d'affirmer que le Gouvernement d'un Etat a formulé des accusations d'irrégularités inexistantes. Or, le reproche adressé à cet égard par le *Mémoire* belge a été poussé par la suite devant la Cour à un point invraisemblable. Le Gouvernement belge n'a pas hésité d'une part à soutenir que « les autorités compétentes espagnoles interprètent la loi fiscale autrement qu'on ne l'a fait devant la Cour » (P. O., II, p. 361), et que les accusations lancées contre la *Barcelona Traction* sont absolument insoutenables « en présence du désaveu qu'ont infligé les autorités fiscales administratives et judiciaires aux déclarations qui ont été faites ici » (P.O., II, p. 364; *Réplique*, par. 326, p. 225). En outre, l'accusation du *Mémoire* a été dépassée par une nouvelle accusation plus outrageuse encore. Le conseil du Gouvernement belge n'a pas en effet hésité à suggérer que le Gouvernement espagnol, par la défense qu'il a présentée au sujet de l'accusation initiale du *Mémoire*, « se rend coupable de diffamation », et qu'il n'a pas même respecté les « règles élémentaires qui protègent l'honneur des personnes » (P.O., II, p. 361). Le fait qu'il ne s'est point agi, lorsque ces paroles ont été proférées, d'un excès oratoire involontaire mais bien d'une accusation délibérée lancée contre le Gouvernement espagnol, a été confirmé par la suite par les références de la *Réplique* aux « allégations diffamatoires de fraude longuement développées dans les chapitres I et II du *Contre-mémoire* » (*Réplique*, par. 535, p. 391; cf. également Introduction, n° IV et V; par. 229, p. 136-137; par. 323, p. 223).

127. Le Gouvernement espagnol considère qu'il est en droit d'attirer l'attention sur le fait que le Gouvernement belge demande à la Cour, tout en soutenant et en renouvelant ses accusations outrageuses au sujet des irrégularités, de ne pas laisser le Gouvernement espagnol exercer son droit à la défense dans les débats (*Réplique*, par. 324, p. 224). Déjà au cours du débat sur les exceptions, le conseil du Gouvernement belge s'était attribué une autorité suffisante pour se permettre d'assurer que « la Cour n'aura pas à se prononcer à ce sujet »; il aspirait également que son intervention, qui n'était qu'une déformation systématique des faits, serve à « mettre un point final aux accusations dirigées contre le

¹ *Réplique*, par. 323-332, pp. 223-231; par. 341-360, pp. 238-262. La question fiscale apparaît en plus dans de nombreux textes isolés de la *Réplique*. Cf. par exemple par. 171, p. 103; par. 226, p. 134; par. 227, p. 135; par. 247, p. 158; par. 263, p. 172; par. 268, p. 177; par. 269, p. 178; par. 270, p. 179; par. 276, p. 183; par. 280, p. 185; par. 282, p. 187; par. 535, p. 392.

groupe, ce qui ne veut pas dire que vous n'entendriez plus parler de cet incident le jour où nous aborderions le débat au fond ». Il faisait cette dernière réserve parce qu'il entendait à ce moment-là déjà réserver expressément à son Gouvernement le droit de revenir sur l'accusation du *Mémoire* (P.O., II, p. 364).

Les questions fiscales se trouvent donc liées à l'affaire du fait même d'une accusation belge. Mais elles le sont aussi parce qu'elles permettent de comprendre et d'expliquer l'extraordinaire dissimulation des rapports réels existant entre *Barcelona Traction* et les sociétés auxiliaires, et c'est cette dissimulation qui a pesé lourdement sur les sociétés du groupe devant justifier légalement leurs demandes de devises; elle a même pesé sur la stratégie adoptée par ces mêmes sociétés dans la procédure de faillite, surtout à la phase décisive du début. Le Gouvernement espagnol est donc obligé de revenir sur cette question fiscale tant pour répondre à une accusation belge que pour éclaircir un point fondamental qui jette une vive lumière sur la conduite du groupe dans ses aspects apparemment les moins explicables.

Le point de départ de la controverse qui oppose le Gouvernement espagnol et le Gouvernement belge est simple. Le Gouvernement espagnol, dans ses *Exceptions Préliminaires* (A. E. P. p. 388), avait rappelé qu'il n'y a rien à redire, sous réserve de certaines conditions, au fait qu'un contribuable tâche de réduire autant qu'il le peut le montant de ce qu'il verse au fisc. Un tel propos, en effet, n'est pas répréhensible, dans la mesure où les contribuables ont le droit d'aménager leurs affaires en faisant varier les circonstances de fait de manière à abaisser la somme que peut exiger le fisc en vertu de la loi. Les contribuables, en revanche, s'engagent à fond sur le terrain de la fraude fiscale lorsqu'ils prétendent réduire leurs versements au fisc en dissimulant des circonstances de fait, qui en vertu de la loi, rendent l'impôt exigible; la dissimulation d'un fait est fatalement associée à la non-présentation de déclarations obligatoires, à la formulation de déclarations fausses, à l'allégation de modifications simulées des circonstances de fait, aux refus ou tentatives de refus de fournir les renseignements demandés par les autorités, etc. Le *Contre-mémoire* a rappelé à nouveau cette distinction (*Contre-mémoire*, chap. I, par. 102, p. 72) dans le passage où sont mis en lumière certains des principaux moyens employés par l'entreprise de *Barcelona Traction* pour duper le fisc espagnol (*Contre-mémoire*, chap. I, par. 98-116, pp. 69-80). Il s'agit ici de la distinction, élémentaire en matière de technique fiscale, entre *tax avoidance* et *tax evasion*¹. Le Gouvernement belge a manifesté qu'il s'accorde avec l'espagnol pour penser que la *tax evasion* n'est pas la *tax avoidance*, mais il accuse ce dernier de mentionner la distinction en sa gardant de l'appliquer au comportement fiscal de l'entreprise de *Barcelona Traction* en Espagne (A.O.C., I, p. 10).

128. Le Gouvernement belge soulève, à l'objet d'étayer sa thèse sur la conduite de *Barcelona Traction* en matière fiscale, deux sortes de problèmes. Les questions de fait qui se posent quand les deux Gouvernements étant d'accord sur les circonstances de fait qui, aux yeux de la loi, sont fiscalement pertinentes, le Gouvernement belge soutient qu'il n'y a pas, dans le comportement de l'entreprise, l'irrégularité qu'allègue le Gouvernement espagnol, pour

¹ Quiconque élude l'obligation fiscale en dissimulant des circonstances de fait, après un minutieux examen du texte de la loi, doit être désigné du nom de fraudeur agissant avec préméditation (*fraud planner*); celui qui, connaissant la loi, évite d'être assujéti à une obligation fiscale en modifiant réellement, c'est-à-dire sans simulation, les circonstances de fait, ne fait qu'aménager son obligation fiscale (*tax planner*).

la raison que ne seraient pas présentes les circonstances de fait visées par la loi. Les *questions de droit* qui surgissent quand le Gouvernement belge soutient que le comportement de l'entreprise n'est pas entaché par l'irrégularité alléguée par le Gouvernement espagnol pour la raison que les circonstances de fait auxquelles ce dernier Gouvernement attribue des effets d'ordre juridico-fiscal ne seraient pas fiscalement pertinentes au regard de la loi espagnole. Les allégations du Gouvernement belge seront examinées ci-après, dans le paragraphe 2 du point de vue du comportement fiscal d'*Ebro* et dans le paragraphe 3 du point de vue du comportement fiscal de *Barcelona Traction*. Comme on le verra, la question principale soulevée, par la *Réplique*, dans le cas d'*Ebro*, concerne seulement la première catégorie, car elle prétend que ne sont pas réunies les circonstances de fait que vise la loi; quant aux questions relatives à la fraude fiscale au niveau de *Barcelona Traction*, elles se rangent dans les deux catégories.

En outre, la *Réplique* réitère deux arguments qui ont été avancés lors du débat sur les exceptions. Le premier consiste à prétendre que les documents publics tels que bilans consolidés notamment, fournissent le reflet de la structure et des résultats de l'activité de l'entreprise (*Réplique*, V, par. 247, p. 158; par. 268, p. 178; par. 270, p. 179). Le deuxième argument prétend que les autorités espagnoles connaissent les rapports existant entre les sociétés et les éléments présentant une importance au point de vue fiscal, mais qu'elles ont rejeté à plusieurs reprises l'existence d'une fraude fiscale (cf. *Réplique* par. 270, p. 179; par. 280, p. 185; par. 282, p. 187; par. 326, p. 225; par. 351, p. 251; par. 359, p. 259). On traitera dans le paragraphe 4 de ces deux arguments qui mettent en doute la réalité de l'action systématique de dissimulation des faits présentant une importance au point de vue fiscal.

§ 2: LE COMPORTEMENT FISCAL D'EBRO

129. Le Gouvernement belge sait qu'« une des fraudes fiscales les plus graves reprochées par le Gouvernement espagnol au groupe de la *Barcelona Traction* 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* » (*Réplique*, par. 327, p. 227). La norme juridique sur laquelle se fonde ledit reproche est claire et suffisante. Depuis la réforme fiscale du 29 avril 1920, une règle légale spécifique prescrit que l'on ne déduira jamais des bénéfices « b) les intérêts que les entreprises-mères étrangères exigeront de leurs filiales ou succursales établies dans le Royaume, ni en raison des capitaux investis par les premières dans les affaires des secondes ni en contribution aux frais d'un autre établissement, ni pour aucun motif analogue qui permettrait de réduire le bénéfice obtenu en Espagne » (cf. *Contre-mémoire*, IV, chap. I, par. 98, p. 69 et chap. II, par. 359, p. 233). C'est là une de ces règles qui ne laissent pas place aux divergences d'opinion: les produits transférés à titre d'intérêts à l'entreprise-mère étrangère par la filiale ou succursale établie en Espagne doivent acquitter dans ce pays l'*impôt sur les bénéfices* (troisième cédule de l'impôt sur les revenus).

Pour ce qui est du comportement de l'entreprise, les déclarations fiscales formulées par *Ebro* au titre de l'impôt sur les bénéfices ont *toujours* comporté la déduction des produits transférés à *Barcelona Traction* à titre d'intérêts, et cela de manière à éponger en pratique l'intégralité du bénéfice fiscal obtenu en Espagne. Ce fait apparaît comme suffisamment reconnu exact par le Gouvernement belge lui-même (*Réplique*, par. 269, p. 178 et par. 280, p. 185). Comme le texte de la loi est clair et explicite, les déclarations d'*Ebro* engendrent

manifestement une conséquence: *Ebro* a soutenu, aux yeux des autorités espagnoles, de façon ininterrompue, que la règle légale en question n'était pas applicable aux produits qu'elle transférait à *Barcelona Traction* à titre d'intérêts, c'est-à-dire qu'elle affirmait l'existence de l'une ou l'autre ou de l'une et l'autre circonstances de fait ci-après, à savoir: a) que *Barcelona Traction* n'était pas l'entreprise mère étrangère d'*Ebro*; b) que *Barcelona Traction* n'était pas créancière d'*Ebro*.

130. Tels étant le droit et le comportement fiscal de l'entreprise, il s'agit d'établir si les circonstances de fait sur lesquelles se fondent les déclarations formulées par *Ebro* à l'adresse des autorités espagnoles existent ou non en réalité (*Contre-mémoire*, par. 359-362, p. 233). Dans sa *Réplique*, le Gouvernement belge s'efforce de démontrer qu'il n'y a pas d'irrégularité dans le comportement d'*Ebro*, c'est-à-dire que les circonstances de fait déclarées par l'entreprise au fisc espagnol étaient conformes à la réalité.

En ce sens, la *Réplique* n'insiste pas à prétendre que *Barcelona Traction* n'était pas créancière d'*Ebro*. Bien au contraire, elle défend le droit qu'avait *Ebro* « 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 » (*Réplique* par. 280, p. 185) et elle défend également le droit de cette société de faire varier les débits imputés aux intérêts en fonction du montant des produits à transférer à *Barcelona Traction* (ibid.). Les aveux que contient la *Réplique* à propos des dettes d'*Ebro* envers *Barcelona Traction* vont jusqu'à reconnaître qu'*International Utilities* était une société-écran, créée en vertu de considérations d'ordre fiscal, encore que la *Réplique* assure que ce n'étaient pas des intentions de fraude (*Réplique*, par. 276, p. 183; A.R., Annexe 52, I, p. 293; A.R., Annexe 61, II, pp. 366-367). Il convenait, selon le Gouvernement belge, de ne pas fournir à l'administration espagnole le moindre prétexte à imposer *Barcelona Traction* et, à cet égard, « il était apparu conseillable en premier lieu que la *Barcelona Traction* n'apparaisse plus comme créancière dans les livres de la succursale de l'*Ebro* en Espagne » (A.R., Annexe 61, II, p. 367)¹. Somme toute, le Gouvernement belge confesse qu'il s'agissait d'une simulation, qu'il s'agissait de feindre une variation des circonstances de fait qui n'avait pas eu réellement lieu, mais il nie que cette simulation ait eu de l'importance dans l'ordre fiscal, qu'elle ait servi à éluder des impôts légalement exigibles. Le Gouvernement belge reconnaît, donc, que les produits d'*Ebro*, absorbés sous forme d'intérêts, étaient transférés à *Barcelona Traction*, soit directement soit par l'intermédiaire d'*International Utilities*.

A propos de la fraude fiscale d'*Ebro*, le Gouvernement belge est contraint de recourir, dans sa *Réplique*, à alléguer que *Barcelona Traction* n'était pas l'entreprise-mère étrangère visée par la loi. Le seul énoncé de cette argumentation a de quoi surprendre; c'est pourquoi sans doute on la trouve reléguée dans l'obscurité d'une annexe (A.R., Annexe N° 61, II, p. 368). Le Gouvernement belge y soutient que la société installée en Espagne, inscrite au registre du commerce et assujettie aux impôts espagnols était *Riegos y Fuerza del Ebro*, succursale de la société canadienne *Ebro Irrigation and Power Company, Limited*, mais non pas succursale ni filiale de *Barcelona Traction*. Les déclarations fiscales étaient donc correctes: les bénéfices absorbés par le service des obligations et des dettes en compte

¹ Et c'est ainsi, disait le *Contre-mémoire*, que naquit *International Utilities*, dont la seule raison d'être était de fournir à *Barcelona Traction* un nouvel « alias » d'une façon qui lui permit, tout en restant réellement propriétaire du compte courant d'*Ebro*, de porter un masque dans les bilans d'*Ebro* (*Contre-mémoire*, chap. I, par. 107, p. 74).

courant n'étaient pas passibles de l'impôt parce qu'ils étaient transférés à *Barcelona Traction*, qui n'était pas l'entreprise mère étrangère de *Riegos y Fuerza del Ebro*.

131. Cette idée neuve du Gouvernement belge est absolument dépourvue des érieux. D'abord, il est manifestement faux que la société installée en Espagne par acte authentique passé le 14 décembre 1911 et inscrite au Registre soit autre chose que la société canadienne *Ebro Irrigation* elle-même, laquelle, par ledit acte, déclare élire résidence en Espagne avec tout son capital social et prend le nom de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.*, par traduction espagnole de sa raison sociale anglaise (A.C.M., I, p. 73). Ensuite, le contribuable en Espagne a toujours été la société canadienne *Ebro* bien que l'assiette de l'impôt, avant la réforme de 1920, soit calculée d'après la comptabilité séparée de la succursale espagnole. Finalement, depuis la réforme fiscale du 29 avril 1920, qui mit en vigueur la règle de la non-déductibilité des intérêts, les déclarations dans lesquelles on avait pratiqué la défalcation des produits transférés à *Barcelona Traction* sous forme d'intérêts, concernaient la société canadienne *Ebro Irrigation*, qui réalisait des affaires en Espagne; et l'assiette de l'impôt était établie d'après le bilan « mondial » et le compte de pertes et profits de la société canadienne lesquels étaient joints à la déclaration en application de la loi¹. Par conséquent, c'est bien la société canadienne *Ebro* qui, enfreignant une prescription spécifique de la loi, réduisait le bénéfice passible de l'impôt en Espagne. L'importance de la fraude fiscale ainsi réalisée, chiffrée par les experts du ministère espagnol des Finances, se trouve exposée à l'annexe N° 1 (A.D., annexe N° 1, pp. 128-129).

132. Le Gouvernement belge, espérant peut-être amenuiser la portée des fraudes commises par l'entreprise de *Barcelona Traction* en Espagne, prétend que la structure de l'entreprise avait, dans l'ordre fiscal, plus d'inconvénients que d'avantages et affirme, à ce propos, que si le montant de l'impôt sur les bénéfices et les dividendes était relativement faible (il eût été plus exact de dire qu'il était pratiquement nul)², les impôts sur les intérêts étaient extrêmement élevés, puisque le service de l'intérêt des obligations d'*Ebro* et de ses dettes en compte courant absorbait tous ses bénéfices (*Réplique*, V, par. 269, p. 178). Le Gouvernement belge semble vouloir entretenir ainsi une autre grave confusion qu'il importe de dissiper. Dans la fraude fiscale commise par *Ebro*, il est impossible d'opérer une compensation entre les montants soustraits au fisc et les montants versés au fisc. *Ebro* devait payer l'impôt sur les bénéfices (troisième cédule de l'impôt sur les revenus) puisque, comme il s'agissait de produits transférés à l'entreprise-mère étrangère, la loi interdisait de déduire le montant des intérêts lors de la détermination du bénéfice passible dudit impôt. Ce sont les montants qui auraient dû être versés au fisc au titre de cet impôt qui ont fait l'objet de la fraude commise par *Ebro*. *Ebro* devait en outre retenir à la source l'impôt, auquel se réfère la *Réplique*, sur les intérêts de ses obligations et de ses dettes en compte courant, c'est-à-dire l'impôt de distribution grevant les revenus des créanciers de la société (deuxième cédule de l'impôt sur les revenus). L'on cherche en vain à imaginer quelle circonstance atténuante le Gouvernement belge peut trouver dans le fait qu'un autre impôt, également exigible en vertu de la loi et à la charge de contribuables différents,

¹ Le compte séparé des résultats de l'affaire espagnole ne fut même plus établi à partir de l'exercice 1927, précisément pour éviter que la comparaison du compte de l'affaire mondiale et du compte séparé de l'affaire espagnole permit de constater que toutes les affaires s'effectuaient en territoire espagnol. Cela allait à l'encontre de ce que déclarait chaque année la société canadienne *Ebro* pour que lui fût applicable la règle de la section B), disposition n° 9 de la troisième cédule de l'impôt sur les revenus (fixation d'un chiffre relatif d'affaires pour les entreprises étrangères ayant une partie de leurs affaires en Espagne).

² Voir, à cet égard, A.D., annexe n° 1, p. 111.

n'a pas donné lieu à une autre fraude. Par ailleurs, il est absolument invraisemblable d'imaginer, comme fait le Gouvernement belge, que l'entreprise de *Barcelona Traction* ait édifié et maintenu en Espagne, de longues années durant, une structure fiscalement onéreuse. Ce serait là un résultat absurde pour une entreprise qui, les documents présentés à la Cour le prouvent, a déployé des efforts énormes pour faire étudier et pour tourner les lois fiscales. Un memorandum de M. Menschaert du 2 octobre 1944 signalait qu'« on a dit fréquemment que la structure de notre groupe est conçue de telle manière (*is so contrived*) qu'en comparaison avec d'autres entreprises d'électricité d'Espagne, nous payons une somme dérisoire au titre de l'impôt sur les revenus (c'est-à-dire sur les bénéfices et les dividendes) » (*Contre-mémoire*, IV, chap. 1, N° 188, p. 106; A.C.M., Vol. II, p. 304).

§ 3: LE COMPORTEMENT FISCAL DE BARCELONA TRACTION

133. Le présent paragraphe va envisager l'affirmation du Gouvernement belge, selon laquelle il n'y aurait pas eu la moindre irrégularité dans le comportement fiscal de *Barcelona Traction* en Espagne. Le Gouvernement belge, en formulant cette prétention, soutient en somme qu'en matière fiscale, *Barcelona Traction* jouissait d'un privilège, à savoir le privilège de n'être tenue de payer l'impôt sur les revenus ni au Canada, puisqu'elle avait toutes ses affaires en Espagne, selon la loi canadienne, ni en Espagne, puisqu'elle avait toutes ses affaires au Canada, selon la loi espagnole.

Le caractère insolite d'un tel privilège ne cause pas le moindre embarras aux auteurs de la *Réplique*. On ne perçoit, dans le passage consacré à cette question, pas l'ombre d'un doute concernant la légitimité du privilège de *Barcelona Traction*. Et pourtant, « les réalités juridiques de la vie économique internationale », sur lesquelles le Gouvernement belge prétend fonder plusieurs de ses arguments, connaissent deux phénomènes qui sont parfaitement différenciés, à savoir, d'une part, la double imposition internationale et, d'autre part, l'évasion fiscale internationale¹. Le rapport du Comité fiscal de l'O.C.D.E., contenant le projet de convention relative à la double imposition du revenu et de la fortune, dit que le phénomène de la double imposition internationale peut être défini de façon générale « comme résultant de la perception d'un impôt comparable dans deux (ou plusieurs) Etats auprès d'un même contribuable, sur une même matière imposable et pour une même période de temps »². L'origine de situations de ce genre, si préjudiciables aux relations économiques internationales, se trouve dans le fait que les divers Etats appliquent des règles différentes à la délimitation de leur souveraineté fiscale.

Dans le cas de l'entreprise de *Barcelona Traction*, un conflit de ce genre aurait pu se produire entre les règles de la loi canadienne et celles de la loi espagnole applicables à la délimitation de la souveraineté fiscale de chacun des deux pays avec lesquels étaient directement liées les activités de ladite entreprise. S'il en avait été ainsi, on comprendrait l'argumentation du Gouvernement belge, qui certes, ne prouverait pas qu'il n'y ait pas eu d'irrégularités dans le comportement fiscal de *Barcelona Traction* en Espagne, car c'est une question qui ne peut être tranchée que conformément à la loi espagnole, mais qui du moins fournirait une explication ou une atténuation de son comportement irrégulier.

¹ Pour les travaux qui se sont déroulés sous les auspices de la Société des Nations, cf. MITCHELL B. CARROLL: *La prévention de la double imposition internationale et de l'évasion fiscale*, S.d.N., Genève, 1939.

² *Projet de convention de double imposition concernant le revenu et la fortune*, OCDE, 1963.

Comme il n'y a pas conflit entre la loi canadienne et loi espagnole, l'argumentation du Gouvernement belge ne peut être prise que pour ce qu'elle est réellement, c'est-à-dire la *défense d'un comportement d'évasion fiscale internationale*. Cette défense est fondée par le Gouvernement belge sur une double série de considérations. C'est pourquoi, dans les pages qui vont suivre, l'on va récapituler d'abord les points de droit et ensuite les problèmes de fait que pose l'argumentation du Gouvernement belge.

A. *L'interprétation belge du droit fiscal espagnol*

134. Il s'agit d'élucider la portée des règles légales qui déterminent, pour les entreprises étrangères, l'obligation de payer en Espagne l'ensemble des impôts qui forment l'imposition des sociétés (législation antérieure à 1948). Selon l'interprétation du Gouvernement espagnol l'obligation de payer ces impôts pesait sur la *Barcelona Traction*, et celle-ci a bien commis une fraude fiscale; selon l'interprétation du Gouvernement belge la thèse contraire est vraie et, en conséquence, aucune irrégularité n'est imputable à la société.

Sur le plan strictement juridique, la *Réplique* adopte deux attitudes qui ne sont pas entièrement cohérentes. D'une part, le Gouvernement belge se plaint qu'il n'ait été répondu aux « arguments sérieux » qu'il a opposés en droit à la thèse espagnole, dans le *Contre-mémoire*, 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'était borné à objecter que celui-ci a commis des erreurs manifestes d'interprétation sans daigner, toutefois, les rectifier ni même les relever » (*Réplique*, V, N° 331, p. 231). D'autre part, quand la *Réplique* prétend « fixer les principes » (*Réplique*, N° 342-343, pp. 238-239), le Gouvernement belge reproduit les règles légales élémentaires rappelées par le Gouvernement espagnol au cours des débats sur les *Exceptions préliminaires* et dans le texte du *Contre-mémoire*; il omet toutefois de mentionner l'article 2 de la Loi auquel se réfère aussi le *Contre-mémoire* (*Contre-mémoire*, IV, chap. II, N° 352-357, pp. 231-232); mais le silence du Gouvernement belge sur l'article 2 de la Loi ne signifie probablement pas un désaccord à son sujet, car la *Réplique*, d'une certaine façon, rappelle le substance de cet article en disant que les sociétés constituées à l'étranger et qui exercent une activité commerciale en Espagne « 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 » (*Réplique*, N° 343, p. 239)¹.

135. Il paraît donc certain que la controverse entre les deux gouvernements se ramène à la différence d'interprétation de la loi fiscale signalée au début. Une note annexée relève les erreurs d'interprétation relevées dans la *Réplique* (A.D., annexe N° 9). Parmi les conclusions établies dans ladite note, il suffit de retenir ce qui suit :

f. L'obtention de bénéfices sur le territoire espagnol, quelle que soit la nature de l'activité développée par l'entreprise et sans restrictions formelles d'aucun genre, est un

¹ Cependant, le Gouvernement belge, dans sa manière de s'exprimer, paraît restreindre l'obligation de payer les impôts espagnols au cas de sociétés étrangères qui se sont inscrites au Registre du commerce; mais cette restriction ne figure pas dans la Loi et elle est absurde dans son principe même, car il en résulterait que si une société n'observait pas l'obligation de s'inscrire sur le Registre, comme ce fut le cas de la *Barcelona Traction*, elle cesserait d'être obligée de payer les impôts espagnols.

fait économique qui détermine pour les sociétés étrangères l'obligation de payer l'impôt sur le bénéfice social (troisième cédule de l'impôt sur les revenus). Le même principe de territorialité régit l'application des impôts à retenir à la source par les sociétés en Espagne (notamment la deuxième cédule de l'impôt sur les revenus comprenant l'impôt sur les intérêts et l'impôt sur les dividendes et la première cédule en ce qui est relatif aux tantièmes des administrateurs). Cette conclusion se fonde sur l'article 2, de la loi de 1900, repris dans les textes refondus de 1920 et de 1922, et dont la portée a été précisée d'une manière réitérée par la jurisprudence.

2. Les règles qui délimitent la notion de « réalisation d'affaires », introduites par la Loi de 1910 et reprises dans celle de 1920, n'ont pas restreint le principe de territorialité de l'impôt. Ces règles étaient nécessaires parce que la Loi de 1910 a créé un impôt minimum (assis sur la base du capital) à payer dans les cas où l'entreprise n'obtiendrait pas de résultats bénéficiaires. La notion légale de « réalisation d'affaires en Espagne » doit être interprétée selon un critère économique et non selon un critère formel et juridique, parce qu'ainsi l'exige sa propre nature qui est celle d'une circonstance de fait à caractère économique (article 25 de la Loi fiscale générale).

3. L'existence d'agents non autonomes ainsi que de représentants autorisés à contracter au nom et pour le compte d'une entreprise étrangère suffit pour rendre celle-ci imposable (disposition 2 de la troisième cédule). A cet effet, le point important est la preuve de la réalisation d'actes dont la validité exige l'existence du pouvoir et non la preuve du pouvoir lui-même qui peut exister et ne pas être communiqué (article 3 du décret royal du 25 avril 1911). Le pouvoir apparent, qui existe quand se produisent des circonstances qui rendent présumable la volonté de représenter ou des faits qui sont incompatibles avec la volonté de non représenter, produit en Droit espagnol les mêmes effets que la représentation formelle ou directe.

4. La Loi fiscale, sans pour autant méconnaître l'existence de personnalités morales distinctes et sans identifier filiale et succursale dans une même notion juridique, n'exclut pas que l'activité de la filiale puisse être considérée comme activité de la société mère en fonction des conditions concrètes dans lesquelles se déroule la gestion économique du groupe des sociétés (disposition 2 de la troisième cédule, loi du 2 juin 1939, loi du 10 novembre 1942). L'examen objectif de la jurisprudence du Tribunal Suprême et du Tribunal économique et administratif central invoquée par le Gouvernement belge ne confirme pas la thèse de ce Gouvernement, suivant laquelle le principe de la personnalité morale exclut, en Droit espagnol, « que la société mère puisse être considérée comme exerçant elle-même l'activité de ses filiales ». La pratique administrative a pris, d'accord avec ces principes, des décisions dans lesquelles les affaires industrielles et commerciales développées par les filiales contrôlées d'une façon absolue devaient être considérées, aux effets de la réalisation d'affaires, comme des affaires réalisées directement par la société holding (arrêté du 14 juin 1932; décision du 31 décembre 1941).

B. Les faits

136. Il suffira pour l'instant, en relevant les faits relatifs aux activités de la *Barcelona Tractor* en Espagne présentant un intérêt au point de vue fiscal, de s'en tenir aux éléments admis dans les actes présentés par le Gouvernement belge. On espère ainsi parvenir à simplifier le débat devant la Cour, et à le centrer sur les constructions respectives des deux parties en partant d'éléments de fait qui leur sont communs. (*Supra*, Sect. II, § 5)

Le conseil du Gouvernement espagnol a exposé à la Cour les deux aspects que présente le comportement fiscal de la *Barcelona Traction*, à savoir celui des activités de la *Barcelona Traction* en tant que telle, c'est-à-dire isolée de ses relations avec les sociétés auxiliaires, et celui de ses activités dans le cadre du contrôle total qu'elle exerçait sur le groupe (P.O., II, p. 31). A cette distinction correspond celle que le Gouvernement belge établit de son côté lorsqu'il affirme que « la *Barcelona Traction* avait dès son origine, et conserva, la double fonction de holding et de société de financement du groupe » (*Mémoire*, I, n° 30, p. 19). On examinera donc successivement les fonctions de la *Barcelona Traction* en tant que « société de financement », autrement dit ses activités considérées en dehors de son action interne sur chaque Société du groupe, puis ses fonctions en tant que « holding », autrement dit, ses fonctions en raison du contrôle total qu'elle exerce sur chaque société du groupe.

a) *Les fonctions de Barcelona Traction en tant que société de financement.*

137. D'après le Gouvernement belge, les fonctions de la *Barcelona Traction* en tant que société de financement comprenaient, d'une part, « lever les fonds nécessaires par l'émission d'actions et d'obligations » (*Mémoire*, N° 26, p. 17), et, d'autre part, mettre « à la disposition de ses sociétés auxiliaires exploitant en Espagne les fonds qu'elle avait recueillis grâce aux émissions de titres » (*Mémoire*, N° 35, p. 21).

Le premier aspect de cette activité résulte du fait que la *Barcelona Traction* a fait appel « au marché financier » (*Mémoire*, N° 30, p. 19); la *Réplique* précise que la *Barcelona Traction* possédait « 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 » (*Réplique*, V, N° 250, p. 161). Pour ce qui est des appels au marché financier moyennant l'émission d'obligations, la Requête signale que les emprunts étaient « placés parfois en Espagne, le plus souvent à l'étranger; en ce cas ils étaient libellés en livres sterling » (Requête, I, numéro 10, p. 6). A ceci il faut ajouter que les emprunts en livres sterling circulant en 1948 jouissaient d'une garantie hypothécaire sur des biens sis en Espagne.

Le second aspect de l'activité de la *Barcelona Traction* en tant que société de financement comprenait, d'après le Gouvernement belge, la réalisation des opérations suivantes: la souscription ou l'acquisition des actions représentatives du capital des sociétés auxiliaires; le financement des sociétés auxiliaires au moyen principalement d'avances faites à l'*Ebro*, une partie importante de celles-ci ayant été consolidée sous la forme d'obligations tandis que les créances en compte-courant étaient progressivement transférées, à partir de 1922, à la société auxiliaire *International Utilities*, laquelle devint ainsi à son tour créancière de l'*Ebro* (*Mémoire*, numéro 35, p. 21).

L'activité de la *Barcelona Traction* en tant que société de financement du groupe permet au Gouvernement belge de la décrire également comme constituant une « société de portefeuille » dont l'activité consistait en la « gestion du portefeuille constitué par les titres des sociétés auxiliaires ». La *Barcelona Traction* apparaît donc de la sorte dotée de « ressources normales, provenant des intérêts et dividendes que les sociétés auxiliaires mettaient à sa disposition » (*Réplique*, N° 216, p. 129, et N° 250, p. 161).

Tenant compte de ces circonstances de fait, le Gouvernement belge échafaude la thèse qui consiste à dire que la *Barcelona Traction* ne réalisait pas d'activités propres en

Espagne, ni au sens du Droit fiscal, ni au sens du Droit commercial (*Réplique*, V, chap. II, section 2, N° 341-360, pp. 238-262; cf. également *Réplique*, N° 483, pp. 329-330); que la *Barcelona Traction* ne figurait pas sur les Registres du Commerce et de la propriété puisqu'elle n'avait ni siège, ni immeubles en Espagne (*Réplique*, N° 29, p. 19, et N° 346-359, pp. 244-260), qu'elle était dépourvue de biens et de créances en Espagne (*Réplique*, N° 33, p. 21). En fin de compte, il n'existait en 1948 aucun « lien de rattachement sérieux » entre la *Barcelona Traction* et l'Espagne, puisqu'il n'existait d'autre « lien » que celui d'avoir émis des obligations dont les intérêts étaient payables en Espagne (*Mémoire*, I, N° 333, p. 165; *Réplique*, N° 482, p. 329, et N° 484, p. 331). Mais devant cette thèse se dresse la barrière des preuves abondantes des liens permanents existant entre la *Barcelona Traction* et l'Espagne (*Supra*, Section II, § 5).

Le point de départ du Gouvernement belge consiste à dire que « 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 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 » (*Réplique*, N° 343, p. 240). Ceci étant établi, le Gouvernement belge admet que la *Barcelona Traction* a réalisé certaines activités commerciales en Espagne, mais dit qu'il s'agit d'activités occasionnelles, sporadiques et isolées (*Réplique*, N° 343, p. 240; N° 348, p. 247; N° 358, p. 258; N° 360, p. 261). Il admet également qu'elle a réalisé quelques opérations juridiques ou d'exécution matérielle en rapport avec les obligations circulant en Espagne, mais il considère qu'il s'agit là d'opérations sans signification économique (*Réplique*, N° 351, pp. 251-252; N° 353-357, pp. 252-258). Le Gouvernement belge affirme également qu'en tout cas, il s'agissait d'opérations très antérieures à la date de la déclaration de faillite, et qu'elles ne signifiaient absolument point l'exercice d'une activité commerciale en Espagne en 1948 (*Réplique*, N° 341, p. 238; N° 345, p. 242; N° 354, p. 254; N° 358, p. 258; N° 360, p. 261; N° 483, p. 330).

Tout en maintenant le problème sur le terrain sur lequel le place le Gouvernement belge, il convient maintenant d'examiner si les faits confirment ou infirment sa thèse.

138. D'abord, l'affirmation suivant laquelle le lien entre la *Barcelona Traction* et l'Espagne n'a été qu'épisodique, occasionnel et sans portée économique, est démentie lorsque l'on considère *in concreto* les opérations que le Gouvernement belge indique comme relevant des attributions de la *Barcelona Traction* en sa qualité de société de financement (*supra*, N° 137). Bien qu'elles constituent le point de départ des transactions continues que l'on examinera ci-dessous, quelques-unes de ces opérations sont des opérations qui ne peuvent pas être, par la force des choses, des opérations répétées avec une périodicité régulière; tel est le cas notamment de la création de sociétés auxiliaires espagnoles et de la souscription de leurs actions et obligations, de l'achat des actions des sociétés existantes, de la vente des actions et obligations possédées par la *Barcelona Traction* et de l'émission en Espagne des obligations de la *Barcelona Traction*. On ne saurait, parmi les opérations de création de sociétés auxiliaires et de souscription de leurs actions et obligations, méconnaître la portée de la création en Espagne de la société *Ferrocarriles de Cataluña* en 1912, de la société *Unión Eléctrica de Cataluña* en 1923 ou *Salto de Cataluña* en 1935. Parmi les achats en Espagne d'actions de sociétés espagnoles déjà existantes qui ont eu lieu entre 1912 et 1927, figurent ceux des actions des sociétés *Electricista Catalana*, *Electra*

Reusense, GasómetroTarraconense, Canal de Urgel, Electricista del Vallés, Eléctrica de Mollet, Cooperativa de Vallés, Catalana de Gas y Electricidad, Cooperativa de Valls, Electra Igualadina, Electra Vilafranesa, Sociedad General de Electricidad de Tarrasa, etc. Parmi les ventes d'actions en Espagne, figurent celle de la vente à l'*Ebro* d'une grande partie des actions susdites, celle de la vente des actions de la société *Barcelonesa de Electricidad*, et enfin la vente à l'*Unión Eléctrica* des actions de la société *Energía Eléctrica de Cataluña*. Parmi les ventes d'obligations figure celle relative aux obligations de la société *Ferrocarriles de Cataluña*. Pour ce qui est des opérations passives réalisées en Espagne par la *Barcelona Traction*, leur importance apparaît dans le fait que le total des obligations en pesetas émises entre 1918 et 1930 a atteint la valeur nominale de 140.524.500 pesetas. On peut ensuite considérer les transactions de la *Barcelona Traction* qui reflètent son fonctionnement en tant que société de financement, autrement dit les transactions relatives à la perception de ses revenus — « provenant des intérêts et dividendes que les sociétés auxiliaires mettaient à sa disposition » —, et les transactions relatives à ses dépenses de caractère financier. — paiement d'intérêts et amortissements des prêts en pesetas et en livres sterling. Il s'agit, de par leur nature propre, de transactions obligatoirement répétées d'année en année, dans la mesure où les intérêts et dividendes des sociétés auxiliaires ont été payés ou ont été mis à la disposition de la *Barcelona Traction*, et dans la mesure où l'on a payé ou débité en compte les charges des intérêts et de l'amortissement des emprunts.

Il s'est toujours agi, en matière d'intérêts et de dividendes des sociétés auxiliaires, d'intérêts et de dividendes de sociétés opérant en territoire espagnol. Les dividendes touchés par la *Barcelona Traction* entre 1911 et 1948 et fournis par les sociétés *Barcelonesa de Electricidad, Les Tramways de Barcelone, Electricista Catalana* et autres, constituent des participations dans le produit net d'affaires réalisées en Espagne. C'est pour cela que ces dividendes ont toujours eu légalement le caractère de revenus obtenus en territoire espagnol. Les intérêts touchés ou mis à la disposition de la *Barcelona Traction* par ses sociétés auxiliaires, surtout par l'*Ebro*, entre 1911 et 1948, ont constitué des charges grevant les affaires exploitées en Espagne, satisfaites grâce au produit net de ces affaires, et présentant également le caractère légal de revenus obtenus en territoire espagnol. Ce que le Gouvernement belge appelle les ressources normales de la *Barcelona Traction* en tant que société de financement, à savoir les intérêts et dividendes des sociétés auxiliaires, a donc toujours eu, de l'origine de la société jusqu'en 1948, le caractère de revenus obtenus en territoire espagnol, et leur perception se traduit au sens légal par des opérations répétées suffisamment suivies pour que de leur répétition naisse une véritable « activité »¹.

La même conclusion s'impose lorsque l'on examine les transactions relatives aux dépenses de la *Barcelona Traction* en tant que société de financement. Les dépenses comprennent, principalement, le paiement d'intérêts et d'amortissements et les autres frais relatifs aux obligations en circulation. Si l'on ne considère que les émissions circulant

¹ Les sociétés auxiliaires ont en effet toujours retenu le montant de l'impôt correspondant aux dividendes et intérêts du fait qu'il s'agissait légalement de revenus de source espagnole. Il ne s'est produit qu'une seule exception à l'égard de certains intérêts du compte courant de la *Barcelona Traction* correspondant aux années 1920, 1921 et 1922. La somme de 4.333.645 dollars canadiens est insignifiante par rapport au montant total des intérêts et dividendes mis à la disposition de la *Barcelona Traction* par les sociétés auxiliaires entre 1911 et 1948. Le cas est néanmoins étudié de façon détaillée à l'Annexe n° 1, p. 146, et *infra*, n° 149, puisqu'il a donné lieu à l'arrêt du 28 mai 1934, lequel a fait l'objet devant la Cour d'une interprétation chargée de grossières erreurs (A.O.C., Annexe 1, n° 27, Vol. I, p. 15; P.O., II, pp. 358-360). Il suffit de retenir ici que les allégations d'*Ebro* au cours de cette procédure confirment la conclusion ci-dessus exposée.

en 1948, il se trouve que deux d'entre elles, celle 6 % en pesetas et celle *First Mortgage* en livres sterling, avaient des intérêts payables en pesetas à Barcelone. D'autre part, tant les obligations *First Mortgage* que celles *Prior Lien*, autrement dit les deux émissions en livres circulant en 1948, jouissaient de garanties hypothécaires sur des biens sis en Espagne. C'est pour cela que, soit en raison du lieu de paiement des intérêts, soit en raison de la garantie hypothécaire des obligations en livres¹, les opérations de la *Barcelona Traction* relatives au paiement des intérêts et de l'amortissement de ses obligations avaient légalement le caractère d'opérations réalisées en territoire espagnol. Par leur nature propre, ces opérations, de même que les opérations de perception des revenus, constituent des opérations répétées et renouvelées jusqu'au point de constituer ce que le Gouvernement belge appelle une véritable activité en Espagne. Les circonstances qui viennent d'être rappelées montrent la vraie portée de l'allégation du Gouvernement belge selon laquelle « 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 » (*Réplique*, N° 354, p. 254).

139. Le Gouvernement belge commet en outre une autre grave erreur lorsqu'il suppose que les opérations bancaires de la *Barcelona Traction* en Espagne ont constitué des opérations isolées remontant à plus de vingt ans avant 1948 (*Réplique*, V, n° 358, p. 258); en effet, par la force des choses, le service des intérêts et amortissements des obligations de la *Barcelona Traction* en Espagne rendait nécessaire l'entretien d'un service bancaire adéquat permanent. La Cour peut se reporter à cet égard à un document du 8 août 1940 expliquant la façon dont on payait les coupons de la *Barcelona Traction* avant 1936 (A.C.M., vol. V, p. 164). Il ressort de ce document que la *Barcelona Traction* avait un compte ouvert à la *Banque Arnús-Garí*, compte où les coupons étaient portés au fur et à mesure de leur présentation pour encaissement. Il en ressort également que l'entreprise prenait des précautions invraisemblables pour éviter les conséquences que pouvait entraîner le fait que le compte de la *Barcelona Traction* était ouvert en Espagne. Ces précautions consistaient à faire que le compte de la *Barcelona Traction* ne dispose jamais de fonds disponibles. Pour rendre la chose possible au point de vue bancaire, un autre compte était ouvert au nom de l'*Ebro* auquel la somme totale nécessaire pour faire face à chaque échéance des obligations était portée, et c'est à partir de ce compte que les sommes nécessaires pour couvrir les coupons effectivement payés étaient transférées au compte de la *Barcelona Traction*. Si le Gouvernement belge croit encore qu'il s'agit là de faits très antérieurs à 1948, il peut se reporter à un document en date du 27 septembre 1946 figurant dans le dossier de la *Commission internationale des Experts* et reproduit dans les Annexes de la *Duplique* dans le but de faciliter la tâche de la Cour (A.D., Annexe N° 10, document N° 1). Ce document permet de se rendre compte qu'à la veille de la faillite ce procédé était encore substantiellement employé et que les paiements des intérêts avaient lieu par l'intermédiaire du *Banco Español de Crédito*, lequel avait repris les affaires bancaires de *Arnús-Garí*.

140. La Cour peut se reporter enfin, au sujet de l'importance des transactions de la *Barcelona Traction* en Espagne et de leur caractère renouvelé d'année en année, aux

¹ L'article 3, c) du Règlement de l'impôt sur les revenus de 1906 stipulait, reprenant la doctrine établie par le Tribunal Suprême et l'ordonnance royale du 30 décembre 1905, que les intérêts et primes d'amortissement d'obligations de sociétés étrangères seraient considérés comme assujettis à l'impôt sur les intérêts au cas où les emprunts jouissaient des garanties hypothécaires en Espagne. La base de cette doctrine était que l'hypothèque, condition essentielle du prêt, constituait une affaire sur la richesse nationale (A.D., annexe n° 1, p. 101).

renseignements qui figurent dans le « Summary of Transactions » de l'*Ebro*. Ce document a été préparé par Turquand-Youngs, « Chartered accountants » de l'entreprise, et a été soumis à la Commission internationale des Experts. La classification des transactions comporte, outre les intérêts sur avances et sur les obligations de l'*Ebro*, lesquelles sont, comme on l'a dit, également des transactions réalisées en Espagne, trois titres qui méritent de retenir l'attention en la matière qui nous occupe, savoir :

1. « Dépenses en Espagne pour le compte de la *Barcelona Traction Light and Power Company, Ltd.* », qui résume les dépenses en Espagne relatives à l'achat d'actions et obligations de diverses sociétés, aux avances faites à d'autres sociétés auxiliaires en Espagne, au service des obligations de la *Barcelona Traction* en Espagne et aux divers frais en Espagne pour le compte de la *Barcelona Traction*;

2. « Actifs en Espagne vendus à l'*Ebro Irrigation and Power Company, Ltd.* par la *Barcelona Traction Light and Power Company, Ltd.* », lequel se réfère à la vente de concessions hydrauliques, de plans, rapports et droits variés, et à la vente d'actions et obligations de diverses sociétés, y compris les actions de la *Barcelonesa de Electricidad*;

3. « Avances à l'*Ebro Irrigation and Power Company, Ltd.* avec des fonds en Espagne de la *Barcelona Traction Light and Power Company, Ltd.* », où apparaissent le produit net des obligations de la *Barcelona Traction* émises en Espagne et les dividendes et intérêts touchés par l'*Ebro* pour le compte de la *Barcelona Traction*.

La conclusion qui ressort de cet examen est que les faits démentent la thèse du Gouvernement belge d'après laquelle les activités de la *Barcelona Traction* en Espagne n'ont revêtu qu'un caractère épisodique et occasionnel, ou qu'il s'agissait d'opérations sans signification au point de vue de l'exercice d'une activité commerciale en Espagne à la date de la déclaration de faillite.

b) L'activité de Barcelona Traction en tant que « holding ».

141. Il faut considérer à présent les activités de la *Barcelona Traction* dans le cadre du contrôle absolu qu'elle exerçait sur l'entreprise, et auxquelles le conseil du Gouvernement espagnol s'est déjà reporté au cours des débats oraux sur les exceptions. Il s'agit, comme on l'a fait savoir ci-dessus, du second rôle que le *Mémoire* belge attribue à la *Barcelona Traction* et qu'il décrit comme constituant un rôle de « société holding ». Si l'on a bien interprété les divers textes du Gouvernement belge à ce sujet, le rôle de société holding de la *Barcelona Traction* comprenait la création et le développement des entreprises de ses sociétés auxiliaires en Espagne (*Mémoire*, I, n° 30, p. 19), la coordination et le contrôle « de l'ensemble du groupe » (*Réplique*, V, n° 216, p. 129). Le *Mémoire* précise que le groupe de la *Barcelona Traction* ne pouvait, pour parvenir à électrifier rationnellement la Catalogne, se limiter à créer de nouvelles installations hydro-électriques; qu'il devait en outre, dans toute la mesure du possible, obtenir le contrôle de diverses sociétés d'électricité qui exploitaient déjà dans la région « afin de les grouper progressivement en un ensemble coordonné » (*Mémoire*, n° 27, p. 18). La Cour appréciera qu'il est important de mettre en lumière la réalité concrète à laquelle se réfère le Gouvernement belge lorsqu'il parle de la création et du développement « des entreprises de ses sociétés auxiliaires en Espagne » et du regroupement progressif de diverses sociétés nouvelles ou déjà existantes en « un ensemble coordonné ».

Le *Mémoire* belge de 1959 est d'une grande utilité pour résoudre cette question. Lors que le *Mémoire* de 1962 parle d'un « ensemble coordonné », le *Mémoire* de 1959 parlait du regroupement progressif des diverses sociétés « en une entreprise coordonnée » (*Mémoire* 1959, n° 7, p. 29). Il est également à noter que le *Mémoire* de 1959 s'ouvrait sur l'affirmation du fait que le groupe de la *Barcelona Traction* avait été constitué en 1911 dans le but d'exploiter les ressources hydro-électriques de Catalogne « et de créer dans cette province d'Espagne une entreprise de services publics », phrase incidente supprimée dans le *Mémoire* de 1962 (*Mémoire* 1959, n° 1, p. 27), à comparer avec *Mémoire*, n° 25, p. 34). On dirait que le *Mémoire* de 1962 s'est efforcé de rectifier les expressions assez claires du *Mémoire* 1959, effort voué d'avance à l'échec. Au chapitre V du même *Mémoire* 1962, consacré aux modalités et à l'étendue de la réparation, on trouve les expressions suivantes: « un important complexe industriel en Espagne », « exploitaient en Espagne une entreprise en plein marche et en plein développement » (n° 370, p. 182), « les installations de cette entreprise d'électricité, vaste et complexe » (n° 375, p. 185), « une entreprise en pleine marche et développement ... cette entreprise considérée comme 'going concern' » (n° 377, p. 186), de « la nature particulière des biens en cause (un complexe d'installations pour la production, le transport et la distribution d'énergie hydro-électrique) » (n° 378, p. 186), « le capital de l'entreprise détruite » (n° 382, p. 189) ¹.

Au surplus, le *Gouvernement* belge affirme maintenant qu'il n'a jamais nié en effet que l'ensemble formé par la *Barcelona Traction* et ses sociétés auxiliaires constituait une « unité économique », ajoutant que cette unité économique ne faisait pas obstacle à la pluralité des personnes juridiques (*Réplique*, V, n° 21, note 1, p. 13). On peut donc conclure que lorsque les textes belges parlent de la création et du développement des entreprises des sociétés auxiliaires, du regroupement progressif des sociétés auxiliaires en un ensemble coordonné, ou de la coordination et du contrôle de l'ensemble du groupe, ils ont en vue la création et le développement en Espagne d'une entreprise de production et de distribution d'électricité moyennant le contrôle et la coordination d'une série de sociétés auxiliaires au sein de l'unité économique de l'entreprise. Telle serait donc l'activité de la *Barcelona Traction* en tant que « société holding ».

142. La *Réplique* a traité aussi dans divers endroits, de quelques-unes des circonstances de fait mises en relief par le *Contre-mémoire* lorsqu'il a fait l'exposé des caractéristiques de l'entreprise de la *Barcelona Traction* en Espagne. Les passages suivants méritent à cet égard d'être retenus:

1. Lorsqu'elle commente certains documents invoqués à l'appui de l'exposé du *Contre-mémoire*, la *Réplique* affirme qu'il n'est pas douteux que l'activité de la *Barcelona Traction* « 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 » (*Réplique*, n° 345, p. 243). La *Réplique* ajoute qu'il est évident que le résultat de l'activité sociale dépendait en dernière analyse de la réalisation d'une activité économique en Espagne et de la situation économique dans ce dernier pays (*Réplique*, *ibidem*);

2. Dans d'autres passages, la *Réplique* déclare que la structure du groupe était relativement simple, remarquablement équilibrée, logique et cohérente (*Réplique*, n° 233,

¹ La *Réplique* s'exprime dans le même sens en des occasions isolées, notamment lorsqu'elle traite de la réparation (*Réplique*, n° 1027, p. 755), ce qui rend d'autant plus choquant le fait que ce même écrit parle en d'autres occasions d'un « ensemble d'entreprises » (*Réplique*, n° 792, p. 583, n° 1020, p. 750).

p. 140; n° 277, p. 184; n° 282, p. 187), que les contrats passés entre les sociétés du groupe assuraient la vie sociale des différentes sociétés, lesquelles possédaient leurs comptes propres, leurs réunions de Conseil d'administration et leurs Assemblées d'actionnaires dont un compte rendu était donné dans les procès-verbaux correspondants (*Réplique*, V, n° 278, pp. 184-185), et qu'«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* » (*Réplique*, n° 279, p. 185);

3. La *Réplique* explique de même que « l'épine dorsale » du système résidait dans certains contrats conclus entre les sociétés d'exploitation essentielles au sein de l'ensemble (*Réplique*, n° 281, p. 186), à savoir les sociétés *Energia* et *Ebro*. Cette dernière société est décrite dans d'autres passages du même écrit comme constituant la « société se trouvant au centre de l'exploitation », la « société pivot » par l'intermédiaire de laquelle passaient les fonds étrangers destinés à financer les investissements de l'entreprise et dans laquelle les résultats de l'exploitation se trouvaient concentrés (*Réplique*, n° 295, p. 199; nos 294 et 297, pp. 198 et 201; n° 365, pp. 265-266);

4. Enfin, la *Réplique* admet que les résultats de l'exploitation concentrés au sein de l'*Ebro* grâce au mécanisme indiqué se trouvaient être absorbés par le service de l'intérêt de ses obligations et de ses dettes en compte courant (*Réplique*, n° 269, p. 178); que l'*Ebro* avait le droit de distribuer à la *Barcelona Traction* les résultats de l'exploitation sous la forme d'intérêts au lieu de les lui remettre sous une quelconque autre forme, et qu'il n'y avait rien de frauduleux à tenir compte, pour la fixation des intérêts à payer, des résultats de l'activité de l'*Ebro* (*Réplique*, n° 280, p. 185).

143. Le Gouvernement espagnol réitère l'exactitude de la description de la structure et de l'unité de l'entreprise de la *Barcelona Traction* faite dans le chapitre I du *Contre-mémoire* (*Contre-mémoire*, IV, chap. I, sections I et II, pp. 15-36 et *supra*, section II, § 2 et §4) et estime que les circonstances de fait présentement admises dans la *Réplique* sont suffisantes pour trancher le débat sur le comportement fiscal de la *Barcelona Traction* en tant que « société holding ». Lesdites circonstances de fait montrent que la gestion économique des sociétés auxiliaires était soumise au contrôle absolu exercé par la *Barcelona Traction*. Il est évident que si les considérations industrielles et économiques, par opposition aux considérations juridiques et fiscales, avaient constitué les seuls facteurs à prendre en considération pour l'organisation de l'entreprise, les activités ou affaires de celle-ci auraient pu être menées à bien par une seule entité sociale. Le Gouvernement belge lui-même avance que les dirigeants de la *Barcelona Traction* ont étudié une réorganisation qui comportait un regroupement de sociétés, mais que, d'après ce Gouvernement, des difficultés d'ordre surtout fiscal s'y opposaient (*Réplique*, n° 268, pp. 177-178). Il est en tout cas un fait que l'entreprise adjudicataire des biens de la *Barcelona Traction* aux enchères publiques réalisées en Espagne a regroupé l'exploitation industrielle au sein d'une seule société. En fin de compte, les sociétés auxiliaires étaient soumises à une volonté et à une direction uniques. Elles n'étaient point administrées en fonction de leur propre intérêt économique, mais en fonction du seul intérêt de l'entreprise que formait l'ensemble des sociétés auxiliaires. Les accords entre les sociétés du groupe avaient pour but de concentrer au sein de l'*Ebro* tout le produit de l'exploitation unique pour en opérer par la suite le transfert à la *Barcelona Traction*, une fois satisfaites les charges indispensables au maintien de la vie juridique des diverses sociétés. Les filiales

de la *Barcelona Traction*, comme l'exprime bien la terminologie employée par le Gouvernement belge, constituaient des « sociétés auxiliaires », autrement dit de simples instruments d'une autre société.

144. Le Gouvernement belge déclare à un certain propos que « l'on n'aperçoit pas la pertinence de cette observation » et allègue que « toute société, par nature même, est un 'instrument' pour les mains de ses actionnaires » (*Réplique*, V, n° 254, p. 165). Mais il est évident que l'observation faite par le Gouvernement espagnol ne se réfère point au caractère instrumental générique propre de toute société, mais au caractère instrumental particulier que le juge américain Knappen considérait comme étant très pertinent lorsqu'il écrivait, dans l'affaire *Pittsburg & Buffalo Co. v. Duncan* mentionnée dans la *Réplique* (*Réplique*, n° 240, p. 152), la phrase suivante, omise dans la citation de la *Réplique*:

True, the legal fiction of distinct corporate existence will be disregarded when necessary to prevent fraud, or when a corporation is so organised and controlled and its affairs so conducted as to make it only an adjunct or instrumentality of another corporation.

La Cour pourra apprécier que cette notion du caractère instrumental apparemment inconnue du Gouvernement belge était parfaitement familière aux intérêts dont ledit Gouvernement a assumé la protection. C'est sur cette notion que s'appuie essentiellement la requête adressée par la société espagnole *Chade* au ministère des Finances en 1941 et sollicitant qu'elle soit, malgré sa transformation en société holding du type *Barcelona Traction*, fiscalement considérée comme une société espagnole ayant toutes ses affaires à l'étranger; cette requête fut accueillie par l'Administration espagnole qui déclara, après avoir entendu les avis de la *Direction générale des impôts* et du Conseil d'Etat, que la *Chade* « réalise par elle-même les affaires faites à l'étranger au nom des entités filiales étrangères dont elle possède le contrôle dans les conditions établies dans l'article antérieur » et « qu'en conséquence, les affaires industrielles et commerciales effectuées par lesdites filiales contrôlées dans la forme indiquée sont considérées à ces fins comme exercées directement par la *Compañía Hispano-Americana de Electricidad*, détentrice de leurs actions ou titres similaires » (A.D. n° 1-A, Appendice E, vol. I, p. 262, et n° 9, vol. II, p. 268). La même notion a permis à la *Barcelona Traction* d'obtenir que lui soit appliqué au Canada le régime fiscal applicable, à partir de la révision de 1918 de la loi sur l'impôt de 1917, aux sociétés « whose business and assets are carried on and situated entirely outside of Canada ». Le *Contre-mémoire* a également présenté à l'attention de la Cour divers documents dont le Gouvernement belge voudrait rejeter la portée en ces termes:

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 établit 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 (*Réplique*, n° 345, p. 243).

Or, il se trouve que les circonstances de fait que révèlent les documents de la *Barcelona Traction* correspondent précisément à « la situation définie par la loi espagnole ». Contrairement à ce que prétend le Gouvernement belge (*Réplique*, n° 344, p. 241), ni la lettre de la loi, ni la jurisprudence, ni la pratique administrative n'ont jamais estimé que la personnalité juridique distincte de la société et de ses associés ou de son associé unique constituent un obstacle infranchissable pour que la société mère puisse être considérée,

dans certains cas, comme exerçant l'activité des sociétés auxiliaires (A.D., annexe n° 1, p. 96 et annexe n° 9). En outre, contrairement à ce que donne toujours pour établi le Gouvernement belge, le concept d'unité économique de l'entreprise ne met pas en cause l'autonomie formelle des diverses sociétés. Il se rapporte exclusivement au défaut d'autonomie économique. Le droit fiscal n'exclut pas la possibilité qu'une filiale juridiquement autonome soit, en outre, économiquement indépendante: mais il envisage également la possibilité qu'à l'autonomie juridique ne corresponde pas forcément une réalité économique indépendante. Cela ne revient pas à supposer que le groupe de sociétés constitue une personne morale unique. Depuis la loi de 1942, la possibilité de fixer les bases de l'imposition au moyen de la consolidation des bilans des diverses sociétés du groupe, donc des diverses filiales juridiquement subsistantes est expressément prévue. Les circonstances de fait prouvent sans contestation que les sociétés auxiliaires de la *Barcelona Traction* se trouvaient, malgré la pluralité des personnalités juridiques, dans une situation de dépendance économique absolue, avec les conséquences fiscales que le Gouvernement espagnol a signalées dès les exceptions préliminaires.

§ 4: LA DISSIMULATION SYSTÉMATIQUE DE LA RÉALITÉ DES FAITS

145. Pour repousser les conséquences qui découlent de la double démonstration établie de droit et de fait à l'égard d'*Ebro* et de *Barcelona Traction*, le Gouvernement belge fait valoir que les données de fait auxquelles se réfère le Gouvernement espagnol étaient connues des autorités espagnoles, au moins à partir de 1932 (P.O., I, pp. 349, 352, 354, 356-357; *Réplique*, V, n° 268, p. 178, n° 270, p. 179, n° 280, p. 185, n° 282, p. 187, n° 351, p. 251, n° 359, p. 259) et qu'il apparaît ainsi que les autorités espagnoles, tant administratives que judiciaires, ont, en ce qui concerne la *Barcelona Traction*, interprété la loi fiscale de façon totalement opposée à celle dont le Gouvernement espagnol l'a interprétée devant la Cour (P.O., II, p. 361; cf. également O.C., n° 7, p. 11; A.O.C., annexes n° 23 et n° 26, pp. 13 et 14; *Réplique*, n° 326, p. 225). Face à ce désaveu exprès de ses organismes compétents, le Gouvernement espagnol ne pourrait s'attendre à ce que la Cour «se forme une opinion admettant comme établie ou comme simplement vraisemblable l'existence de fraudes fiscales dans le chef du groupe de la *Barcelona Traction* qui rendraient indignes les actionnaires belges dont le Gouvernement a assumé la protection» (P.O., II, p. 364).

Le Gouvernement belge fonde son affirmation en s'appuyant sur une liste de divers documents annexés au *Contre-mémoire* (prospectus d'émission des obligations à l'étranger en 1914, *Trust Deed* des obligations de l'*Ebro* émises en 1926, bilans de la *Barcelona Traction* auxquels était annexé le rapport du Président et Directeur-gérant de l'*Ebro*, bilans consolidés, etc.); le Gouvernement belge présume que, s'agissant de documents publics, les autorités fiscales espagnoles avaient dû y avoir accès et connaître les faits essentiels sur le plan fiscal, ainsi que cela ressort du rapport rédigé en décembre 1932 par l'inspecteur espagnol, M. Canosa. D'après la thèse du Gouvernement belge, les autorités espagnoles compétentes connaissant les faits «ont virtuellement écarté les accusations que le Gouvernement espagnol persiste à réitérer devant la Cour» (*Réplique*, par. 326, p. 225; O.C., I, par. 7, pp. 10-11). Le Gouvernement belge relève de plus à l'appui de sa thèse, l'absence d'imposition ou d'amendes à la suite d'un certain nombre d'enquêtes fiscales (dossier Ceballos, 1913-1919, *Réplique*, par. 343, p. 240; rapport Canosa, 1932, P.O., p. 357 et pp. 359-360, *Réplique*, par. 270, pp. 179-180) ainsi que l'arrêt du Tribunal Suprême du 28 mai 1934 (P.O., II, pp. 358-360; O.C., I, par. 7, p. 10; A.O.C., vol. I, p. 15).

A. L'attitude de l'Administration

146. Mais l'argumentation belge, d'une part, ne conteste pas la réalité de l'attitude de l'entreprise *Barcelona Traction* à l'égard de l'Administration espagnole (défaut de déclarations obligatoires, déclarations fausses ou incomplètes) et, d'autre part, oublie que le Gouvernement espagnol a toujours admis que les autorités fiscales espagnoles étaient dès avant 1932, persuadées que la réalité des faits ne correspondait pas à la forme dans laquelle ceux-ci leur étaient présentés par l'entreprise en Espagne. La Cour sait que le Gouvernement espagnol a signalé de façon expresse que la conviction de l'Administration espagnole à l'égard de la fraude remontait bien au-delà du rapport Canosa de 1932. Il suffira de rappeler que ce rapport a été la conséquence de l'enquête ordonnée par la décision ministérielle du 22 octobre 1931 (Annexe au *Contre-mémoire*, vol. VI, p. 256), décision dont les termes admettent une forte présomption de fraude. Le Gouvernement espagnol a parlé de même d'une longue note du 2 avril 1928 (Annexe au *Contre-mémoire*, vol. II, p. 72) élaborée par les services juridiques de l'*Ebro* en Espagne pour expliquer le déroulement de l'inspection de ses livres qui a porté sur les exercices 1920-1926 (P.O., II, pp. 39-40; *Contre-mémoire*, IV, chap. I, n° 119, pp. 80-81). Les services juridiques de l'*Ebro* décrivent les convictions de l'Inspection des contributions espagnoles dans cette note de la façon suivante:

Les inspecteurs étaient persuadés que les affaires de la *Barcelona Traction* se trouvent toutes en Espagne, et sont représentées par *Riegos y Fuerza del Ebro*, *Energía Eléctrica de Cataluña* et les autres compagnies, domiciliées Place de Catalogne. Ils étaient persuadés que l'examen de la comptabilité leur permettrait de tirer des conséquences susceptibles de faire poursuivre la *Barcelona Traction*.

Un autre but de l'inspection était de chercher à faire déclarer que *Riegos y Fuerza del Ebro* avait toutes ses affaires en Espagne, et cela à l'encontre des déclarations que la Compagnie faisait annuellement afin que le Jury des bénéfices ne puisse intervenir dans ses affaires.

On prétendait étudier la situation dans laquelle la *International Utilities* agissait parce que les inspecteurs supposaient que cette société n'avait pas eu d'autre but que celui de dissimuler, dans la mesure du possible, la *Barcelona Traction* en Espagne, et que, par conséquent, la première était une société filiale de la seconde.

En vue de la portée qu'on voulait donner à l'inspection, qui se termina d'ailleurs par un acte rédigé le 18 de ce mois demandant l'apport de plusieurs documents et une copie des articles de la comptabilité de la maison centrale, et par une sommation qu'on prétendait faire envers M. Lawton comme Président de la *Barcelona Traction*, il fallut adopter une tactique qui avec le plus de succès possible déjouerait les plans des inspecteurs.

Il est donc hors de doute que « la naïveté du fisc espagnol » n'était pas aussi considérable que le Gouvernement belge prétend le faire entendre (P.O., II, p. 355). C'est sur la base des documents auxquels le Gouvernement belge s'est référé ou, plus probablement, sur la base d'autres faits et informations à sa portée, que l'Administration espagnole était depuis de nombreuses années convaincue que la réalité des faits était très différente de celle formellement présentée par l'entreprise. Or, que le principe soit bon ou mauvais, le fisc doit en Espagne, et l'on peut supposer qu'il en va de même en Belgique, respecter, pour agir, des règles très précises. Les convictions, voire les certitudes que l'Administration peut avoir au sujet de l'attitude frauduleuse d'un contribuable ne peuvent avoir d'efficacité juridique si la fraude ne peut être prouvée dans la forme établie par la loi. La liquidation de l'impôt doit se faire sur la base des déclarations du contribuable,

spontanées ou sur requête de l'Administration, et sur la base des éléments que cette dernière peut obtenir et justifier par l'examen des livres et documents comptables du contribuable réalisé par l'Inspection des contributions lors de la vérification des déclarations.

147. Les inspecteurs de 1927 n'ont pu remporter le succès qu'ils escomptaient, et ce bien que leurs travaux aient duré en fait jusqu'en 1932 et en soient venus à comprendre tous les exercices inclus entre 1920 et 1930. Ils ne sont point parvenus, après plus de quatre ans d'efforts, à établir les faits dans la cadre strict des preuves légalement admises. Les inspecteurs devaient partir des déclarations présentées par l'*Ebro* et par les autres sociétés auxiliaires et de ce qui ressortait des livres et documents comptables de ces sociétés, même pour ce qui avait trait aux conséquences fiscales à l'égard de la *Barcelona Traction*. Ce sont les renseignements résultant des déclarations, livres et documents comptables des sociétés auxiliaires qui doivent permettre d'apprécier s'il y avait eu ou non une action systématique d'occultation des faits présentant une importance fiscale. A cet égard, il faut aussi rappeler que la *Barcelona Traction* s'est abstenue de présenter une déclaration fiscale quelconque à l'Administration espagnole, et elle a refusé de lui donner accès à ses livres et documents comptables et elle a refusé aussi de se soumettre à toute requête provenant de l'Administration¹.

Comme le disait M. Canosa dans son rapport de 1932, « la *Barcelona Traction* refuse obstinément de se soumettre à l'empire des lois fiscales espagnoles, en recourant à un procédé qui fait penser qu'elle s'efforce apparemment d'estomper sa personnalité sous le couvert d'intermédiaires qui dissimulent à tout prix toute trace de représentation » (Annexe au *Contre-mémoire*, vol. II, p. 84). Après avoir eu connaissance du rapport Canosa, le chef du service juridique de l'entreprise a commenté, dans une lettre en date du 10 février 1933, que « l'un des principaux obstacles pour poursuivre la réclamation »² résidait dans le fait que « notre allégation consiste en ceci que, comme *Barcelona Traction* n'a pas d'agent ni de représentant en Espagne, la notification d'une demande, pour autant qu'il y en ait une, devra se faire par la voie diplomatique »³ (Annexe au *Contre-mémoire*, vol. IV, p. 547). Il écrivait enfin, en mars de la même année, qu'« il ne fait point de doute que l'affaire, telle qu'elle est présentée, offre nombre de difficultés pour les autorités des finances »⁴ (Annexes au *Contre-mémoire*, vol. IV, p. 552). Le Gouvernement belge considère de son côté qu'il est significatif qu'après le rapport Canosa de 1932,

¹ Pour n'en rappeler que quelques exemples: 1) La liquidation partielle prononcée contre la *Barcelona Traction* à la suite du dossier Ceballos ne put être notifiée à la *Barcelona Traction* en 1919 (Annexe au *Contre-mémoire*, Vol. III, pp. 278 et 281; A.D. Annexe n° 10, document n° 2) en dépit du mandat spécial reçu par M. Lawton (*Réplique*, V, par. 351, p. 251); 2) en janvier 1923 à une notification adressée à *Barcelona Traction* par l'intermédiaire des sociétés *Ferrocarriles* et *Ebro*, il fut répondu par ces dernières qu'elles n'étaient ni représentants ni filiales de la *Barcelona Traction* (Annexe au *Contre-mémoire*, Vol. III, p. 343); 3) En novembre 1925, aux requêtes adressées à *Ebro*, *Ferrocarriles de Cataluña* et *Barcelona Traction* par la Commission du Revenu (Jurado de Utilidades), il fut répondu par *Ebro* et *Ferrocarriles* que leurs rapports avec la *Barcelona Traction* avaient pris fin en juillet 1922; quant à la communication adressée à la *Barcelona Traction* elle-même, celle-ci, selon le conseil de l'entreprise en Espagne, « n'a reçu aucune réponse, ce qui est fort naturel, puisque ladite société n'a en Espagne ni activité, ni domicile, ni représentant » (Annexe au *Contre-mémoire*, Vol. III, pp. 462, 463, 467 et 473); 4) Sur le sort réservé au dessein des Inspecteurs de présenter, lors du contrôle de 1927, une requête à M. Lawton en sa qualité de Président de *Barcelona Traction*, pour lui demander divers renseignements, voir Vol. II, p. 73, Vol. IV, pp. 40 et 92.

² « one of the chief stumbling-blocks in proceeding further with the claim ».

³ « our contention is that, as *Barcelona Traction* has no agent or representative in Spain, service of a demand, if any, will have to be made through diplomatic channels ».

⁴ « there is no doubt that the case, as presented, offers many difficulties for the Finance Authorities ».

« l'administration fiscale n'ait pas estimé devoir taxer la *Barcelona Traction* » (*Réplique*, V, n° 270, p. 180); l'enquête Canosa est donc ainsi comprise, de même que le dossier Ceballos et l'arrêt de 1934, parmi les occasions antérieures à 1948 dans lesquelles, d'après le Gouvernement belge, les instances espagnoles compétentes auraient écarté que la *Barcelona Traction* soit obligée au paiement d'impôts en Espagne. Les dirigeants de *Barcelona Traction* à l'époque et, bien entendu, l'Administration espagnole, ont vu la situation d'une façon très différente de celle qu'entend présenter maintenant le Gouvernement belge.

148. Pour ce qui est des dirigeants de *Barcelona Traction*, le *Contre-mémoire* a rappelé l'existence d'un memorandum daté du 5 avril 1935 dans lequel on reconnaissait combien la situation était précaire en ce qui concernait le dossier Canosa, et dans lequel on disait qu'« il se pourrait qu'on le rouvre définitivement au moment où nous nous y attendrions le moins » (*Contre-mémoire*, IV, chap. I, n° 127, p. 84). Le fait que le fisc espagnol n'ait absolument pas abandonné l'affaire explique la raison pour laquelle *Barcelona Traction* n'a pas relâché, mais au contraire renforcé, après décembre 1932, les mécanismes de dissimulation. Les preuves évidentes annexées à ce sujet au *Contre-mémoire* sont abondantes et elles confirment le fait que les dirigeants de l'entreprise n'ont jamais pensé que les instances espagnoles compétentes avaient écarté que la *Barcelona Traction* était assujettie à des obligations fiscales en Espagne.

Lorsque l'enquête Canosa commença, M. Lawton abandonna ses fonctions de président de la *Barcelona Traction* sans pour autant qu'il soit changé quoi que ce soit à ses véritables fonctions au sein de la direction de l'entreprise (Annexe au *Contre-mémoire*, vol. IV, p. 487). Peu de temps après, la présentation des comptes de la *Barcelona Traction* a été modifiée, le bilan consolidé de l'entreprise a été supprimé à partir de 1934 et des chiffres statistiques y ont été inclus, chiffres statistiques que l'on recommandait, dans la note susdite du 5 avril 1935, de diminuer au lieu de les augmenter (Annexe au *Contre-mémoire*, vol. V, p. 83). En 1935 eut lieu la création de la société *Salto de Cataluña*, la *Barcelona Traction* étant protégée derrière les incroyables simulations décrites dans le *Contre-mémoire* et rappelées ci-dessus (*supra*, n° 51-55). En 1940, les dirigeants de l'entreprise se sont opposés à ce que les demandes de devises d'*Ebro* soient rattachées au paiement des livres sterling à la *Barcelona Traction*; ils estimaient en effet que cela viendrait détruire la position maintenue durant tant d'années avec succès, à savoir qu'il n'y avait pas de rapports entre les deux sociétés et que la *Barcelona Traction* ne réalisait pas d'affaires en Espagne (*Contre-mémoire*, chap. II, n° 49, p. 158 et *infra*, n° 159). Entre 1943 et 1945, les dirigeants de l'entreprise ont fait preuve, lors de l'étude du plan d'arrangement, d'un souci permanent d'éviter que les transactions relatives audit plan ne ravivent les vieux problèmes pendants avec les autorités espagnoles (*Contre-mémoire*, chap. I, nos 187-203, pp. 106-111).

En ce qui concerne les autorités fiscales de 1932, elles ont continué après le rapport Canosa leurs efforts pour parvenir à obtenir les éléments qui leur étaient nécessaires pour pouvoir se prononcer en pleine connaissance de cause. La Cour peut se reporter à cet égard aux démarches réalisées en 1933, lesquelles sont décrites dans les lettres des 23 mars 1933 et 22 février 1934 (Annexe au *Contre-mémoire*, vol. IV, p. 552 et p. 598).

149. D'après le Gouvernement belge, l'arrêt du 28 mai 1934 aurait aussi désavoué la thèse suivant laquelle la *Barcelona Traction* était tenue de payer l'impôt sur les bénéfices en Espagne (troisième cédula de l'impôt sur les revenus). Mais cet arrêt n'avait rien à voir

avec l'impôt sur les bénéfices (*Contre-mémoire*, IV, chapitre II, N° 360, p. 233). Il ne concerne en réalité que la question de savoir si certains intérêts payés par *Ebro* à *Barcelona Traction* entre 1920 et 1922 étaient assujettis à l'impôt sur les intérêts (deuxième cédule de l'impôt sur les revenus). L'Inspection des contributions, dans un rapport établi en 1929, en était arrivée, par l'analyse comparative des bilans et comptes de profits et pertes de Toronto et d'Espagne, à la présomption du fait que l'*Ebro* ne disposait pas d'autres revenus que ceux obtenus en Espagne et que les intérêts qui ne figuraient que dans les comptes de Toronto étaient en réalité payés avec les produits de l'affaire espagnole, ce qui les assujettissait à l'impôt correspondant. L'Inspection des contributions présumait en outre le fait que cette réalité était cachée grâce à un accroissement des assignations du fonds d'amortissement des comptes en Espagne pour un montant correspondant à la différence entre les intérêts comptabilisés à Toronto et ceux comptabilisés en Espagne. Dans l'acte d'allégations présenté au Tribunal économique et administratif central, l'*Ebro* a affirmé ce qui suit :

Outre le compte courant en livres dans la succursale, la maison-mère *Ebro Irrigation and Power Company Limited*, Toronto, avait pendant ces années ouvert également à Toronto un autre compte courant en dollars avec la *Barcelona Traction Light and Power Company Ltd.*, Toronto, intérêts qui, en 1920 et 1921, étaient stipulés à un taux différent de celui retenu dans le compte de la succursale, et qui étaient versés directement à Toronto. La succursale de Barcelona, c'est-à-dire *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.*, ne connaissait pas et n'avait pas à connaître l'existence de ce compte courant ouvert à l'étranger car il s'agissait d'une opération qui ne l'affectait pas le moins du monde et qui, de ce fait, n'avait pas à, ne pouvait pas et ne devait pas se répercuter dans ses livres de commerce.

L'*Ebro* est d'accord pour admettre que tous les revenus obtenus en Espagne ou payés en Espagne ou hors du territoire espagnol par des personnes domiciliées dans ce territoire sont assujettis à l'impôt en vertu de l'article deux de la loi. Elle admet en outre que si les hypothèses établies par l'Inspection des contributions à l'égard des intérêts de 1920-1922 étaient vraies et exactes, il conviendrait également d'effectuer le paiement de l'impôt correspondant puisque ces intérêts auraient également constitué des revenus obtenus en Espagne par la *Barcelona Traction*. L'exactitude et la justesse des hypothèses établies par l'Inspection des contributions dans le rapport de 1929 sont à l'heure actuelle hors de contestation et ceci prouve en outre que l'*Ebro* a induit le Tribunal Suprême en erreur dans son arrêt de 1934. Nous attirons à cet égard tout particulièrement l'attention de la Cour sur l'« Essai d'analyse des différences existant entre la comptabilité *Ebro* locale (Barcelone) et la comptabilité *Ebro* maison-mère (Toronto). Périodes 1911-1921 et 1922-1925 », document élaboré par les services de l'*Ebro* elle-même avant la faillite de la *Barcelona Traction* et qui confirme l'exactitude et la justesse des présomptions établies par l'Inspection des contributions dans son rapport de 1929 (Annexe au *Contre-mémoire*, vol. V, pp. 352-380).

Il ressort dudit document, en ce qui concerne les dettes à l'égard de la *Barcelona Traction*, que l'allégation de l'*Ebro* suivant laquelle il existait un compte courant comptabilisé à Toronto qui ne présentait aucun lien avec les comptes courants des livres de Barcelone est fautive. A partir de 1918, la *Barcelona Traction*, n'ayant pas d'autres sources de revenus, avait besoin de recevoir des fonds de l'*Ebro* pour faire face aux dépenses administratives et au paiement des intérêts en argent liquide de ses obligations. Le mécanisme de ces transferts de fonds a été établi par l'accord du 16 juillet 1920, effectivement signé en 1921, et auquel effet a été donné à compter du 1^{er} juin 1918 (*Contre-mémoire*, chap. I, N° 105-106, pp. 73-74). Ce mécanisme a consisté à rétablir le compte entre la *Barcelona*

Traction et *l'Ebro* qui avait été fermé dans les livres de Toronto lors de la réorganisation financière de 1915. Ce même compte figurait dans les livres de Barcelone pour son montant traduit en pesetas, bien qu'il ait figuré à partir de 1918 sous la forme de deux subdivisions intitulées « Bureau de Londres », désignation rassemblant tous les montants reconnus appartenir à la *Barcelona Traction* jusqu'au 15 juin 1915, et *Barcelona Traction*, désignation qui rassemblait tous les montants reconnus appartenir à la *Barcelona Traction* après ladite date ¹.

En ce qui concerne les intérêts, il se trouve qu'ils étaient calculés à Toronto à 5,5 % sur le solde total du compte d'avances en prenant parfois pour base précisément le solde qui figurait sur les livres de Barcelone. En Espagne, ils étaient calculés à 6 % à partir du sous-compte intitulé *Barcelona Traction*, d'un montant moindre, et le solde du compte profits et pertes était intégralement reporté au fonds d'amortissement. Tel était, en bref, ce que l'Inspection des contributions présumait dans son rapport. Etant donné que la *Barcelona Traction* avait besoin de toucher le pourcentage d'intérêts supérieur calculé à Toronto, des sorties effectives de fonds de *l'Ebro* avaient lieu dont le montant était supérieur à celui porté en comptabilité en tant qu'intérêts dans les livres de Barcelone. L'excès des sorties de fonds a été comptabilisé à Barcelone sous la forme d'une réduction du solde de la dette, c'est-à-dire en tant que remboursement de capital.

La différence de traitement comptable des sorties de fonds a produit une différence entre le montant des dettes à l'égard de la *Barcelona Traction* établi dans les comptes de Toronto et celui établi dans les comptes de Barcelone. La différence a été corrigée grâce à une écriture comptable du 31 décembre 1925 par laquelle on a crédité le compte avec *l'International Utilities* de la somme de 1.929.640-5-5 livres sterling, ce qui revenait à porter en comptabilité en Espagne les intérêts irrégulièrement omis à partir de juin 1918. Cet enregistrement comptable est antérieur à la date de l'inspection de 1929 et aux écrits présentés par *l'Ebro* au Tribunal économique et administratif central et au Tribunal Suprême, écrits dans lesquels cette société assurait que les intérêts de 1920-1922 n'avaient rien à voir avec l'Espagne; *Ebro* affirmait que lesdits intérêts étaient payés de façon directe à Toronto par une société canadienne à une autre société canadienne « dans les livres desquelles la comptabilité en était naturellement établie, mais sans que le moindre reflet n'en apparaisse dans les livres de la succursale de Barcelone, laquelle n'avait rien à voir dans l'affaire » (Annexe à la *Duplique*, annexe N° 1, p. 150). Le rapport des experts britannique et canadien de la Commission internationale disait au sujet de la transaction de 1925, ce qui suit:

A ce qu'il semble, un poste figurant dans les livres espagnols à la date de décembre 1925 et établi au moment de la réémission des obligations pour un montant de 8.541.233 livres sterling, par lequel *l'International Utilities* touchait un montant de 1.929.640 livres sterling à la charge du Bureau Central de Toronto, a provoqué de nombreux commentaires. Mais si l'on tient compte des renseignements tirés des archives de la société se trouvant au Canada, ces commentaires sont dénués de fondement. Ce poste représente le transfert à *l'International Utilities* d'une somme payable par *l'Ebro* à la *Barcelona* qui n'avait point apparu auparavant dans les livres d'Espagne et est constituée en sa presque totalité par les intérêts correspondant à la période qui va de juin 1918 à décembre 1924 sur les avances faites par la *Barcelona* à *l'Ebro* ...

¹ Le conseil du Gouvernement belge s'est lourdement trompé lorsqu'il a donné l'assurance à la Cour qu'il existait un compte à Toronto dans lequel étaient portées les avances antérieures à 1915, et un compte à *Barcelone* dans lequel on portait régulièrement les avances postérieures à 1915 (P.O., II, p. 358). Cette subdivision figurait précisément dans les comptes de Barcelone.

En fin de compte, l'état actuel de connaissance des faits présentant une importance dans l'affaire des intérêts de 1920-1922 non seulement confirme entièrement l'exactitude des présomptions établies en 1929 par l'Inspection des contributions, mais encore prouve les supercheries en matière de faits employées par l'*Ebro* pour induire en erreur le Tribunal Suprême lors de son arrêt du 28 mai 1934. Le Tribunal Suprême a admis comme fondement de sa décision l'affirmation inexacte d'*Ebro* suivant laquelle il s'agissait d'un compte courant ouvert à Toronto entre deux sociétés canadiennes et produisant des intérêts également payables à Toronto, sans aucune incidence dans la comptabilité d'*Ebro* en Espagne. C'est pour cela que le conseil espagnol a fait savoir à la Cour, au cours des Exceptions, que l'on devait se féliciter que le Gouvernement belge ait invoqué cet arrêt, car il s'agissait en effet d'un élément important à prendre en considération puisqu'il « prouve non pas la force de l'innocence, mais celle de la dissimulation » (P.O., II, pp. 43-44). L'arrêt en question ne contient pas les affirmations belges et n'a pas le sens que le Gouvernement belge lui a attribué¹.

B. Les mécanismes de la dissimulation

150. L'Administration espagnole pouvait à coup sûr considérer en 1932 que divers faits étaient bien établis. Le premier de ces faits était que la *Barcelona Traction* ne présenterait jamais volontairement de déclarations d'impôt et ne donnerait jamais accès à ses livres et documents comptables. Le second fait était que la *Barcelona Traction* s'opposait inflexiblement à discuter de son cas avec les autorités fiscales espagnoles et à leur fournir les renseignements qui leur étaient nécessaires pour qu'elles puissent se prononcer en pleine connaissance de cause, et cela en arguant que l'entreprise ne possédait en Espagne ni domicile, ni représentation, ni agence de quelque sorte que ce soit. Le troisième fait était que les autorités fiscales espagnoles se trouvaient dans l'obligation de chercher à établir les faits présentant une importance au point de vue fiscal à partir de ce qui pouvait ressortir des déclarations, livres et documents comptables des sociétés auxiliaires, et principalement d'*Ebro*. C'est pour cela qu'il faut, pour savoir si la dissimulation de faits dénoncée par le Gouvernement espagnol a bien existé ou non, se reporter à la façon dont les faits apparaissaient dans les documents pouvant parvenir pour examen aux autorités fiscales espagnoles. Le Gouvernement belge lui-même a conscience que c'est sur ce point que se trouve le cœur du problème. Il a donc considéré nécessaire d'inclure à ce sujet l'argument suivant dans la *Réplique*:

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 (*Réplique*, V, n° 270, p. 179).

Mais les livres et les documents comptables des sociétés auxiliaires mis à la disposition de l'inspection fiscale en Espagne étaient soigneusement préparés afin de dissimuler les faits auxquels le Gouvernement espagnol a fait référence. Cela peut être établi si l'on considère l'importante question de l'origine des revenus de la *Barcelona Traction*. Le Gouvernement belge admet que les revenus ou les ressources normaux de la *Barcelona Traction* entre 1911 et 1948 provenaient « des intérêts et dividendes que les sociétés auxiliaires mettaient à sa disposition », autrement dit que la *Barcelona Traction* a tiré tous ses revenus

¹ Voir Annexe à la *Duplique* N° 1, pp. 146-154.

de sources se trouvant en territoire espagnol. Sous quelle forme ce fait important s'est-il reflété dans les livres et les documents comptables mis à la disposition des autorités fiscales espagnoles?

151. La réponse en est que les livres et les documents comptables des sociétés auxiliaires ne reflétaient absolument pas le fait que *Barcelona Traction* était la bénéficiaire des intérêts payés par *Ebro*, *Ferrocarriles de Cataluña* et *Catalonian Land*; ils ne reflétaient pas non plus le fait que *Barcelona Traction* était la bénéficiaire des dividendes distribués par les sociétés auxiliaires espagnoles (*Compañía Barcelonesa de Electricidad*, *Electricista Catalana*, etc.) ou par les sociétés étrangères qui opéraient en Espagne (*Tramways de Barcelona*). Il n'y a à cet égard d'exception que pour la petite fraction des intérêts versés par *Ebro* pendant la période 1920-1922, laquelle a donné origine à l'arrêt du Tribunal Suprême du 28 mai 1934 ci-avant mentionné.

En fin de compte, les livres et documents comptables des sociétés auxiliaires étaient arrangés pour dissimuler les circonstances de fait dont la loi faisait découler des conséquences d'ordre fiscal. S'il n'en avait pas été ainsi, « the chief stumbling-block », consistant à dire que la *Barcelona Traction* n'avait ni domicile, ni représentant, ni agent en Espagne, n'aurait pas eu la moindre efficacité. Cette allégation n'avait pas de valeur en elle-même; elle n'en avait que parce que les documents que pouvait atteindre l'inspection fiscale ne permettaient pas d'établir la réalité des faits et parce que l'entreprise était bien décidée à rejeter toute demande d'information et à faire des déclarations ou affirmations manifestement inexactes.

Ainsi ont pu jouer en fait les mécanismes qui ont permis de dissimuler l'origine des revenus de la *Barcelona Traction*. La *Barcelona Traction* touchait les dividendes correspondant aux actions des sociétés auxiliaires espagnoles par l'intermédiaire d'*Ebro*; *Ebro* s'abstenait de déclarer que ces dividendes étaient encaissés au nom et pour le compte de la *Barcelona Traction*, dissimulation qui était couverte par le fait qu'il s'agissait d'actions au porteur. La dissimulation de ce fait ne présentait aucun risque; elle n'en présentait qu'au cas où les autorités fiscales auraient pu prouver de façon indubitable que la *Barcelona Traction* était le véritable titulaire des actions. Pour conjurer cette éventualité, l'entreprise utilisait systématiquement des hommes de paille et des sociétés de papier dès qu'il s'agissait de réaliser des actes pouvant faire apparaître le véritable propriétaire des actions (Section II, § 2 ci-dessus). Des exemples en ont été fournis, à savoir la création des sociétés auxiliaires *Ferrocarriles de Cataluña* en 1912, *Unión Eléctrica de Cataluña* en 1923, et *Saltos de Cataluna* en 1935; les achats et ventes d'actions et obligations des sociétés auxiliaires espagnoles; les soi-disant actionnaires présents aux assemblées générales des sociétés auxiliaires espagnoles; les certificats remis aux autorités fiscales espagnoles avec la liste des actionnaires présents aux assemblées générales des sociétés auxiliaires canadiennes *Ebro* et *Catalonian Land*, sur lesquelles la *Barcelona Traction* ne figurait pas en tant que détentrice d'actions, mais bien *National Trust*, sans que mention soit faite de sa qualité de *nominee* (A.D., annexe n° 6, documents n° 17 et n° 18). L'emploi d'hommes de paille, de *nominees* non avoués, de sociétés de papier ou de représentants secrets empêchait effectivement l'Administration espagnole, à travers les susdites transactions, de pouvoir établir de façon formelle l'irrégularité inhérente au fait que la *Barcelona Traction* n'est jamais apparue comme propriétaire des actions et touchant des dividendes versés par des sociétés opérant en Espagne.

L'entreprise a eu recours à des mécanismes semblables en ce qui concerne les obligations d'*Ebro*. Les intérêts ont été perçus par la *Barcelona Traction* pendant un certain temps

par l'intermédiaire du compte courant avec l'*International Utilities* (Annexe au *Contre-mémoire*, vol. IV, p. 317). Les dispositions relatives au contrôle des changes établies en 1931 ayant rendu les transferts de fonds difficiles, le mécanisme a été modifié, mais son trait essentiel, à savoir le fait que le nom de la *Barcelona Traction* ne devait jamais apparaître, a subsisté (Annexe au *Contre-mémoire*, vol. IV, p. 378). Le procédé a essentiellement consisté à présenter les coupons au nom d'*International Utilities* ou de *Sidro* par l'intermédiaire de la succursale d'une banque canadienne à Barcelone et à en faire protester par-devant notaire leur défaut de paiement (Annexe au *Contre-mémoire*, vol. IV, pp. 395, 396, 397, 398, 399, 400, 427, 507, 517, 536, 555).

152. Il convient de souligner au sujet des obligations d'*Ebro* que l'Inspection fiscale a cherché à connaître les documents relatifs à leur création et à leur émission, ces documents devant normalement faire connaître le nom de leur propriétaire. Une première demande a été présentée à cet égard le 18 novembre 1927 (Annexes au *Contre-mémoire*, vol. IV, p. 36, N° 12). (Annexe à la *Duplique*, annexe N° 12). Elle a été renouvelée le 20 décembre de la même année. Le représentant de l'entreprise s'est refusé à admettre que cette demande pouvait être appropriée et aucune suite n'a été donnée, en fait, à celle-ci. L'Inspection fiscale a présenté le 21 décembre 1931 une nouvelle requête demandant qu'on lui présente les documents justificatifs de l'émission, la cession et l'augmentation du taux d'intérêt des 9.500.000 livres sterling en obligations *General Mortgage* (Annexe à la *Duplique*, annexe N° 13). A la suite de cette seconde requête, l'entreprise a présenté les documents suivants: un extrait du procès-verbal de la réunion du conseil d'administration d'*Ebro* qui s'est tenue le 27 novembre 1926; une déclaration du secrétaire d'*Ebro* faite par-devant notaire à Toronto le 10 février 1932; une déclaration du secrétaire de *National Trust* faite par-devant notaire à Toronto le 10 février 1932; et un acte supplémentaire du *Trust Deed* du 20 novembre 1913, passé entre *Ebro* et *National Trust* le 29 novembre 1926 (Annexe à la *Duplique*, annexe N° 14).

Le Gouvernement espagnol attire spécialement l'attention de la Cour sur cette action de l'Administration fiscale espagnole, tendant aussi à démonter les mécanismes de fraude de la *Barcelona Traction*. Cet incident montre à lui seul quelle est la nature des mécanismes employés pour dissimuler les rapports véritables existant entre *Barcelona Traction* et *Ebro*. Il montre en outre la valeur réelle que pouvaient bien avoir les arguments du conseil belge lorsqu'il déclarait à la Cour au sujet de la dissimulation dont il s'agit « que quand vous aurez entendu mes explications vous conviendrez que ce qui est énorme, ce n'est pas la dissimulation de *Barcelona Traction* qui est inexistante, mais c'est l'audace de l'affirmation qui a été faite à ce sujet » (P.O., II, p. 356).

La Cour peut avant toute autre chose se rendre compte que les documents présentés en 1932 ne font en quoi que ce soit mention du nom de *Barcelona Traction* ni comme vendeuse des actions de *Barcelonesa* à *Ebro* ni, ce qui est plus important en la matière qui retient notre attention, en tant que propriétaire des obligations *General Mortgage*. Mais ce n'est pas tout. L'attitude adoptée par l'entreprise ne s'est pas limitée à un simple silence. En effet: 1) on peut lire dans l'acte du 29 novembre 1926 que la totalité des obligations *General Mortgage* d'*Ebro* émises et en circulation étaient représentées par des certificats provisoires détenus par *National Trust* et que cette société détenait les susdites obligations pour une valeur de £9.500.000; 2) la déclaration faite par le secrétaire d'*Ebro* soutient que *National Trust* s'est refusée à se défaire des actions de *Barcelonesa* remises à titre de gage et à consentir leur vente tant qu'*Ebro* ne procéderait pas à une augmentation du taux d'intérêt des obligations *General Mortgage* de 5% à 6½% par an, obligations au sujet desquelles on dit que *National Trust* y « avait d'importants intérêts »; 3) la déclaration du

secrétaire de *National Trust* confirme le fait qu'elle n'aurait point consenti à la libération et à la vente des actions de *Barcelonesa* si elle « n'avait point reçu une compensation adéquate pour ce faire »; et qu'elle avait, « après certaines négociations », consenti à s'en défaire à la condition qu'*Ebro* augmente le taux d'intérêt des obligations *General Mortgage* que *National Trust* détenait à titre de gage pour une valeur de £9.500.000.

L'Inspection fiscale a reconnu, dans son rapport réglementaire (Annexe à la *Duplique*, annexe N° 15), aux documents présentés, la valeur « qu'il convient d'attribuer aux solennels signes extérieurs dont il sont entourés ». Elle a également signalé dans le même rapport que les certificats provisoires des obligations *General Mortgage* « se trouvent au pouvoir de la *National Trust Company*, et que celle-ci se considère comme détentrice desdites obligations ». La confiance accordée par l'autorité fiscale aux documents présentés a été immédiatement utilisée par l'entreprise pour combattre les propositions d'imposition. Ces propositions d'imposition consistaient à augmenter les profits obtenus par *Ebro* au cours des exercices allant de 1927 à 1930 du montant de l'augmentation de l'intérêt des obligations *General Mortgage*. L'inspection fiscale déclarait en effet dans son rapport que cette augmentation du taux d'intérêt ne constituait qu'un artifice destiné à permettre de tourner l'impôt dû en Espagne en faisant parvenir à *Barcelona Traction*, « par derrière l'épais tamis du financement et du contrôle », une rétribution sous la forme d'intérêts d'obligations. Les inspecteurs fiscaux ont allégué qu'*Ebro* et les autres sociétés opérant en Espagne étaient contrôlées par *Barcelona Traction* et ils ont invoqué à cet égard les Rapports de cette dernière société (Annexe à la *Duplique*, annexe N° 15).

153. Les actes d'opposition d'*Ebro* sont tous en date du 12 mai 1932 (Annexe à la *Duplique*, annexe N° 16). *Ebro* y rejette la possibilité que l'Inspection fiscale puisse faire découler ses propositions de taxation d'autre chose que de la comptabilité et des preuves qui lui ont été fournies, d'ailleurs sans que l'entreprise en ait été obligée. *Ebro* soutient, au sujet des renseignements consignés dans les Rapports de sociétés étrangères, « surtout lorsque ces Rapports figurent dans des brochures dont l'authenticité ne peut pas être garantie », qu'ils ne sauraient affecter l'entreprise. Mais il est surtout important de retenir ici les termes employés par *Ebro* pour combattre l'argument employé par l'Inspection fiscale, à savoir que l'on cherche à tourner le paiement des impôts dus en rétribuant le détenteur des actions sous la forme d'intérêts d'obligations :

C'est en cette matière que parviennent au plus haut point de gratuité les suppositions faites par l'Inspection. Nous disons qu'elles sont gratuites parce que la contradiction qu'elles représentent ressort du rapport lui-même. Il y est dit au début que *Barcelona Traction Light and Power Company Limited* contrôle *Riegos y Fuerza del Ebro, S. A.* et en est, par conséquent, la détentrice des actions, alors qu'il est dit à la fin du même rapport que les obligations de *Riegos y Fuerza del Ebro, S. A.* se trouvent au pouvoir de *National Trust Company, Ltd.* et que celle-ci en est considérée comme la détentrice. Il est donc impossible que la soi-disant détentrice des actions puisse bénéficier des intérêts versés au soi-disant détenteur des obligations, les deux détenteurs constituant des personnes distinctes.

Les actes dans lesquels figurent ces allégations sont signés par M. Puig Doménech, chef du Département juridique d'*Ebro*, qui a fait en 1949 devant le juge d'instruction de Barcelone la déclaration rapportée plus haut (Section II, N° 58). Les efforts déployés par le fisc espagnol pour parvenir à faire payer par *Barcelona Traction* les impôts qu'elle devait légalement en Espagne ont été neutralisés avec succès grâce à la dissimulation du fait, derrière le voile du *nominee* et du *pledgee*, que *Barcelona Traction* possédait toutes les actions et toutes les obligations d'*Ebro*.

Il convient enfin de résumer la façon dont on mit en œuvre les mécanismes de dissimulation pour cacher le fait que la *Barcelona Traction* était bénéficiaire des intérêts payés par *Ebro* au titre de la dette en compte courant. Au cours de la période qui a précédé la réforme fiscale de 1920, le moyen utilisé a consisté à ne pas présenter au fisc le bilan et le compte de profits et pertes d'*Ebro*, ainsi qu'à faire figurer la dette dans la comptabilité de Barcelone jusqu'en 1918 sous le titre vide de sens de « Bureau de Londres »; à partir de 1918, ce titre a été réservé aux avances antérieures au 15 juin 1915 et un nouveau compte est apparu intitulé *Barcelona Traction*, qui a été réservé aux avances postérieures à cette date. Ce simple expédient consistant à tenir une comptabilité « locale » artificielle a perdu toute efficacité à partir du moment où la réforme fiscale de 1920 a rendu obligatoire la présentation du bilan « mondial » d'*Ebro*. C'est pour contrecarrer les effets de cette loi que l'on a procédé en juin 1922 à la création d'une autre société fantoche, *International Utilities*, société au nom de laquelle on a porté les dettes en compte courant des sociétés auxiliaires opérant en Espagne. Le Gouvernement belge explique qu'en 1920 « il était apparu conseillable en premier lieu que la *Barcelona Traction* n'apparaisse plus comme créancière dans les livres de la succursale de l'*Ebro* en Espagne » (Annexe à la *Réplique*, vol. II, p. 367); il assure également que « des considérations fiscales ont été à la base de la création d'*International Utilities*, mais elles étaient exemptes de toute intention de fraude » (Annexe à la *Réplique*, vol. I, p. 293). Une telle affirmation est en contradiction avec les résultats obtenus par la création d'*International Utilities*. En dissimulant la dépendance d'*International Utilities*, on a dissimulé le fait que la *Barcelona Traction* avait toujours été le bénéficiaire réel des intérêts du compte-courant. *Ebro*, de son côté, a fait usage de ces intérêts en tant que charges déductibles de l'impôt sur le revenu en Espagne. Etant donné qu'*International Utilities* est intervenue dans toutes les transactions ci-dessus indiquées, cette société fantoche est en fait devenue le véhicule essentiel des fraudes réalisées en Espagne.

L'on vient de rappeler une fois de plus les éléments qui prouvent le fait que la *Barcelona Traction* a éludé des impôts légalement exigibles en Espagne au moyen d'une action systématique de dissimulation des circonstances de fait qui, selon la loi, présentaient une importance au point de vue fiscal. Il a également été à nouveau rapporté que la dissimulation a principalement eu trait aux rapports existant entre la *Barcelona Traction* et les sociétés auxiliaires opérant en Espagne; ces rapports apparaissent parfois camouflés sous le couvert de sociétés fantoches ou d'hommes de paille, d'autres fois sous les titres formels de *nominees* et de *pledgees*. Les livres et documents comptables mis à la disposition de l'Administration espagnole constituent un fidèle reflet de la dissimulation de la réalité des faits qui a été réalisée. En outre, l'entreprise n'a pas hésité, pour combattre les présomptions établies par l'Inspection fiscale, à faire, devant les instances espagnoles compétentes et même devant la plus haute autorité judiciaire, des déclarations manifestement inexactes, à apporter des documents déformant les faits présentant une importance fiscale et à rejeter les documents publics de la *Barcelona Traction* comme ne présentant aucune garantie. Seule une volonté manifeste de déformation des faits peut avoir amené le Gouvernement belge à affirmer à nouveau dans la *Réplique* que les instances espagnoles compétentes ont eu pleine connaissance des faits se rapportant à la situation fiscale de *Barcelona Traction* et que chaque fois elles ont écarté les accusations que le Gouvernement espagnol persiste à réitérer devant la Cour (*Réplique*, V, N° 326, p. 225)¹.

¹ A propos des déformations relevées dans la *Réplique*, concernant les questions fiscales et financières, cf. A.D., N° 1, B.

CHAPITRE II

**L'attitude des autorités non judiciaires
et la thèse du «complot»**

SECTION I

LA QUESTION DES DEVISES ET L'ÉCHEC
DU PLAN D'ARRANGEMENT

§ 1 : LES DONNÉES DU PROBLÈME

154. L'une des accusations que le Gouvernement belge porte contre les autorités non judiciaires est d'avoir fourni aux obligataires un prétexte leur permettant d'obtenir la déclaration de faillite. Le Gouvernement belge a rouvert par là devant la Cour le débat sur les décisions administratives concernant les devises ainsi que le Plan d'arrangement, débat qui, dans l'ordre international, pouvait être considéré comme clos par les travaux de la Commission d'experts et la déclaration subséquente faite conjointement par les Gouvernements britannique, canadien et espagnol le 11 juin 1951 (A.C.M., VI, p. 5).

Le Gouvernement belge aurait dû démontrer que la Cour doit écarter la présomption de régularité qui couvre, d'une part, les décisions des autorités espagnoles relatives aux demandes de devises et au Plan d'arrangement de *Barcelona Traction*, d'autre part les constatations des Administrations britannique, canadienne et espagnole contenues dans la déclaration conjointe des trois Gouvernements, en date du 11 juin 1951.

En ce qui concerne les décisions administratives formellement incriminées par le Gouvernement belge, une remarque préalable s'impose. La *Réplique* fait grief au *Contre-mémoire* d'ignorer les thèses très claires soutenues par ce même Gouvernement (R., V, N° 367, p. 266) et s'étonne que la partie défenderesse ait du mal à les comprendre puisqu'elles partent d'une « nette distinction entre les difficultés objectives auxquelles la *Barcelona Traction* s'était heurtée, et la part que March et les autorités gouvernementales avaient prise à leur exploitation » (R., N° 368, p. 267). Le Gouvernement belge, en effet, a affirmé que « c'est à tort que le Gouvernement espagnol range, au nombre des décisions incriminées, les refus de devises de l'Institut espagnol de Monnaie étrangère; le Gouvernement belge a clairement déclaré dans son *Mémoire* (I, p. 174, § 355) que ces refus pouvaient avoir été causés jusqu'en 1945 par la pénurie de devises en Espagne » (O.C., I, N° 313, p. 264). La *Réplique* étend généreusement la disculpation au rejet par le ministre M. Suanzes des deux premiers modes de financement du Plan d'arrangement (à savoir celui de novembre 1945 et celui de juin 1946), car ces deux projets comportaient un sacrifice immédiat de devises de la part de l'Espagne, et ne retiennent plus que le grief fondé sur le refus opposé au troisième mode de financement (R., N° 437, p. 302).

Le Gouvernement espagnol n'a que faire de la disculpation que le Gouvernement belge veut tirer de la pénurie de devises. Le Gouvernement belge, en revanche, a besoin de la théorie de la pénurie de devises pour fonder les accusations qu'il formule contre le

Gouvernement espagnol. Si la théorie de la pénurie de devises que soutient le Gouvernement belge n'est pas exacte, la prétendue « force majeure » qui aurait causé la cessation des paiements de *Barcelona Traction* s'évanouit et avec elle s'évanouit aussi ce que ce Gouvernement qualifie de « peut-être le plus grave déni de justice commis par les tribunaux espagnols » (R., par. 495, p. 349; par. 497, p. 351). Le Plan d'arrangement à son tour apparaît alors sous un jour totalement différent de celui sous lequel *Barcelona Traction* l'a présenté à ses obligataires en 1945 et sous lequel le Gouvernement belge le présente maintenant à la Cour. Enfin, si la théorie de la pénurie de devises n'est pas exacte, la « nette distinction » que le Gouvernement belge entend établir entre les refus opposés par le ministre Suanzes aux deux premiers modes de financement du Plan d'arrangement et le refus opposé à la troisième modalité disparaît, ce qui signifie que la distinction entre les refus imputés à des soi-disant difficultés objectives et le refus imputé à une prétendue hostilité et à un prétendu parti pris d'hispaniser l'entreprise s'évanouit elle aussi.

La thèse du Gouvernement belge selon laquelle les refus de devises opposés à la *Barcelona Traction* pendant la période 1940-1944 et lors des deux premières modalités de financement du Plan d'arrangement auraient été fondés sur des difficultés objectives découlant de la pénurie de devises existant alors en Espagne, se heurte à deux objections décisives.

Le première, c'est que *Barcelona Traction* s'est en réalité abstenue volontairement, entre 1940 et 1944, de présenter toute demande de devises selon les règles en vigueur, en vue d'assurer le service financier des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage*; c'est en 1945, lorsque le plan d'arrangement a été présenté à l'Administration espagnole, que *Barcelona Traction* a soulevé pour la première fois le problème des engagements qui pourraient découler pour l'économie espagnole des obligations émises par la *Barcelona Traction* à l'étranger.

La seconde, c'est que les autorités espagnoles n'ont jamais reconnu aux charges financières d'*Ebro* le caractère d'une dette extérieure espagnole: or ce n'est qu'une fois acquise une telle reconnaissance que le règlement desdites charges peut se heurter à une suspension provoquée par la pénurie de devises.

En réalité — comme le Gouvernement espagnol l'a établi dans le *Contre-mémoire* — la thèse d'un refus fondé sur la pénurie de devises est destinée à permettre au Gouvernement belge d'étayer son argumentation fondamentale selon laquelle c'est un cas de force majeure — et non sa propre conduite — qui aurait conduit *Barcelona Traction* à la cessation des paiements; elle constitue ainsi un élément essentiel de l'ensemble de l'argumentation belge. Le malheur pour le Gouvernement belge est que cette thèse ne repose sur aucune donnée de fait exacte. Tout en se permettant de renvoyer à ce sujet aux explications qu'il a fournies dans le *Contre-mémoire*, le Gouvernement espagnol voudrait faire ici quelques remarques à propos des explications que la *Réplique* a tenté de donner sur ce problème (p. 263 et ss.).

§ 2: LES EXPLICATIONS DE LA RÉPLIQUE SUR L'ABSENCE D'UNE DEMANDE DE DEVICES EN VUE D'ASSURER LE SERVICE DES OBLIGATIONS DE « BARCELONA TRACTION »

155. La thèse du *Contre-mémoire*, au sujet des obligations en livres sterling de *Barcelona Traction*, est qu'il est inexact d'imputer à la pénurie de devises le défaut de

paiement de leur service financier puisque, comme le Gouvernement belge l'admet maintenant de façon explicite (R., V, N° 364, p. 264, et N° 366, p. 266), aucune demande en ce sens n'a jamais été faite. En effet :

« a) La *Barcelona Traction* elle-même n'a jamais sollicité l'autorisation d'obtenir des devises pour le service de ses obligations en livres ;

« b) Lorsqu'*Ebro* a demandé des devises, elle n'a jamais précisé que c'était pour transférer à *Barcelona Traction* les fonds requis pour le service des obligations en livres de cette dernière société » (C.M., IV, Chap. II, N° 58, p. 160).

Les administrateurs de *Barcelona Traction* savaient que la société se trouvait dans une situation critique (C.M., Chap. II, N° 1-7, pp. 147-148). Leur devoir d'administrateurs était d'essayer de porter remède à cette situation. D'après le Gouvernement belge, devant « l'impossibilité de laisser se prolonger indéfiniment la suspension du service des obligations en livres sterling » (M., I, N° 52, p. 29), ils s'évertuèrent à élaborer et mettre en œuvre un plan tendant à désintéresser les créanciers en amputant fortement leurs droits (Plan d'arrangement de 1945). Par contre, les administrateurs de *Barcelona Traction* se sont abstenus, pour reprendre le service des obligations en livres sterling, de se prévaloir de l'accord hispano-britannique de paiements du 18 mars 1940, accord qui offrait de réelles possibilités d'obtenir des livres sterling pour effecture des transferts financiers (C.M., N° 33-42, pp. 154-156). Or, quand une demande était présentée sur la base de l'article 6 dudit accord, les autorités monétaires espagnoles étaient en mesure d'autoriser le paiement de charges financières en livres sterling. Le service des créances en livres sterling pesant sur l'économie espagnole était bien entendu soumis au rythme qu'imposaient les disponibilités du compte espagnol en livres sterling. Il convient de souligner que ces disponibilités furent suffisantes pour assurer les paiements courants et pour liquider les arriérés engendrés par la guerre civile, arriérés dont il ne restait presque rien à payer, un peu plus de cinq ans après l'entrée en vigueur de l'accord de paiements hispano-britannique.

Les termes de l'accord de paiements hispano-britannique de 1940 et les résultats de son fonctionnement jusqu'en 1945 constituent, en somme, une objection de principe à l'allégation selon laquelle la suspension du service des obligations en livres sterling de *Barcelona Traction* aurait pour seule cause la pénurie de devises qui sévissait en Espagne. Cette allégation constitue une représentation faussée des faits, puisque les administrateurs de *Barcelona Traction* se sont délibérément abstenus de présenter une demande qui leur aurait permis de reprendre le service financier des obligations en livres sterling, tandis qu'ils déployaient tous leurs efforts pour mettre en œuvre un plan qu'ils entendaient justifier aux yeux des créanciers par une prétendue impossibilité de transférer hors d'Espagne des fonds en livres nonobstant les demandes qui auraient soi-disant été présentées.

156. Le Gouvernement belge, qui feint de trouver « incompréhensible » et « réellement surprenante » l'argumentation du *Contre-mémoire* (R., N° 364, p. 264. et N° 365, p. 265), s'emploie, dans sa *Réplique*, à introduire la plus grande confusion possible dans un problème qui est simple en lui-même. Tout d'abord, il soutient que l'objection de principe opposée par le *Contre-mémoire* à la théorie de la pénurie de devises s'explique par une compréhension insuffisante de la position du Gouvernement belge en ce qui concerne les causes de l'interruption du service financier des obligations en livres sterling de *Barcelona Traction*. A ce sujet, il convient de retenir les deux passages suivants de la *Réplique* :

« 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» (R., V, N° 364, p. 265).

« 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 » (R., N° 368, p. 267).

Le Gouvernement espagnol aurait accueilli ces précisions avec satisfaction si elles avaient conduit à l'abandon de la thèse belge consistant à rattacher directement la force majeure découlant de la pénurie de devises à la suspension du service des intérêts des obligations en livres sterling de *Barcelona Traction*. Or il est évident que, dès la première page de l'introduction, la *Réplique* affirme que l'interruption du service des emprunts en livres sterling de *Barcelona Traction* fut « provoquée par la guerre civile, et prolongée par la pénurie de devises qui suivit la fin du conflit » (R., N° I, p. I). En outre, la thèse de la force majeure indirecte n'ôte rien de sa valeur à l'objection de principe opposée par le *Contre-mémoire* à la théorie de la pénurie de devises; elle remet au premier plan le problème des structures de l'entreprise et des mécanismes de connexion entre *Barcelona Traction* et *Ebro*.

157. La *Réplique* soutient que les demandes de transfert furent présentées par *Ebro* et « qu'il ne pouvait en être autrement », c'est-à-dire que *Barcelona Traction* ne pouvait les présenter elle-même (R., N° 365, p. 265); elle ajoute que les demandes de devises présentées par *Ebro* devaient répondre à « ses propres besoins financiers, et non [à] ceux d'une société tierce », c'est-à-dire à ceux de *Barcelona Traction* (R., N° 366, p. 266)¹. Enfin, la *Réplique* prétend qu'en invoquant ses propres dettes comme justification de ses demandes de devises, *Ebro* pouvait « à juste titre » s'abstenir d'indiquer le nom de ses créanciers (c'est-à-dire celui de *Barcelona Traction*) « dont la société pouvait parfaitement ignorer l'identité » (A.R., N° 80, par. 7, p. 414)²; elle soutient, sans aucun fondement, que « l'I.E.M.E. n'avait pas à connaître la *Barcelona Traction* dont les arrangements financiers avec l'*Ebro* ne le regardaient pas » (R., N° 365, p. 266).

Dans les développements qui suivent, le Gouvernement espagnol se propose de montrer, tout d'abord, que *Barcelona Traction* disposait de procédures efficaces pour obtenir, si elle l'avait voulu, les devises nécessaires au paiement de ses obligations dans le cadre de l'accord de paiements hispano-britannique de 1940. Il réfutera ensuite la thèse avancée par la *Réplique* selon laquelle « l'existence d'accords de clearing avec certains pays ... conduit à une conclusion exactement inverse de celle que le Gouvernement espagnol voudrait en tirer » (R., N° 395, p. 280).

¹ Les demandes présentées par *Ebro* tendaient, en effet, à mettre cette société en mesure d'assurer le paiement des intérêts de ses « Obligations hypothécaires 6½ % », de ses « Obligations Rente 6½ % », de régler les intérêts et commissions et de réduire le solde de la dette dite « Compte courant avec *International Utilities Finance Corporation Ltd.* » (C.M., IV, Chap. II, N° 46-49, pp. 157-158).

² Les demandes d'*Ebro* ne souffrent mot du fait que le bénéficiaire unique des paiements était *Barcelona Traction* et que, par conséquent, l'objet desdites demandes était de transférer des fonds à cette société qui se trouvait dans une situation critique par suite de la suspension de paiements affectant ses obligations *Prior Lien* et *First Mortgage*.

A. *Les facultés offertes par l'accord de paiements hispano-britannique*

158. La *Réplique* prétend démontrer que les demandes auraient été présentées comme elles devaient l'être « et qu'il ne pouvait en être autrement » (R., V, N° 365, p. 265). Cette affirmation est inexacte: on le montrera en rappelant les deux méthodes qui auraient permis aux administrateurs de *Barcelona Traction*, entre 1940 et 1945, de réclamer utilement le bénéfice de l'accord de paiements hispano-britannique.

Une première modalité aurait consisté à faire présenter les demandes de devises par *Ebro*, qui aurait allégué ses propres charges financières, mais en rattachant explicitement celles-ci à la situation critique dans laquelle se trouvait *Barcelona Traction*. Le lien de rattachement aurait été automatiquement établi si *Ebro* avait révélé aux autorités monétaires espagnoles que *Barcelona Traction* était l'unique bénéficiaire des transferts de fonds et que ces transferts avaient pour objet de permettre à cette société d'assurer le service courant et les paiements arriérés des obligations en livres sterling qui avaient été émises et circulaient, pour une bonne part, en Grande-Bretagne. Ainsi l'entreprise de la *Barcelona Traction* aurait-elle eu une chance de voir inclure ses demandes de devises dans les cessions pour transferts financiers qui furent progressivement effectuées entre 1940 et 1945 par application de l'article 6 de l'accord de paiements hispano-britannique, aussi bien parce qu'il s'agissait d'apporter une solution à la situation d'obligations libellées en livres sterling qu'en raison du territoire où elles avaient été émises et où elles circulaient, pour la plus part d'entre elles ¹.

159. Le *Contre-mémoire* (C.M., IV, Chap. II, N° 49, p. 158), a appelé l'attention de la Cour sur le fait que les administrateurs de *Barcelona Traction* avaient en 1940 rejeté cette méthode en vertu d'une décision mûrement réfléchie et non par simple routine administrative. Persister en 1940 dans la conduite suivie pendant la période 1931-1936 était chose risquée car la société se trouvait dans des circonstances critiques du fait que depuis 1936 le service des obligations de *Barcelona Traction* était effectivement suspendu. Aussi le *Contre-mémoire* considérait-il qu'il était fort compréhensible que l'avocat même de la société, qui était chargé des relations avec l'*Instituto de Moneda Extranjera*, ait estimé que dans la première demande qui allait être formulée, *Ebro* devait « rattacher la demande de livres sterling au paiement de ces livres sterling à la *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd.*, pour la raison qu'il pensait que, autrement, nous n'obtiendrions pas les devises » ². Cet avis fut rejeté pour des raisons qui se trouvent résumées dans les termes suivants:

« Nous avons répondu que nous considérons en tout cas aléatoire l'octroi des devises, et que l'*Ebro* n'ayant aucune raison de savoir qui sont les obligataires, une déclaration selon laquelle toutes les obligations se trouveraient entre les mains de la *Traction Company* irait à l'encontre de la *position que nous avons maintenue avec succès des années durant*, à

¹ D'après la déclaration faite par le secrétaire de *Barcelona Traction* devant la Cour Suprême d'Ontario, la quasi-totalité des obligations *Prior Lien*, inscrites et non inscrites, et près de 45% des obligations *First Mortgage* étaient la propriété de détenteurs résidant en Grande-Bretagne (A.C.M., vol. II, p. 389).

² L'invocation de l'article 6 de l'accord de paiements hispano-britannique avait en outre été recommandée par M. Hubbard qui de Londres avait envoyé des télégrammes en ce sens les 28 et 29 mars 1940 (A.D., N° 17).

savoir qu'il n'existe aucune connexion entre les deux sociétés et que la Traction Company ne mène pas des activités en Espagne »¹.

Les documents font donc connaître non seulement les motifs de la recommandation formulée par l'avocat espagnol de *Barcelona Traction*, mais aussi les motifs pour lesquels cette recommandation ne fut pas suivie. Les commentaires de la *Réplique* à l'égard de ces derniers motifs méritent de retenir l'attention. La *Réplique* prétend, en premier lieu, que l'opinion de l'avocat espagnol de *Barcelona Traction* était « qu'il y avait non pas nécessité, mais intérêt [c'est nous qui composons en italiques] à indiquer dans la requête de l'I.E.M.E. que le paiement des coupons des obligations *General Mortgage Bonds* irait à la *Barcelona Traction* » (A.R., N° 80, vol. II, p. 414.); elle ajoute que le conseiller juridique d'*Ebro* avait fait observer « à juste titre » que la demande de devises « ne réclamait pas l'indication du nom des obligataires, dont la société pouvait parfaitement ignorer l'identité » (A.R., *loc. cit.*); enfin, le Gouvernement belge poursuit :

« Pour le surplus, il est vrai que le conseiller juridique de l'*Ebro* exprima sa répugnance à faire savoir que toutes les obligations émises par l'*Ebro* avaient été souscrites par la *Barcelona Traction*, en donnant pour motif (...) que cela tendrait à détruire la position maintenue avec succès depuis plusieurs années, à savoir qu'il n'y a pas de connexion entre les deux sociétés et que *Barcelona Traction* n'opère pas en Espagne ». Mais ceci indique seulement le désir qu'avait M. Strang d'éviter tout ce qui, sans nécessité, pourrait fournir un prétexte au fisc espagnol pour renouveler la tentative faite en 1931-1932 de taxer la *Barcelona Traction* en Espagne, tentative qui était restée lettre morte après le rapport de l'inspecteur Canosa » (A.R., *loc. cit.*)².

Le Gouvernement espagnol prend acte avec satisfaction des aveux que contiennent les passages de la *Réplique*, à savoir : que si les dirigeants de l'entreprise se sont abstenus de faire mention des besoins financiers de *Barcelona Traction* lorsqu'ils ont présenté leurs demandes de devises à l'I.E.M.E., ce fut pour éviter que le fisc espagnol eût un prétexte pour tenter à nouveau d'assujettir *Barcelona Traction* au paiement des impôts; que ces dirigeants considéraient que la société fournirait au fisc ledit prétexte, si les demandes de devises reconnaissaient que *Barcelona Traction* était la bénéficiaire réelle des charges financières d'*Ebro*, car un tel aveu risquerait de détruire la position adoptée avec succès pendant de nombreuses années, position qui consistait à faire croire qu'il n'y avait pas de relation entre les deux sociétés et que *Barcelona Traction* n'opérait pas en Espagne³.

160. Il n'est guère étonnant, dans ces conditions, que les administrateurs de *Barcelona Traction* n'aient pas songé à recourir à la seconde modalité qui s'offrait à eux pour formuler des demandes de devises en se réclamant de l'accord de paiements hispano-bri-

¹ Cette traduction française de la lettre de M. Strang du 25 avril 1940, reproduite dans le *Contre-mémoire* (IV, Chap. II, N° 49, p. 158), est accompagnée de la transcription de l'original en langue anglaise dans une note de bas de page. Lorsque ce dernier texte dit « would tend to destroy », la traduction française dit « irait à l'encontre ». A propos des questions traitées au Chapitre I, section V, paragraphe 3 du *Contre-mémoire* (N° 130, p. 87), il est fait usage de la traduction d'un fragment de ce même texte effectuée par le traducteur chargé de ce chapitre qui, pour « would tend to destroy », a traduit en français « nous risquerions de porter un coup fatal ». Le Gouvernement belge, qui rejette expressément cette dernière traduction et tacitement la première, suggère que l'on devrait traduire « tendrait à détruire » (A.R., vol. II, Annexe 80, p. 414). Le Gouvernement espagnol ne voit à cela aucun inconvénient mais se déclare incapable de découvrir l'importance que le Gouvernement belge peut bien attribuer à cette troisième traduction.

² C'est nous qui composons en italiques.

³ La *Réplique* prétend également, dans le passage que nous citons, que les dirigeants d'*Ebro* ne se faisaient aucune illusion sur le fait que les autorités espagnoles n'ignoraient point la réalité des faits. Sur la portée de cet argument, voir *supra*, N° 146 et ss.

tannique. Cette modalité consistait pour *Barcelona Traction* à demander, directement ou par l'intermédiaire d'*Ebro*, à l'autorité monétaire des livres sterling pour liquider les véritables charges extérieures de l'entreprise, charges qui découlaient des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage*. Il aurait fallu naturellement pour cela que la société renoncât à présenter, en justification des demandes de devises, les charges financières d'*Ebro* qui n'étaient qu'un mécanisme interne de l'entreprise elle-même. Il aurait fallu également que les administrateurs de *Barcelona Traction* décident de s'adresser à l'autorité monétaire du pays où l'entreprise se trouvait établie, dans les mêmes termes qu'ils s'étaient adressés aux obligataires et aux tribunaux canadiens à l'occasion du Plan d'arrangement de 1945 (C.M., IV, N° 212, p. 113).

Barcelona Traction aurait donc indiqué qu'elle était une société canadienne qui avait effectué en Espagne, par le canal, si l'on veut, de sociétés subsidiaires, des investissements directs de capitaux d'origine étrangère procurés par l'émission d'obligations en livres sterling, et qui ne disposait pas d'autres recettes que les profits en monnaie espagnole provenant desdits investissements. Cela revenait aussi à faire connaître à l'administration espagnole les rapports qui existaient entre l'entreprise d'Espagne et l'entreprise de l'étranger. Les dettes d'*Ebro*, y compris le compte de cette société avec *International Utilities*, auraient dû apparaître comme ce qu'elles étaient réellement, à savoir comme un mécanisme interne de l'entreprise servant à transférer les produits financiers à l'étranger. Les obligations *Prior Lien* et *First Mortgage* de *Barcelona Traction* seraient alors apparues comme le titre réel d'une éventuelle charge grevant l'économie espagnole. Cette seconde manière de demander des livres sterling sur la base de l'article 6 de l'accord de paiements hispano-britannique de 1940 exigeait évidemment, on le constate, que les administrateurs de *Barcelona Traction* modifient radicalement la conception qu'ils avaient de leurs rapports avec l'Administration espagnole et fassent connaître à celle-ci la situation telle qu'elle était : or c'est cette voie de vérité que les dirigeants de *Barcelona Traction* voulaient avant tout éviter.

161. On voudrait ajouter, pour terminer, que les administrateurs de *Barcelona Traction* connaissaient de longue date la situation dans laquelle se trouvait l'entreprise pour ce qui était des transferts de fonds à effectuer dans le cadre des mécanismes normaux établis par les accords de paiements bilatéraux. Le premier accord de paiements hispano-britannique avait en effet été signé le 6 janvier 1936 et, durant ce même mois, des négociations étaient en cours en vue de la conclusion d'un accord semblable avec le Canada. Les négociateurs représentant le Gouvernement canadien rejetèrent la demande des négociateurs espagnols — qui souhaitaient que le Canada prît en charge les transferts correspondant à la société canadienne *Ebro* — parce que, selon eux, seule une fraction minimale de ces transferts était applicable à des bénéficiaires canadiens; les autorités monétaires espagnoles demandèrent à l'entreprise des renseignements sur les pays de destination des transferts et, au vu de la réponse reçue, elles firent savoir à *Ebro* que les transferts devaient être effectués par le canal du compte établi dans le cadre de l'accord de paiements hispano-britannique. La réponse d'*Ebro* disait en effet :

« Les transferts de livres sterling reçus à Londres en provenance d'Espagne sont directement virés à la Bank of Scotland, et les sommes représentées y sont mises à la disposition des détenteurs de coupons des *General Mortgage Bonds* et des « *Income Bonds* » de *Riegos y Fuerza del Ebro*. C'est la Bank of Scotland, de Londres, par conséquent qui est la destinataire finale des envois de livres sterling, pour ce qui est de *Riegos y Fuerza del Ebro* » (A.D., N° 18).

Cette réponse avait fait l'objet d'une étude attentive de la part des administrateurs de *Barcelona Traction*. La raison déterminante du fait que l'on ne spécifia pas la destination finale des transferts fut d'éviter une enquête sur les transactions de *Barcelona Traction*. M. Hubbard résumait la chose à M. Spéciael, dans une lettre du 3 février 1936, de la façon suivante :

« It is most important to consider, so far as the *Ebro Company* is concerned, that the ultimate destination of the funds is the payment to the coupon holders from the funds at the Bank of Scotland and not what those coupon holders do with it which would mean an investigation of the transactions of the *Barcelona Traction Company*.

« I do not like the suggestion that we are making a complete study as to the domicile of the payments because, in the first place, we really ought to be in a position to answer that point without a study, and secondly it is probably advisable to indicate that the greater part of the funds remitted are dealt with through London. I consider we ought, as far as possible, to eliminate any suggestion as regards payment in Canada » (A.D., N° 19, document N° 2).

Les administrateurs de *Barcelona Traction* furent également informés, à cette époque, par M. Edward Peacock, de la Banque d'Angleterre, ancien président de la société, « that at a Committee Meeting in connection with the *Anglo-Spanish agreement* he had brought before them the situation of the *Barcelona* group with regard to exchange and that our rights are provided for in the Agreement » (A.D., N° 19). Les conversations qui eurent lieu alors avec les fonctionnaires britanniques en poste en Espagne leur permirent de confirmer, comme M. Lawton l'expliquait à M. Hubbard dans sa lettre du 18 avril 1936, que :

« ... if you could establish to the satisfaction of the British authorities in London that a certain proportion of your requirements for interests, etc., did go to ultimate beneficiaries resident in the united Kingdom, it is probable that an amount of exchange corresponding to this proportion as agreed upon with them would be entitled to come under the *Anglo-Spanish clearing arrangement* when the commercial requirements had been attended to » (A.D., N° 19, document N° 5).

Les administrateurs de *Barcelona Traction* savaient donc depuis 1936 qu'ils pouvaient obtenir des livres sterling pour le règlement d'obligations financières, grâce aux accords de paiements conclus entre l'Espagne et la Grande-Bretagne, dans la mesure où la demande invoquait les besoins du service des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage* de *Barcelona Traction* et le paiement d'autres obligations de l'entreprise dans ce pays. Mais donner cette justification à la demande de livres sterling équivalait à révéler aux autorités espagnoles la réalité de l'organisation, de la structure et des mécanismes juridiques de la société, et à devoir, en outre, régulariser la situation de la société à l'égard de l'administration espagnole dans les domaines monétaire et fiscal¹.

162. En conclusion, l'argument de la *Réplique* selon lequel les demandes de devises de la société *Barcelona Traction* ne pouvaient être formulées « autrement » que de la façon

¹ Les administrateurs de *Barcelona Traction* savaient dès lors que la situation était instable. Ainsi M. Spéciael, répondant à M. Hubbard, s'exprime :

« Je suis tout à fait d'accord avec votre façon de voir et notamment sur le projet de lettre à envoyer au Centro, tel que vous l'avez modifié. Moins nous dirons, mieux cela vaudra, mais comme vous le dites vous-même, il arrivera vraisemblablement un moment où nous serons obligés de donner quelques renseignements plus précis.

« Entretiens, nous aurons pu mieux étudier la question et nous rendre compte des possibilités de recevoir des fonds par l'un ou l'autre pays » (A.C.M., vol. V, p. 103).

dont les formula *Ebro* le 22 avril 1940, ne résiste pas à l'examen. Les circonstances de la formulation de la demande d'*Ebro* prouvent qu'en dernière analyse, pour les administrateurs de *Barcelona Traction*, la sauvegarde de la « toile de faussetés » qu'ils avaient tissée leur importait, en 1940, bien davantage que l'obtention des livres sterling nécessaires pour payer les intérêts dus aux obligataires *Prior Lien* et *First Mortgage*. L'action des administrateurs de *Barcelona Traction*, entre 1940 et 1945, n'a pas visé à chercher à reprendre le service des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage* en livres sterling; elle a visé à élaborer et à mettre en œuvre un plan d'arrangement et de réorganisation de l'entreprise qui permit d'éteindre les obligations en livres sterling de *Barcelona Traction* en les convertissant en obligations en pesetas d'*Ebro* sous prétexte qu'il était impossible de transférer des fonds hors d'Espagne à cause de la pénurie de devises dont souffrait ce pays. Ce n'est qu'après l'échec de ce plan qu'ils se souvinrent que les accords de paiements hispano-britanniques étaient le canal normal des transferts en cause, bien que leur recours nécessitât des explications satisfaisant les autorités monétaires britanniques et espagnoles. Toutefois, lors de la déclaration de faillite, cette tâche d'explication n'avait pas encore été entreprise.

*B. Les objections avancées par la Réplique contre la possibilité
qu'aurait eue Barcelona Traction d'obtenir des devises dans le cadre
d'un accord de paiements*

163. Après ce que l'on vient d'exposer, il serait à vrai dire superflu d'examiner les exemples que le Gouvernement belge invoque à l'appui de l'impossibilité dans laquelle se serait trouvée la *Barcelona Traction* de solliciter elle-même une allocation de devises (R., V, N° 365, p. 265). L'examen de ces exemples permettra cependant de saisir la logique très particulière à laquelle a recours la *Réplique*, le deuxième de ces exemples nous amenant au surplus à l'argument du Gouvernement belge selon lequel l'existence d'accords de paiements avec certains pays « conduit à une conclusion exactement inverse de celle que le Gouvernement espagnol voudrait en tirer » (R., N° 395, p. 280).

Le premier exemple a trait à une demande qu'adressa *Sofina* à l'*Instituto Español de Moneda Extranjera* en 1940 à propos des créances qu'elle possédait contre diverses sociétés espagnoles, dont *Ebro*. L'I.E.M.E. répondit « qu'il convient que chacune des sociétés débitrices nous adresse une demande appropriée en y joignant toutes les pièces justificatives à l'appui ». L'allégation de ce précédent par le Gouvernement belge se comprendrait si le *Contre-mémoire* avait prétendu que les créanciers de *Barcelona Traction*, c'est-à-dire les obligataires en livres sterling, s'étaient abstenus de demander à l'I.E.M.E. les livres sterling nécessaires pour régler les créances qu'ils possédaient contre la société. Or, ce n'est manifestement pas là l'argument que fait valoir le *Contre-mémoire*: ce que le Gouvernement espagnol a signalé, c'est que la société débitrice *Barcelona Traction* s'est, au sujet des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage*, abstenue de soumettre à l'I.E.M.E., soit elle-même, soit par l'intermédiaire d'*Ebro*, « une demande appropriée en joignant toutes les pièces justificatives à l'appui ».

La *Réplique* tire son second exemple d'un rapport de l'*Instituto Español de Moneda Extranjera* qui expose les raisons pour lesquelles la seconde modalité de financement du Plan d'arrangement de *Barcelona Traction* ne devait pas être acceptée. La *Réplique* tire argument de ce rapport en utilisant le procédé qui consiste à :

« ... épingler dès à présent, comme elucidant 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 » (R., N° 365, p. 266).

On peut constater que ce texte n'envisage absolument pas l'hypothèse d'un transfert en Grande-Bretagne pour le paiement des intérêts aux créanciers britanniques en raison des obligations *First Mortgage* et *Prior Lien*, hypothèse à laquelle se réfère le *Contre-mémoire*, mais celle d'un transfert des revenus d'Ebro au Canada. La raison en est que le rapport de l'*Instituto* part de la situation administrative créée par les administrateurs de l'entreprise lorsqu'ils demandaient des livres sterling pour satisfaire aux besoins financiers d'Ebro, c'est-à-dire pour transférer des fonds en faveur de bénéficiaires canadiens non identifiés, et s'abstenaient d'en demander pour le service des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage*, c'est-à-dire en faveur de bénéficiaires britanniques identifiables. Le premier argument de l'*Instituto*, qui est omis dans le passage que cite la *Réplique*, signale que, dans de telles conditions, le Plan d'arrangement ne constituait pour l'Espagne rien d'autre que « le retrait d'obligations émises par une société étrangère à l'étranger ». Le second argument de l'*Instituto* — celui qui est invoqué par la *Réplique* — insiste sur le fait que, dans une telle situation administrative, le transfert au Canada des revenus d'Ebro, société opérant en Espagne, devait se conformer aux règles en vigueur, qui ne sauraient être modifiées par les arrangements financiers qu'Ebro pouvait avoir conclus avec *Barcelona Traction* afin de mettre en œuvre le Plan d'arrangement de cette dernière société.

164. Ce deuxième exemple illustre la démarche du Gouvernement belge consistant à avancer un argument de repli ou de rechange pouvant remplacer la théorie de la pénurie de devises. Dans la section exposant les conclusions de la *Réplique* au sujet des causes des refus opposés pendant la période 1940-1945 aux demandes de devises de l'entreprise, on lit qu'Ebro n'a jamais reçu la moindre notification lui donnant à entendre que les refus « étaient dus à une autre cause que la pénurie de devises ou à l'absence d'un accord de 'clearing' entre l'Espagne et le Canada » (R., N° 398, p. 282)¹.

Les auteurs de la *Réplique*, dans ce passage, n'ont pas osé passer tout à fait sous silence la théorie de la pénurie de devises. Ils semblent s'être rendu compte que si cette théorie se révélait indéfendable, le vide créé dans les griefs formulés par le Gouvernement belge ne pourrait être comblé par l'explication nouvelle qui fonderait les refus de la période 1940-1944 sur le fait qu'il n'existait pas d'accord de paiements entre l'Espagne et le Canada. Il faudrait alors obligatoirement procéder à une révision complète desdits griefs par suite de la révision des thèses belges concernant les causes de la cessation des paiements de *Barcelona Traction*. Il est bien certain, en effet, que pour expliquer les refus de devises de la période 1940-1944, la non-existence d'un accord de paiements entre l'Espagne et le Canada ne pourra jamais remplacer la théorie de la pénurie de devises; le Gouvernement belge ne saurait abandonner cette théorie sans que tout l'échafaudage du déni de justice s'écroule de fond en comble (C.M., IV, Chap. II, N° 28, p. 153).

La *Réplique* prétend, on l'a vu, que l'existence d'accords de paiement avec certains pays « conduit à une conclusion exactement inverse de celle que le Gouvernement espagnol voudrait en tirer » (R., N° 395, p. 280). Le Gouvernement belge semble se proposer

¹ C'est nous qui composons en italiques.

de démontrer par cette affirmation que l'accord de paiements hispano-britannique de 1940, non seulement n'a pas fourni à *Barcelona Traction* une possibilité réelle d'obtenir des livres pour assurer le service des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage*, mais encore a éliminé toute possibilité d'obtenir des livres pour liquider les charges financières des dites obligations.

Le Gouvernement espagnol se doit avant tout d'appeler l'attention de la Cour sur la transformation que la *Réplique*, une fois de plus, fait subir, en le reprenant, à l'argument réel du *Contre-mémoire*. La *Réplique* assure qu'en mentionnant l'accord de paiement hispano-britannique « 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 » (R., V, N° 393, p. 279). La *Réplique* reprend ainsi l'argument selon lequel l'accord de paiements hispano-britannique offrait une possibilité réelle d'assurer le service des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage* de la *Barcelona Traction*, et le transforme en un argument que n'a pas énoncé le *Contre-mémoire*, selon lequel ledit accord aurait offert une possibilité d'assurer le service des dettes de l'*Ebro*.

Une fois l'argument transformé, le Gouvernement belge s'applique à démontrer qu'*Ebro* aurait tenté, mais sans succès, de tirer parti des possibilités offertes par l'accord de 1940 pour obtenir des livres sterling et que la nationalité canadienne d'*Ebro* aurait été, à cet égard, une raison déterminante du rejet des demandes de transferts (R., N° 394-395, pp. 279-281). Les documents commentés par la *Réplique* se rapportent en général à l'opinion professée par les autorités monétaires britanniques et espagnoles concernant la possibilité de faire entrer dans le cadre de l'accord de paiements hispano-britannique les charges financières correspondant aux dettes d'*Ebro*. Ces documents prouvent que les autorités britanniques et espagnoles s'accordaient à estimer que le service financier des fameuses dettes fictives d'*Ebro* ne pouvait entrer dans le cadre de l'accord de paiements signé par les deux pays. Ces documents, en revanche, ne peuvent établir que l'accord de paiements hispano-britannique excluait la possibilité d'obtenir, en vertu de son article 6, des livres sterling destinées à assurer le service des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage* de *Barcelona Traction*.

165. En tout état de cause, la question que soulève la *Réplique* mérite de retenir l'attention non seulement parce que le fait révèle une fois de plus les méthodes de raisonnement des auteurs de ce document, mais encore parce qu'il confirme la justesse de l'argumentation du *Contre-mémoire*. Le Gouvernement espagnol se félicite de pouvoir appeler l'attention sur ce point, et ce d'autant plus qu'il s'agit là de l'un des cas où le Gouvernement belge a jugé bon d'appuyer ses affirmations sur certaines preuves documentaires, ce que l'on ne saurait certes dire de toutes les affirmations qu'il énonce dans ses actes¹.

La *Réplique* belge joint en annexe deux lettres de M. Lawton à M. Hubbard, du 4 janvier 1941 et du 14 novembre 1944, ainsi qu'une lettre de M. Lawton à M. Spéciael, du 24 octobre 1946 (A.R., vol. II, Annexe 79, documents 1, 2 et 3, pp. 406-408). Ces trois lettres ont trait aux démarches qu'avait effectuées M. Lawton auprès des fonctionnaires

¹ Point n'est besoin de dire qu'ainsi qu'il arrive chaque fois qu'il fait cet effort inhabituel, le Gouvernement belge s'empresse d'avertir la Cour que « 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 » (R., N° 394, note 1, p. 280). Le fait que le choix de documents présentés par la *Réplique* belge confirme les conclusions du *Contre-mémoire* prouve une fois de plus que ledit *Contre-mémoire* est parvenu à rétablir, avec suffisamment de preuves à l'appui, la réalité des faits qui avait été déformée dans les actes belges antérieurs.

britanniques en poste en Espagne pour obtenir qu'ils donnent leur appui aux demandes de devises présentées par *Ebro* aux autorités espagnoles. D'après le Gouvernement belge :

« 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* » (R., N° 394, p. 280) ¹.

Le Gouvernement espagnol prie la Cour de bien vouloir se reporter au texte même des lettres que reproduit la *Réplique*. La lecture de ces lettres aboutit à des conclusions très différentes de celles que tire le Gouvernement belge dans ce passage de son acte. Le contenu de ces lettres peut être résumé comme suit :

1° En septembre 1940, alors que l'accord de paiements hispano-britannique du mois de mars précédent était effectivement entré en vigueur, M. Lawton eut une entrevue à l'Ambassade britannique avec M. Ellis Rees, du Trésor britannique, et lui expliqua quelle était « the position of our Company », ce qui veut dire, administrativement, qu'il lui fit connaître la position d'*Ebro* et les avatars subis par la demande de devises du 22 avril 1940. M. Rees énuméra, semble-t-il, une série de chiffres concernant les charges financières qu'il y avait alors lieu de liquider par recours à l'accord de paiements hispano-britannique. Etant donné que les disponibilités espagnoles en livres sterling devaient être intégralement absorbées par les obligations visées par l'accord, M. Rees déclara que, le voulaissent-elles, les autorités ne pourraient *délivrer de livres sterling à Ebro*. Il dit en outre à M. Lawton qu'il n'y avait aucune chance que la société pût obtenir des livres sterling au cours de 1940 et de 1941.

2° En novembre 1944, c'est-à-dire quatre ans après le jour où M. Lawton avait reçu les renseignements relatés ci-dessus, M. Weston, attaché financier à l'Ambassade britannique, exposa à M. Lawton que, grâce à l'accord de paiements, les arriérés espagnols en livres sterling engendrés par la guerre civile étaient liquidés progressivement de façon satisfaisante et qu'il estimait, quant à lui, que ces arriérés seraient complètement liquidés dans un délai de neuf mois, le paiement des obligations courantes étant parallèlement assuré. Dans l'intervalle, l'Espagne ne disposait pas de livres sterling « for cases such as ours », c'est-à-dire pour des cas comme celui d'*Ebro* et de ses « fameuses dettes fictives ». Une fois que les arriérés seraient liquidés totalement, mais pas plus tôt, M. Weston serait disposé à parler de l'affaire avec l'I.E.M.E. ; il convint avec M. Lawton « qu'il le reverrait une huitaine de mois quand celui-ci pourra lui faire connaître les chances de traiter l'affaire avec l'Instituto »².

3° Le 20 mars 1945, d'après la troisième lettre que le Gouvernement belge verse aux pièces, eut lieu l'entretien suivant de M. Lawton et de M. Weston sans que ce dernier, semble-t-il, acceptât encore d'effectuer une démarche quelconque auprès de l'Institut. Ce n'est que lorsque M. Weston fut rentré à Londres que M. Lawton déclare que l'attaché qui avait remplacé M. Weston à l'Ambassade avait accepté d'inscrire *Ebro* sur une liste de demandes de devises pour un montant de 10.000 livres sterling, autrement dit pour une

¹ C'est nous qui composons en italiques.

² « That I should see him again in about eight month's time when he would let me know the prospects of his taking up the matter with the Instituto. »

somme manifestement symbolique, étant donné le volume de la somme qu'*Ebro* avait demandée à l'Institut.

166. Pour conclure en ce qui concerne la gravité de la pénurie de devises, il suffira de dire que des lettres présentées par le Gouvernement belge il ressort que, d'après les fonctionnaires britanniques, cinq ans seulement de fonctionnement de l'accord de paiements hispano-britannique avaient suffi pour éponger de façon satisfaisante les arriérés espagnols en livres sterling engendrés par la guerre civile, en assurant parallèlement le service des obligations courantes (voir C.M., IV, Chap. II, N° 33, p. 154). Ces lettres ne confirment nullement les dires que la *Réplique* prétend fonder sur des prétendues conversations officielles qu'auraient eues sur *Ebro* les fonctionnaires espagnols et « leurs collègues britanniques et canadiens intervenant en faveur de cette société » (R., V, N° 394, p. 280); il ressort au contraire des lettres que les fonctionnaires britanniques ont rejeté, jusqu'après le 20 mars 1945, la demande que leur faisait M. Lawton, et que lorsqu'ils firent quelque chose de façon officielle, ils se bornèrent à inscrire symboliquement *Ebro* sur une liste de demandes d'autorisation de change.

Ladite documentation révèle que les dirigeants de l'entreprise *Barcelona Traction* ont effectué certaines démarches pour demander aux autorités britanniques d'appuyer les demandes de livres sterling présentées par *Ebro* sur la base de ses « fameuses dettes fictives ». Il se peut que ces démarches aient commencé avant l'entretien de M. Lawton et de M. Rees, en septembre 1940, et qu'elles se soient adressées non seulement aux fonctionnaires en poste en Espagne, mais aussi aux autorités britanniques de Londres. Le fait ressort de la lettre adressée par M. Lawton à M. Hubbard le 10 novembre 1939 (A.D., N° 20) dont une copie fut remise à M. Spéciael de Bruxelles; il est confirmé par les démarches effectuées par ce dernier auprès du Foreign Office, dont il est question dans la lettre du 14 novembre 1944 jointe à la *Réplique* (A.R., vol. II, p. 407). La première de ces lettres révèle que lorsque M. Lawton fut informé de la possible conclusion d'un nouvel accord de paiements entre l'Espagne et la Grande-Bretagne, il pensa qu'il fallait absolument y faire inclure des dispositions concernant les transferts de caractère financier; il concluait ainsi:

« Aussi proposerai-je que, si vous pouvez obtenir confirmation des renseignements que nous avons reçus, *to it soit mis en œuvre pour que toutes les influences sur lesquelles nous pouvons compter s'exercent sur les négociateurs britanniques afin que des dispositions adéquates soient prises en vue de sauvegarder nos intérêts*¹ »

La déclaration de *National Trust* jointe à la *Réplique* éclaire, de son côté, les démarches effectuées auprès des autorités canadiennes (A.R., N° 31, vol. I, p. 113). D'après *National Trust*, le Haut-Commissaire du Canada à Londres avait reçu pour instructions de prendre contact avec les autorités britanniques afin de négocier par leur intermédiaire un règlement général des dettes de l'Espagne envers le Canada. La fin recherchée était, semble-t-il, de parvenir à un règlement qui englobât les dettes strictement commerciales entre l'Espagne et le Canada et les besoins du service financier des obligations du groupe *Barcelona Traction*. Il ressort du contexte que les démarches en question ont été faites en fonction de l'hypothèse suivant laquelle « *Barcelona, a Canadian Company with Canadian residence, in order to service its bonds had to obtain payment on the indebtedness owing*

¹ « I should suggest therefore that if you are able to obtain confirmation of the information which we have received, *every endeavour should be made to bring whatever influence we possess to bear on the parties negotiating on the British side in order that adequate provision should be made for the protection of our interest* ».

to it by *Ebro*, also a Canadian Company and its main operating subsidiary in Spain ». On prétendait donc que les arrangements financiers entre le Canada et l'Espagne comprennent les transferts relatifs aux dettes d'*Ebro*. *National Trust* fait savoir que les autorités britanniques n'avaient pas accepté d'inclure les besoins financiers dans leurs négociations parce que l'importance de leur montant compromettrait les possibilités de parvenir à un arrangement et que seuls les transferts à des fins commerciales avaient été retenus. L'échec auquel ont abouti de telles démarches ne saurait surprendre si l'on tient compte qu'en 1936 les négociateurs canadiens de l'accord de paiements avec l'Espagne avaient déjà rejeté la possibilité de prendre à leur charge de transferts d'un tel volume, estimant qu'une fraction minime de ceux-ci était applicable à des bénéficiaires canadiens (*supra*, N° 161).

La déclaration de *National Trust* prouve elle aussi que les autorités britanniques n'étaient pas enclines à entreprendre des démarches auprès des autorités espagnoles pour appuyer les demandes de transferts correspondant aux dettes fictives d'*Ebro*.

En revanche, la documentation dont on dispose ne confirme pas, pour la période 1940-1945, une autre affirmation de la déclaration de *National Trust*, à savoir que les autorités britanniques auraient tenté d'obtenir, dans le cadre de l'accord de paiements hispano-britannique, des transferts directs de livres sterling au profit des obligataires britanniques de *Barcelona Traction* (A.R., vol. 1, p. 113). La déclaration de *National Trust* ne fait pas connaître la source d'où procède ce renseignement. Entre 1940 et 1945, les administrateurs de *Barcelona Traction* s'obstinèrent à ne rien vouloir savoir de la possibilité qui s'offrait à eux d'obtenir, en vertu de l'article 6 de l'accord de paiements hispano-britannique, des livres sterling pour le paiement des intérêts dus aux obligataires *Prior Lien* et *First Mortgage*. Ils s'obstinèrent à demander des livres sterling pour les charges financières d'*Ebro*, bien que les fonctionnaires britanniques leur eussent fait savoir, dès 1940, qu'ils n'avaient pas la moindre chance d'obtenir des transferts de cette façon. L'affirmation de *National Trust* donne à penser non seulement qu'il est possible qu'elle ait été mal informée à cet égard, mais encore que le trustee des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage* partageait la conviction que l'accord de paiements hispano-britannique offrait des possibilités réelles de transferts de livres sterling destinées à assurer le service financier desdites obligations.

167. La *Réplique* prétend, enfin, que non seulement on ne peut tirer aucun élément favorable à la thèse espagnole de l'existence d'un accord de paiements hispano-britannique, mais qu'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 » (R., N° 395, p. 281). Le Gouvernement espagnol suppose que le Gouvernement belge espère avoir formulé, ainsi par analogie, un argument propre à être opposé au raisonnement du *Contre-mémoire : Barcelona Traction*, de même qu'*Ebro*, est une société de nationalité canadienne; si cette circonstance était apparue aux autorités espagnoles comme une raison déterminante de rejeter les demandes de transfert d'*Ebro*, il en aurait été de même de toute demande qu'aurait pu présenter *Barcelona Traction* pour assurer le paiement des intérêts des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage*.

Si le Gouvernement belge entend soumettre cette prétendue analogie à la considération de la Cour, on serait en droit de se demander comment ont fonctionné, en leur temps, les accords de paiements que la Belgique avait signés avec d'autres pays. Ce fait est d'autant plus étrange que le Gouvernement belge déclarant que la nationalité de la société qui

demandait les devises, à savoir d'*Ebro*, fut le motif déterminant du refus de ces devises, ajoute qu'« 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 » (R., V, *loc. cit.*).

Le premier document dont il s'agit est le rapport mentionné ci-dessus du 3 juillet 1946, dans lequel l'I.E.M.E. exposait les raisons pour lesquelles il ne fallait pas accepter la seconde modalité de financement du Plan d'arrangement de *Barcelona Traction*. L'un des arguments de l'Instituto, on l'a vu, est que le transfert à l'étranger des produits des affaires exploitées en Espagne par des sociétés étrangères s'opérait en vertu d'accords conclus avec les pays créanciers respectifs; or, le transfert au Canada des produits d'*Ebro*, société canadienne opérant en Espagne, ne pouvait s'opérer de la sorte puisqu'il n'existait pas d'accord avec le Canada. Le Gouvernement belge ne peut ignorer que l'élément décisif n'est pas la nationalité de la société effectuant la demande de transfert, mais la résidence du bénéficiaire des transferts.

L'affirmation de la *Réplique* reviendrait à soutenir que l'on devrait rejeter, du fait de la nationalité de la société effectuant la demande, toutes les demandes émanant de sociétés de nationalité espagnole concernant le transfert de fonds destinés à payer des créanciers britanniques ou d'autres nationalités, même s'il existait des accords de paiement avec les pays respectifs. Pour ne pas sortir du cas de l'entreprise *Barcelona Traction* en Espagne, la société de nationalité espagnole *Energía Eléctrica de Cataluña* a pu effectuer, dans le cadre de l'accord de paiements avec la Suisse, des transferts de francs suisses pour payer les intérêts des obligations 5% qui circulaient dans ce pays. De même, des transferts de livres sterling pouvaient être faits, dans le cadre de l'accord de paiements hispano-britannique, pour payer les intérêts des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage* de *Barcelona Traction* qui circulaient dans la Grande-Bretagne, nonobstant la nationalité canadienne de cette société.

Le second document qui, d'après le Gouvernement belge, exprimerait le sentiment du Trésor britannique, fait lui aussi l'objet d'une dénaturation manifeste. La *Réplique* rapporte la déclaration suivante de M. Ellis Rees, haut fonctionnaire du Trésor en 1948: « C'est parce que la société était canadienne qu'il n'avait jamais été possible de lui appliquer le bénéfice de l'accord de paiements hispano-britannique et c'est pour cette raison que la société n'a pu obtenir le paiement des intérêts pour assurer le service de ses obligations, contrairement à ce qui s'est passé pour les sociétés britanniques qui, depuis 1940, avaient pu obtenir quelques transferts » (A.R., vol. II, p. 409). M. Rees a été absolument explicite, et il faut vraiment vouloir déformer les faits comme le font les auteurs de la *Réplique* pour tirer de cela la conclusion que « la nationalité canadienne d'*Ebro* » fut l'élément déterminant du refus de devises.

M. Rees, dans la déclaration précitée, parle de la condition canadienne de *Barcelona Traction* et non de celle d'*Ebro*. Du fait que *Barcelona Traction* était une société canadienne avec résidence au Canada, elle ne pouvait être bénéficiaire de transferts dans le cadre de l'accord de paiements hispano-britannique; c'est pourquoi elle n'a pu obtenir le paiement des intérêts qui lui étaient dus par la société *Ebro* et n'a pu assurer le service des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage*, contrairement aux sociétés britanniques possédant des créances en Espagne, lesquelles avaient bénéficié de transferts successifs à partir de 1940.

Ce document manifeste clairement, et le Gouvernement belge n'aurait pas dû feindre de l'ignorer, que l'élément décisif est la résidence du bénéficiaire des transferts et que M. Rees avait alors, pour cette raison, formulé une recommandation que le Gouvernement belge n'aurait pas non plus dû passer sous silence. M. Rees disait que le problème des transferts serait évidemment facilité si quelque arrangement financier établissait qu'« une partie des paiements en espèces devait être directement effectuée à Londres en livres sterling, au lieu d'être envoyée d'Espagne au Canada en dollars pour être ensuite convertie en livres sterling ». C'était une façon claire de recommander à *Barcelona Traction* de rectifier la façon dont elle traitait les transferts, puisque cette société a toujours eu la possibilité d'effectuer des transferts directs en livres sterling du fait qu'elle était tenue d'assurer le service financier des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage* et d'effectuer d'autres paiements en Grande-Bretagne.

Au surplus, la recommandation de M. Rees révèle que le Trésor britannique était disposé à accepter que les charges financières réelles de l'entreprise en livres sterling entrent dans le mécanisme des paiements hispano-britanniques. Il est certain également que les mêmes bonnes dispositions existaient du côté des autorités espagnoles, ainsi qu'il ressort des documents exposant la position adoptée par ces autorités lorsque leur fut soumis le Plan d'arrangement (*infra*, N° 193).

168. En conclusion, il est permis de constater que demeurent intactes les deux observations fondamentales du Gouvernement espagnol sur le problème des devises, à savoir, d'une part, que *Barcelona Traction* n'a jamais présenté, ni directement ni par l'intermédiaire d'*Ebro*, une demande de livres sterling tendant spécifiquement à rendre possible la reprise du service financier des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage* suspendu depuis 1936 et, d'autre part, qu'il existait d'amples disponibilités espagnoles de livres sterling qui pouvaient être réparties en application de l'accord de paiements hispano-britannique du 18 mars 1940. Aucune demande de devises n'ayant été faite, c'est déformer les faits que d'alléguer que la suspension du service des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage* de *Barcelona Traction* entre 1940 et 1945 a eu pour seule cause la force majeure découlant de la pénurie de devises sévissant alors en Espagne. Au surplus, il est établi que les administrateurs de *Barcelona Traction* décidèrent, en 1940, de ne pas faire usage de l'article 6 de l'accord de paiements hispano-britannique de 1940, parce que ceci les aurait contraints à révéler aux autorités espagnoles la structure et les mécanismes internes de l'entreprise et, par conséquent, à régulariser la situation de l'entreprise à l'égard des autorités monétaires et fiscales d'Espagne. Enfin, il est également établi que les autorités britanniques aussi bien que les autorités espagnoles montrèrent leurs bonnes dispositions pour examiner le problème des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage* dans le cadre des mécanismes de paiements établis entre les deux pays, à supposer que ce problème leur avait été formellement soumis par la société débitrice.

§ 3: LES EXPLICATIONS DE LA « RÉPLIQUE » SUR LES DEMANDES DE DEVISES DE L'« ÉBRO »

169. Il faut aborder maintenant l'examen des explications de la *Réplique* au sujet de la deuxième objection faite par le *Contre-mémoire* à la théorie de la pénurie de devises, objection qui concerne, cette fois, les demandes de devises de l'*Ebro* (l'énumération de ces demandes se trouve dans le C.-M., IV, Chap. II, N° 75, p. 165). Le Gouvernement belge attribue les refus auxquels se heurtent les demandes de l'*Ebro* à la pénurie de devises (M., I, N° 355, p. 174; O.C., I, N° 313, p. 264; P.O., II, pp. 365 et 367; R., V, N° 361, p. 263, N° 369,

p. 267, etc.). Or, aucune des décisions prises par l'autorité monétaire sur cette question ne vient étayer l'affirmation belge. Il est d'ailleurs satisfaisant de relever, dans quelques passages de la *Réplique*, des affirmations plus nuancées que celles si fréquemment utilisées auparavant dans les textes du Gouvernement belge. Ainsi, après avoir indiqué que « les deux seules décisions de rejet qui furent notifiées à la société requérante ne contenaient pas d'indication précise sur les motifs du refus » (R., V, N° 386, p. 276), la *Réplique* s'explique en ces termes : « 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) (R., N° 387, p. 276).

Cette concession de la *Réplique* constitue, il faut le noter en passant, un désaveu du conseil belge, qui avait prétendu, au cours des débats sur les exceptions, que les termes dans lesquels l'I.E.M.E. avait motivé la décision négative du 13 avril 1943 permettaient d'en déduire l'exactitude de la théorie de la pénurie de devises (P.O., II, pp. 366-367). Pour donner un fondement à cette prétention, le conseil belge s'accrocha ostensiblement aux mots « impossible pour le moment » que l'on trouve dans la décision mentionnée, ce qui provoqua une mise au point de la part du conseil du Gouvernement espagnol (P.O., III, p. 688). Le *Contre-mémoire* faisait remarquer à ce sujet qu'une expression identique se trouvait dans une autre décision de l'I.E.M.E., celle du 30 septembre 1944, relative aux demandes formulées par l'*Ebro* le 21 septembre 1944 (A.C.M., vol. VI, pp. 155 et 158), alors que l'une des opérations refusées n'affectait en rien les disponibilités espagnoles en devises ; si l'explication fondée sur la pénurie avait été valable, l'I.E.M.E. aurait dû au contraire accepter avec joie cette opération, car *Ebro* demandait l'autorisation d'annuler une partie du compte en dollars avec l'*International Utilities* au moyen des paiements déjà faits en pesetas et portés, par ordre exprès de l'autorité monétaire, sur un compte provisoire en pesetas (C.M., IV, Chap. II, N° 109 et 112, pp. 173-174).

170. Le Gouvernement belge ayant abandonné sa première tentative de prouver la théorie de la pénurie de devises, par la seule référence à un membre de phrase isolé dans les décisions de l'I.E.M.E., il est d'autant plus étonnant que la *Réplique* se réfère maintenant, dans ce même but, aux formules de politesse utilisées dans les lettres de l'I.E.M.E. ! La rédaction de ces lettres, selon le Gouvernement belge, ne s'accorderait pas avec l'explication admise par les experts anglais et canadien de la Commission internationale, parce qu'« on concevrait mal que lesdites 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 » (R., N° 392, p. 279). La Cour conviendra que cette nouvelle forme de « supputation des motifs des refus » ne manque pas de saveur.

La décision à l'égard des divers aspects d'une demande de devises était prise, entre 1940 et 1944, avec l'intervention de différents organes administratifs. L'I.E.M.E. détenait le pouvoir de décision concernant la répartition des devises entre les paiements dûment justifiés. Par contre, des questions pouvant se présenter au sujet de la reconnaissance des obligations de paiement en monnaie étrangère étaient soumises par l'I.E.M.E. à l'appréciation des organismes consultatifs compétents en la matière. Les demandes présentées par l'*Ebro* ont suivi cette dernière voie (A.C.M., vol. VI, pp. 132, 144 et 151)¹. La com-

¹ Les demandes de l'*Ebro* ont été soumises par l'I.E.M.E. à deux organismes différents qui devaient donner leur avis à ce sujet, à savoir la Direction générale du contentieux de l'Etat, qui examinait les aspects formels impliqués dans la demande, et la Commission pour l'étude des comptes immobilisés de titulaires étrangers, qui en examinait les aspects de fond.

munication faite par l'I.E.M.E. à l'*Ebro* le 17 septembre 1940 reprenait en partie une autre communication émanant de la Direction générale du contentieux de l'Etat, dans laquelle les limites de la compétence des deux organismes étaient définies dans les termes suivants : « Cette demande de renseignements obéissait à la nécessité de connaître les termes et la portée des obligations que *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* avait contractées à ces titres, le rapport du Centre consultatif devant se borner à ce point, car en définitive la question concrète de lui fournir des devises, au cas où serait prouvée l'existence d'une obligation inéluctable d'effectuer les paiements aux créanciers, en monnaie étrangère relève entièrement du pouvoir discrétionnaire de votre Institut » (A.C.M., vol. VI, p. 144)¹. Une fois examinés par cette organisme la validité juridique des obligations de paiement en monnaie étrangère contractées par l'*Ebro* et d'autres aspects légaux du problème (rétention d'impôts, exécution de l'arrêté-loi du 14 mars 1937), l'I.E.M.E. a soumis le dossier à l'examen de la Commission pour l'étude des comptes immobilisés de titulaires étrangers, qui devait se prononcer sur les aspects de fond, c'est-à-dire sur la question de savoir s'il était justifié que l'économie espagnole fournisse les devises afin de faire face aux obligations de paiement en monnaie étrangère contractées par l'*Ebro* (A.C.M., vol. VI, p. 151)².

171. La décision de l'I.E.M.E. du 13 avril 1943 déclarant : « 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., vol. VI, p. 152)³, constitue une décision qui faisait connaître à l'*Ebro* que tant que la question de fond relative aux paiements en monnaie étrangère ne serait pas résolue, l'I.E.M.E. ne pourrait accorder de devises, aussi abondantes que soient celles qui se trouvent à sa disposition. C'est sur cette distinction que se fonde la seconde objection principale opposée par le Gouvernement espagnol à la thèse belge du refus de devises dû à la pénurie de ces dernières. Dans un système de contrôle des changes, « la seule cause » de l'interruption des paiements à l'extérieur — dans le cas d'espèce, des intérêts et de l'amortissement des dettes de l'*Ebro* à l'étranger — n'est la pénurie de devises que s'il s'agit de versements dont la justification a été reconnue par l'autorité monétaire et dont le service ne dépend plus que de l'existence de disponibilités en une devise déterminée. La pénurie de devises, par contre, n'a rien à voir avec la question lorsque manque la reconnaissance même par l'autorité monétaire de l'opportunité des paiements.

Le Gouvernement belge n'a jamais ignoré l'importance de cette objection. Il ne pouvait pas la réfuter directement parce qu'il est impossible de voir dans les résolutions de l'I.E.M.E. des déclarations comportant reconnaissance de la justification de ces paiements destinés au service des dettes de l'*Ebro* à l'étranger. Le Gouvernement belge a eu recours à un argument indirect consistant à soutenir contre toute évidence, que l'*Ebro* avait donné une justification adéquate des demandes de devises, et en allant même jusqu'à affirmer que l'autorité monétaire avait considéré comme satisfaisante une telle justification (cf. C.M., IV, Chap. II, N° 62-64, pp. 161-162, et N° 84-89, pp. 167-169).

¹ C'est nous qui composons en italique.

² Les demandes de l'*Ebro* concernant la livraison de pesetas ont elles aussi été soumises à l'examen de ladite Commission quant au fond du problème (A.C.M., vol. VI, p. 199), car si l'Administration avait consenti à l'*Ebro* de les débiter, comme celle-ci le demandait, au compte en dollars avec *International Utilities*, on aurait pu en déduire l'existence d'une reconnaissance tacite de ce compte. D'où l'importance de l'ordre de les débiter à un compte provisoire en pesetas (voir, *infra*, N° 180-183).

³ C'est nous qui composons en italiques.

Le *Contre-mémoire* a procédé à l'analyse du raisonnement du Gouvernement belge et a établi son manque de fondement (C.M., IV, Chap. II, par. 3: Le défaut de fondement de la thèse belge sur les demandes de devises d'*Ebro*, pp. 161-175).

Les soi-disant communications de l'I.E.M.E. se déclarant satisfait des renseignements fournis par l'*Ebro* n'existent point: dans ces communications ne figure même une seule considération concernant le contenu même des renseignements reçus. Au surplus, le Gouvernement belge se contentait d'affirmations et s'abstenait d'examiner le contenu même des trois communications de l'*Ebro* à l'I.E.M.E. fournissant des renseignements afin de vérifier s'il s'agissait bien de justifications satisfaisantes des dettes qui servaient de base aux demandes de devises, il s'abstenait encore de présenter à la Cour deux desdites communications (cf. C.M., Chap. II, N° 84-89, pp. 167-169). Le *Mémoire* s'abstenait aussi d'examiner la preuve relative aux transactions financières de *Barcelona Traction* et d'*Ebro* afin de vérifier dans quelle mesure la valeur comptable des dettes l'*Ebro* constituait une base adéquate pour ses demandes de devises. L'examen de la preuve adéquate ayant été omis dans le *Mémoire*, le *Contre-mémoire* signalait: « Quand on examine de près l'argumentation du Gouvernement belge, elle revient, en premier lieu, à soutenir que, vu qu'*Ebro* dans sa lettre du 4 novembre 1940 s'offrait à fournir des renseignements complémentaires, et que l'Administration n'en a demandé aucun autre, c'est donc que les autorités espagnoles étaient satisfaites. En deuxième lieu, et pour renforcer un argument aussi peu pertinent, le Gouvernement belge a pensé à tirer parti des relations d'*Ebro* avec le contrôle des changes espagnol entre 1931 et 1936. Finalement, le Gouvernement belge considère 'capitale' la lettre de l'*Instituto Español de Moneda Extranjera* du 18 novembre 1940 parce qu'il croit y trouver une reconnaissance tacite du compte en dollars d'*International Utilities* » (C. M., Chap. II, N° 88, p. 168).

172. Le *Contre-mémoire* a traité sommairement du premier élément sur lequel s'échafaudait l'argumentation belge, élément basé sur la tactique suivie par l'*Ebro* dans ses relations avec l'autorité monétaire et qui cherchait à renverser les rôles en matière de justification de ses propres demandes de devises (C.M., Chap. II, N° 56-57, p. 160). Le *Contre-mémoire* a également vérifié les allégations belges sur les rapports de l'*Ebro* avec le contrôle des changes au cours de la période 1931-1936 et sur le sens de la décisions de l'I.E.M.E. du 18 novembre 1940, vérification qui a permis de confirmer « que de la part de l'Administration espagnole, il n'y a jamais eu de reconnaissance expresse ou tacite des dettes alléguées par *Ebro*, en tant que base de ses demandes de devises » (C.M., Chap. II, N° 89-117, pp. 169-175).

La *Réplique*, qui ne peut opposer aucun argument sérieux aux objections du *Contre-mémoire*, revient pourtant sur chacun des éléments sur lesquels se fondait l'échafaudage du *Mémoire* du Gouvernement belge¹. L'argumentation du Gouvernement belge dans la *Réplique* comporte néanmoins deux éléments nouveaux. D'une part, la *Réplique* présente un exposé sur les transactions financières de *Barcelona Traction* et d'*Ebro* qui prétend justifier les dettes invoquées par cette dernière société comme base de ses demandes de devises (R., V, N° 295, pp. 199-200, et A.R., vol. I, pp. 307-317 et 334-353). La *Réplique*

¹ Cf. A.R., vol. II, p. 412, au sujet de la tentative renverser les rôles en matière de justification des demandes de devises; R., N° 370-384, pp. 268-275, au sujet de la tentative de tirer parti des rapports de l'*Ebro* avec le contrôle des changes au cours de la période 1931-1936; R., N° 397, pp. 281-282 et A.R., vol. II, pp. 421-425, au sujet de la tentative d'interprétation de la décision de l'I.E.M.E. du 18 novembre 1940 comme une reconnaissance du compte en dollars de l'*International Utilities*.

assure d'autre part que le Gouvernement belge a effectué un examen minutieux de la correspondance échangée entre l'*Ebro* et les autorités monétaires, dont elle joint le résultat dans une note annexe, et qui « 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 » (R., V, N° 396, p. 281, et A.R., vol. II, pp. 411-419).

Les fantaisies arithmétiques auxquelles s'est livré le Gouvernement belge pour chercher à justifier les valeurs comptables des dettes alléguées par l'*Ebro* comme base de ses demandes de devises sont examinées à la Partie II du rapport de Peat, Marweck, Mitchell et Co. (A.D., N° 2). On traitera successivement, dans le présent paragraphe, des arguments suivants de la *Réplique*:

a) l'évocation par le *Mémoire* belge du problème des devises au cours de la période 1930-1936;

b) l'évocation des autorisations accordées à l'*Ebro* pour les paiements en pesetas au cours de la période 1940-1948;

c) l'examen de la correspondance échangée entre l'*Ebro* et les autorités monétaires pendant la période 1940-1944.

A. Le problème des devises entre 1930 et 1936

173. Le Chapitre III du *Mémoire*, qui traite de la suspension du service des obligations en livres sterling de *Barcelona Traction* et de ses causes, contient une première section intitulée « Le service des obligations jusqu'au déclenchement de la guerre civile en juillet 1936 » (M., I, p. 25). C'est à cet endroit que le Gouvernement belge affirme que le service des obligations en livres de *Barcelona Traction* n'avait souffert d'aucun retard en 1936, malgré les difficultés résultant du contrôle des changes instauré en Espagne. Il ajoute que l'*Ebro*, dès 1930, devait demander l'autorisation pour chaque transfert hors d'Espagne des sommes dues à *Barcelona Traction* ou à l'*International Utilities*, au titre d'intérêts sur ses obligations ou sur le découvert de son compte courant, — les sommes dues étant détaillées dans une autre page du *Mémoire* — et conclut (N° 42, p. 25) que « les autorisations demandées étaient très régulièrement accordées sinon pour la totalité des montants indiqués, du moins pour une part importante » (C'est nous qui composons en italique).

L'explication que le *Mémoire* donne des relations de l'*Ebro* avec les autorités monétaires pendant la période 1930-1936 se réfère à deux autres faits significatifs. Le premier s'analyse en un arrêt des autorisations en 1932 qui aurait été le seul, et de courte durée, et qui aurait été provoqué par une pénurie de devises particulièrement aiguë, qui obligea les autorités à une suspension générale des autorisations « en vue de se livrer à un contrôle rigoureux des motifs invoqués par les requérants à l'appui de leurs demandes de transferts ». Le Gouvernement belge conclut que « l'inspection comptable menée en juin 1932 dans les livres de l'*Ebro* à Barcelone donna pleine satisfaction et les autorisations de transferts reprirent comme par le passé » (M., N° 42, p. 25). La deuxième référence est tirée du passage final de la lettre adressée par l'*Ebro* à l'Institut Español de Moneda Extranjera, le 4 novembre 1940, libellé comme suit: « Si plus de détails étaient estimés nécessaires, nous sommes prêts à les fournir, étant donné que ledit compte a fait l'objet d'un examen spécial par l'ancien Centro de Contratación de Moneda avant qu'il ne prenne la décision (que les circonstances n'ont pas permis de mettre en pratique) d'accorder des devises pour sa

réduction à la limite convenue » (M., I, N° 46, p. 27); ce même passage final de la lettre de l'*Ebro* de 1940 sembla si important qu'il a été cité et lu devant la Cour, lors des plaidoiries sur les exceptions, par le conseil du Gouvernement belge (P.O., II, p. 366).

174. Le *Contre-mémoire* a considéré que, par cette évocation de la question du change pendant la période 1931-1936, au sujet des difficultés de la période 1940-1946, l'on prétendait « faire croire que l'Administration espagnole a été pleinement renseignée pendant la période 1930-1936 et a déclaré justifiées les demandes de devises d'*Ebro*. Etant donné le changement de régime intervenu en Espagne, on pourrait être amené à conclure facilement qu'au climat de compréhension dans lequel se seraient déroulés les rapports du groupe de *Barcelona Traction* avec les autorités espagnoles entre 1930 et 1936 aurait succédé, à partir de 1940, une persécution injuste de la part de celles-ci » (C.M., IV, Chap. II, N° 92, p. 169).

Le Gouvernement espagnol s'est donc vu contraint de répondre à ces insinuations et de démontrer sommairement dans le *Contre-mémoire* qu'« Il n'y a pas eu de reconnaissance des dettes d'*Ebro* pendant la période 1931 à 1936 » (C. M., Chap. II, N° 90-99, pp. 169-171), pour arriver ainsi à établir que « le Gouvernement belge ne peut nullement prouver — car c'est inexact — que l'Administration fut plus heureuse durant la période 1931-1936 dans ses efforts pour obtenir qu'*Ebro* fournisse une justification adéquate de ses demandes de devises. Bien au contraire, ce qui s'est passé durant la période 1931-1936 éclaire ce qui s'est passé après 1940, et ce sous un jour défavorable aux prétentions de la *Barcelona Traction* » (C.M., Chap. II, N° 99, p. 171). La réponse du *Contre-mémoire* reprenait les deux points essentiels de l'argumentation du Gouvernement belge, à savoir: l'origine et les causes des difficultés de l'*Ebro* avec les autorités monétaires et la soi-disant reconnaissance par celles-ci des dettes de l'*Ebro*, en particulier du compte courant avec l'*International Utilities*, à la suite d'une inspection comptable menée en juin 1932.

Quant au premier point, le *Contre-mémoire* démontra que l'origine des problèmes relatifs aux transferts de l'*Ebro* n'avaient pas résulté d'une suspension générale décidée en 1932 pour des raisons de pénurie de devises; la vérité est que dès octobre 1931, était intervenue — en raison du comportement des dirigeants de l'entreprise —, une mesure particulière de « suspension immédiate des autorisations de transfert qu'*Ebro* avait en cours et ordre d'enquêter à fond sur la situation de *Barcelona Traction* en Espagne » (C.M., Chap. II, N° 95, p. 170). La *Réplique* répond que « 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 » (R., V, N° 373, p. 269)¹.

Pour ce qui est du deuxième point de l'argumentation du *Mémoire*, le Gouvernement espagnol a démontré que les transferts de fonds hors d'Espagne de la part de l'*Ebro*, après

¹ La *Réplique* insiste aussi sur l'existence d'une mesure générale de suspension des autorisations de transfert en mars 1932, et elle se réfère pour cela à un article paru, le 24 mars 1932, dans un journal de Barcelone, qui reproduit des déclarations faites par le Gouverneur de la Banque d'Espagne au sujet d'une mesure prise la veille par le Centro de Moneda (R., N° 374, p. 270, et A.R., vol. II, p. 375). La lecture de ce document permettra à la Cour de constater que la mesure prise n'eut pas le caractère qui lui est attribué par la *Réplique*; le Centro suspendit les facultés qui avaient été déléguées aux banques en date du 31 janvier pour faire des compensations directes d'effets de commerce et il rétablit pour ces opérations le régime d'autorisation préalable à obtenir pour chacun des cas, ce régime n'ayant jamais fait l'objet d'exceptions en ce qui concerne les transferts d'ordre financier.

l'inspection comptable de juin 1932, « ne reprirent pas 'comme par le passé' »; en vérité, après la suspension de 1931, les transferts ne se sont jamais renouvelés comme auparavant, c'est-à-dire à travers le compte de l'*International Utilities* (C.M., IV, Chap. II, N° 96, p. 170). La *Réplique* n'ose même pas contredire cette démonstration et se borne à reprocher au *Contre-mémoire* « qu'il ne cherche d'ailleurs à expliquer comment des permis de change auraient de nouveau été accordés à l'*Ebro* dès décembre 1931 » (R., V, N° 373, p. 269).

175. La Cour appréciera la valeur de la première objection de la *Réplique*. Tout d'abord, le texte même du *Contre-mémoire* reproduit le passage de l'arrêté ministériel (*Orden ministerial*) du 22 octobre 1931 qui traite des relations de l'entreprise avec les autorités monétaires (C.M., Chap. II, N° 95, p. 170). Ensuite, le *Contre-mémoire* fait une mention spécifique des avatars de l'autorisation N° 10.806 accordée à l'*Ebro* le 5 octobre 1931 pour le transfert de 400.000 dollars à l'*International Utilities* (C.M., Chap. II, N° 98, p. 171; A.D., N° 21).

L'autorisation N° 10.806 était la seule autorisation en cours applicable aux engagements financiers de l'*Ebro* à l'étranger lorsque s'est produite la suspension d'octobre 1931 à laquelle se réfère le *Contre-mémoire*. De plus, l'autorisation N° 10.806 était la troisième de celles accordées par l'autorité monétaire à l'*Ebro* pour les transferts financiers, sous la nouvelle réglementation du contrôle des changes mise en vigueur en janvier 1931, et elle fut la dernière de celles accordées jusqu'en 1936 pour effectuer de tels transferts sous la forme où ils étaient faits d'habitude par l'entreprise, c'est-à-dire à travers le compte avec l'*International Utilities*¹. Le *Contre-mémoire* l'a établi en faisant remarquer que la demande de devises de l'*Ebro* du 22 avril 1940 et la récapitulation annexée à la demande du 21 septembre 1944 mentionnaient la situation où se trouvait encore, en 1940 et en 1944, l'autorisation N° 10.806 du 5 octobre 1931 (C.M., Chap. II, N° 98, p. 171); en outre, l'un et l'autre de ces documents de l'*Ebro* rappellent à l'autorité monétaire le fait que n'avaient été payés, depuis le 1^{er} janvier 1932, ni les intérêts ni les commissions sur le compte courant avec l'*International Utilities* (A.C.M., vol. VI, pp. 130-131 et 155-157). La réponse du Gouvernement espagnol aux arguments du *Mémoire* belge fut donc dûment établie sur ces deux points, et dans aucun cas la *Réplique* n'aurait pu démontrer son inexactitude: l'origine des problèmes de transferts de l'*Ebro* résulte réellement d'une mesure individuelle prise en octobre 1931; depuis lors les transferts d'*Ebro* n'ont jamais repris « comme par le passé ».

La *Réplique* rejette aussi, parce que prétendument inexacte, l'explication que donne le *Contre-mémoire* du motif immédiat des décisions prises par les autorités espagnoles en octobre 1931 (R., N° 373, note 2, p. 269). L'attitude du Gouvernement belge est d'autant plus déraisonnable que l'arrêté ministériel du 22 octobre 1931 était très explicite sur cette question (cf. C.M., Chap. II, N° 95, p. 170, et A.C.M., vol. VI, p. 256) et que la documentation de l'entreprise confirme ce qui s'est passé à cette occasion (A.C.M., vol. VI, pp. 254 et 255). Ces documents rendent absolument indéniable le fait que M. Canosa.

¹ Quant à la forme où ces transferts étaient faits avant 1931, la Cour peut se reporter aux documents suivants: A.C.M., vol. III, pp. 442, 497, 560, et vol. IV, p. 194. La discussion des dirigeants de l'entreprise sur les conséquences que l'arrêté royal (*Real Orden*) du 10 janvier 1931 entraînerait pour « the present convenient vehicle for remitting funds » se trouve reflétée dans A.C.M., vol. IV, pp. 315, 317, 319, 321 et 322. Quant au transfert effectué en mars 1931 qui fut fait, contrairement aux affirmations de la *Réplique*, sans autorisation de l'autorité monétaire, à travers la *Banque Lazard*, cf. A.D., N° 22. Pour ce qui est des deux premières autorisations du Centro, postérieures à l'arrêté royal du 10 janvier 1931, elles furent accordées pour 100.000 et 400.000 dollars respectivement, en ce qui concerne la deuxième de ces autorisations, en date du 24 juillet 1931, voir A.C.M., vol. IV, p. 351.

Contrôleur fiscal au service du Centro de Moneda, s'est rendu dans les bureaux de l'entreprise à Barcelone, le 13 octobre 1931, pour faire une investigation au sujet des ventes de pesetas effectuées par *Barcelona Traction* à l'étranger par l'intermédiaire de la Banque Lazard; il est également indéniable que les autorités ont réagi comme elles l'ont fait parce que les dirigeants de l'entreprise avaient alors déclaré à M. Canosa — « ce qui était la stricte vérité », dit la *Réplique* — qu'ils n'étaient pas les représentants de *Barcelona Traction* et ne savaient rien de ces ventes de pesetas par *Barcelona Traction* par l'entremise de la Banque Lazard.

La question de la représentation de *Barcelona Traction* en Espagne a déjà été suffisamment élucidée par le Gouvernement espagnol (cf. *supra*, N° 118). Le Gouvernement belge prétend que les dirigeants de l'entreprise à Barcelone ont dit « la stricte vérité » lorsque, questionnés sur les ventes de pesetas par *Barcelona Traction* par l'intermédiaire de la Banque Lazard, ils ont répondu qu'ils n'en savaient rien, et il arrive même à mettre en doute l'existence réelle des transactions au sujet desquelles M. Canosa avait l'ordre de mener une enquête. Pour constater l'erreur que le Gouvernement belge fait en ce qui concerne l'un et l'autre point, la Cour peut consulter les documents suivants, qui ont été joints au *Contre-mémoire*: A.C.M., vol. III, pp. 442, 497 et 560; vol. IV, pp. 194, 205, 206, 315, 317, 319, et 321.

Les ventes de pesetas à l'étranger par l'intermédiaire de la Banque Lazard ne pouvaient être ignorées des dirigeants de l'entreprise à Barcelone car eux-mêmes les avaient déclenchées; non seulement elles eurent vraiment lieu, mais encore elles constituèrent l'unique moyen employé pour effectuer les transferts financiers du milieu de 1924 jusqu'en mars 1931¹. Le volume énorme des sommes ainsi transférées est indiqué en détail dans l'*Annexe* N° 22 à la présente *Duplicque*; ces chiffres ont été établis d'après les rapports mensuels du trésorier et ensuite vérifiés grâce aux pièces justificatives de la comptabilité de l'entreprise; à titre d'exemple, l'une de ces pièces est annexée, les autres restant à la disposition de la Cour.

Il se pourrait que la Cour désire connaître la raison pour laquelle ces transferts de fonds ont été faits, entre 1924 et mars 1931, au moyen d'un procédé aussi compliqué que celui décrit dans la lettre du 13 janvier 1931 (A.C.M., vol. IV, p. 317) en ces termes:

« ... *International Utilities* ordonne périodiquement par lettre à *Ebro* de verser des montants en pesetas à une banque espagnole privée ayant des bureaux à Barcelone, Banco de Bilbao et Banco de Vizcaya. Ces montants doivent être versés à Madrid au compte d'une société étrangère, Lazard Bros., qui a des bureaux dans cette capitale. Les bureaux centraux de la société étrangère, Lazard Bros., qui se trouvent à Londres, versent en monnaie étrangère à la société *International Utilities* la contre-valeur des pesetas qu'elle reçoit périodiquement d'*Ebro*². »

L'emploi d'un procédé si complexe était dû aux difficultés créées par deux arrêtés royaux, en date des 7 et 11 mars 1924, réglementant les transferts en monnaie étrangère

¹ Le dernier transfert réalisé par l'intermédiaire de la Banque Lazard pour un montant de Ptas 2.000.000 fut fait en mars 1931 en violation de l'arrêté royal du 10 janvier 1931; la *Réplique* le fait figurer à tort dans la liste des transferts réalisés avec l'autorisation du Centro de Moneda (R., N° 373, p. 269). Bien que la correspondance de l'entreprise parle d'un transfert de Ptas 12.000.000, il s'agit probablement d'une erreur et ledit transfert de Ptas 2.000.000 est vraisemblablement celui au sujet duquel M. Canosa avait reçu l'ordre de faire une enquête.

² Afin de faciliter la lecture de la lettre, les noms des diverses sociétés étant intervenues dans ces transferts remplacent maintenant les sigles qui les désignaient dans celle-ci.

et le placement d'argent en monnaie espagnole à l'étranger. En vertu de ces dispositions, ces opérations n'étaient plus autorisées que sous la responsabilité exclusive et immédiate des intéressés, qui devaient disposer de documents suffisants justificatifs de tels transferts. A son tour, le ministère des Finances était autorisé à vérifier que les opérations effectuées avaient bien respecté toutes les règles prescrites. La méthode employée par l'*Ebro* dans ses transferts de fonds hors d'Espagne avait pour objet de les faire figurer dans sa comptabilité comme des transactions internes en pesetas (transferts de la société à une banque nationale); de cette façon, l'examen des livres de comptabilité ne révélerait pas qu'il s'agissait de transferts à l'étranger et il y aurait ainsi des chances d'éviter — ce qui arriva en fait — les investigations dont le ministère des Finances avait été chargé (A.C.M., vol. III, p. 442, et vol. IV, p. 321).

177. Est également dépourvu de fondement le reproche du Gouvernement belge selon lequel le *Contre-mémoire* n'explique pas les transferts de l'*Ebro* effectués après le mois de décembre 1931: il n'y avait rien en effet dans l'argumentation du *Mémoire* belge de nature à rendre nécessaire une telle explication; en outre, le *Contre-mémoire* rappelait que « le Gouvernement espagnol a donné déjà d'amples références sur ce sujet dans ses Exceptions préliminaires; pour le moment, il paraît suffisant de se borner pour l'ensemble de ce problème à un seul point » (C.M., IV, Chap. II, N° 96, p. 170). A ce même endroit, on renvoyait le lecteur aux explications données par le conseil espagnol au cours des débats oraux, ainsi qu'aux pages 88 à 100 des Exceptions préliminaires de 1960, où il est question du « Contrôle des changes pendant la période 1930-1936 ». L'examen des données pertinentes montre que rien ne permet de conclure à l'existence, affirmée par le Gouvernement belge, d'une reconnaissance des dettes de l'*Ebro* par l'autorité monétaire et encore moins du compte courant avec l'*International Utilities*¹.

La *Réplique* se refuse cependant à reconnaître les erreurs commises par le Gouvernement belge dans son *Mémoire*, non seulement en affirmant qu'une inspection comptable effectuée en juin 1932 avait donné pleine satisfaction aux autorités monétaires et que les transferts de fonds reprirent alors comme par le passé, mais encore en soutenant qu'à la suite d'un examen spécial du compte courant avec l'*International Utilities*, le Centro de Moneda prit la décision d'accorder des devises en vue de réduire le solde de ce compte à la limite convenue. Bien au contraire, ces contre-vérités manifestes sont expressément ratifiées dans la *Réplique*, qui affirme « l'entière exactitude de l'exposé fait au sujet de cette période dans le *Mémoire* (I, N° 42 et 43) et la fausseté des appréciations émises dans le *Contre-mémoire* sur la base d'une documentation tronquée » (R., V, N° 384, p. 275).

La persévérance dans les erreurs du *Mémoire* est difficilement compréhensible puisque la *Réplique* n'a pas apporté à titre de preuve les soi-disant décisions des autorités monétaires de 1932 d'après lesquelles lesdites autorités se seraient déclarées satisfaites des informations reçues de l'*Ebro*, auraient autorisé les transferts financiers « comme par le passé », ou encore auraient accordé des devises afin de réduire le solde du compte avec

¹ De ces données-là, il suffit de retenir maintenant que le 20 novembre 1931 marqua l'abandon par l'entreprise du mécanisme des transferts financiers qu'elle avait employé jusqu'alors — le compte *International Utilities* — et l'essai d'un nouveau mécanisme suggéré par M. Lawton (A.C.M., vol. IV, p. 378). Le nouveau mécanisme consistait à présenter à l'encaissement des coupons des obligations *General Mortgage de l'Ebro* par l'intermédiaire de la Royal Bank of Canada à Barcelone, et à demander l'autorisation de paiement y afférente par l'entremise de la même banque. La première autorisation demandée, dont le montant était de £ 73.125, fut rejetée par l'autorité monétaire et l'entreprise eut recours au protêt faute de paiement des coupons, par-devant notaire, et déclencha des représentations de l'Ambassade britannique auprès du Centro de Moneda (A.C.M., vol. IV, pp. 395-398, 402-403 et 408).

l'*International Utilities* jusqu'à la limite convenue. La *Réplique* veut suppléer à cette carence au moyen d'une interprétation arbitraire des résultats des investigations de 1931-1932, tant du point de vue fiscal que monétaire ¹.

178. Quant au résultat de l'aspect fiscal des enquêtes de 1931-1932, il n'y a aucune raison pour revenir ici sur ce qui a été établi plus haut (cf. *supra*, N° 146) ². Pour ce qui est du caractère prétendument satisfaisant, pour les autorités monétaires, des informations fournies par *Ebro* en 1931-1932, il est surprenant que le Gouvernement belge, une fois de plus, s'abstienne d'examiner le contenu même de telles informations. Au lieu de procéder à cet examen, dont le résultat aurait été désastreux pour sa thèse, la *Réplique* s'évertue à créer d'imaginaires « silences » et « omissions » du *Contre-Mémoire* en alléguant des faits et des documents absolument sans rapport aucun avec les erreurs grossières contenues dans le *Mémoire* et dénoncées par le *Contre-Mémoire* ³. Les lacunes de la *Réplique* peuvent être comblées avec le sommaire qui fait l'objet d'une note ci-annexée (A.D., N° 23), des informations obtenues de l'*Ebro* en 1931-1932 concernant ses transactions et ses besoins financiers extérieurs.

L'attitude de l'entreprise fut nettement négative sur tous les points fondamentaux qui auraient permis à l'autorité monétaire de connaître l'origine, la nature, etc. des engagements financiers de l'*Ebro* à l'extérieur et la réalité des investissements de capital étranger en Espagne. Rien ne saurait être plus instructif à ce propos qu'une comparaison des réponses données à l'autorité monétaire avec les notes informatives d'ordre interne préparées à l'époque par les services comptable et juridique de l'entreprise à Barcelone, lesquelles sont jointes, dans ce but, à la présente *Duplique* (A.D., N° 24). Il est d'ailleurs dérisoire, après avoir vu toutes les précautions prises pour que la comptabilité de l'*Ebro*

¹ Elle semble aussi vouloir suppléer à cette carence en faisant usage d'un langage particulièrement déplacé et hors de propos, dont nous retenons, à titre d'exemples, les expressions suivantes (R., pp. 268-275): « faire violence aux faits », « ensemble de confusions », « habile sélection des pièces », « omission de documents importants », « carence absolue de preuve », « aurait complètement induit la Cour en erreur », « faute grave de ne communiquer à la Cour qu'une partie des pièces en sa possession », « contradiction flagrante avec la réalité », « thèse astucieusement forgée ».

² La *Réplique* accuse le *Contre-mémoire* de confondre l'aspect fiscal avec l'aspect monétaire des enquêtes de 1931-1932, mais la confusion n'existe que dans l'imagination des auteurs de la *Réplique* belge. Peut-être prétend-on, de cette façon, semer le doute sur la connexion existant entre les problèmes monétaires et fiscaux de l'entreprise auxquels fait référence le *Contre-mémoire* (C.M., IV, Chap. I, N° 119, pp. 80-81). Une telle prétention se heurterait à l'évidence qui se dégage de l'arrêté ministériel du 22 octobre 1931 ordonnant d'enquêter sur l'aspect fiscal (C.M., Chap. I, N° 120, pp. 81-82, et Chap. II, N° 95, p. 170) ainsi qu'à l'évidence découlant de la correspondance contemporaine de l'entreprise (cf. A.C.M., vol. IV, p. 484). Une telle prétention contredirait aussi d'autres passages de la *Réplique* (cf. A.R., *Annexe 30*, vol. II, p. 414). En ce qui concerne le procédé qui consiste à se prévaloir des errata, même lorsqu'ils sont dûment rectifiés, il se commente de lui-même. Toutes les preuves pertinentes accompagnant le *Contre-mémoire* démontrent que ce fut M. Canosa, Inspecteur fiscal au service du Centro de Moneda, qui s'était rendu le 13 octobre 1931 dans les bureaux de l'*Ebro* à Barcelone et qui était chargé de l'aspect fiscal de l'enquête ordonnée par l'arrêté ministériel du 22 octobre 1931. L'investigation ultérieure de l'aspect monétaire du problème eut lieu sous l'autorité immédiate du Directeur du Centro de Moneda, M. Ridruejo, assisté de l'Inspecteur fiscal, M. Botas, aussi au service du Centro de Moneda. Le « nouvel enquêteur » qui s'était rendu le 23 mars 1932 dans les bureaux de l'*Ebro* à Barcelone, auquel se réfère le *Contre-mémoire*, ne pouvait en aucun cas être M. Canosa.

³ La *Réplique* n'hésitera pas à « montrer comment le *Contre-mémoire* opère sa sélection » et à « compléter le dossier par la production des quelques pièces essentielles manquantes » (V, N° 381, p. 273). 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) (R., N° 383, p. 274); cette lettre a été publiée aux A.C.M., vol. IV, p. 482. De même, le *Contre-mémoire* produit le deuxième document complémentaire, une lettre que M. Lawton adressa le 5 mai 1932 à M. Hubbard (A.C.M., vol. IV, p. 486) et la lettre du 14 juin 1932 (A.C.M., vol. VI, pp. 258-260).

ne laisse rien percer de la structure réelle et des mécanismes financiers de l'entreprise (cf. *supra*, N° 150) de penser que l'examen d'une telle comptabilité pourrait apporter, quelque élément permettant de combler l'absence d'information directe. Le refus d'information fut, en plus, délibérément décidé par les dirigeants de l'entreprise, et quelques-unes des raisons de leur attitude se trouvent clairement exposées dans la lettre de M. Lawton à M. Hubbard, du 14 juin 1932, à laquelle fait allusion le *Contre-mémoire* (C.M., IV, Chap. I, N° 124, p. 83, et A.C.M., vol. VI, p. 258).

Il y eut des occasions, entre octobre 1931 et juin 1932, qui auraient pu permettre d'établir sur une base réciproquement satisfaisante les relations de l'entreprise avec les autorités monétaires, mais elles furent délibérément dédaignées. Le Centro de Moneda ne put, à l'époque, se déclarer satisfait des informations obtenues, et les autorités belges, devant un cas similaire, ne seraient pas arrivées à une conclusion différente. Après l'inspection de juin 1932, le problème monétaire de l'entreprise de *Barcelona Traction* en Espagne continua de se passer dans les mêmes termes que lors de la suspension des autorisations financières décrétées en octobre 1931. L'autorité monétaire accordait, aussi régulièrement que les permettaient les disponibilités en devises, les autorisations correspondant aux besoins commerciaux (importations de matériel et d'équipement, traitements du personnel, etc.), ainsi que celles correspondant aux engagements financiers extérieurs dûment justifiés (intérêts et amortissement des obligations de la société auxiliaire *Energía* en circulation à l'étranger). Par contre, les intérêts et l'amortissement du compte avec l'*International Utilities*, ainsi que les autres obligations financières de l'*Ebro*, ne firent l'objet d'aucune autorisation administrative après celle du 5 octobre 1931 portant le numéro 10.806¹.

179. Pour terminer, le Gouvernement espagnol estime qu'il est nécessaire de reproduire ici le passage suivant du *Contre-mémoire* (C.M., Chap. II, N° 97, p. 170):

* De l'affirmation contenue dans la phrase finale de la lettre adressée par *Ebro* à l'*Instituto Español de Moneda Extranjera* le 4 novembre 1940, le Gouvernement belge voulait sans doute tirer la conséquence que le compte courant en dollars avec *International Utilities* avait été vérifié de façon satisfaisante par l'Administration avant 1936 et qu'il n'y avait aucune raison pour revenir sur la question en 1940. Or, cette affirmation est inexacte, et s'il est déplacé de l'utiliser devant la Cour internationale, il était plus déplacé encore de la formuler en 1940 et de prétendre que cela pourrait satisfaire aux demandes de renseignements de l'autorité monétaire. Le nom du service des changes a été modifié entre 1931 et 1940, mais si les noms changent, les administrations demeurent, et certains fonctionnaires qui appartenaient, en 1931, à l'ancien *Centro de Contratación de Moneda* se trouvaient en fonctions en 1940 à l'*Instituto Español de Moneda Extranjera*. Personne mieux qu'eux ne savait la résistance à laquelle s'étaient heurtées leurs investigations et à quel point s'était avérée peu satisfaisante l'inspection comptable menée en juin 1932 dans les livres de l'*Ebro* à Barcelone.*

¹ En dehors du mécanisme des autorisations administratives pour les besoins financiers à l'étranger — inapplicable pour les dettes de l'*Ebro* en raison de leur insuffisante justification — des *modus vivendi* avaient été adoptés relevant de diverses formules qui laissaient toujours en marge la solution du problème de fond: autorisations pour des compensations avec d'autres sociétés, autorisations pour exporter de l'or hors d'Espagne, pour la cession d'or au Centro de Moneda en échange de la cession par celui-ci de livres sterling, etc. En plus — et ceci en dehors de toute légalité —, l'*Ebro* continua à faire des opérations de change en infraction aux règlements en vigueur (cf. C.M., Chap. I, N° 128-129, pp. 85-86, ainsi que les prêts à la *Chade* en 1932, dont la régularisation fut obtenue après la guerre civile).

B. *Les autorisations accordées à l'Ebro pour les paiements en pesetas au cours de la période 1940-1948*

180. Un autre élément utilisé par le *Mémoire* était tiré des autorisations sollicitées périodiquement par l'*Ebro* dans le but de remettre à une banque de Barcelone les sommes nécessaires pour faire face au service des obligations en pesetas de *Barcelona Traction et de débiteur lesdites sommes du compte courant de l'International Utilities*. L'exposé du *Mémoire* débute en affirmant que les demandes de l'*Ebro* de cette deuxième sorte «aboutirent, non du reste sans se heurter au début à certaines résistances» (M., I, N° 45, p. 26). Il explique alors que la première demande a été présentée en juillet 1940, qu'elle a été acceptée par l'I.E.M.E., mais que cet organisme a exigé qu'au lieu de débiter les pesetas au compte en dollars de *International Utilities*, l'*Ebro* les débite à un compte en pesetas; que l'*Ebro* a, le 22 octobre 1940, sollicité une autorisation pour le paiement de coupons échus avant la guerre civile, et que l'I.E.M.E. a demandé des précisions sur les relations existant entre l'*Ebro*, la *Barcelona Traction* et l'*International Utilities*, ainsi que sur le compte courant de cette dernière; enfin, que l'*Ebro* a fourni ces renseignements et que, le 18 novembre 1940, l'I.E.M.E. accusait réception de la lettre fournissant les renseignements demandés, « accordait l'autorisation sollicitée et permettait de débiter en \$ le compte d'*International Utilities* » (M., N° 47, p. 28). L'exposé du *Mémoire* conclut en affirmant que les autorisations relatives à l'année 1941 n'ont été obtenues qu'à la fin de 1942, mais qu'« après cette date les demandes de l'Ebro furent régulièrement satisfaites et le service de l'intérêt des obligations en pesetas de la *Barcelona Traction* put se continuer normalement » (M., *ibid.*).

L'exposé du *Mémoire* sur cette question tendait à conduire le lecteur non prévenu à une conclusion évidente, à savoir qu'à partir de la décision du 18 novembre 1940 faisant suite aux renseignements fournis par l'*Ebro*, les autorités monétaires espagnoles étaient convaincues du caractère régulier du compte courant en dollars de l'*Ebro* avec l'*International Utilities* et qu'elles autorisaient que l'on y fasse les débits des paiements en pesetas, abandonnant toutes les réserves qui les avaient amenées au début à ordonner que lesdits paiements soient portés au débit d'un compte à part établi en pesetas. Malgré les précisions fournies à cet égard par le conseil du Gouvernement espagnol (P.O., II, pp. 45-46), le conseil belge a pu, grâce à l'exposé du *Mémoire*, présenter ladite conclusion à la Cour: « Il [le Gouvernement espagnol] a donc reçu les explications demandées, il a été convaincu, il a enfin compris que l'imputation au débit du compte dollars d'*International Utilities* était dans l'intérêt du change espagnol. Cette dernière lettre, qui est capitale, a été reproduite au premier volume des annexes au *Mémoire* belge, à la page 196 » (P.O., II, p. 368).

181. Le *Contre-mémoire* a prouvé que cet argument reposait sur un exposé incomplet des faits. Les conditions dans lesquelles l'I.E.M.E. autorisait la remise de pesetas à l'*Ebro* pour faire face au service des obligations de la *Barcelona Traction* en Espagne n'étaient point la thèse belge sur les demandes de devises, mais confirment au contraire le fait qu'il existait un problème de non-reconnaissance des dettes de l'*Ebro*. En effet, entre 1940 et 1948, l'I.E.M.E. n'a jamais autorisé l'*Ebro* à réduire le compte en dollars de l'*International Utilities* par des paiements effectués en pesetas; il a bien au contraire pris des mesures de précaution expressées à l'égard du compte en dollars, lesquelles consistaient à ordonner que les pesetas soient débitées à un compte distinct, spécialement ouvert dans ce but, intitulé compte provisoire en pesetas (C.M., IV, Chap. II, N° 101, p. 171).

La décision du 18 novembre 1940 invoquée par le Gouvernement belge n'a apporté aucune modification au mécanisme des réserves établi sur l'ordre de l'I.E.M.E. dès la première de ses décisions et maintenu jusqu'à la faillite¹. Le *Contre-mémoire* a précisé que les décisions qui ont immédiatement suivi celle du 18 novembre 1940 ont rappelé l'ordre donné de porter les montants au compte provisoire « dans le cadre des instructions que nous vous avons données en d'autres circonstances à l'occasion d'opérations semblables » (C.M., Chap. II, N° 108, p. 173). La fermeté des réserves à l'égard du compte en dollars apparaît également dans l'accueil négatif réservé à la demande de l'*Ebro* du 21 septembre 1944, demande qui sollicitait l'autorisation d'affecter le montant des sommes accumulées au compte provisoire en pesetas, sommes qui atteignaient déjà le chiffre considérable de 25.333.986,84 pesetas, à une réduction des intérêts et commissions arriérés du compte en dollars de l'*International Utilities* (C.M., Chap. II, N° 109, p. 173). L'une des dernières décisions de l'I.E.M.E. à propos du Plan d'arrangement, celle du 30 octobre 1946, faisait savoir en toutes lettres que l'Instituto étant désireux de permettre aux détenteurs espagnols d'obligations en pesetas de la *Barcelona Traction* de toucher plus facilement les intérêts échus, il « vous a autorisé à fournir les fonds correspondants par débit d'un compte provisoire en pesetas, et il vous a exposé en même temps ses réserves concernant le débit en dollars que vous aviez offert en contrepartie » (C.M., Chap. II, N° 113, p. 174, et A.C.M., vol. VI, p. 322).

182. L'examen de la série continue de décisions couvrant la période allant de 1940 à 1948 et se rapportant à chacune des échéances trimestrielles des intérêts des obligations en pesetas de la *Barcelona Traction* rend donc l'erreur du Gouvernement belge difficilement pardonnable. La *Réplique* approche de l'invraisemblable lorsqu'elle assure que la documentation abondante fournie à cet égard par le *Contre-mémoire* « confirme au contraire, de façon indubitable, l'interprétation donnée dans le *Mémoire* », renvoyant pour la preuve à l'analyse de la correspondance figurant à l'*Annexe 81* (R., V, N° 397, pp. 281-282). Une affirmation aussi péremptoire est bien susceptible d'éveiller la curiosité à l'égard du contenu de l'*Annexe 81*. Or, la curiosité du lecteur se trouve être totalement déçue. Les « deux séries de demandes » faites par l'*Ebro* à l'I.E.M.E. et dont parle le *Mémoire* se transformant, à l'*Annexe 81*, en trois séries: « Mais il reste une troisième correspondance entre l'*Ebro* et l'I.E.M.E. contemporaine des deux autres, et du reste connexe à la deuxième en ce qu'elle a trait également au service par l'*Ebro* des obligations en pesetas de la *Barcelona Traction* » (A.R., vol. II, p. 422).

La troisième série devrait ainsi comprendre la demande présentée par l'*Ebro* le 22 octobre 1940, relative à la remise de pesetas pour faire face au paiement des coupons échus avant la guerre civile, demande à laquelle une solution a été apportée par la décision du 18 novembre 1940. Il importe, d'après la *Réplique*, de considérer à part la demande du 22 octobre 1940, puisque l'*Ebro* sollicitait l'autorisation de débiter le montant au compte en dollars, et demandait donc que l'on déroge à la règle qui consistait à porter le débit au compte provisoire en pesetas. Or, d'après le Gouvernement belge, lorsque l'on voit que l'I.E.M.E. a maintenu expressément ses réserves dans toutes les autorisations postérieures, « il est impossible de ne pas voir dans l'autorisation donnée sans réserve le 18 novembre,

¹ Le *Mémoire* dit que les décisions concernant l'année 1941 n'ont été obtenues que vers la fin de 1942; en fait, le retard a affecté les échéances relatives au 1^{er} septembre 1941 jusqu'au 1^{er} juin 1942, et la normalisation a eu lieu avec la décision rendue par l'I.E.M.E. en date du 19 juin 1942 (A.C.M., vol. VI, pp. 195-201). La raison de ce retard fut la nécessité d'obtenir l'avis de la Commission pour l'étude des comptes immobilisés de titulaires étrangers, notamment quant au fond de l'affaire, car cet aspect pouvait avoir une incidence sur les demandes de devises de l'*Ebro* soumises également à l'examen de ladite Commission (A.C.M., vol. VI, p. 199).

après obtention de renseignements jugés adéquats, un acquiescement à la dérogation sollicitée dans la requête de l'*Ebro*, c'est-à-dire l'inscription au débit du compte dollars » (A.R., vol. II, p. 425).

Le Gouvernement belge avait déjà évoqué dans le *Mémoire* la décision du 18 novembre 1940, puisque c'était la seule, parmi les multiples décisions de même nature, qui omettait d'indiquer de façon expresse que les sommes autorisées devaient être portées au débit du compte en pesetas. Au moyen d'une petite altération, le *Mémoire* et le conseil belge ont pu transformer cette omission en une autorisation expresse de débiter le compte en dollars. On pensait de la sorte suggérer qu'après le 18 novembre 1940 et jusqu'à 1948 les autorités monétaires avaient enfin compris « que l'imputation au débit du compte dollars d'*International Utilities* était dans l'intérêt du change espagnol » (P.O., II, p. 368). L'argument de la *Réplique* est beaucoup plus modeste: le 18 novembre 1940 l'I.E.M.E. aurait dérogé pour une seule fois à la règle habituelle qu'il s'était donné d'établir des réserves. Il faut admettre que ceci n'ajouterait rien à la thèse belge de la reconnaissance du compte de l'*International Utilities*.

La distinction qu'entend établir la *Réplique* entre la demande du 22 octobre 1940 et les autres demandes manque en outre de tout fondement. Il est certain que l'*Ebro* insistait dans cette demande pour pouvoir imputer les paiements au compte en dollars de l'*International Utilities*. Mais ce n'est pas là la seule caractéristique de ladite demande. Les demandes précédentes des 5 juillet et 2 septembre, ainsi que les demandes postérieures des 4 et 11 novembre 1940 et du 10 janvier 1941, toutes relatives à des coupons postérieurs à la guerre civile, prétendent également débiter les montants autorisés au compte en dollars (A.C.M., vol. VI, pp. 175, 176, 183, 186 et 190). Le *Contre-mémoire* rappelle surtout que les dirigeants de l'*Ebro* ont pensé pendant un certain temps à l'époque à interpréter la décision du 18 novembre 1940 de la façon dont l'a fait le Gouvernement belge devant la Cour et qu'ils y ont renoncé peut-être parce que ladite interprétation s'est trouvée contredite par toutes les décisions postérieures de l'I.E.M.E. (C.M., IV, Chap. II, N° 106-108, pp. 172-173). Il n'aurait pas été difficile au Gouvernement belge de vérifier que le montant de 370.080 pesetas auquel se référerait ladite décision n'a pas été débité au compte en dollars tenu au nom de l'*International Utilities* dans les livres de l'*Ebro*, mais qu'il l'a par contre été au compte provisoire en pesetas qui avait été précisément ouvert sur ordre de l'I.E.M.E. par suite des réserves qu'il faisait au sujet de la reconnaissance du compte en dollars, jugeant sa justification insuffisante¹.

183. Le Gouvernement belge doit admettre que, comme le disait le *Contre-mémoire*, « en définitive, entre 1940 et 1948 — de même qu'entre 1930 et 1936 — il n'y a pas trace de la prétendue reconnaissance, expresse ou tacite, par l'autorité monétaire espagnole, du fait que les dettes de l'*Ebro* et, en particulier, le compte en dollars d'*International Utilities*, constitueraient une base satisfaisante et dûment justifiée pour les demandes de devises présentées par cette société » (C.M., Chap. II, N° 116, p. 175).

¹ Par l'écriture N° 3242 passée au livre-journal du mois de décembre 1940, la somme de 1.390.080 pesetas a été débitée à l'*International Utilities*, compte provisoire en pesetas ». Cette somme comprenait deux remises effectuées le 30 décembre 1940 pour le paiement du service des obligations en pesetas de *Barcelona Traction*. La première remise a été effectuée au moyen d'un chèque sur l'Anglo South American Bank Limited pour un montant de 370.080 pesetas et correspondant à l'autorisation à laquelle se réfère le *Gouvernement belge*. La seconde remise a été effectuée au moyen d'un chèque tiré sur la même banque pour un montant de 1.020.000 pesetas. L'écriture N° 3242 au livre-journal est annexée à la présente *Duplique* ainsi que les accusés de réception de la banque chargée du service des obligations en pesetas de la *Barcelona Traction* (A.D., N° 25).

*C. L'examen de la correspondance échangée entre l'Ebro
et les autorités monétaires au cours de la période 1940-1944*

184. La position du Gouvernement belge sur ce point est que le grief formulé à l'égard de l'*Ebro* dans la déclaration conjointe du 11 juin 1951, grief consistant à dire que cette société n'avait pas fourni la justification adéquate de l'origine, de l'emploi et de la réalité des charges financières invoquées comme base de ses demandes de devises, manque de fondement. La note jointe à la lettre du 30 octobre 1951 de l'ambassadeur de Belgique au ministre des Affaires étrangères déclarait que le manque de fondement de cette imputation ressortait « de la documentation complète en possession du Gouvernement belge » (A.C.M., vol. VI, p. 111). De son côté, la note du 6 décembre 1951 affirmait, dans l'extrait qui a été lu au cours des débats sur les *Exceptions* en tant qu'expression de l'opinion du Gouvernement belge (P.O., II, pp. 319-320), que le manque de fondement résultait « de la documentation complète sur ce point, qui est en la possession des représentants légitimes de la société », et que la déclaration du Gouvernement espagnol avait été faite « sur la foi d'une documentation incomplète ».

La correspondance diplomatique belge laissait cependant dans l'ombre le point crucial de l'identification et de la présentation des documents additionnels aux mains du Gouvernement belge ou de la société. Il devait s'agir, évidemment, de documents par lesquels l'entreprise fournirait une justification satisfaisante de l'origine, de l'emploi et de la réalité des charges financières invoquées par l'*Ebro* comme base de ses demandes de devises. Le *Mémoire* de 1959 a laissé entrevoir que le Gouvernement belge était dans une erreur à cet égard, puisqu'il y était assuré que le reproche fait à l'*Ebro* était « démenti par la correspondance relatée aux §§ 44 et suivants du présent *Mémoire* » (M., I, 1959, N° 149, p. 63). Non seulement cette correspondance était fort loin d'être complète, mais encore elle formait intégralement partie de celle qui avait été examinée par les experts de la Commission internationale dont les rapports avaient servi de base à la déclaration commune des Gouvernements britannique, canadien et espagnol. Le Gouvernement belge a eu l'occasion de vérifier ces points lorsqu'il a pu comparer cette correspondance avec celle étudiée dans les *Exceptions préliminaires* du Gouvernement espagnol. Il est d'autant plus choquant d'observer que le conseil belge insistait, au cours des débats oraux, sur l'argument de la documentation incomplète fournie aux experts, de « l'anthologie qu'on a bien voulu leur remettre », des « pièces choisies », des « pièces que nous sommes en mesure de fournir », etc. (P.O., II, pp. 364-371), tout en étant incapable d'invoquer ou de présenter un seul document qui soit différent de ceux qui faisaient partie de la correspondance échangée entre l'autorité monétaire et l'entreprise en Espagne.

185. Le *Contre-mémoire* a signalé que cette correspondance était précisément celle qui avait été examinée par les experts de la Commission internationale, ainsi qu'il était expressément déclaré dans les rapports fournis (C.M., IV, Chap. II, N° 191-192, p. 191). Les soi-disant documents additionnels fournissant des renseignements aux autorités monétaires n'existaient donc point et la question se trouvait donc centrée sur l'interprétation des trois seules communications adressées par l'*Ebro* à l'I.E.M.E. les 19 juin, 4 et 5 novembre 1940, deux d'entre elles n'ayant même pas été annexées par le Gouvernement belge à son *Mémoire*. C'est pour cette raison que le *Contre-mémoire* a posé le problème soulevé par le Gouvernement belge dans les termes suivants :

* La véritable question posée par cet argument du Gouvernement belge ne porte pas sur la documentation incomplète qui aurait été remise aux experts et sur la foi de laquelle

auraient été émises les conclusions des trois Gouvernements formulées dans la Déclaration conjointe du 11 juin 1951. La véritable question consiste à trancher entre deux interprétations contradictoires concernant trois documents: les lettres adressées par *Ebro* à l'*Instituto Español de Moneda Extranjera* les 19 juin et 4 et 5 novembre 1940» (C.M., IV, Chap. II, N° 193, p. 191).

« Il faut donc choisir entre deux interprétations contradictoires des mêmes documents: d'une part celle présentée à l'unanimité par les experts de la Commission internationale et par les Gouvernements de Grande-Bretagne et du Canada; d'autre part celle du Gouvernement belge qui suit une fois de plus le Conseil d'administration de *Barcelona Traction* » (C.M., Chap. II, N° 86, p. 168).

Les trois documents cités constituent, d'après le Gouvernement belge, une justification satisfaisante de l'origine, de l'emploi et de la réalité des charges alléguées par l'*Ebro* comme base de ses demandes de devises. Cette interprétation est avancée sans que le *Mémoire* et les informations orales du conseil du Gouvernement belge aient bien voulu prendre la peine de considérer le contenu des trois communications de l'*Ebro*. Cela aurait été pourtant le seul moyen — semble-t-il — de vérifier jusqu'à quel point une telle interprétation pouvait se justifier. L'argumentation belge a préféré attribuer à l'I.E.M.E. des déclarations inexistantes sur le caractère satisfaisant des renseignements fournis par l'*Ebro* et évoquer les rapports de cette société avec l'autorité monétaire au cours de la période 1931-1936 ainsi que les autorisations de paiements en pesetas accordées au cours de la période 1940-1948, pour s'en servir comme moyen de preuve indirect, pour prouver que ne se posait aucun problème de reconnaissance des dettes de l'*Ebro* pour manque de justification adéquate.

186. La *Réplique* reprend l'argument de la documentation incomplète: « Or, que cette documentation fût incomplète n'est pas une probabilité, mais une certitude » (R., V, N° 390, p. 278). Serait-ce donc parce que le Gouvernement belge présente enfin un document additionnel quelconque qui infirme le manque d'information adéquate qui ressort des trois communications de l'*Ebro* des 19 juin, 4 et 5 novembre 1940? Il n'en est rien: la certitude ressortirait « d'un certificat, établi par le secrétaire général du pseudo-conseil de l'*Ebro* en septembre 1951 » qui, de l'avis du Gouvernement belge, prouverait « 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 » (R., *ibid.*).

Il est évident que le certificat établi le 20 septembre 1951 par le « secrétaire des Conseils d'administration des sociétés qui constituent l'actif de *Barcelona Traction Light and Power Co. Ltd.* » ne décrit ni ne peut décrire les documents qui ont été examinés ou ceux qui ne l'ont pas été par les experts de la Commission internationale entre juin 1950 et mars 1951. Le certificat en question n'a pas, en outre, le sens que lui attribue le Gouvernement belge. Il faut signaler à ce sujet ce qui suit:

1. Le certificat en question a trait à une liste de 97 documents qui, sur la demande de la *Sidro*, devaient faire l'objet d'un examen de la part de témoins devant le consul de Grande-Bretagne à Barcelone pour pouvoir être utilisés dans le procès de Londres. Dans cette liste figurent 57 documents qui font partie de la correspondance échangée entre l'*Ebro* et l'I.E.M.E. au cours de la période 1940-1948, et seulement deux d'entre eux, les N°s 12 et 73, ne sont pas transcrits dans le certificat. Aucun de ces deux documents, annexés tous deux au *Contre-mémoire* (A.C.M., vol. VI, pp. 187 et 239), ne constitue

des communications de l'*Ebro* fournissant des renseignements à l'autorité monétaire. Par contre, le certificat transcrit les deux communications des 4 et 5 novembre 1940, qui figuraient sur la liste et par lesquelles l'*Ebro* répondait aux demandes de renseignements faites par l'autorité monétaire.

2. Ce résultat satisfaisant a été obtenu bien que la lettre de réponse à la demande de documents rapportée dans le certificat lui-même faisait connaître les difficultés qu'il y avait à les identifier, l'affaire à laquelle ils se rapportaient n'ayant pas été précisée. Il était donc demandé aux sollicitants d'envoyer des copies qui permettraient la recherche dans les archives, et il leur était notamment signalé que « pour ce qui se réfère à l'Institut Espagnol de Monnaie Etrangère et au ministère de l'Industrie, il y a lieu de supposer, sans aucun doute, qu'ils conservent dans leurs archives la correspondance échangée avec ces Messieurs, et nous ne croyons pas qu'ils refuseront de les produire à la demande de tout organisme judiciaire ou d'une partie intéressée ».

187. D'autre part, la *Réplique* tient compte apparemment, mais sans la mentionner, de l'observation faite par le *Contre-mémoire* au sujet de la conduite du Gouvernement belge qui veut affirmer, sans vérifier le contenu même des communications de l'*Ebro* des 19 juin, 4 et 5 novembre 1940, que lesdites communications constituent une justification satisfaisante des demandes de devises de l'*Ebro*. La *Réplique* assure que cela peut être établi par « un examen objectif des pièces produites » (R., N° 392, p. 279) et que l'examen de la correspondance « 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 » (R., N° 396, p. 281). La *Réplique* précise alors que l'examen de la correspondance fait l'objet d'une note annexée à la même *Réplique* sous le N° 80.

Cette note ne comporte toutefois aucun élément valable. C'est dans cette note que le Gouvernement belge prétend que l'*Ebro* pouvait « à juste titre », pour des raisons fiscales, s'abstenir de révéler à l'autorité monétaire que la *Barcelona Traction* était la bénéficiaire réelle des transferts sollicités (cf. *supra*, N° 159). Un autre argument semble fondé sur l'hypothèse selon laquelle il suffit que les demandes de transferts n'excèdent pas en valeur le montant des bénéfices de l'exploitation pour qu'elles soient recevables. On lit en effet : « Quant au destinataire étranger, l'*Ebro*, société canadienne ayant son siège à Toronto, eût pu se présenter elle-même comme tel et se borner à exprimer le désir de rapatrier les revenus gagnés par sa succursale en Espagne » (A.R., vol. II, p. 413). Il est évident que même si cet argument était vrai, il ne modifierait en rien le fait que les demandes de devises de l'*Ebro*, dont le Gouvernement belge entend expliquer le refus par la pénurie de devises, ont été présentées, pour des raisons fiscales bien définies, en tant que demandes en vue de transférer de soi-disant revenus acquis en Espagne par les « créanciers étrangers » de la société, et non comme des demandes en vue de transférer « les revenus gagnés par sa succursale en Espagne ». Il a été prouvé, au paragraphe 2 du présent Chapitre, que l'*Ebro*, ou pour mieux dire, la *Barcelona Traction*, aurait pu formuler les demandes de devises d'une façon autre que celle employée, et l'on pourrait même penser que le devoir des administrateurs aurait été de les demander dans le but de transférer, sous le couvert de l'accord de paiements hispano-britannique, les intérêts correspondant aux obligations *Prior Lien* et *First Mortgage*, celles-ci constituant la seule charge réelle grevant l'entreprise en Espagne.

La nouvelle présentation de l'argument consistant à dire que l'*Ebro* a offert de fournir des renseignements supplémentaires et que l'autorité monétaire ne les lui a pas deman-

dés, n'est pas moins étonnante. La *Réplique* cherche à tirer parti des termes de l'accord de paiements hispano-britannique de 1940. D'après le Gouvernement belge, une fois qu'une demande de devises était présentée pour l'une des catégories prévues à l'article 6 de l'accord¹, « c'était à l'Institut qu'il appartenait ensuite, le cas échéant, de demander au requérant telle justification que cet Institut estimerait nécessaire » (A.R., vol. II, p. 412). Le Gouvernement belge essaie de le prouver par le fait que l'article 6 de l'accord reconnaît lui-même que l'Institut a le pouvoir de demander aux sollicitants une justification de leurs demandes. Le Gouvernement belge ignore, semble-t-il, que ce pouvoir peut s'exercer également par le truchement de dispositions de caractère général et non uniquement par la présentation de requêtes personnelles. En tout état de cause, ainsi que l'avait indiqué le *Contre-mémoire*, le fait suivant subsiste, à savoir que « toute tentative pour déplacer les rôles en cette matière est absurde: ce n'est pas l'autorité monétaire qui a intérêt à concéder des devises au demandeur; c'est le demandeur qui est intéressé à les obtenir, à observer toutes les règles et à prendre toutes les initiatives, sans qu'il soit besoin d'incitations venant de l'extérieur » (C.M., IV, Chap. II, N° 56, p. 160).

188. La partie la plus sensée de toute l'*Annexe 80* est constituée par une remarque incidente placée dans ses dernières lignes, remarque incidente qui rappelle, au sujet de l'appréciation fournie par l'I.E.M.E. à propos de la valeur des renseignements fournis par l'*Ebro*, que « seules sont pertinentes les communications successives émanant de l'I.E.M.E. lui-même » (A.R., vol. II, p. 419)². Il est par contre absolument erroné de conclure que l'analyse des communications de l'I.E.M.E. faite dans l'*Annexe 80* prouverait définitivement que ledit organisme aurait jugé les informations fournies par l'*Ebro* comme satisfaisantes. Il a déjà été indiqué (cf. *supra*, N° 171) qu'aucune des communications de l'I.E.M.E. ne comporte des déclarations sur le contenu même des renseignements fournis par l'*Ebro*. Il a également été rappelé (cf. *supra*, N° *ibid.*) que la décision du 13 avril 1943 constituait une décision qui faisait savoir que l'autorisation ou la reconnaissance du bien-fondé du paiement en monnaie étrangère des dettes de l'*Ebro* restait en suspens et que, tant que cette question ne serait pas résolue, l'I.E.M.E. n'accorderait pas de devises, aussi abondantes que soient celles se trouvant à sa disposition.

Il reste encore à considérer certaines particularités ressortant de l'étude du contenu des lettres adressées par l'*Ebro* à l'I.E.M.E. les 19 juin et 4 et 5 novembre 1940, présentée par le Gouvernement belge dans les *Annexes 80* et *81*. En ce qui concerne les renseignements fournis par la lettre du 19 juin 1940, le Gouvernement belge estime que le certificat relatif aux obligations *General Mortgage* qui s'y trouve annexé est suffisant (A.C.M., vol. VI, p. 135). Résumé en est fait à l'*Annexe 80* (A.R., vol. II, p. 415). Le Gouvernement belge

¹ Cet article se réfère aux « primes d'assurances ou de réassurances, licences, participations, commissions, intérêts et tous autres paiements du type revenus, ainsi que toutes autres remises qui pourraient être convenues entre l'Institut et le Clearing Office à l'exclusion des dettes dont l'échéance était antérieure au 1^{er} avril 1939 ».

² La *Réplique* présente cet argument pour enlever du poids aux appréciations données par M^e Tornos, avocat, à propos du caractère insuffisant présenté par les informations qu'il était chargé de fournir à l'I.E.M.E. au nom de la société. Le *Contre-mémoire* les avait signalées à la Cour pour prouver que les dirigeants de la société savaient parfaitement à l'époque que les renseignements fournis par l'*Ebro* aux autorités monétaires n'étaient point satisfaisants (C.M., Chap. II, N°s 114-115, pp. 174-175). Il est par conséquent inexact de dire que le Gouvernement espagnol s'appuie seulement sur les appréciations de M^e Tornos pour nier la valeur des renseignements fournis par l'*Ebro*, et que la lettre où elles apparaissent constitue « la seule pièce invoquée par le Gouvernement espagnol à l'appui de son affirmation quant à l'insuffisance des renseignements fournis par l'*Ebro* dans sa lettre du 4 novembre 1940 » (A.R., vol. II, p. 419). Il est évident que l'appréciation du Gouvernement espagnol repose essentiellement sur le contenu même des renseignements fournis par l'*Ebro*.

ne trouve par conséquent rien à redire au fait que ledit certificat ne fasse que prouver par référence au grand livre de l'année 1927 que l'*Ebro* s'était engagée à payer, en livres sterling, 6.5 pour cent d'une valeur nominale de 9.500.000 livres sterling, feignant d'ignorer par là que la preuve de l'existence de la dette de la société ne constitue que la moitié de la preuve à apporter et que les obligations que l'*Ebro* aurait pu prendre à charge n'impliquent pas automatiquement le fait que les devises doivent être fournies par l'économie espagnole pour un montant égal à celui desdites obligations (C.M., Chap. II, N° 53, p. 159). Le Gouvernement belge ne trouve en outre rien à redire au fait que ledit certificat ne contient pas la moindre indication relative aux conditions dans lesquelles les émissions et retraits successifs d'obligations *General Mortgage* ont été faits jusqu'à leur nouvelle émission définitive en 1925, et non en 1927, avec un rabais de 50 pour cent environ sur leur valeur nominale. Il ne trouve enfin rien à redire au fait que le certificat ne contient pas la moindre référence à l'augmentation de l'intérêt des obligations mise en œuvre en 1926. Pour se faire une idée de la prétendue suffisance des renseignements fournis par ledit certificat, il n'est qu'à confronter son contenu avec les efforts réalisés par le Gouvernement belge à l'Annexe 58 de la *Réplique* pour essayer de démontrer que les transactions entre l'*Ebro* et la *Barcelona Traction* « ont été réalisées pour alléger et non pour augmenter les dettes de l'*Ebro* » (A.R., vol. I, p. 347).

En ce qui concerne les deux autres lettres de l'*Ebro* fournissant des renseignements à l'I.E.M.E., à savoir celles des 4 et 5 novembre 1940 (A.C.M., vol. VI, pp. 140 et 184), le Gouvernement belge estime qu'elles fournissent « des indications précises sur le seul point demeuré en suspens, à savoir l'utilisation en Espagne des fonds provenant du compte *International Utilities* » (A.R., vol. II, pp. 418 et 423). Elle est extrêmement significative l'affirmation selon laquelle l'*Ebro* ne pouvait justifier autrement l'utilisation des avances reçues qu'« à l'aide de ses bilans où se trouvait nécessairement la contrepartie des avances reçues » (*ibid.*, p. 418). On se contentera d'indiquer ici que le Gouvernement belge a procédé différemment dans ladite Annexe 58. Les commentaires du Gouvernement belge ne résolvent d'ailleurs pas les deux points cruciaux. En ce qui concerne le premier point essentiel, sur quoi se fonde-t-il pour considérer que la lettre du 5 novembre 1940 constitue une réponse satisfaisante à la demande de renseignements sur les relations existant entre la *Barcelona Traction*, l'*International Utilities* et l'*Ebro*, ladite lettre s'abstenant de mentionner que la première de ces sociétés était actionnaire unique et créancière unique des deux dernières? Cette omission s'explique peut-être du fait que le Gouvernement belge soutient que l'*Ebro* pouvait s'abstenir « à juste titre » de révéler l'identité de ses créanciers, laquelle elle pouvait parfaitement ignorer, afin d'éviter des complications d'ordre fiscal (A.R., Annexe N° 80, p. 414). En ce qui concerne le second de ces points, quel est l'étrange mécanisme en vertu duquel l'I.E.M.E., après avoir reçu les informations soi-disant satisfaisantes au sujet du compte courant en dollars avec l'*International Utilities*, a maintenu rigide les réserves qu'il faisait à l'égard dudit compte jusqu'en 1948, et pourquoi s'est-il adressé à l'*Ebro*, le 30 octobre 1946, dans les termes suivants?

« En effet, comme vous l'indiquez dans votre lettre précitée, cet Institut, dans son désir de faciliter aux porteurs espagnols la perception des intérêts échus sur lesdites obligations, vous a autorisé à fournir les fonds correspondants par débit d'un compte provisoire en pesetas, et il vous a exposé en même temps ses réserves concernant le débit en dollars que vous aviez offert en contrepartie.

« Cet Institut ratifie son point de vue en ce sens qu'il n'y aurait pas lieu de faire aucune objection quant à la provision des pesetas nécessaires au paiement des coupons successifs

des obligations dont il s'agit. En revanche, et malgré sa bonne volonté — *faute, d'autre part, des renseignements et des précisions nécessaires en la matière* — ce qu'il ne peut pas autoriser, c'est de disposer au débit dudit compte provisoire, les 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* » (A.C.M., vol. VI, p. 322)¹.

Le Gouvernement belge doit convenir que si « seules sont pertinentes les communications successives émanant de l'I.E.M.E. lui-même » pour savoir quel est « le jugement qu'a porté l'I.E.M.E. quant à la valeur de la réponse qui lui parvint au début de novembre », l'analyse desdites communications entraîne très certainement une conclusion, mais en sens contraire à celle de la thèse soutenue par ce Gouvernement.

189. L'analyse des explications fournies par la *Réplique* au sujet des demandes de devises de l'*Ebro* au cours de la période 1940-1944 montre que l'objection présentée par le *Contre-mémoire* à l'égard de la théorie belge de la pénurie de devises demeure entière; en effet, on ne peut parler, au sujet des demandes correspondant au paiement des intérêts des dettes de l'*Ebro*, d'un retard dans ce service du fait de l'insuffisance des disponibilités en devises, puisque le problème préalable de l'autorisation et de la reconnaissance de la pertinence desdits paiements de la part de l'autorité monétaire n'était pas encore résolu.

Pour ce qui est des intérêts et commissions du compte courant en dollars avec l'*International Utilities*, l'existence du problème préalable ressort, de manière indubitable, tant de l'examen de la série de décisions prises par l'I.E.M.E. entre 1940 et 1948 et ordonnant que les paiements en pesetas soient portés à un compte provisoire en pesetas spécialement ouvert à cet effet, que de la décision de l'I.E.M.E. du 30 septembre 1944 rejetant la demande présentée par l'*Ebro* pour que le solde de ce compte provisoire en pesetas soit porté en diminution du solde du compte en dollars avec l'*International Utilities*. Pour ce qui est des intérêts des autres dettes de l'*Ebro*, l'existence du problème préalable de leur autorisation ressort de la décision de l'I.E.M.E. du 13 avril 1943, décision reprise par celle ci-dessus mentionnée du 30 septembre 1944, laquelle s'appuyait sur le rapport de la Commission pour l'étude des comptes immobilisés de titulaires étrangers qui s'est prononcée dans un sens négatif. Ladite Commission a examiné le problème de fond de la pertinence d'une autorisation des paiements et non la possibilité d'étendre les ordres de transfert en fonction des disponibilités en devises, ce problème relevant de la seule compétence de l'I.E.M.E. Ces ordres de transfert auraient d'ailleurs exigé des consultations auprès du Clearing Office britannique en ce qui concerne les paiements à effectuer en livres sterling.

Les réserves émises étaient bien fondées, tel qu'il ressort de la décision de l'I.E.M.E. du 30 octobre 1946. Les Gouvernements de Grande-Bretagne et du Canada ont estimé pleinement justifiée l'attitude de l'administration espagnole, ainsi qu'on peut s'en rendre compte à la lecture de la déclaration conjointe du 11 juin 1951. L'argument gratuit consistant à affirmer que l'Espagne n'aurait fourni qu'une documentation incomplète aux experts de la Commission internationale ne permet pas au Gouvernement belge d'éluder le fait indiscutable que tous les renseignements fournis par l'*Ebro* à l'appui de ses demandes de devises sont ceux qui sont donnés par les lettres des 19 juin, 4 et 5 novembre 1940. Ces trois documents contiennent les informations et renseignements que le Gouvernement belge estime être suffisants, et ce malgré l'avis contraire de l'autorité monétaire espagnole et malgré l'attitude prise à cet égard par les Gouvernements de Grande-Bretagne et du Canada.

¹ C'est nous qui composons en italiques.

Les rapports de l'*Ebro* et du contrôle des changes au cours de la période 1931-1936, rapports également invoqués par le Gouvernement belge pour appuyer sa thèse, ne font que confirmer, contrairement à ce que prétend ce Gouvernement, l'existence de longue date du problème de l'insuffisante justification des dettes invoquées par l'*Ebro* comme base de ses demandes de devises. L'autorisation accordée par l'autorité monétaire le 5 octobre 1931 de diminuer le solde du compte avec l'*International Utilities* est la dernière accordée dans ce but, et elle est antérieure aux problèmes qui ont surgi au cours du mois d'octobre 1931 par suite de l'obstruction opposée par la société à toutes les tentatives de vérification de l'autorité monétaire. A partir du mois d'octobre 1931, les transferts de l'*Ebro* n'ont plus continué, comme par le passé, à se faire exclusivement par le truchement du compte en dollars avec l'*International Utilities*. Tout cela se trouve être confirmé par les références, faites par les documents envoyés par l'*Ebro* à l'I.E.M.E. les 22 avril et 18 juin 1940, et 21 septembre 1944, à la situation des paiements pour intérêts et commissions dus à l'*International Utilities*.

Enfin, les exercices arithmétiques auxquels se livre le Gouvernement belge pour chercher à justifier la valeur comptable des dettes de l'*Ebro* confirment le fait que cette valeur ne pouvait pas représenter la mesure de l'endettement extérieur de l'économie espagnole. L'établissement d'un mécanisme de transferts dûment justifié et reconnu par l'autorité monétaire exigeait que la *Barcelona Traction* régularise les valeurs comptables de son endettement extérieur, et ce tant pour éliminer les éléments fictifs qu'elles contenaient que pour tenir compte de l'origine des capitaux obtenus sur le marché espagnol et de la qualification correcte à donner aux extractions de fonds effectuées dans le passé sur des bases incorrectes.

§ 4: LES EXPLICATIONS DE LA « RÉPLIQUE » SUR LE PLAN D'ARRANGEMENT DE 1945-1946

190. La section 3, intitulée « La période 1945-1948 », du Chapitre III du *Mémoire* du Gouvernement belge avait pour but, notamment, de parvenir aux deux objectifs ainsi définis: « Elle décrit d'abord les efforts que la *Barcelona Traction* fit pour sortir, par un accord avec ses obligataires, de la situation difficile née de la pénurie de devises en Espagne et de la suspension du service de ses obligations en livres sterling; elle montre ensuite comment ces efforts se heurtèrent à partir d'un certain moment à une opposition systématique et, à première vue, inexplicable de la part des autorités espagnoles » (M., I, N° 49, p. 29). La *Réplique* insiste sur le fait que le Gouvernement belge a, dans ce passage de son *Mémoire*, « mis un soin particulier » à exposer les conditions dans lesquelles le plan d'arrangement avait été élaboré, accepté et ratifié et comment son exécution se heurta à l'opposition du Ministre, M. Suances, « 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 amplies disponibilités en Espagne » (R., V, N° 339, p. 283).

191. Le *Contre-mémoire* a donc eu à faire face à une double tâche. Il a examiné en détail, dans la section VI du Chapitre I (C.M., IV, Chap. I, N°s 143-296, pp. 94-138), la genèse du plan *Heineman* pour la réorganisation de l'entreprise de la *Barcelona Traction*, les caractéristiques de son contenu et les conditions dans lesquelles l'approbation et les proroga-

tions ultérieures du plan d'arrangement furent obtenues. La section II du Chapitre II (C.M., IV, Chap. II, N° 194-284, pp. 192-214) a exposé quelles ont été les démarches réalisées auprès de l'Administration espagnole au sujet de ce plan d'arrangement, afin de démontrer le défaut de fondement des griefs belges contre ladite Administration. La *Réplique*, qui semble déplorer que le *Contre-mémoire* ne contienne pas d'affirmation relative au plan d'arrangement non étayée par la preuve documentaire correspondante, estime que « le Gouvernement espagnol, suivant son habitude, se défend moins qu'il ne contre-attaque », et qu'il est « sobre d'explications sur les faits relevés dans le *Mémoire* » (R., V, N° 400, p. 283). A la lumière de telles appréciations, on s'explique que la *Réplique* néglige systématiquement de se rapporter aux objections que le *Contre-mémoire* a opposées à la version concernant le plan d'arrangement présentée par le *Mémoire* belge.

A. L'attitude de l'Administration espagnole vis-à-vis du plan d'arrangement

192. La première question soulevée par la *Réplique* a trait aux « nouvelles preuves, qu'il trouve dans la documentation annexée au *Contre-mémoire*, des raisons politiques qui motivèrent les refus d'autorisation » (R., N° 400, p. 283). Le prétendu « mobile de l'hispanisation » est étudié dans la section suivante du présent chapitre; le Gouvernement espagnol se borne pour l'instant à croire que la Cour ne manquera pas d'apprécier à sa juste valeur le fait que l'invocation desdites « nouvelles preuves » sert de prétexte au Gouvernement belge pour juger « suffisant de rencontrer brièvement dans le corps même de la *Réplique* la documentation annexée au *Contre-mémoire* » (R., N° 410, p. 288).

193. La *Réplique* envisage comme premier point ce qu'elle appelle la « réfutation de la prétendue insuffisance de renseignements » (R., Nos 412-421, pp. 289-294). D'après le Gouvernement belge, une des conclusions du *Contre-mémoire* semble pouvoir être résumée comme suit: l'attitude négative des autorités espagnoles envers le plan d'arrangement aurait été motivé « par l'insuffisance des renseignements fournis par l'*Ebro* » (R., N° 411, 1^o, p. 288). Cette interprétation se fonde sur la mention expresse de trois textes du *Contre-mémoire* qu'il est nécessaire de rapporter ci-dessous.

1) Le *Contre-mémoire* incluait, parmi les caractéristiques permanentes du plan d'arrangement à travers ses trois modalités successives de financement, la caractéristique suivante: « Il exigeait que les autorités espagnoles reconnussent les prétendus engagements extérieurs représentés par les obligations *General Mortgage* en livres sterling d'*Ebro* et par le compte dollars avec *International Utilities*, toutes dettes dont *Ebro* n'avait pas fourni une justification satisfaisante » (C.M., Chap. I, N° 257, p. 127);

2) « Le Gouvernement belge commet une nouvelle erreur en interprétant la décision espagnole du 18 décembre 1945 comme étant un refus d'attribution de devises pour financer le Plan, car de son contexte il ressort à l'évidence que le Ministre espagnol était disposé à envisager la possibilité d'affecter des devises à cette fin, après avoir préalablement obtenu des renseignements précis permettant à l'Espagne de reconnaître, avec toutes justifications à l'appui, des engagements contractés à l'extérieur » (C.M., Chap. II, N° 284, 3, p. 213);

3) « Constitue également une erreur le fait de qualifier d'absolument anormal le maintien de cette condition préalable à propos des formules de financement qui furent proposées postérieurement, car, en dehors même des apports de devises par l'économie espagnole, jamais, à aucun moment, on n'a modifié les modalités du Plan qui impliquaient de la part de l'Espagne la reconnaissance d'importants engagements à l'extérieur, que les autorités espagnoles s'étaient toujours refusées à reconnaître sans justification préalable » (C.M., Chap. II, N° 284, 4, p. 213).

194. Ces textes du *Contre-mémoire* résument manifestement la réponse donnée à certaines allégations du *Mémoire* au sujet du plan d'arrangement qui se trouvait être démenties par la documentation appropriée. La version du *Mémoire* faisait tourner tout le problème du plan d'arrangement sur le plus ou moins grand sacrifice de devises que son exécution entraînait pour l'économie espagnole¹. Le *Contre-mémoire* a prouvé, documents à l'appui, que cette version était erronée. Les dirigeants de la *Barcelona Traction* n'ont pas soulevé seulement, lorsqu'ils ont présenté à l'Administration espagnole les transactions relatives au plan d'arrangement, une question relative à une cession immédiate de devises en plus ou moins grande quantité. Ils ont soulevé le problème beaucoup plus grave des engagements qui pourraient découler pour l'économie espagnole à la suite des obligations contractées par la *Barcelona Traction* à l'étranger. Ce problème de base était indépendant des modalités d'exécution proposées et de l'importance du sacrifice immédiat de devises que le plan imposerait à l'économie espagnole. Il faut la volonté systématique de déformation des auteurs de la *Réplique* pour pouvoir comprendre que le *Contre-mémoire* « contre-attaque » en rappelant cela, et que les explications du Gouvernement espagnol à cet égard ne sont qu'une tentative de justifier les décisions de son Administration « par l'insuffisance des renseignements fournis par l'*Ebro* ».

195. Or, le Gouvernement belge n'a qu'à se reporter à la présentation initiale de l'opération à l'I.E.M.E. faite le 11 juin 1945 par un groupe de banques espagnoles (A.C.M., vol. VI, p. 261), et aux démarches subséquentes à partir du 14 novembre 1945 (A.C.M., vol. VI, p. 265). Ce que l'on demandait était une autorisation permettant à la société espagnole *Chade* et à un groupe de banques espagnoles de fournir 3.500.000 livres sterling, lesquelles devaient être apportées ou remboursées par l'I.E.M.E. à concurrence de 2.500.000, somme destinée à permettre à la *Barcelona Traction* de retirer les obligations *Prior Lien* et *First Mortgage* qui se trouvaient en circulation. En même temps, la forme dans laquelle l'opération fut présentée au départ impliquait une nouvelle demande de reconnaissance des obligations *General Mortgage* de l'*Ebro*, puisque celles-ci, partiellement converties en obligations en pesetas, devaient être utilisées pour rembourser les apports de la *Chade* et des banques espagnoles. Le Ministre espagnol, M. Suanzes, ne pouvait négliger d'examiner cette opération sous l'angle, précisément, « d'engagements qui, du point de vue espagnol, pourraient dériver des émissions d'obligations d'une société étrangère, domiciliée hors d'Espagne, sur le marché international » (A.C.M., vol. VI, p. 287). Dès le début du mois de décembre 1945, le Ministre a déclaré, et par la suite il a confirmé cette déclaration dans sa lettre du 18 décembre 1945 que l'on ne pouvait pas accepter la reconnaissance de tels engagements, en tout ou en partie, sans procéder à une étude détaillée de l'entreprise, qui permettrait de se prononcer en connaissance de cause².

¹ Le *Mémoire* prétendait que les dirigeants de la *Barcelona Traction* ne pouvaient tirer de la lettre du Ministre, M. Suanzes, en date du 18 décembre 1945, « qu'une seule conclusion claire: ils ne pourraient obtenir de l'Espagne une contribution en devises de cette importance pour financer le Plan d'arrangement qu'ils venaient de conclure avec les obligataires ». Il assurait également qu'« après avoir vainement suggéré une formule intermédiaire qui réduisait cette contribution et l'étalait dans le temps, se décidèrent-ils à désarmer l'opposition de M. Suanzes en proposant des modalités d'exécution du Plan d'arrangement qui ne comporteraient plus, de la part de l'Espagne, aucune cession de devises » (M., I, N° 56, p. 31).

² Cet avis, pleinement justifié en tout état de cause, s'imposait plus encore dans le cas d'espèce. Dès 1931, on le sait, l'entreprise avait procédé à l'obstruction de toutes les tentatives faites par l'Administration pour connaître la réalité des charges extérieures de celle-ci et, à partir de 1940, l'I.E.M.E. avait formulé des réserves expresses quant à l'opportunité qu'il y avait à reconnaître les dettes alléguées par l'*Ebro* comme base de ses demandes de devises.

196. La documentation jointe au *Contre-mémoire* réduit à néant la thèse belge consistant à feindre d'ignorer que la seule question pertinente concernant les demandes présentées à l'Administration espagnole pour l'exécution du plan d'arrangement de la *Barcelona Traction* est celle du caractère raisonnable de la condition préalable mise par cette Administration à la reconnaissance des engagements qui, au point de vue espagnol, pouvaient résulter des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage*. A ce propos, il faut remarquer le silence de la *Réplique* au sujet de l'opinion des dirigeants de l'entreprise eux-mêmes à l'époque où les faits se sont produits. En effet, les dirigeants de l'entreprise étaient parfaitement conscients du fait que la présentation du plan pourrait les contraindre à révéler au Gouvernement espagnol quelles étaient les ramifications internes de leur organisation, et qu'« en outre, on peut concevoir que le Gouvernement espagnol saisisse cette occasion pour procéder à une enquête détaillée sur nos affaires » (A.C.M., vol. II, p. 305). Les documents prouvent aussi que les problèmes que se posaient les dirigeants et conseillers de l'entreprise tournaient autour des interférences inévitables du plan d'arrangement avec la structure existante de l'*Ebro* et autour de la possibilité de réanimer de vieilles questions pendantes avec l'Administration au sujet de l'émission des obligations *General Mortgage* de l'*Ebro* à 50% de leur valeur nominale et de l'augmentation de leur intérêt en 1926 (A.C.M., vol. II, p. 306 et p. 310).

197. Le Gouvernement belge ne peut pas non plus éluder les faits résultant des documents en affirmant que le représentant de la *Chade* qui avait réalisé les négociations avec le Ministre en 1945 avait interprété la décision prise par celui-ci comme une opposition irrévocable « à la première modalité d'exécution du Plan d'arrangement proposé en 1945 » (R., V, N° 413, p. 290). Tant au cours des entrevues qu'eurent ces deux personnes que dans la lettre du 18 décembre 1945, le Ministre s'est exprimé avec la plus grande clarté, et le représentant de la *Chade*, comme il ressort de la réponse qu'il adressa au Ministre le 19 décembre 1945, avait parfaitement compris que la condition préalable mise par le Ministre ne concernait pas les modalités du plan, mais le principe même de l'opération (C.M., IV, Chap. II, N° 213, p. 197). Dès décembre 1945 il était évident que les autorisations administratives pour l'exécution du plan d'arrangement, quelle que soit la modalité de financement envisagée, ne pourraient être obtenues sans que l'exigence raisonnable du Ministre soit satisfaite.

198. Dès lors qu'elle ignore la véritable objection du *Contre-mémoire*, la *Réplique* répète inutilement que la seconde modalité de financement « aurait considérablement réduit la contribution de l'I.E.M.E. à la fourniture des devises nécessaires », et que, avec la dernière modalité de financement, « l'opération projetée n'affectait plus en rien les intérêts du Gouvernement espagnol » (R., N°s 414 et 415, pp. 290 et 291). La *Réplique* avance que les rapports présentés au Ministre par les organismes compétents à propos de ces dernières modalités d'exécution du plan d'arrangement sont « vraiment incompréhensibles » et qu'ils se rapportent « moins à la demande d'autorisation précise présentée à l'Institut, qu'à l'ensemble du mécanisme de financement de l'opération » (R., N°s 417 et 418, p. 292).

Pour ce qui est du rapport présenté par l'I.E.M.E. le 3 juillet 1946 sur la deuxième modalité de financement (A.C.M., vol. VI, pp. 298-301), on chercherait en vain en quoi il peut être difficile à comprendre. Le rapport rappelle que dans la seconde proposition « il n'existe pas de modifications sensibles du Plan financier » étant donné que la somme à émettre en obligations est toujours de 367 millions de pesetas ; on y trouve un exposé

assez concis dans lequel il est dit que cette émission serait consacrée en partie à retirer les obligations en pesetas de la *Barcelona Traction*, et en partie à rétribuer, au taux de change de 84,18 pesetas en obligations par livre sterling, les apporteurs des 3.500.000 livres sterling nécessaires pour retirer les obligations *Prior Lien* et *First Mortgage* de la *Barcelona Traction*. Le langage utilisé par l'I.E.M.E. lorsqu'il déclare que l'*Ebro* rachetait, avec l'émission en pesetas, 8.155.555 livres sterling de ses engagements à l'égard de la *Barcelona Traction* ne semble pas non plus être excessivement ardu. L'I.E.M.E., compte tenu des faits exposés, proposait de rejeter l'opération, notamment parce que ladite opération ne comportait, au point de vue de l'économie espagnole, que le retrait d'obligations émises par une société étrangère à l'étranger au prix d'un sacrifice en devises que les circonstances ne conseillaient pas et pour lequel il n'y avait point de précédent.

Quant aux deux rapports d'octobre 1946 relatifs à la dernière modalité de financement (A.C.M., vol. VI, p. 310 et pp. 311-312), ils étaient d'accord pour reconnaître qu'elle était moins avantageuse que les précédentes. A leur sujet, le Gouvernement belge affirme ne pas comprendre les raisons de « cette hostilité accrue » et estime que la discussion des motifs des rapports autres que ceux auxquels la *Réplique* se réfère « dépasserait le cadre de cette *Réplique* » (R., N° 418, p. 292). Le Gouvernement espagnol prie la Cour de bien vouloir retenir que parmi les motifs que le Gouvernement belge ignore délibérément grâce à cette formule, se trouvent les deux motifs suivants. Le premier d'entre eux provient du rapport faisant connaître l'avis du Ministre des Affaires Etrangères, et le second est extrait du rapport de l'I.E.M.E. Les voici :

« On accepterait officiellement, pour ainsi dire, les conditions dans lesquelles furent primitivement émises les obligations *Barcelona Traction* (couvrant l'*Ebro*), ce point étant essentiel. Il semble nécessaire, avant d'accepter le droit des obligataires à voir transférer en livres sterling leurs dividendes, d'étudier le détail de l'émission, les conditions dans lesquelles celle-ci a été prise sur le marché de Londres, les apports effectifs que cela a représenté dans l'économie nationale, etc. » (A.C.M., vol. VI, p. 310).

« En outre, le retrait de l'émission en circulation en Espagne se ferait en plaçant des fonds acquis dans un compte provisoire, avec lequel on subvient au service de cette émission, sans qu'on ait préjugé de la licéité d'un compte en dollars, qui est celui qu'on devrait utiliser en contre-partie, compte qui n'a pas été autorisé par l'Institut espagnol de Monnaie étrangère » (A.C.M., vol. VI, p. 312).

Il n'est point besoin de dire que les deux rapports examinaient les répercussions de l'opération au point de vue de l'économie espagnole. Au surplus, le premier d'entre eux rejetait de façon expresse le mirage auquel s'accroche maintenant la *Réplique*, à savoir que « l'opération projetée n'affectait plus en rien les intérêts du Gouvernement espagnol » (R., N° 415, p. 291).

199. Le Président de la *Barcelona Traction*, M. Speciael, s'est montré assurément plus au courant des problèmes véritables auxquels l'exécution du plan d'arrangement se heurtait lorsqu'il a rencontré le Ministre, M. Suanzes, le 26 novembre 1946. La démarche de M. Speciael était destinée à présenter, sous une autre forme, la demande relative au dernier mode de financement du plan d'arrangement qui avait été rejeté par l'I.E.M.E. dans la résolution du 30 octobre (A.C.M., vol. VI, p. 322). M. Speciael était porteur d'une lettre destinée à l'I.E.M.E., laquelle, sans autre modification que la date, fut en fin de compte remise au Ministre le 7 décembre (A.C.M., vol. VI, p. 328). Le texte de cette lettre à l'I.E.M.E. contient des nouveautés dont la portée n'échappera pas à la Cour (A.C.M., vol. VI, pp. 334-336).

La première de ces particularités est que la nouvelle demande était formulée au nom de la *Barcelona Traction* (C.M., IV, Chap. II, N° 233, p. 202). Or, c'est la première fois que l'entreprise s'adressait à l'Administration espagnole au nom de ladite société. Les demandes relatives à l'exécution du plan d'arrangement représentaient des demandes de reconnaissance des engagements qui pourraient résulter pour l'économie espagnole des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage* émises par la *Barcelona Traction* sur le marché international. Il était logique que ce soit la société intéressée qui prenne elle-même la responsabilité de demander cette reconnaissance à l'Administration espagnole¹.

La deuxième particularité à souligner est que la lettre de la *Barcelona Traction* sollicitant de l'I.E.M.E. l'autorisation de recevoir de l'*Ebro* une somme de 64 millions de pesetas, offrait en contrepartie un montant équivalent en coupons d'intérêts arriérés des obligations *General Mortgage* de l'*Ebro*. M. Spéciael se montrait ainsi plus sensible que le Gouvernement belge à propos des réserves de l'I.E.M.E. au sujet du compte de l'*International Utilities* rappelées dans sa décision négative du 30 octobre 1946. Néanmoins, pour le Gouvernement belge ce refus de l'I.E.M.E. « paraissait inconcevable » et « les motifs donnés par l'Institut étaient vraiment incompréhensibles » (R., V, N° 416 et 417, p. 292). M. Spéciael les a parfaitement compris, lui, à l'époque.

200. La *Réplique* feint d'ignorer également d'autres éléments importants exposés dans le *Contre-mémoire* et qui ressortent de la démarche réalisée par le Président de la *Barcelona Traction*. Lors de l'entrevue du 26 novembre 1946, le Ministre, M. Suanzes, ne pouvait faire autre chose que de reprendre les exigences établies, un an auparavant, lorsque la question du plan d'arrangement lui avait été soumise pour la première fois. Il s'agissait des mêmes exigences que celles qu'il avait eu l'occasion de formuler en juin 1946 lorsqu'on lui avait proposé la seconde modalité de financement. Enfin, le 30 octobre de la même année il les avait reprises au sujet de la dernière modalité, quand celle-ci a été présentée au nom de l'*Ebro*, dans les termes suivants :

« Confirmant ce que j'ai exposé dans la lettre que je vous ai adressée le 18 décembre dernier, paragraphes 2° et 3°, au sujet des aspects ou modalités de l'opération alors proposée, et au sujet de la nécessité de faire concorder la reconnaissance de n'importe quel engagement espagnol en ce qui concerne les émissions d'obligations d'une entreprise étrangère et domiciliée hors d'Espagne, avec la connaissance à fond et détaillée de la constitution et du développement des sociétés en question, et des processus de capitalisation, installations et autres de ce genre, je dois insister sur le fait qu'on manque à l'heure actuelle de ladite connaissance dans la mesure suffisante pour décider, en pleine connaissance de cause, d'une matière grave et qui de façon directe ou indirecte peut concerner d'importants intérêts espagnols » (A.C.M., vol. VI, p. 323).

A la suite de l'entrevue avec le Ministre du 26 novembre, le Président de la *Barcelona Traction* a accepté enfin le principe même de cette exigence élémentaire et raisonnable rappelée depuis un an par M. Suanzes (C.M., Chap. II, N° 235, p. 202). Il s'est abstenu de présenter la lettre qu'il avait préparée et, au cours d'un séjour d'une semaine à Barcelone, il affirme s'être efforcé de réunir les renseignements qui lui permettraient de la compléter (A.C.M., vol. VI, p. 328). La lettre de la *Barcelona Traction* et les renseignements complé-

¹ De même qu'il aurait été logique que les demandes de devises de 1940 soient directement rattachées à la nécessité de reprendre le service des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage*. Il faut remarquer que les dirigeants de l'entreprise n'avaient pas jugé opportun de le faire lorsqu'il s'agissait de demandes de devises pour le paiement des intérêts des obligations, mais qu'ils se sont décidés à s'adresser aux autorités espagnoles au nom de *Barcelona Traction* lorsqu'il s'agissait de racheter les obligations à vil prix.

mentaires furent remis au Ministre le 7 décembre 1946. Si M. Speciael exprimait son espoir de voir les renseignements fournis permettre au Ministre d'accepter la demande en connaissance de cause, il se montrait néanmoins conscient du fait que les renseignements qu'il avait pu réunir en une semaine de travail étaient loin de donner satisfaction à ce que le Ministre demandait depuis un an: « Un vrai travail de comptable demanderait, comme Votre Excellence l'a évalué elle-même, au moins six mois et les Trustees, malheureusement, ne peuvent se résoudre à accorder des délais d'une telle amplitude » (A.C.M., vol. VI, p. 328). Le Ministre rappela dans sa réponse du 14 décembre qu'« évidemment une étude de ce genre requerrait une période de temps sûrement prolongée, et je dois vous avertir que ces mêmes indications furent déjà données de manière concrète il y a un an par lettre du 18 décembre 1945 adressée à M. V. » (A.C.M., vol. VI, p. 337) ¹.

201. Le plus significatif est néanmoins le silence gardé par la *Réplique au sujet des conclusions tirées par le Président de la Barcelona Traction à la suite de son entrevue avec M. Suanzes, de la correspondance qu'il a échangée avec lui, et de l'exposé présenté par le Ministre devant les Cortès. Ainsi que le disait le Contre-mémoire: « Bien entendu, M. Speciael ne tira pas de ces événements la conclusion que prétend maintenant en tirer le Gouvernement belge, à savoir que, chez le Ministre espagnol, il y aurait « une animosité caractérisée », « une volonté d'hostilité manifeste ou de dénégation d'un traitement équitable à des intérêts étrangers ». M. Speciael en tira une leçon tout autre, une conclusion beaucoup plus cohérente avec les faits qui lui servaient de prémisse » (C.M., Chap. II, N° 238, p. 203). Le Contre-mémoire rappelait la conclusion tirée par M. Speciael à l'époque. Comme l'écrivit M. Lawton, représentant du groupe *Barcelona Traction* en Espagne, dans sa lettre du 19 décembre 1946:*

* M. Speciael est convaincu qu'à moins que la société *Ebro* ne soit disposée à fournir des renseignements concernant la structure de son capital, etc., il est pratiquement certain qu'aucune devise étrangère ne sera consentie pour le service de ses obligations et pour ses autres besoins d'ordre financier. *

Le Gouvernement espagnol attire à nouveau l'attention de la Cour sur tout ce qui est exposé à cet égard dans le *Contre-mémoire* (C.M., Chap. II, Nos 238-242, pp. 203-204). Il peut y ajouter maintenant une lettre du 18 février 1947 qui a été découverte récemment et dans laquelle le Président de la *Barcelona Traction* lui-même, M. Speciael, s'exprime dans les termes suivants (A.D., N° 27):

* Si vous avez suivi les négociations qui ont eu lieu en Espagne avec le Ministère de l'Industrie, dont dépend l'Institut des Monnaies, vous aurez compris que le Gouvernement ne paraît décidé à nous accorder des devises qu'après une enquête approfondie sur la structure du capital de l'*Ebro* et sur les mouvements de devises qui s'y sont opérés depuis l'origine.

Il est naturellement vital pour la *Barcelona Traction* que des transferts puissent un jour se faire et le plus tôt sera le mieux. Par conséquent, il faut mettre tout en œuvre pour que nous connaissions au plus tôt l'histoire financière complète de l'*Ebro*, car ce n'est qu'après avoir acquis la pleine connaissance de cette histoire que nous pourrions décider de la politique à adopter pour ce qui regarde les demandes faites par le Gouvernement. *

¹ Le Ministre, M. Suanzes, a récapitulé aussi, en répondant à une interpellation des Cortès, les demandes qui lui avaient été soumises par la *Barcelona Traction* et les critères qui avaient inspiré l'attitude qu'il avait prise. Si la Cour se reporte au texte de cette intervention du Ministre, elle pourra facilement se rendre compte que le Gouvernement belge ne donne pas une description plus juste du discours dans la *Réplique* que dans le *Mémoire*, quoiqu'il s'y réfère maintenant comme un « discours véhément » (R., V, N° 420, p. 294), tandis qu'il parlait auparavant de « diatribe violente » (M., I, N° 58, p. 32).

202. En présentant en 1945 le plan d'arrangement à l'Administration espagnole, l'entreprise n'avait pas encore affronté le problème de la reconnaissance de ses engagements à l'étranger par ladite Administration, problème pendant depuis 1931. On a relaté que les dirigeants de l'entreprise avaient préféré différer la solution de ce problème lors de toutes les occasions qui s'étaient présentées à eux pour régulariser leurs rapports avec l'Administration espagnole. C'est ce qui s'était produit en 1931-1932, alors que les enquêtes réalisées au cours de ces années auraient permis une explication avec les autorités espagnoles; en 1936, lorsque la passation des accords de paiements entre l'Espagne et la Grande-Bretagne et entre l'Espagne et le Canada avait offert une nouvelle possibilité de régulariser la situation à la satisfaction de chacun de ces trois pays; en 1940, lorsque les autorités espagnoles avaient présenté des demandes concrètes d'information et formulé des réserves expresses au sujet de l'endettement à l'étranger de l'*Ebro*; enfin en 1943, lorsque l'*Ebro* s'était vu formellement notifier l'impossibilité d'autoriser ses engagements à l'étranger conformément au rapport de la Commission pour l'Etude des Comptes Immobilisés de Titulaires Etrangers.

Le plan Heinemann de réorganisation de l'entreprise projeté dès 1940 n'était qu'une tentative pour effacer le passé sans que ne fussent remplies les exigences les plus élémentaires découlant de la loi. Ce plan ayant échoué, le Président de la *Barcelona Traction*, M. Speciael, a tiré la conclusion qui s'imposait, à savoir que l'on devait réunir les renseignements permettant de décider si le moment, si souvent différé, de s'expliquer avec l'Administration espagnole était arrivé. Les dirigeants de l'entreprise choisirent cependant une autre voie (Section II du présent Chapitre). La leçon que l'on peut tirer des événements de 1946 et des rapports de l'entreprise avec l'Administration espagnole continue d'être celle que le *Contre-mémoire* résumait de la façon suivante:

« Depuis le mois d'octobre 1931, époque à laquelle avaient été suspendues les autorisations de transferts de fonds à l'extérieur jusqu'au mois de décembre 1946, où le président de la *Barcelona Traction* fut convaincu que l'on n'obtiendrait plus de devises si l'entreprise en Espagne ne se soumettait pas aux mêmes règles que les autres entreprises étrangères qui opéraient dans le pays, il s'est écoulé quinze longues années, riches en événements. Quiconque aura voulu analyser les multiples incidents qui ont caractérisé les relations du groupe de la *Barcelona Traction* avec l'Administration espagnole durant ces quinze années devra convenir que ces incidents ne révèlent aucune animosité de la part de cette Administration, mais ils témoignent par contre, et jusqu'à l'extrême, d'une volonté manifeste de la part de cette société d'échapper de manière permanente au respect de la légalité du pays où étaient situées toutes ses affaires » (C.M., IV, Chap. II, N° 242, p. 204).

B. Les caractéristiques permanentes du plan d'arrangement

203. Le second point de l'argumentation du *Contre-mémoire* considéré par la *Réplique* est celui qu'elle intitule « 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 » (R., V, p. 294). Le Gouvernement belge affirme qu'il soulève cette question parce qu'il comprend que le *Contre-mémoire* justifie également de la sorte l'attitude négative des autorités espagnoles (R., N° 411, 2^e p. 288). Pour étayer cette interprétation, il invoque le texte du *Contre-mémoire* qui, résumant les caractéristiques permanentes du plan d'arrangement sous quelque modalité de financement que ce soit, exposait ce qui suit: « Il imposait à *Ebro* l'énorme perte d'un escompte égal à 50 pour cent de la valeur nominalé avec lequel se serait effectuée l'émission de ses obligations et il réservait à *Barcelona Traction* et aux personnes participant au financement le bénéfice

que produirait la vente au public des obligations que s'adjugeait *Barcelona Traction* dans des conditions tellement onéreuses pour *Ebro* » (C.M., Chap. I, N° 257, 2^o, p. 127). Le *Mémoire* du Gouvernement belge avait passé sous silence cette caractéristique fondamentale du plan d'arrangement, de même que les dirigeants de l'entreprise l'avaient oubliée dans l'exposé du plan d'arrangement qu'ils ont présenté aux tribunaux canadiens, aux assemblées d'obligataires et aux autorités espagnoles. Il ne s'agissait par conséquent pas, comme le prétend la *Réplique*, de justifier l'opposition au plan d'arrangement, mais de compléter l'information partielle fournie à la Cour.

La *Réplique* prétend maintenant, au sujet de l'exposé du *Contre-mémoire*, qu'aucune des modalités de financement du plan d'arrangement n'impliquait un sacrifice pour l'*Ebro* ni un bénéfice pour la *Barcelona Traction*, cette dernière devant au contraire supporter un sacrifice (R., N° 423, 4^o, p. 296). La démonstration de ces affirmations est supposée rapportée à l'*Annexe 83* de la *Réplique*. Pour ce qui est de « tous les raisonnements que le Gouvernement espagnol s'efforce de bâtir en partant du *discount* avec lequel les obligations *General Mortgage Bonds* avaient été émises dans le passé sont sans aucune pertinence » (A.R., vol. II, p. 429). D'autre part, le Gouvernement belge admet l'existence d'un bénéfice réel pour ceux qui participent au financement, et il cherche à le justifier en fonction de divers éléments, à savoir, pour les deux premières modalités de financement, le soi-disant *risque de change* et le *taux d'intérêt* peu élevé, et pour la troisième la cotation probable sur le marché des obligations en livres sterling de l'*Ebro*, laquelle serait inférieure à leur valeur nominale par suite des difficultés de transfert prévisibles (R., N° 423, 3^o, p. 295, et A.R., vol. II, p. 432).

204. La Cour se rendra compte de l'erreur commise par le Gouvernement belge si elle veut bien se reporter à la correspondance de 1945, qui retrace les points de vue des personnes qui ont élaboré le plan d'arrangement et des « auditeurs » de l'entreprise (A.C.M., Chap. I, *Annexe 112*, documents N°s 10, 11, 12, 13, vol. II, pp. 338-351). On en retiendra ici ce qui suit:

1^o La note du 12 novembre 1945 — qui est jointe à l'exposé et à la justification de la recommandation finale relative aux transactions de l'*Ebro* au sujet de l'exécution du plan d'arrangement — prévient qu'« il pourrait résulter de lourdes conséquences d'une référence dans ledit certificat [il s'agit du certificat annuel d'approbation des comptes de l'*Ebro* par les « Auditeurs »] au « *Discount* » avec lequel fut faite l'émission des *General Mortgage Bonds* — alors que précisément ces *Bonds* sont actuellement pris à leur pleine valeur nominale dans l'opération de change contre obligations pesetas » (A.C.M., vol. II, p. 338).

2^o Il est amplement discuté, dans la lettre du 15 novembre 1945 de M. Currell, associé de McAuliffe, Turquand, Youngs & Co., « auditeurs » de l'entreprise, des problèmes que soulève le « *discount* » avec lequel les obligations *General Mortgage* de l'*Ebro* ont été émises à l'origine. Ces obligations devaient être échangées pour des obligations en pesetas dans les deux premières modalités du plan d'arrangement, et par de nouvelles obligations à 5 pour cent en livres sterling dans la troisième modalité. Cette lettre montre la différence substantielle devant exister entre la situation antérieure et postérieure au plan d'arrangement. Dans la première situation, les *General Mortgage Bonds* de l'*Ebro* sont « essentially a profits-transferance device » puisque la *Barcelona Traction* possède 100 pour cent du capital-actions et obligations de l'*Ebro*, tandis que dans la deuxième,

après l'exécution du plan, les nouvelles obligations de l'*Ebro*, en pesetas ou en livres sterling, ne sont plus « an inter-company affair » puisqu'elles auront été cédées à des tiers, autrement dit aux banques espagnoles et à la *Chade* dans la première modalité du plan d'arrangement, et à la *Sofina*, la *Sidro* et la *Sovalles* dans la dernière modalité. Le décompte des obligations cesse d'être un artifice comptable intérieur à l'entreprise et devient un décompte effectif, une perte nette pour la société émettrice qui doit racheter pour le montant de leur valeur nominale intégrale des obligations émises à 50 pour cent de cette valeur nominale. Telle était la portée de l'opération pour l'*Ebro*, ainsi que l'a démontré le *Contre-mémoire*.

3° M. Currell exposait également dans la même lettre du 15 novembre 1945 quel était le traitement comptable possible que l'on pouvait donner au bénéfice résultant pour la *Barcelona Traction* de la perte occasionnée à l'*Ebro* du fait du « discount » avec lequel les obligations se trouvaient être émises. Il distinguait à cet égard deux hypothèses possibles. La première était que la *Barcelona Traction* vende les obligations de l'*Ebro* à des tiers pour le montant intégral de leur valeur nominale, auquel cas le bénéfice de la *Barcelona Traction* serait égal à la perte subie par l'*Ebro* et permettrait de constituer dans la première de ces sociétés une réserve de capital d'un montant égal à 100 pour cent de la décote des obligations; à mesure que l'*Ebro* parviendrait à amortir la perte aux dépens de ses revenus, la *Barcelona Traction* pourrait disposer des réserves de capital ainsi formées. Par contre, si la *Barcelona Traction* les cédait à des tiers pour un montant moindre que leur valeur nominale, la réserve de capital serait inférieure à la perte de l'*Ebro*, et la *Barcelona Traction* ne pourrait en disposer jusqu'à ce que l'*Ebro* ait amorti le surcroît de sa propre perte. Cette dernière hypothèse était celle qui était prévue puisque, comme il a été dit dans le *Contre-mémoire*, la majeure partie du bénéfice revenait aux personnes qui auraient participé au financement du plan d'arrangement. Le Trésorier de l'*Ebro*, M. Clark, a fait les commentaires suivants au sujet de la suggestion faite par M. Currell:

« Il se réfère, bien entendu, à la réalisation par *Traction* d'un bénéfice sur les £ 8.155.555 d'obligations *General Mortgage* remises en fait pour leur valeur nominale contre obligations *Ebro* en pesetas, ce bénéfice comprenant la proportion relative de l'escompte. Ce bénéfice sera réduit par certains facteurs (contrepartie reçue et impôts, frais, etc., à supporter par *Traction*) et par conséquent on n'en pourra pas disposer à 100% pour le transférer à 'Réserve' afin de compenser la proportion équivalente d'escompte dans les comptes d'*Ebro* comme cela est prévu par M. Currell » (A.C.M., vol. II, p. 351)¹.

En affirmant par conséquent qu'il n'y avait ni sacrifice pour l'*Ebro* ni bénéfice pour la *Barcelona Traction*, la *Réplique* s'oppose au point de vue exprimé par les personnes mêmes qui ont élaboré le plan d'arrangement et par les « auditeurs » de l'entreprise. Ces personnes ont tenu compte de la perte effective prévue pour l'*Ebro* et de la nécessité d'amortir ladite perte par les revenus de la société obtenus par la vente d'électricité en Espagne². Elles ont en même temps envisagé dans quelle mesure la perte de l'*Ebro* se

¹ « He of course refers to the realisation by *Traction* of a profit on the £ 8.155.555 *General Mortgage* Bonds surrendered in effect at par, against *Ebro* peseta Bonds, this profit comprising the relative proportion of the discount. This profit will be reduced by certain factors (consideration received and taxes, expenses, etc., to be borne by *Traction*) and so will not be 100% available to be taken to Reserve to offset the equivalent proportion of discount in the *Ebro* accounts as assumed by Mr. Currell » (A.C.M., vol. II, p. 351).

² Le financement des bénéfices de *Barcelona Traction* et des personnes qui devaient participer à l'exécution du Plan d'arrangement allait retomber dans l'immédiat sur les épargnants espagnols parmi lesquels les obligations d'*Ebro* allaient être placées.

matérialiserait sous forme de bénéfices pour la *Barcelona Traction* ou pour les personnes qui ont participé au financement du plan d'arrangement.

C. *Le sort réservé aux obligataires*

205. Parmi les caractéristiques permanentes du plan d'arrangement dans toutes ses variantes, le *Contre-mémoire* signalait la suivante: « Il exigeait que les autorités britanniques et les autorités espagnoles accordassent tacitement leur caution à l'opération qui imposait aux obligataires *Prior Lien* et *First Mortgage* de renoncer à une grosse fraction de leurs créances, et ce sacrifice, aux dires de la société, procédait non pas du fait que la société manquât de disponibilités, mais de prétendues difficultés qu'elle aurait rencontrées pour transférer des fonds hors d'Espagne » (C.M., IV, Chap. I, N° 257, 3^e, p. 127). Ce texte du *Contre-mémoire* est qualifié par la *Réplique* de thèse « peut-être encore plus saugrenue que la précédente » (R., V, N° 424, p. 296), et le Gouvernement belge lui oppose des arguments qui sont présentés sous le titre « réfutation de la justification de l'opposition au plan d'arrangement par le sacrifice imposé aux obligataires »¹.

206. Le Gouvernement belge ne conteste pas que *Barcelona Traction* a soutenu en 1945 qu'il était impossible d'obtenir de l'Espagne les livres sterling nécessaires pour reprendre le paiement des intérêts des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage*, alors qu'il était possible d'obtenir de ce pays une somme substantielle en livres sterling pour financer le retrait des obligations dans les termes prévus par le plan d'arrangement (C.M., Chap. I, N°s 205-226, pp. 111-118). Or, les déclarations de la *Barcelona Traction* à l'époque ne constituent pas un exposé loyal des démarches réalisées auprès des autorités espagnoles et britanniques au sujet des demandes de devises d'*Ebro* et de l'attitude desdites autorités vis-à-vis de ces demandes. En effet, ladite société n'a pas dévoilé que les arriérés espagnols en livres sterling engendrés par la guerre civile étaient entre 1940 et 1945 liquidés de façon satisfaisante, circonstance dont les dirigeants de l'entreprise étaient dûment informés. Elle n'a pas plus cherché à justifier pourquoi les obligataires en livres sterling de la *Barcelona Traction* devaient rester en marge des facilités qui étaient offertes aux autres créanciers de l'Espagne en livres sterling. A ces circonstances, on peut maintenant ajouter le témoignage de *National Trust*. Celle-ci, dans la déclaration jointe à la *Réplique*, affirme que ce fut en 1947 qu'elle a su pour la première fois que l'entreprise de *Barcelona Traction* n'obtiendrait pas de transferts de l'Espagne si elle ne donnait pas satisfaction aux demandes d'information des autorités de ce pays (A.R., vol. I, p. 113)². La *Réplique* répète néanmoins que « 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 » (R., N° 424, p. 296).

¹ Le *Mémoire* fait grand cas de l'attitude de la *National Trust* à l'égard du plan d'arrangement, des voix émises lors des assemblées d'obligataires d'octobre 1945 et de la ratification du Plan d'arrangement faite par le Tribunal Suprême d'Ontario, sur demande de *Barcelona Traction*, le 19 décembre de la même année. Le *Contre-mémoire* a montré que ces faits n'ont point la portée que prétend leur donner le *Mémoire* et sur laquelle insiste la *Réplique* (R., N° 428, p. 298) en raison de l'influence exercée par les déclarations faites par *Barcelona Traction*, qui a donné une description inexacte de la situation.

² Il est affirmé dans une autre déclaration de *National Trust* en date de 1948 que « since the collapse of the Compromise Plan *National Trust* has given its support and co-operation to the Company in its efforts to meet the requirements of the Ministry of Industry and Commerce for additional information ».

207. La *Réplique* invoque également sur ce point « 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* » (R., V, N° 427, p. 297). Les textes correspondants du *Contre-mémoire* fournissent, d'une part, le détail en principal de la dette consolidée de *Barcelona Traction* en 1945 et les montants des intérêts arriérés des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage* entre le 1^{er} juin 1945 et le 1^{er} décembre 1946 en faisant mention aussi du droit des obligataires, conformément à la loi d'Ontario, à réclamer les intérêts des intérêts arriérés; d'autre part, ils exposent les conditions proposées par le plan d'arrangement pour liquider les droits de chaque sorte d'obligations (C.M., IV, Chap. I, N° 226-230, pp. 118-119).

Le Gouvernement belge prétend que le plan d'arrangement avait prévu la liquidation des intérêts arriérés des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage* au moyen de l'attribution d'actions qui « représentaient une valeur de £ 1.920.519, fort proche du total des intérêts arriérés (£ 2.115.292) » (A.R., vol. II, p. 436). Pour justifier cette prétention, la *Réplique* n'hésite pas à déformer les termes du plan d'arrangement¹ et à prétendre que « la valeur de l'action *Barcelona Traction* avait été estimée à £ 9 », ce qui donnerait un total de £ 45 pour les cinq actions (A.R., vol. II, p. 436). Le *Contre-mémoire* a signalé à cet égard que d'après les renseignements qui ont été donnés en 1945 au Tribunal Suprême d'Ontario, la valeur sur le marché des cinq actions de *Barcelona Traction* était de £ 15 à la demande, et de £ 13 à l'offre (C.M., Chap. I, N° 229, note 2, p. 119). Le Gouvernement espagnol se plaint maintenant à signaler que *National Trust* estimait en 1945 les conditions du plan d'arrangement sur des bases semblables à celles établies par le *Contre-mémoire*:

« *The amount due for principal and accrued interest on the Prior Lien bonds, which are payable as to principal and interest in sterling, the interest being at the rate of 6½%, was approximately £162 as of 1st instant. The 5 shares which each holder of £100 Prior Lien bonds will be entitled to receive, in addition to £100 cash for his principal, have in the aggregate a present market value on the London Stock Exchange of over £15. It may therefore be said that a holder of £100 Prior Lien Bonds will receive in satisfaction of the £162 to which he is entitled for principal and arrears of interest an amount in cash or its equivalent in excess of £115, of which total only the amount in excess of £100 would be subject to income tax.*

« *It will be recalled that the interest on the First Mortgage bonds is payable in pesetas only. Calculating the arrears of such interest at the theoretical official rate of 44 pesetas to the £, the total amount due to a holder of £100 of First Mortgage bonds for principal and arrears of interest as of 1st instant would be approximately £129. In addition to the £45 cash which he would receive, such holder would be entitled to receive 5 Common shares of the Barcelona Company which, as above stated, would have an aggregate market value on the London Stock Exchange of over £15. He would, therefore, receive in cash or its equivalent £60, none of which would be subject to income tax* » (A.D., N° 28, document N° 1).

Le Gouvernement belge entend en outre confirmer le caractère raisonnable des conditions offertes aux obligataires dans le plan d'arrangement par une « comparaison entre les prix de rachat prévus au plan d'arrangement et ceux offerts ou payés, pour les mêmes obli-

¹ Le *Contre-mémoire* expose que, conformément à la clause 6 du plan d'arrangement, les porteurs d'obligations *Prior Lien* devaient recevoir 5 actions à titre de paiement total des intérêts arriérés et de tout droit à percevoir des intérêts sur les intérêts. Par contre, conformément à la clause 7, les porteurs d'obligations *First Mortgage* renonçaient de façon absolue et définitive à la totalité des intérêts arriérés et au droit de percevoir des intérêts sur les intérêts. Ces porteurs devaient recevoir £ 45 et 5 actions par £ 100 nominales en obligations (C.M., Chap. I, N° 229, p. 119).

gations, à des époques voisines, par le groupe Juan March » (R., V, N° 427, p. 297)¹. Le principe même de cette comparaison est indéfendable en soi. Il n'y a rien de commun entre, d'une part, les conditions d'un plan d'arrangement que la société débitrice cherche à imposer par la contrainte à tous les porteurs, y compris ceux qui n'ont pas assisté aux assemblées et ceux qui y ont voté contre ledit plan. et, d'autre part, les conditions d'une offre publique d'achat que chaque obligataire est libre d'accepter ou de refuser. Pour donner de la force à cette comparaison inopportune, la *Réplique* affirme à tort que les termes des offres publiques — celle de mars 1947 relative aux obligations *Prior Lien*, et celle de mai 1948 relative aux obligations *First Mortgage* — étaient fortement inférieurs aux conditions du plan (R., N° 427, p. 298). Or, les prix de ces offres, à savoir £ 120 pour les obligations *Prior Lien*, et £ 60 pour les obligations *First Mortgage*, ont été précisément fixés en fonction des conditions du plan d'arrangement.

Le groupe des obligataires qui s'opposait au plan a annoncé au Trésor britannique en novembre 1946 que si le plan était abandonné, ils feraient une offre publique d'achat au moins aussi avantageuse que celle du plan d'arrangement (C.M., IV, Chap. I, N° 283, p. 134). Ce groupe souhaitait que les obligataires *Prior Lien* qui avaient voté en faveur du plan, ne soient pas privés de la possibilité de réaliser leurs titres, s'ils continuaient à le désirer, à des conditions sensiblement analogues à celles proposées par *Barcelona Traction* dans ledit plan². L'offre publique de mai 1948 pour l'achat d'obligations *First Mortgage* a répondu à la même idée. Le texte ci-dessus transcrit de *National Trust* estimant à £ 115 et à £ 60 ce que recevraient les porteurs d'obligations *Prior Lien* et *First Mortgage*, respectivement, conformément aux conditions du plan, confirme l'erreur commise par la *Réplique* à cet égard. Cette erreur est également confirmée par l'annonce faite par l'Association Nationale des Porteurs français de Valeurs Mobilières au sujet de l'offre publique d'achat de mai 1948; dans cette annonce, l'Association s'abstenait de conseiller aux porteurs de vendre ou de conserver leurs titres dans l'attente des résultats de la faillite déjà prononcée en Espagne, mais elle déclarait que « l'offre dont les termes sont indiqués en tête de la présente circulaire est, à divers égards, plus avantageuse que le règlement prévu par le plan de 1945 » (A.D., N° 29; cf. aussi Section II ci-après)³.

¹ La *Réplique* rappelle que le *Mémoire* avait déjà parlé de quelques-unes de ces transactions, et déclare de façon erronée que « le *Contre-mémoire* s'est bien gardé de les commenter » (R., N° 427, p. 298). On peut consulter, au sujet de l'offre d'achat de 1939-1940, dont les conditions n'ont rien de commun avec le Plan d'arrangement, C.M. Chap. I, N°s 159-167, pp. 99-101, et au sujet de l'offre publique de mars 1947, C.M., Chap. I, N°s 283-285, pp. 134-135. Pour ce qui est du soi-disant soutien du marché des obligations *First Mortgage* après mars 1947 au prix de £ 48, fait auquel se réfère le curieux document joint en tant qu'*Annexe N° 45* du *Mémoire*, il n'y avait en effet pas lieu de faire le moindre commentaire.

² D'après le témoignage de *National Trust*, il a seulement été voté lors de l'assemblée des obligataires *Prior Lien* 54,7% des obligations en circulation et « of the £ 1.308.200 of bonds voted in favour of the Plan, a very large proportion was held by the insurance and trust companies represented by the committee, of which the Honourable Owen Chrichton was Chairman » (A.D., N° 28, Doc. n° 1, vol. II, p. 362). L'offre publique, par conséquent, tenait principalement compte du prix que ces sociétés, associées à l'élaboration du Plan d'arrangement dès la fin de 1944, attachaient à la réalisation de leurs titres aux conditions offertes par le Plan (v. R., N° 425, p. 297).

³ Non moins déplacé que les arguments précédents est celui que la *Réplique* formule sur la base ou « calcul mathématique de la valeur des obligations *First Mortgage* ». La réorganisation de 1924 a imposé aux obligataires *First Mortgage* une réduction du taux d'intérêt à 5½% et le calcul de ces intérêts en pesetas au change fixe de 25 pesetas par livre sterling, leur donnant la possibilité d'opter, pour la perception d'intérêts ainsi calculés, pour d'autres monnaies au change moyen du jour. Cela faisait que les conséquences de la dépréciation de la peseta retombaient sur les obligataires. La réorganisation a néanmoins respecté en apparence le principal dû par *Barcelona Traction* en livres sterling. La *Réplique* présente le développement mathématique de l'argument qui consiste à prétendre que si la réorganisation de 1924 n'avait respecté qu'en apparence le montant en principal des obligations *First Mortgage*, il était équitable de profiter du Plan de 1945 pour verser aux détenteurs de ces obligations £ 45 pour £ 100 en principal dû. Le calcul de la *Réplique* est d'ailleurs entaché de graves erreurs, comme celui de retenir le taux de 6½% pour estimer la valeur de l'escompte des obligations *First Mortgage* au 1^{er} décembre 1945.

D. *Autres questions soulevées par la Réplique au sujet du plan d'arrangement*

208. Deux autres points de l'argumentation du *Contre-mémoire* sur le plan d'arrangement font l'objet de développements dans la *Réplique*. Le *Mémoire* affirmait que du fait de l'approbation donnée par le tribunal d'Ontario le 19 décembre 1945, « le Plan d'arrangement était devenu définitif à l'égard des obligataires » (M., I, N° 53, p. 30). Considéré dans son ensemble, l'exposé du *Mémoire* semble conduire à penser que l'exécution du plan d'arrangement ne dépendait que des autorisations que devait accorder l'Administration espagnole. Le *Contre-mémoire* a donc considéré « les possibilités d'exécution du Plan d'arrangement, abstraction faite des autorisations administratives espagnoles » (C.M., IV, Chap. II, N°s 266-233, pp. 209-213). Il y est prouvé qu'indépendamment des effets, selon la loi canadienne, de la sanction du plan d'arrangement par le tribunal d'Ontario, la question de son caractère obligatoire et de la validité même du plan vis-à-vis des obligataires se trouvait *sub judice* devant les tribunaux britanniques lorsque les autorités espagnoles prirent les décisions d'octobre et de décembre 1946. On y attire aussi l'attention sur les indices permettant d'avoir des doutes sur un accueil favorable du plan par le Trésor britannique et donc sur le probable refus des autorisations britanniques nécessaires pour exécuter ledit plan.

Lorsqu'elle commente le premier point, la *Réplique* semble admettre que le caractère obligatoire et la validité du plan vis-à-vis des obligataires se trouvaient *sub judice*. Elle affirme, en effet, ce qui suit : « 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 » (R., V, N° 429, p. 299). Par la suite, la *Réplique* soulève des arguments destinés, semble-t-il, à prouver que *National Trust* ne se serait pas opposé à une autre prorogation ultérieure du plan d'arrangement si *Barcelona Traction* avait présenté une demande en ce sens en décembre 1946. Quoiqu'il en soit, les documents relatifs aux négociations entre *Barcelona Traction* et *National Trust* concernant le plan montrent que les réticences de *National Trust* et les conditions qu'il posait pour accéder aux prorogations successives du plan n'ont fait qu'augmenter de jour en jour jusqu'à la dernière prorogation, celle accordée en octobre 1946 (A.D., N° 28). Le *Contre-mémoire* signalait également que la lettre adressée par *Barcelona Traction* à l'I.E.M.E. le 7 décembre 1946 déclarait de façon impérative que « ce Plan doit être exécuté au plus tard le 14 décembre prochain ». Le président de *Barcelona Traction* affirmait de son côté, dans la lettre qu'il a adressée au Ministre à la même date, que la réalisation de la condition imposée par celui-ci demanderait au moins six mois « ... et les Trustees, malheureusement, ne peuvent se résoudre à accorder des délais d'une telle durée » (C.M., Chap. II, N° 270, p. 210). Il va de soi que les arguments de la *Réplique* sur l'attitude de *National Trust* en décembre 1946 n'ont rien de sa valeur à la conclusion du *Contre-mémoire* suivant laquelle le plan se trouvait *sub judice* devant les tribunaux britanniques sous deux de ses aspects fondamentaux (C.M., Chap. II, N° 284, I. p. 213).

209. Pour ce qui est de l'attitude du Trésor britannique à l'égard du plan d'arrangement, la *Réplique* affirme qu'il était douteux que l'exécution du plan exigeât des autorisations administratives britanniques, et que cela semblait être également l'opinion du Gouvernement espagnol. Le point de vue du Gouvernement espagnol sur ce point est clairement exposé dans le *Contre-mémoire*, lequel énumère les autorisations à demander aux autorités britanniques (C.M., Chap. I, N° 246, p. 124). Il signale également, parmi les caractéristiques permanentes du plan, dans toutes ses variantes, le fait qu'il implique la caution tacite des autorités

britanniques et espagnoles au sujet des conditions imposées aux obligataires (C.M., Chap. I, N° 257, 3, p. 127). Enfin, le *Contre-mémoire* indique en toutes lettres que « tous les renseignements confirmaient que le Trésor britannique, une fois qu'il avait pris connaissance des caractéristiques fondamentales de l'opération projetée, refusait d'accorder les autorisations nécessaires pour l'exécution du Plan » (C.M., Chap. II, N° 277, p. 212). A propos de la nécessité d'obtenir les autorisations britanniques, on peut se rapporter aussi au texte suivant de *National Trust* appréciant « les perspectives d'exécution du plan » au 7 décembre 1945, autrement dit après le refus opposé à l'ouverture d'un crédit dont il est parlé dans la *Réplique* comme étant le seul objet des réticences des autorités britanniques (R., N° 436, p. 301) :

« The Plan of course cannot be carried into effect without the approval of the British Authorities. The last information we have received from the *Barcelona Company* is that the matter is under discussion with the Treasury by Messrs. Hubbard and Binder but no decision has been given and it is not expected that any decision will be given prior to the decision of the Court on the Motion for sanction.

« The *Barcelona Company* advises us that if the Court sanctions the Plan and the British Authorities give the necessary approval, it is hopeful of being able to complete the other negotiations required to enable it to carry the Plan into effect » (A.D., N° 28, document N° 1).

210. En tout cas, les informations parvenues aux autorités espagnoles au sujet de l'attitude du Trésor britannique en janvier 1946 à l'égard du plan d'arrangement peuvent se résumer dans les points suivants :

1) *Barcelona Traction* n'a pas communiqué officiellement au Trésor les détails complets du plan et, lorsque l'avis parut dans la presse britannique, le Trésor prit l'initiative d'indiquer qu'il fallait annoncer dans les assemblées des obligataires que l'exécution du plan exigeait l'approbation du Trésor.

2) Si l'exécution du plan exigeait la cession par l'I.E.M.E. d'une somme de 3 à 4 millions de livres, le Trésor ne pourrait autoriser l'opération car, même si les disponibilités espagnoles en £ étaient suffisantes pour satisfaire aux exportations courantes, il faudrait tenir compte d'autres transferts financiers de même rang.

3) Les obligataires ont raison de se plaindre s'ils n'ont pas reçu le paiement des intérêts à cause du manque de transferts, et il serait raisonnable de faire provision pour satisfaire au service des obligations dans la zone sterling et dont le montant s'élève à quelque £ 250.000 par an; il faut souligner que la somme nécessaire pour le paiement de tous les intérêts arriérés serait considérablement inférieure à celle exigée pour l'exécution du plan d'arrangement¹.

¹ La *Réplique* rappelle (R., N° 436, p. 301) que le Trésor britannique a pris une position favorable au projet d'offre publique d'achat des obligations *Prior Lien* dans des conditions analogues à celles du Plan qui lui avait été communiqué, en novembre 1946, par un groupe d'obligataires opposés à la prorogation dudit plan. Au sujet de la prétention du Gouvernement belge de déduire de cela que, « par conséquent », le Trésor britannique était favorable aux propositions du Plan, voir *supra*, N° 207.

SECTION II

DE L'ÉCHEC DU PLAN D'ARRANGEMENT À LA FAILLITE

211. Entre l'échec du Plan d'arrangement (*Plan of compromise*) et la faillite se sont déroulés une série d'événements dont certains dépassent même le début de la faillite et qui, de l'avis du Gouvernement espagnol, présentent le plus grand intérêt si l'on veut établir la consistance du « complot » des obligataires et de la collusion de l'Etat espagnol. Dans l'ensemble, le Gouvernement belge les passe sous silence, quitte à en présenter l'un ou l'autre complètement détaché de son contexte (v. notamment *infra* Nos 229, 243 et 260) et avancé au soutien d'accusations absolument injustifiées.

212. Le Gouvernement espagnol se doit d'abord de rétablir les faits; il en profitera aussi pour faire le point de certaines accusations déjà évoquées plus haut à propos des questions fiscales et des problèmes de devises, mais qui prennent la forme d'une véritable question de principe, ainsi l'accusation dirigée contre les autorités espagnoles d'avoir donné leur appui à une formule d'« hispanisation » de l'entreprise. Bien que l'essentiel des faits que l'on examinera dans cette Section se situe dans la période qui s'étend de décembre 1946 à février 1948, il sera nécessaire dans plusieurs occasions de revenir sur des faits antérieurs déjà envisagés à propos de l'entreprise et des questions fiscales ou de devises. De même, certaines conclusions seront fortifiées par une brève mention de faits postérieurs à la faillite; certains d'entre eux qui se laissent aisément détacher de la procédure de faillite seront examinés dans cette Section; d'autres qui relèvent avant tout de cette dernière seront brièvement évoqués et examinés encore plus tard à propos de la faillite.

213. L'accusation qui fournit au Gouvernement belge le thème du « grief global » se décompose en réalité en deux affirmations complémentaires concernant la première les obligataires, la seconde les autorités publiques. Les obligataires groupés autour de Juan March auraient fomenté un véritable « complot » en vue d'acquérir « à vil prix » la maîtrise de l'entreprise; les autorités espagnoles auraient apporté à ce dessein leur appui. Non seulement les tribunaux espagnols dans leur ensemble, comme on l'examinera plus tard, auraient donné leur actif concours à cette machination, mais aussi les autorités non judiciaires avant et après la procédure de faillite.

214. Cette accusation conduit à examiner d'abord la première affirmation belge, celle qui concerne le complot des obligataires. En effet, si l'existence d'une machination coupable chez un groupe d'obligataires ne suffit pas à elle seule à établir la responsabilité de l'Etat espagnol, puisqu'il faudrait au moins établir la complicité de ce dernier, il va sans dire que l'inexistence de ce complot des obligataires dispense même de se poser la question d'une complicité de l'Etat. C'est pourquoi le § 1 de cette Section sera consacré à l'attitude des obligataires. Bien qu'il sera facile d'établir que ce prétendu complot est inexistant, on examinera au § 2, afin de rencontrer diverses accusations belges, l'attitude des autorités non judiciaires espagnoles.

§ 1 : LE PRÉTENDU COMLOT DES OBLIGATAIRES

215. Si dans les thèses belges le vocabulaire est d'une grande richesse, les clartés touchant sa signification substantielle *font souvent défaut et parmi d'autres la notion d'un « complot »* est volontairement laissée dans le vague. Si en effet la faillite a été conduite régulièrement et sans fraude, ce qui sera examiné en détail plus tard (Deuxième partie, Chapitre III), quel serait donc le reproche que l'on pourrait adresser aux obligataires qui sont considérés comme ayant inspiré cette procédure? Ce que la phraséologie belge cherche vainement à dissimuler c'est qu'il est difficile de considérer comme un « complot » la mise en œuvre de deux facultés que tous les pays du monde mettent à la disposition des créanciers: celle d'exiger le remboursement de leur dette et celle de mettre, à défaut de remboursement, le débiteur *commerçant en faillite*.

216. Ce n'est pas répréhensible pour des obligataires de chercher à être payés intégralement de ce qui leur est dû; ce n'est pas répréhensible non plus pour des obligataires d'envisager, à défaut d'un paiement en espèces des sommes dues, une participation même majoritaire au contrôle des sociétés du débiteur. Ce n'est même pas répréhensible pour des obligataires de considérer cette dernière éventualité comme probable et d'en tirer les conséquences.

217. Ce que l'on pourrait reprocher aux obligataires, c'est d'avoir malicieusement refusé le paiement de tout ce qui leur était dû ou même de s'être refusés à toute négociation ou de s'être comportés au cours des tractations de manière déloyale. Il y a en effet, en matière de négociations, des obligations que les droits nationaux comme le droit international public sanctionnent chacun de leur côté. Le Gouvernement espagnol, d'après les informations partielles dont il a disposé à l'origine et surtout d'après celles qu'il a recueillies depuis, considère que l'attitude des obligataires démontre leur rectitude et leur patience. Il l'établira dans un sous-paragraphe A. Ensuite il répondra à certaines accusations belges concernant l'acquisition des obligations par le groupe des obligataires (sous-paragraphe 2) et leurs contacts avec *National Trust* (sous-paragraphe 3).

A. La correction des négociations privées

218. Certes, les obligataires groupés autour de Juan March ont exigé dès le début la *satisfaction intégrale de tous leurs droits, menacés par le Plan d'arrangement*; mais après l'échec de ce dernier les obligataires ont négocié et voulu négocier sans relâche; ils ont accepté et souscrit des bases d'accord avec les dirigeants de l'entreprise à trois reprises, deux fois avant la faillite, une fois quelques semaines après la faillite. A de nombreuses reprises ils ont fait savoir, dans ces bases d'accord ou dans des déclarations unilatérales, qu'ils se contenteraient, avant la faillite, du seul paiement des intérêts en retard, après la faillite, des intérêts et du principal de la dette.

219. Il n'est pas possible d'affirmer, comme le fait le Gouvernement belge, que les exigences des obligataires étaient inacceptables, si l'on entend par là qu'il n'est pas possible de réclamer l'intégralité d'une dette: ces exigences avaient été acceptées le jour même où les obligations avaient été souscrites, le jour même où la *Barcelona Traction* avait acquis la qualité de débiteur. Mais le Gouvernement espagnol admet qu'une négociation soit l'occasion d'actes inacceptables et quand il en est ainsi, qu'on puisse établir qu'une des parties porte la responsabilité de la rupture des négociations.

220. Il pourrait en être ainsi lorsque, après un premier accord préliminaire, une des parties prend par la suite une position contraire à l'attente que son attitude a fait naître chez son partenaire; ou encore qu'après avoir admis les bases d'une première solution, une des parties soulève de nouvelles exigences sans rapport avec l'affaire en cause. Or, les événements depuis la fin de 1946 donnent des exemples de ces hypothèses, mais à la charge des dirigeants de *Barcelona Traction* et non des obligataires.

221. Le Gouvernement belge a montré à juste titre une extrême discrétion concernant tous ces rapports entre les obligataires et les dirigeants de l'entreprise: c'est qu'en effet ils établissent l'inexistence de tout complot des obligataires. Ils ont même une portée qui dépasse largement la période qui a précédé la faillite car ils se sont prolongés au-delà du 12 février 1948. Il est bien remarquable que la date de la faillite, loin de marquer à cet égard la moindre discontinuité avec la période antérieure, continue à montrer que les obligataires continuent à chercher un arrangement, dont les termes généraux les plus importants ont été acceptés par l'un des dirigeants de la *Barcelona Traction*. Pour les obligataires, la faillite n'était qu'un pis-aller: ils ont cherché sans relâche l'accord des dirigeants et comme on va le voir, ont pu à plusieurs reprises croire l'avoir trouvé.

222. Sans entrer dans un exposé complet des négociations qui a déjà été présenté et sur lequel on aura l'occasion de revenir (*Contre-mémoire*, IV, p. 138 et *infra*, N° 274), le Gouvernement espagnol croit utile de revenir sur un certain nombre de traits particulièrement caractéristiques, et que l'on retrouve dans toutes les négociations depuis 1947.

223. Dans l'accord conclu au mois de janvier 1947, il était prévu que les mesures qui devaient associer les obligataires à la gestion de l'entreprise seraient écartées si la société *Barcelona Traction* payait les intérêts arriérés dus aux obligataires (Annexes *Contre-mémoire*, Chapitre premier, N° 118, pp. 482 et 487). L'accord ne fut pas exécuté, mais il a été reconnu par un des dirigeants supérieurs de l'entreprise que ces derniers avaient préparé des mesures d'application de l'accord qui, à leur connaissance, allaient clairement à l'encontre de l'attente qu'ils avaient fait naître chez les obligataires¹.

224. Dans le nouvel accord conclu à Bâle le 27 novembre 1947, il est de même prévu que l'accord peut prendre fin automatiquement à tout moment par le paiement de tous les arriérés d'intérêts et des dépenses encourues par les obligataires (Annexes *Contre-mémoire*, Chapitre premier, Annexe N° 118, Document 2, Appendice 1, p. 497). Il est vrai aussi qu'après coup les représentants de la *Barcelona Traction* ont prétendu que Juan March avait tenu à l'occasion de ces entretiens des propos qui dénotaient une prétention

¹ Voir les télégrammes de M. de Foronda cités *infra*, N° 274.

exorbitante¹. Mais il est trop clair que si de tels propos, avec le sens qu'on leur attribuera plus tard, avaient été tenus, les représentants de *Barcelona Traction* n'auraient jamais accepté de conclure les accords préliminaires qui ont été conclus, à moins d'être déjà à Bâle de mauvaise foi, ce que le Gouvernement espagnol n'a aucune raison de prétendre; autrement dit, la conclusion des bases d'accord exclut par elle-même, dans le cadre de la bonne foi, qu'une des parties ait tenu de tels propos. Et ceci est d'autant plus vrai que si ces accords ne furent pas mis à exécution comme il était prévu, ce fut parce qu'en janvier 1948 des conditions nouvelles furent ajoutées par les dirigeants du groupe au niveau le plus élevé dans des circonstances sur lesquelles on reviendra longuement plus loin (*infra*, N° 289).

225. Mais les mêmes traits caractéristiques que l'on vient de relever dans les négociations antérieures à la faillite apparaissent également au lendemain de la faillite et au cours de la procédure consécutive. L'accord étudié et accepté par l'un des dirigeants de la *Barcelona Traction* au mois de mai 1948 (*infra*, N° 293) ne contenait pas de clause concernant son abrogation par paiement des dettes des obligataires parce qu'il contenait les grandes lignes d'une solution définitive; mais celle-ci en réglant complètement tous les droits des obligataires et des actionnaires conduisait pratiquement aux mêmes effets qu'un concordat ou qu'une solution équivalente.

226. Plus tard, les obligataires ne renièrent jamais leur position et acceptèrent à plusieurs reprises d'être désintéressés par le seul versement du montant des intérêts et du capital des obligations. Le *receiver* canadien apporte sur ce point un témoignage précieux. Au lendemain de l'Acte tripartite qui suivit (1951) la conclusion des travaux de la Commission internationale d'enquête, le *receiver* était parfaitement informé du désir des Gouvernements britannique et canadien d'arriver à une entente par une négociation privée; de plus, selon lui, « les autorités espagnoles préféraient que toute l'affaire soit résolue par un accord entre les intéressés et qu'à cet effet elles étaient disposées à discuter un règlement de leurs propres réclamations à l'égard des compagnies et probablement à prendre des arrangements pour le fonctionnement dans l'avenir » (*Actes de la Receivership* canadienne déposés à la Cour, fs. 763). C'est dans ces conditions que le *receiver* résolut de se rendre lui-même compte des possibilités de renouer les négociations privées et rencontra Juan March à Genève le 27 juillet 1951; celui-ci lui réaffirma qu'il ne poursuivait pas le contrôle de la Compagnie, mais le recouvrement de ses créances, comme de celles de tous les obligataires (fs. 773); il proposait une négociation en un pays neutre, de préférence Genève, et ajoutait « qu'en plus du *receiver* devraient y assister des observateurs des Gouvernements canadien et britannique » (fs. 774). Mais selon le même *receiver*, l'autre partie renvoya sa réponse d'août en septembre pour déclarer alors qu'elle n'était pas disposée à négocier jusqu'à ce que la situation en Espagne ait été régularisée ou au moins jusqu'à ce que l'Accord tripartite ait été modifié »! (fs. 758, 759).

227. Si l'on se reporte plus tard encore au moment de la vente des biens, il faut bien reconnaître que les conditions de l'adjudication permettaient expressément aux intérêts

¹ Selon un affidavit de M. Heineman (Annexe *Contre-Mémoire*, Chapitre premier, N° 118, Document N° 6), en date du 28 juillet 1949, M. March aurait indiqué lors des entretiens de Bâle avec les dirigeants du groupe qu'il souhaitait obtenir le contrôle immédiat de l'affaire et un bénéfice de un milliard et demi à deux milliards de pesetas; une allusion à cette prétendue déclaration se retrouve dans d'autres documents (lettre de M. Heineman à M. Suanzes du 26 juillet 1948, Annexe *Contre-Mémoire*, Chapitre II, N° 7, Document N° 2, p. 2; message du président de l'Assemblée générale des actionnaires de *Chade* du 26 janvier 1949, Annexe *Contre-Mémoire*, Chapitre premier, N° 1016, vol. V, p. 440).

« belges » de conserver le contrôle de l'affaire s'ils avaient accepté de payer les dettes de l'entreprise. De plus, *Sidro* reçut de la part des obligataires une offre spéciale pour reprendre à leur compte le bénéfice et les charges de l'adjudication. Juan March dans des télégrammes du 2 et du 16 janvier 1952 adressés au *receiver*¹ rappelait encore à celui-ci que les Gouvernements d'Angleterre et du Canada comme lui-même savaient que le seul désir des obligataires était de toucher ce qui leur était dû dans la monnaie convenue. En revanche, *Sidro* faisait savoir à la même époque qu'elle n'était pas prête à entrer en négociation « tant que se poursuivait l'exploration de certaines méthodes capables d'améliorer sa position dans les négociations »².

228. C'était certainement le droit des dirigeants de *Barcelona Traction* de refuser des négociations; c'était leur droit, en attendant, de se consacrer à rechercher « certaines méthodes » pour améliorer leur position, mais il est difficile de considérer comme un complot un homme qui accepte une négociation dont le principe est admis par trois gouvernements et dont le déroulement se poursuivrait en présence des observateurs des deux gouvernements qui ont assuré, sur les instances de la compagnie, l'un sa protection diplomatique et l'autre son appui diplomatique.

B. L'acquisition des obligations par le groupe des obligataires

229. Parmi d'autres allégations, au demeurant secondaires, par lesquelles le Gouvernement belge entend démontrer des machinations « complexes et astucieuses », le Gouvernement espagnol croit devoir relever celles qui sont relatives à l'achat de titres pour le compte de Juan March. Le Gouvernement belge considère que ces achats sont le signe que Juan March voulait acquérir le « contrôle » de l'affaire; il s'appuie au surplus sur un certain nombre d'affidavits donnés à l'occasion soit des procès canadiens, soit de l'action de *Sidro* contre le Comité des obligataires *Prior Lien* devant les tribunaux anglais et selon lesquels Juan March aurait affirmé son désir d'acquérir le contrôle définitif de l'affaire.

230. A en croire le Gouvernement belge, ce désir était fort ancien, puisqu'il se serait déjà manifesté en 1940, et en 1944 au cours d'un entretien avec M. Heineman Juan March aurait fait connaître son intention. Pour le Gouvernement espagnol, on doit attacher une importance décisive pour apprécier la valeur de cette accusation au volume du lot d'obligations possédé par le groupe de Juan March. Or, à la date du 19 octobre 1945 à laquelle le Plan de compromis fut soumis à l'approbation des porteurs d'obligations *Prior Lien*, les obligataires liés à Juan March ne disposaient que d'un pourcentage ridiculement minoritaire d'obligations. Selon les chiffres cités par le Gouvernement belge, on ne compta que 10 opposants réunissant un montant nominal de 169 700 livres contre 170 obligataires réunissant 1 308 200 livres; sur les opposants un montant nominal de 143 200 livres était présenté par *Fenchurch Nominee*, considéré comme le représentant des intérêts de Juan March (*Mémoire*, I, § 53; A.D. n° 28, Doc. n° 1, vol. II, p. 362).

¹ A.D. N° 30.

² *Actes de la Receivership*, fs 863 « I was informed that *Sidro* was not prepared to enter into negotiations with the March interest pending the exploration by it of certain possible methods of improving its bargaining position ».

231. Ce n'était pas là, à aucun degré, la position d'un groupe financier cherchant à s'assurer le contrôle d'une affaire, mais celle d'un investisseur placé comme tous les autres en présence d'un dilemme: ou bien accepter un sacrifice pour obtenir immédiatement la jouissance de droits qui avaient été longtemps en sommeil, ou bien s'attacher à l'intégralité de ses droits en acceptant qu'ils soient honorés avec un long retard et en engageant une lutte qui risquait peut-être d'être longue et difficile. Les deux attitudes étaient légitimes; elles représentent une des options que l'on rencontre le plus fréquemment sur les marchés financiers.

232. Si toutefois les obligataires qui venaient d'être magistralement battus voulaient mieux défendre leurs droits, il fallait qu'ils renforcent leur position pour disposer d'un poids plus important aux futures assemblées d'obligataires; ils firent donc la politique qui découlait logiquement de leur refus initial et achetèrent ouvertement des titres sur le marché; ce faisant ils allaient au-devant des désirs des obligataires pressés de disposer immédiatement de leur argent, impatientés par une longue attente et rendus inquiets par les déclarations pessimistes de la *Barcelona Traction* qui faisait savoir qu'à défaut de Plan de compromis, la reprise des paiements ne pouvait être envisagée sous des perspectives favorables.

233. Si ceux qui avaient en main à l'époque le contrôle de la *Barcelona Traction* avaient voulu s'assurer la majorité de ces obligations ou même empêcher les minoritaires d'en racheter dans des conditions intéressantes, cela leur était facile: il suffisait de relativement peu d'achats et ils disposaient d'abondantes ressources si l'on en croit les propositions finales du Plan de compromis dans sa dernière version. S'ils ne l'ont pas fait c'est qu'ils pensaient que l'affaire était moins prospère qu'ils ne le disaient ou que les minoritaires, obligés d'investir pour défendre leur mise initiale, se lasseraient d'un effort à propos duquel il ne manquerait pas de leur apparaître qu'ils se laissaient mener plus par leur amour-propre que par leurs intérêts bien compris.

234. Au fur et à mesure que de nouveaux délais étaient accordés pour la mise à exécution du Plan de compromis, tant *National Trust* que la *Barcelona Traction* soulignaient avec force que c'était pour satisfaire au désir de la grande majorité des porteurs d'obligations de liquider leurs titres, que des prolongations étaient prévues. C'est peut-être pour tenir compte de cette situation que les autorités britanniques avaient été informées qu'au cas d'échec du Plan de compromis des offres publiques seraient faites aux obligataires; *Barcelona Traction* avait été informée de ces offres par les autorités britanniques et loin de les critiquer avait reconnu que « cette initiative, si elle se produit, pourra rendre service aux obligataires qui seront en mesure de l'accepter quand elle se produira » (*Contre-Mémoire*, IV, §§ 283 et ss.).

235. Dans les critiques qu'il adresse à ces offres d'achat (*Mémoire*, I, § 66) qui se matérialisèrent le 5 mars 1947 (Annexe *Contre-Mémoire*, Chapitre premier, Annexe 117, Document 3), le Gouvernement belge omet également de prendre en considération d'autres faits. Depuis le 21 janvier 1947, un accord avait été conclu entre le Syndicat d'obligataires dirigé par M. March et le représentant de M. Heineman (Annexe *Contre-Mémoire*, Chapitre premier, N° 118, Document 1, p. 8) et il résultait du § 5 de cet accord que les deux parties devaient mettre au point un plan de réorganisation financière de la compagnie et il était pris acte que le syndicat possédait la majorité des obligations *Prior Lien*. Dans la perspective acceptée par les deux parties, le regroupement des obligations restantes au sein du syndicat ne pouvait que rendre les accords envisagés plus simples et

plus efficaces; il n'est pas permis d'alléguer aujourd'hui après coup que l'offre d'achat faisait partie d'un plan d'ensemble destiné à mettre la main sur la compagnie.

236. Le Gouvernement belge critique également d'autres achats d'obligations qui furent effectués postérieurement. Il est évident que pour le groupe intéressé ils accroissaient l'enjeu de l'affaire, mais cela n'implique nullement que la seule issue possible fut celle d'acquérir le contrôle de l'entreprise. Le groupe de Juan March ayant déclaré qu'il n'accepterait aucun règlement qui lui donnerait satisfaction tout en désavantageant les autres obligataires, ils se trouvaient engagé dans une voie où il était normal qu'il ramasse les obligations qui étaient offertes sur le marché; on remarquera seulement que cette opération n'avait plus aucun caractère spéculatif puisque c'était la fermeté du groupe March qui maintenait les cours sur le marché. Il ne faut pas oublier non plus qu'à partir du moment où le groupe March fut en négociation avec les actionnaires, c'est-à-dire rappelons-le à partir de janvier 1947, la négociation était plus facile si les obligataires étaient rassemblés en un groupe unique. Certains obstacles à une action tendant à obtenir le remboursement pur et simple des obligations qui se trouvaient dans les mains du groupe de Juan March se heurtèrent à des difficultés qui obligèrent ce groupe, pour défendre les intérêts qu'il possédait déjà, à étendre davantage sa participation suivant une loi inexorable qui le condamnait ou bien à abandonner ses prétentions au remboursement intégral ou bien à assumer un risque plus élevé.

237. Un bon exemple de cette hypothèse est donné par les problèmes que rencontrèrent les obligataires quand ils se retournèrent vers *National Trust* pour obtenir la sauvegarde de leurs droits. On reviendra plus loin sur la position prise en cette circonstance par *National Trust* (*infra* N° 245); mais *National Trust* se basant sur le fait que le groupe de Juan March ne possédait pas d'intérêts dans l'émission *First Mortgage* et que la valeur du portefeuille de la *Barcelona Traction* ne suffirait pas à rembourser cette émission proposa de résigner ses fonctions de *trustee* pour l'émission *Prior Lien*: c'était démontrer au groupe des obligataires la nécessité de s'intéresser aussi à l'émission *First Mortgage* s'il voulait obtenir un remboursement aisé de ses titres *Prior Lien*.

238. Le Gouvernement belge allègue que les offres faites pour le compte de Juan March étaient moins favorables pour les porteurs que celles qui résultaient du Plan de compromis (*Mémoire*, I, § 66, note 1). Mais pour pouvoir aboutir à cette conclusion, il faut estimer la valeur de l'action *Barcelona Traction* à un niveau sans rapport avec la réalité et qui ne tient aucun compte des risques qui pesaient sur l'entreprise et dont *National Trust* dans un Mémoire du 7 décembre 1945, pourtant favorable au Plan de compromis, était bien obligé de tenir compte (A.D. N° 28, document N° 1)¹.

239. Le Gouvernement belge allègue que les offres faites pour le compte du groupe de Juan March étaient moins favorables pour les porteurs que celles du Plan de compromis (*Mémoire*, § 66, note 1). Mais cette opinion n'était pas partagée par l'Association nationale des porteurs français de valeurs mobilières. En effet, elle accepta de faire connaître

¹ Dans son Mémoire, *National Trust* estimait qu'il fallait tenir compte du risque d'une demande d'exécution par les porteurs d'obligations *Prior Lien* pour estimer la valeur des obligations *First Mortgage*; dans cette hypothèse, l'adjudication du portefeuille de la *Barcelona Traction* au Canada risquait de ne produire qu'une somme couvrant le capital et les intérêts dus aux obligataires *Prior Lien* sans qu'on soit assuré qu'il restât quelque chose pour les porteurs des obligations *First Mortgage* qui venaient en second rang *Memorandum for Meeting of the Special Committee of the board of Directors*, December 7, 1945.

aux porteurs français, le 12 mai 1948, une offre d'achat faite par un groupe étranger qui comportait notamment le paiement d'une somme de 60 livres pour 100 de nominal, offre faite à un moment où les actionnaires et les obligataires avaient arrêté les termes d'un arrangement (*infra* 293). Tout en rappelant aux porteurs qu'il y avait encore « des démarches en cours auxquelles l'Association nationale prêterait son appui dans la mesure nécessaire pour sauvegarder les droits des obligataires » et que ceux-ci pouvaient choisir de conserver leurs titres dans l'attente des résultats de ces démarches, l'Association remarquait :

« L'offre dont les termes sont indiqués en tête de la présente circulaire est, à divers égards, plus avantageuse que le règlement prévu par le plan de 1945. Elle est, toutefois, facultative, alors que ce règlement aurait été obligatoire si le plan avait été mis en vigueur » (Circulaire N° 422) (A.D. N° 29).

240. Mais le Gouvernement belge adresse des griefs particuliers à l'achat opéré, après la faillite, des obligations *First Mortgage* qui étaient la garantie des obligations en pesetas, par Juan March (*Mémoire*, §§ 110 et 214). En réalité, le grief est double. Sur le plan de la faillite, le Gouvernement belge reproche aux organes de la faillite de ne pas avoir obtenu d'*Ebro* le recouvrement des créances de *Barcelona Traction* pour continuer à payer les échéances des obligations en pesetas; il sera répondu sur ce point *infra* Chapitre III, à propos de la faillite¹. Mais d'autre part, le Gouvernement belge suggère que ce fut là un nouvel aspect du complot monté par Juan March pour acquérir à bas prix de nouveaux titres de créance contre *Barcelona Traction*.

241. Cette dernière allégation ne tient pas compte des faits; le Gouvernement espagnol s'est déjà expliqué sur ce point (C.M., IV, § 125, p. 321). Mais le dossier de la *Receivership* canadienne vient ici aussi apporter des éléments nouveaux sur le prétendu complot de Juan March et l'accueil qu'il aurait trouvé auprès de la *Westminster Bank*, trustee des obligations en pesetas. L'émission des obligations en pesetas avait été, on le sait, garantie par la remise au trustee d'un montant équivalent d'obligations *First Mortgage*, qui constituaient ce que l'on appelle une « garantie collatérale »; ces obligations *First Mortgage* étaient restées attachées à la souche. Dès l'origine, la *Barcelona Traction* avait parfaitement compris les inconvénients qui résultaient pour elle de l'existence de cette garantie collatérale et dès le mois d'avril 1948 ses représentants prenaient à ce sujet des contacts à Londres (Mémorandum du *receiver* en date du 25 novembre 1948, fs 179 à 225).

242. M. Heineman en personne vint prendre contact avec la *Westminster Bank* et obtint de celle-ci qu'elle reporte à plus tard la mise en vente des obligations en garantie collatérale (4 août 1948); des contacts constants furent maintenus entre le *receiver*, *National Trust*, M. Heineman et les conseils de la *Westminster Bank*; ceux-ci allèrent jusqu'à déclarer à M. Stewart, conseiller juridique du *receiver* que « la *Westminster Bank* préférerait vendre ses titres à Heineman plutôt qu'à toute autre personne, mais que Heineman leur avait dit qu'il ne désirait pas acheter » (Document de preuve N° 1 au Rapport du *receiver* du 25 novembre 1948, fs 216). C'est donc à sa seule initiative et sans qu'il y ait eu la moindre entente entre elle et le groupe de Juan March que la *Westminster Bank* vendit les titres à

¹ Notons que les représentants de la *Barcelona Traction* ont à un autre moment fait valoir aux autorités espagnoles un point de vue absolument contraire. Au moment des ultimes démarches qui précéderent l'échec du Plan de compromis, les dirigeants du groupe parlant par l'intermédiaire d'administrateurs de *Chade* firent entendre au ministre qu'en droit les coupons des obligations en pesetas ne pourraient plus continuer à être payés tant que ceux des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage* ne le seraient pas! (*Exceptions préliminaires* 1960, § 217, p. 273).

Juan March. Une fois de plus on notera que ces tractations se déroulaient à un moment où était mis sur pied un accord entre actionnaires et obligataires pour lequel il était préférable que les obligations soient rachetées par Heineman ou Juan March¹.

Le Gouvernement espagnol estime, quant à lui, que la relation des événements, telle qu'elle se dégage des textes, et notamment en tenant compte des négociations constantes qui se sont déroulées depuis janvier 1947 jusqu'à l'automne 1948, ne permet pas d'accuser les obligataires d'avoir procédé à des « machinations », à moins que l'on ne considère comme telles les mesures qu'ils prirent dans le double cadre des négociations et de la défense légitime de leurs intérêts.

C. Les rapports entre les obligataires et National Trust

243. Le Gouvernement belge croit pouvoir tirer argument des contacts pris avec *National Trust* par le syndicat d'obligataires de Juan March pour accuser celui-ci d'avoir dès cette époque conçu le dessein de mettre la main sur *Barcelona Traction (Réplique, V, § 793, p. 584)*. On ne comprend pas sur quels faits le Gouvernement belge entend conclure une telle accusation.

244. L'échec du Plan de compromis avait évité aux obligataires le sacrifice définitif de leurs droits, mais il leur restait à obtenir la reprise du paiement des intérêts; ils prirent à cet effet les deux voies les plus normales et les plus directes: dès le mois de décembre 1946 ils entrèrent en contact avec M. Heineman et s'adressèrent également à *National Trust* pour s'assurer de sa position à l'égard de l'affaire. Ces deux démarches ne sont que l'expression normale de la diligence d'un créancier qui poursuit la défense de ses intérêts.

245. *National Trust* prit à l'égard des obligataires une attitude nuancée. Prévenu de longue date contre le Syndicat des obligataires que *Barcelona Traction*, à propos de l'assemblée du 19 octobre 1945, avait déjà, malgré le petit nombre de ses titres, présenté comme décidé à mettre la main sur l'affaire (*supra*, No 230; Mémoireandum du 7 décembre 1945, A.D. No 28, document No 1), *National Trust* avait de bonnes raisons de souhaiter de toutes ses forces un accord amiable entre les actionnaires et les obligataires. En effet, *National Trust* avait été étroitement mêlé à l'histoire et à l'administration de *Barcelona Traction* et exerçait les fonctions de *trustee* pour les emprunts d'une série de sociétés affiliées au même groupe que *Barcelona Traction*. En constatant que l'éventualité d'une exécution forcée prévue par les *trust deeds* ne pouvait être complètement exclue, *National Trust* découvrit toutes sortes de difficultés et d'obscurités dans la situation qui faisait de lui le *trustee* de deux émissions depuis de longues années. La raison principale² était que les intérêts des deux groupes de porteurs, *Prior Lien* d'une part, *First Mortgage* d'autre part, étaient différents; les premiers avaient un rang privilégié par rapport aux seconds et les seconds risquaient de ne plus recevoir qu'une somme tout à fait insuffisante si une procédure d'exécution (*enforcement to bring the portfolio to sale*) était entreprise (Lettre de *National Trust* à *Fenchurch Nominee*, 21 janvier 1947, A.D. No 31).

¹ Un télégramme du 5 août 1948 de l'avocat Phillips au *receiver* (Actes de la *Receivership* canadienne déposés à la Cour, fs 195) indique que M. Heineman compte sur les effets d'une solution arrêtée dans l'affaire *Chade* pour arranger l'affaire *Barcelona Traction* (cf. *infra*, No 298).

² *National Trust* souleva également la question de savoir si l'hypothèque de 50 millions de pesetas consentie par *Ebro* au profit de *Barcelona Traction* était divisible entre les deux catégories d'obligataires et estima que la justice canadienne aurait à être saisie de ces difficultés.

246. *National Trust*, dans sa lettre précitée du 21 janvier 1947, tirait la conclusion de cette situation en estimant qu'il était de son devoir de résigner une des fonctions de *trustee* qu'il exerçait et qu'il était plus convenable qu'il continuât à exercer les fonctions de *trustee des obligataires First Mortgage*, plus dispersés et placés dans une situation d'infériorité. Ces raisons étaient respectables, bien qu'elles aboutissent à fortifier considérablement la position des actionnaires si ceux-ci prenaient une attitude intransigeante. Mais *National Trust* appelait de tous ses vœux une négociation et il put croire son attente comblée, puisque des entretiens se déroulaient en même temps entre les actionnaires et les obligataires et que le jour même de la lettre de *National Trust* un protocole d'accord était signé entre eux.

247. Le Protocole d'accord entre les actionnaires et les obligataires du 21 janvier 1947 prévoyait dans son article 4 la convocation d'une assemblée d'obligataires pour créer, conformément au § 13 de l'Annexe 3 du *Principal Deed* du 10 juillet 1915, un Comité d'obligataires devant siéger en Angleterre. Bien que le protocole d'accord du 21 janvier 1947 n'ait pas été exécuté par les dirigeants de la *Barcelona Traction*, les obligataires décidèrent de suivre cette voie qui était une voie normale pour défendre leurs droits. Le syndicat envoya donc une délégation au Canada sous la direction de M. Lopez Oliván pour examiner cette question sur place avec *National Trust*. Les représentants de ce dernier, tout en maintenant la position prise dans la lettre du 21 janvier précitée, firent savoir à la délégation que les dirigeants de *Barcelona Traction*, habituellement à New York, désiraient les rencontrer¹. Il fut également précisé que toute mesure d'exécution au Canada serait fort laborieuse et longue, non seulement en raison des scrupules de *National Trust*, mais parce que *Barcelona Traction* userait de toutes les ressources de la procédure et du droit pour y faire obstacle; c'est dans ces conditions qu'un délai de dix ans fut envisagé avant que les obligataires puissent recouvrer l'argent qui leur était dû. La question du remplacement du *trustee* fut alors sérieusement examinée par la délégation des obligataires et une des sociétés les plus anciennes et les plus honorablement connues au Canada (*Royal trust of Canada*), pressentie, avait fait connaître son acceptation².

248. Le Gouvernement espagnol ne voit vraiment pas quel reproche l'on peut adresser au comportement des obligataires. Si l'on doit considérer comme un complot toutes les mesures que les obligataires prennent pour la défense de leurs droits, autant dire qu'il est inadmissible qu'un créancier se fasse rembourser. Le Gouvernement belge incrimine la menace latente qu'il y avait devant les démarches accomplies auprès du *National Trust*, mais ne sont-ce pas ces menaces qui ont eu l'effet immédiat et conforme aux vœux de *National Trust* de pousser les dirigeants de *Barcelona Traction* à envoyer à Toronto un représentant pour amorcer une négociation? Si les obligataires avaient poursuivi de noirs desseins, ils auraient refusé ces ouvertures, refusé de faire sur leur retour le chemin de New York pour voir M. Heineman et les accords de Bâle n'auraient pas été conclus.

¹ Le désir d'obtenir un rendez-vous par l'intermédiaire de *National Trust* résulte de la lettre de Settle à Welsford du 19 août 1947 (A.D. N° 32).

² Une solution négociée étant apparue à Bâle, la substitution de *National Trust* par un autre *trustee* ne fut pas réalisée; en revanche, la convocation d'une assemblée d'obligataires en vue de désigner un Comité continua à être discutée avec *National Trust* jusqu'à la faillite et aboutit finalement à la constitution du Comité des obligataires le 8 avril 1948; il fut constitué par des personnalités britanniques très honorablement connues dans les milieux londoniens et *Sidro* essaya de mettre tous les obstacles possibles à son fonctionnement, notamment en essayant de le discréditer par un procès devant les tribunaux britanniques.

249. En conclusion, le Gouvernement espagnol estime que la thèse d'un « complot » et d'une « série de machinations » des obligataires ne résiste pas à la confrontation des faits. Les obligataires ont avant tout et sans relâche cherché à négocier; ils l'ont fait par des voies directes et couvertes; les dirigeants du groupe *Barcelona Traction* semblent surtout avoir eu pour objet de gagner du temps; volontairement ou non, pour se défendre ou pour exécuter les accords, les obligataires ont dû accroître l'importance de leur participation aux émissions; rien dans leur comportement à l'égard de *National Trust* ne s'écarte d'une règle de conduite loyale et de ce qui constitue vraiment les droits minima d'un créancier.

Le complot n'existe pas: il reste que les dirigeants de la *Barcelona Traction* ont lancé cette accusation parce qu'ils savaient dès le départ que le groupe de Juan March était trop fort, trop averti et trop patient pour qu'on puisse le traiter comme la *Barcelona Traction* avait traité ses créanciers dans le passé.

§ 2: L'ATTITUDE DES AUTORITÉS ESPAGNOLES NON JUDICIAIRES

250. Bien que la thèse du prétendu « complot » des obligataires soit, comme on vient de l'établir, dépourvue de tout fondement et que par conséquent une complicité de l'Etat espagnol perde tout son sens, il est nécessaire de revenir sur les accusations de collusion si généreusement distribuées par le Gouvernement belge. Certes on a longuement insisté au cours des sections précédentes sur les principales accusations belges relatives aux questions fiscales, aux devises et au Plan de compromis. Non seulement il faudrait ajouter maintenant quelques indications propres à des événements qui se sont déroulés pendant la période 1947/1948, mais il faudrait encore revenir sur quelques aspects d'ordre plus général.

251. L'un devrait concerner la question des preuves; ici comme ailleurs le Gouvernement belge se montre d'une incroyable légèreté. Accuser de complicité ou de collusion les autorités publiques sur la base de simples hypothèses, prétendre que l'Etat espagnol aurait dû renoncer à faire respecter des lois parce que leur application pouvait nuire à la *Barcelona Traction* dans un litige privé, conclure d'informations recueillies par l'adversaire à une complicité de l'Etat, alors que l'on fait soi-même état d'informations qui ne vous étaient pas destinées¹, toutes ces méthodes de preuve, familières au Gouvernement belge, montrent les piètres conditions où il en est réduit pour conduire ses démonstrations. Si l'on considère les événements qui se sont déroulés de 1945 à 1948, l'accusation du Gouvernement belge tombe d'elle-même. Celui-ci prétend qu'au cours de cette période les obligataires furent en contact constant avec le Gouvernement espagnol et que ce seul fait démontre la collusion. Mais l'exposé des faits qui va suivre ôte toute portée à cette affirmation. En effet, le dénouement des difficultés qui opposaient les dirigeants de *Barcelona Traction* et les obligataires mettait en cause des décisions de toute nature qui relevaient des autorités publiques et amenaient celles-ci à entendre tous les intéressés en Espagne et même en Angleterre. Si les autorités espagnoles ont entendu les obligataires, elles ont encore eu plus de contacts avec les dirigeants de *Barcelona Traction*, sans pour autant recevoir les informations dont le défaut avait entraîné l'échec du Plan de compromis.

¹ Le Gouvernement espagnol fait allusion à la série de lettres (Annexe Mémoire, N° 46; Annexe Réplique, N° 82) dont il faudrait tirer la conclusion que les adversaires usaient de méthodes d'information particulières.

252. A en croire le Gouvernement belge, même en admettant que les dirigeants de la *Barcelona Traction* aient été entendus par les autorités espagnoles, celles-ci auraient donné tout leur appui aux obligataires aux dépens des actionnaires. Sans pouvoir articuler des faits vraiment précis, le Gouvernement belge a présenté une explication des mobiles qui auraient poussé l'Etat espagnol à soutenir les obligataires: ce serait le désir de réaliser la nationalisation, c'est-à-dire « l'hispanisation » de l'entreprise; ce serait cet objectif précis qui aurait animé les pouvoirs publics espagnols. Il s'y ajouterait chez tous les agents de l'Etat un sombre nationalisme, tantôt diffus, tantôt surexcité. Ce serait d'ailleurs ce dernier sentiment qui serait à l'origine de l'attitude de toute la magistrature espagnole¹. En attendant que le Gouvernement belge apporte quelques preuves de cette mentalité générale du peuple espagnol, le Gouvernement espagnol croit qu'il peut se dispenser d'examiner une allégation aussi étrange. Mais pour rencontrer les affirmations du Gouvernement belge, il examinera dans un sous-paragraphe A le mobile de l'hispanisation de *Barcelona Traction*.

253. Si les dirigeants de *Barcelona Traction* n'ont montré que peu d'empressement à fournir à l'Etat les renseignements que celui-ci leur avait demandés pour régler la question des devises, ils ont mis la plus grande vigueur à refuser la soumission à la loi espagnole d'une autre société qu'ils contrôlaient, la société *Chade*; mieux encore, ils se sont servis de cette société pour exercer sur l'Etat espagnol une pression énergique pour qu'il accepte un règlement de l'affaire *Barcelona Traction* dans le sens qu'ils désiraient. La mise en œuvre de cette tactique ne fut évidemment pas sans influence sur les négociations privées; elle seule permet de comprendre le cours des événements qui précèdent la faillite. La menace que les dirigeants du groupe de la *Barcelona Traction* réalisèrent avant la mise en faillite tient en une formule simple, d'une société espagnole, la *Chade*, ils menacèrent de faire une société étrangère, puis réalisèrent leur menace. On peut donc, au prix d'un néologisme relatif à une affaire qui heureusement n'a pas fait précédent, parler de « déshispanisation » de la *Chade*; le sous-paragraphe B sera consacré à cette opération.

A. L'hispanisation de la *Barcelona Traction* comme mobile de la prétendue collusion

254. On peut appeler « hispanisation » une opération qui donnerait à une entreprise une forme juridique pleinement soumise au droit espagnol et en même temps ferait une place substantielle à des capitaux espagnols et par là même à des nationaux espagnols dans la direction de l'entreprise. L'hispanisation peut donc être plus ou moins complète; sa forme extrême serait la transformation d'une entreprise étrangère en une entreprise publique espagnole, mais elle peut exister aussi si une société privée cède une part importante de son capital social à un groupe privé espagnol. L'hispanisation pourrait être consentie librement ou bien être le résultat d'une disposition légale l'imposant d'une manière plus ou moins directe, rapide et complète pour des entreprises d'un secteur déterminé. On sait qu'il y a eu dans tous les pays des textes législatifs qui ont imposé de telles mesures pour les entreprises de services publics. En Espagne même, des textes législatifs avaient imposé en cette matière des règles², à dire vrai indulgentes, moins sévères

¹ Il est à noter que le Gouvernement belge n'a jamais allégué une tentative de corruption personnelle; après une insinuation contre M. Andany, expert espagnol de la Commission internationale, il a dû battre en retraite dans la *Réplique*, V, p. 98, note 1.

² Outre une série de lois comme celle du 14 février 1907 sur la production nationale, celle du 26 mars 1908 sur les chemins de fer secondaires et stratégiques, comme le décret royal du 25 novembre 1919 sur la navigation aérienne, celui du 14 juin 1921 sur les concessions minières, etc., le décret royal du 14 juin 1921 dit La Cierva constitue, en matière d'exploitations hydro-électriques, le texte de base.

en tout cas que celles qui existent au regard des entreprises hydro-électriques aux Etats-Unis. Ces règles avaient causé des préoccupations aux dirigeants du groupe qui ne les avaient pas toujours respectées.

255. L'hispanisation qui aurait servi de mobile à l'attitude des autorités espagnoles serait d'un caractère juridiquement volontaire: à l'occasion des difficultés de change de la *Barcelona Traction* et du Plan de compromis, les autorités espagnoles auraient pris une attitude hostile à l'égard de la *Barcelona Traction* pour la livrer à la merci de ses obligataires afin que ceux-ci en acquièrent le contrôle et que l'hispanisation soit opérée ainsi par des mécanismes de droit privé.

256. Ce qu'il importe de rappeler en premier lieu c'est que l'idée de donner à l'entreprise une forme juridique de droit espagnol et de recourir encore plus abondamment aux capitaux locaux est une idée qui est venue aux dirigeants de l'affaire eux-mêmes, en considérant combien leur situation était absurde. Comment ne l'auraient-ils pas pensé puisque depuis 1940 ils étaient obsédés par la distorsion qui risquait de se créer entre la dette extérieure de l'entreprise exprimée en livres et les recettes exprimées en pesetas et alors que toutes les solutions envisagées tendaient à recourir encore plus largement que par le passé aux ressources financières du marché espagnol? S'ils n'allèrent pas jusqu'au bout de leur dessein, c'est pour des motifs qui sont maintenant bien connus de la Cour et qui tenaient aux fraudes dissimulées dans leurs mécanismes sociétaires et financiers. Mais pour connaître leur désir il suffit de se reporter à la note interne du 7 mars 1940 intitulée «*Projet de réorganisation du groupe Barcelona Traction*»¹.

257. Il n'est pas douteux non plus que les obligataires eurent, et dans l'accord du 21 janvier 1947, et dans celui du 27 novembre 1947 comme préoccupation essentielle de voir instituer en Espagne un Comité local comprenant des représentants des actionnaires et des obligataires et chargé provisoirement de l'administration *sur place*; cette solution était trop conforme à la réalité de l'entreprise pour qu'elle ne s'impose pas à toute réorganisation sérieuse. En ce sens, les propositions élaborées par M. Duncan dans le but de concrétiser les bases d'accord du 27 novembre pouvaient à juste titre rappeler sur ce point la position des créanciers².

258. C'est la lettre du ministre J. Suanzes en date du 18 décembre 1945 (Annexe *Mémoire N° 38*) qui sert de fondement à l'accusation belge: ce «*document confus*» trahissait le désir du Ministre de voir passer l'affaire sous contrôle espagnol». La lettre

¹ Annexe *Contre-mémoire*, Chapitre premier, Annexe 112, Document N° 1, dont on rapporte le passage suivant: «*Il convient donc tout d'abord de changer l'étiquette et pour cela de ne donner dorénavant à l'Ebro qu'un rôle secondaire, du moins dans l'exploitation du groupement, en faisant apparaître et réaliser effectivement celle-ci par une autre société, espagnole, cette fois (et qui, pensons-nous, pourrait être l'Energia Eléctrica de Cataluña)*. Au reste, le caractère étranger de l'Ebro a déjà été la source de nombreuses complications dans le développement même de l'exploitation, car l'Ebro, compagnie étrangère, ne peut plus avoir de nouvelles concessions. L'organisation de la société espagnole dont question ci-avant devra être simple, car le but doit être de faire effectivement entrer ultérieurement dans cette société des intérêts espagnols; ceci ne pourra être obtenu que s'il est aisé de voir clair dans ladite société et nécessite également la disparition des arrangements multiples et compliqués qui existent entre les diverses sociétés du groupe actuellement. C'est une condition indispensable pour que l'on puisse réaliser dans la suite des appels, par souscription d'actions au public espagnol, comme aussi des fusions avec d'autres sociétés espagnoles».

² Annexe *Contre-mémoire*, Chapitre premier, Annexe 118, Document N° 4, p. 503 «*Availability of funds to service Bonds in full which are not serviced only because of Barcelona's inability to obtain foreign exchange and desire by the creditors for a plan of compromise which if possible provide inter alia for the operation of the business of Barcelona in Spain*».

employait des formules analogues à celles que l'on peut trouver dans la correspondance relative aux demandes de devises antérieures d'*Ebro*¹ et indiquait notamment que pour reconnaître en tout ou partie des engagements financiers comme ceux de la *Barcelona Traction* et de ses sociétés « il serait nécessaire de procéder à une étude complète et détaillée de leur constitution et de leur développement, des processus de capitalisation, des installations et des autres éléments de cette espèce ». Ce n'est que d'une manière incidente et en rappelant que le problème ne serait pas différent en cas de « nationalisation des actions », que le ministre déclarait qu'il serait « toujours disposé à considérer » une telle « question ». L'observation du ministre se comprend d'autant mieux que l'opération envisagée ne portait pas sur les devises destinées à couvrir des intérêts, mais bien à rembourser immédiatement une dette énorme en capital, c'est-à-dire qu'elle posait les mêmes questions qu'une hispanisation. M. Suanzes n'avait pas besoin d'être partisan des « hispanisations » pour être prêt à envisager une opération de cette nature à propos d'une entreprise hydro-électrique: le maintien de sociétés canadiennes comme sociétés exploitantes après le décret de 1921 n'était dû qu'à la mansuétude du législateur qui respectait les situations acquises; les dirigeants de la *Barcelona Traction* avaient estimé la situation encore plus anormale que ne le pensait sans doute M. Suanzes.

259. Il n'y a donc rien d'étonnant, ni de significatif, qu'après le jugement de faillite, M. Duncan lors de son voyage à Madrid en février 1948 ait présenté cette solution d'hispanisation à M. Suanzes. Que peut-on vraiment reprocher à ce dernier si celui-ci à cette époque en a sous certaines réserves accepté le principe? Toutes les négociations qui se dérouleront entre actionnaires et obligataires au printemps de 1948 seront fondées comme élément de base sur le principe d'une hispanisation assez marquée.

260. Ainsi s'expliquent parfaitement les termes employés par J. March dans une lettre du 9 juillet 1948 à l'Institut espagnol de la monnaie étrangère (*Annexe Contre-Mémoire*, vol. VI, p. 385). Le Gouvernement belge reproduit à deux reprises dans la *Réplique* un passage de cette lettre (V, pp. 287 et 572) pour y voir enfin la preuve réelle d'une collusion². Dans le contexte réel des faits, l'affirmation de M. March est exacte: une solution est en cours de discussion à l'initiative des dirigeants de la *Barcelona Traction* et selon laquelle les obligataires se voient attribuer les trois quarts des actions de la *Barcelona Traction*, compte tenu des obligations qu'ils détiennent ou devront acquérir. Le texte de la lettre de M. March est donc parfaitement correct et n'aurait pu recevoir que l'approbation des actionnaires. Non seulement le Gouvernement belge commet une lourde erreur, excusable si elle provient d'un rédacteur qui ne connaît pas l'affaire, mais il a cru, de plus, devoir ajouter à propos de ce document (*Réplique*, § 408):

« on ne peut attribuer sa publication qu'à une inadvertance des auteurs du *Contre-Mémoire* ».

Non seulement les auteurs de la *Réplique* se sont trompés, mais ils se sont jugés eux-mêmes.

¹ Par exemple, *Annexes aux Exceptions préliminaires* (1960), vol. II, N° 82, p. 841.

² Voici le passage que le Gouvernement belge considère comme sensationnel: « 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 de l'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 ».

261. Jusqu'à la fin des entretiens qui ont eu lieu en été 1948 entre M. Suanzes et M. Heineman, la position du ministre espagnol ne changea pas; les délégués du groupe de la *Barcelona Traction* eurent même l'occasion de provoquer une déclaration du ministre aux termes de laquelle M. March n'avait pas d'autre rôle que celui de représenter la part du capital qui devait revenir à des intérêts espagnols¹. Le ministre fut appelé à prendre position à l'égard d'une hispanisation qui lui fut proposée par les intéressés et il n'usa jamais de contrainte ni de ruse. Il ne fut non plus jamais prêt à assurer n'importe quelle contrepartie à une hispanisation qui en réalité correspondait si bien aux intérêts des propriétaires de l'entreprise. A la fin des entretiens de 1948, le marché final lui fut proposé par M. Heineman en personne: pour le prix d'un changement de nationalité réalisé contrairement à la loi espagnole dans le cas de la société *Chade*, une participation serait concédée à l'Etat espagnol dans une *Barcelona Traction* hispanisée (*infra*, N° 297). Comme on le montrera encore plus loin, les motifs de refus de cette singulière combinaison ne manquaient pas, mais parmi eux le ministre faisait notamment valoir que (Annexe *Contre-mémoire*, Chap. II, Annexe N° 7, Doc. N° 3, p. 4):

« les victimes du préjudice pourraient penser qu'on oubliait la défense de leurs intérêts pour satisfaire des ambitions de nationalisation ».

262. Dans une affaire où des intérêts privés de toute nature se trouvaient aux prises, où venaient d'être révélées des irrégularités graves dont les tribunaux se trouvaient encore saisis, le Gouvernement espagnol pouvait, en réservant ses droits propres, accepter une solution d'hispanisation proposée par les deux parties dans des conditions qui laissaient l'Etat à l'écart des conflits privés, mais il ne pouvait admettre que l'on se servit de lui pour obtenir de meilleures conditions au profit d'une des parties comme essaya de le faire M. Heineman. En réalité, si le groupe de la *Barcelona Traction* pouvait faire preuve de tant d'assurance à l'égard de l'Etat c'est qu'il disposait à l'égard de celui-ci d'un instrument de pression dont il usa et abusa et qu'il faut maintenant examiner.

B. De « l'hispanisation » de la *Barcelona Traction* à la « déshispanisation » de *Chade*

263. Le rôle joué par la société espagnole *Chade* dans la négociation du Plan de compromis autorisait le Gouvernement espagnol à obtenir d'elle quelques éclaircissements. Pour avoir tenté de les obtenir par la voie légale, l'Etat espagnol dut subir toutes les conséquences de la rébellion de cette société; un long conflit a opposé ainsi les dirigeants de cette société et l'Etat espagnol de 1947 à 1960. Ce conflit est aujourd'hui terminé et ce n'est qu'avec réserve et parce qu'il y est contraint que le Gouvernement espagnol se voit obligé de revenir sur certains aspects de cette affaire.

264. En effet, le Gouvernement belge, dans le *Mémoire* (I, §§ 58, 65, 68, 69, 75), les *Observations* (I, § 37) et la *Réplique* (V, §§ 401, 419, 423) a fait de nombreuses allusions à *Chade* pour en tirer de nouveaux griefs contre l'Etat espagnol: l'Etat espagnol aurait attaqué

¹ Selon M. Terlinck du groupe *Chade-Barcelona Traction* (Annexe *Contre-Mémoire*, Chap. premier, N° 1016, p. 5), le propos de M. Suanzes aurait été le suivant: « M. March brandissait le drapeau national et qu'il ne lui permettrait pas de sortir de ce rôle »; par là le Ministre réagissait à l'allégation suivant laquelle l'intention de M. March était de réaliser un énorme bénéfice personnel; comme on le montrera plus loin, les dirigeants de la *Barcelona Traction* cherchaient à l'époque à mettre le ministre de leur côté par divers procédés dont celui d'un règlement « avantageux » de l'affaire *Chade*.

cette société en connivence avec Juan March et dans l'intention de servir les intérêts de ce dernier, et c'est ainsi (*Observations*, I, § 37) que ce litige « n'était pas sans relation avec celui relatif à la *Barcelona Traction* ».

265. Le Gouvernement espagnol qui, de son côté, a consacré au sujet de substantiels développements (*Exceptions préliminaires* de 1960, §§ 240 à 262; *Plaidoiries*, II, p. 50; *Contre-mémoire*, IV, pp. 142 et ss., ainsi que de nombreuses annexes) désire non seulement rencontrer les accusations du Gouvernement belge, mais mettre en lumière le jeu des dirigeants de la *Barcelona Traction* qui les conduisit à entreprendre des négociations avec les obligataires pour gagner du temps et à mener pendant ce temps les destinées de la société *Chade* de manière à disposer à l'égard de l'Etat espagnol d'un puissant instrument de pression par lequel celui-ci serait incité à soutenir les dirigeants de la société *Barcelona Traction* dans leur différend avec les obligataires de la société *Barcelona Traction*¹.

266. En opposition avec l'Etat espagnol, les dirigeants de *Chade* auraient pu se contenter de rompre les liens de *Chade* avec l'Espagne en fonction des seuls intérêts des actionnaires de cette société; mais ils suivirent une autre ligne qui consistait à lier *Chade* à *Barcelona Traction* de telle manière que tout en rompant les liens de *Chade* avec l'Espagne, ils le fassent avec assez de souplesse pour obtenir dans l'affaire de la *Barcelona Traction* une solution plus conforme à leur intérêt, l'Etat recevant une « commission » en contrepartie de son appui. M. Heineman, qui apparaissait à l'époque comme le maître ultime des deux sociétés *Chade* et *Barcelona Traction* tenta de jouer ainsi un jeu qui consistait à demander tantôt à l'Etat de faire pression sur les obligataires de la *Barcelona Traction*, tantôt à Juan March d'obtenir des faveurs de l'Etat pour *Chade* en faisant miroiter un accord comportant remboursement des sommes dues aux obligataires de *Barcelona Traction*; ainsi M. Heineman cherchait à compromettre en les faisant rentrer alternativement dans son jeu, tantôt l'Etat espagnol, tantôt les obligataires. Pendant ce temps, la situation se normalisait dans toute l'Europe, un nouveau refuge pouvait être préparé pour *Chade* en la rendant « invulnérable ». Il devait en résulter des sacrifices certains et pour la majeure partie définitifs à la charge de l'économie et de l'Etat espagnols; en revanche, M. Heineman ne put résoudre par cette voie l'affaire de la *Barcelona Traction* parce que l'Etat espagnol refusa toujours de lier les deux affaires l'une à l'autre.

267. En effet, pour l'Etat espagnol, l'affaire *Chade* et l'affaire *Barcelona Traction* étaient des affaires qui étaient distinctes et devaient rester séparées. Peu importaient les

¹ Société allemande, transférée en Espagne avec des capitaux internationaux en 1920, une « Société des Nations » disait d'elle son fondateur Heineman, la société espagnole *Chade* avait en 1945 conservé une composition internationale par son actionnariat dans lequel des sociétés espagnoles, surtout bancaires, figuraient pour environ 15%, mais elle était pratiquement sous le contrôle de deux groupes, celui prédominant de *Sofina* et celui d'une banque suisse; elle avait une participation dans *Sidro* et des participations réciproques avec *Sofina*. Au moment de la guerre civile espagnole, la société avait pris diverses « précautions » qui avaient été maintenues pendant la Deuxième guerre mondiale de crainte d'une invasion de l'Espagne. Ces précautions avaient consisté à insérer entre *Chade* et les biens qu'elle exploitait en Argentine une chaîne de sociétés, dont la tête avait été jusqu'au 9 mai 1940 la société luxembourgeoise *Sodec* dissoute la veille de l'agression allemande du 10 mai 1940 et se trouvait être, au moment du Plan de compromis, *Sovalles*, société panaméenne. Ces mesures de protection auraient dû disparaître avec la fin des hostilités, mais avaient été maintenues en 1945 à la demande expresse de certains dirigeants. On rappellera que selon la *Réplique* (Annexe 125, p. 24, note ()), les circonstances de la guerre qui avaient obligé *Sidro* et *Sofina* à prendre des mesures de protection de même style que celles qui concernaient *Chade* avaient pris fin en 1946 et que les mesures de protection avaient été rapportées le 14 août 1946.

Au maintien anormal de ces mesures de protection à l'encontre de *Chade* s'ajoutait un autre sujet de contestation avec l'Etat espagnol et qui était apparu à propos du Plan de compromis: la société alléguant la difficulté de rapatrier les revenus tirés de ses filiales payait depuis le 28 septembre 1940 ses dividendes en bons de caisse, accumulant des devises à Panama, semblait-il.

combinaisons de M. Heineman, peu importaient les attaques menées, selon le Gouvernement belge, par des personnes inspirées par Juan March contre *Chade*. *Barcelona Traction* était canadienne, *Chade* était espagnole; malgré la domination commune de M. Heineman, les actionnaires étaient différents et les intérêts auraient dû rester distincts. Mais surtout dans les deux conflits, les adversaires étaient distincts; *Barcelona Traction* s'opposait à ses obligataires, *Chade* à l'Etat et il était inadmissible que l'une des affaires serve d'instrument de pression pour résoudre l'autre et conduise à sacrifier ainsi l'un ou l'autre des intéressés. L'Etat ne pouvait abdiquer sa souveraineté et sacrifier des actionnaires espagnols de *Chade* au profit de Juan March; ce dernier ne l'aurait pas demandé ni probablement accepté, mais les obligataires de la *Barcelona Traction* n'avaient aucune raison de souhaiter faire les frais d'un règlement de l'affaire *Chade*.

268. L'affaire *Chade* a ainsi une signification très profonde qui éclaire parfaitement la genèse des accusations du groupe *Barcelona Traction*. Pour M. Heineman, ses sociétés disposaient d'un rang et d'une qualité égales à celles de l'Etat et toutes les affaires se posaient et se réglaient en termes exclusivement financiers; dès lors, si dans l'affaire *Chade* l'Etat ne se rangeait pas à ses vues et préférait subir un dommage plutôt que d'accepter une « commission » négociée, c'est qu'il était d'accord avec Juan March. Pour quelle raison refuserait-on un accord si ce n'est pour en conclure un avec l'adversaire? Ainsi la mentalité exclusivement « financière » de M. Heineman ne pouvait-elle sans doute comprendre que l'Etat ait refusé ce qu'il considérait de son point de vue comme une « affaire » acceptable. L'accusation de complot n'est ainsi apparue que tardivement, lorsque M. Duncan a employé le terme de « conspiracy » avec, il est vrai, quelques prudentes réserves, lors de l'assemblée des actionnaires de *Barcelona Traction*.

En réalité, on va le montrer, cette accusation n'exprimait que la rancœur d'avoir vu ses propres machinations déjouées.

269. Le premier grief adressé par le Gouvernement belge concernant *Chade* est la communication de M. Suanzes aux Cortès le 12 décembre 1946; il s'agirait d'une « diatribe violente » ... « confondant la *Chade* et la *Barcelona Traction* dans une même attaque » (*Mémoire*, I, p. 32). De l'avis du Gouvernement espagnol, on ne peut qu'être frappé par la sincérité et l'extrême modération de la position du ministre. Concernant *Chade*, il se bornait à évoquer la question des devises qui devaient normalement revenir à l'économie espagnole et à dire à ce sujet qu'

« il n'est pas possible d'affirmer que ce but ait été pleinement atteint ».

Une constatation fondamentale imprégnait de gravité et de mélancolie l'ensemble de la communication de M. Suanzes: les relations mises en cause par cette opération financière se situaient dans un contexte international tel qu'il était difficile à l'Etat de savoir la vérité. L'attitude du ministre était celle d'un homme honnête qui ne voulait pas garder par devers lui les connaissances incomplètes qui lui avaient été communiquées dans l'exercice de ses fonctions. Il est vrai qu'il faisait allusion à une « impression de méfiance et de soupçon ». Mais ce n'est là une « violente attaque » que pour qui plaide coupable et c'est ce que fait sans s'en rendre compte le Gouvernement belge.

270. La modération de M. Suanzes est encore plus remarquable si l'on tient compte qu'en ce qui concerne *Chade*, des craintes plus graves pouvaient le hanter: une campagne de pamphlets avait secoué l'opinion et provoqué des plaintes en justice, une situation

délicate existait en Argentine au sujet des filiales de *Chade*. Le Gouvernement belge prétend que cette campagne avait été inspirée par Juan March et que le discours de M. Suanzes (*Mémoire*, §§ 58 et 65; Annexe *Mémoire* N° 44) reprenait les accusations qui avaient figuré dans certains de ces pamphlets.

On suggère ainsi, suivant les méthodes habituelles du Gouvernement belge, une collusion.

Le Gouvernement espagnol n'a pas à établir par qui cette campagne était inspirée; il note qu'elle a commencé par des questions posées par un actionnaire d'une manière régulière au sein d'une assemblée générale; à supposer même qu'elle ait été inspirée par des obligataires désireux de faire échouer le Plan de compromis, elle n'aurait poursuivi un but critiquable que si le Plan de compromis ne leur avait imposé aucun sacrifice. Le Gouvernement espagnol n'arrive pas à comprendre comment certaines situations suspectes — c'est le moins que l'on puisse dire — seraient devenues innocentes au regard de l'Etat parce qu'elles feraient l'objet d'une polémique privée. Enfin, l'affirmation belge est inexacte matériellement. Si M. Suanzes avait fait une allusion discrète à cette « vive bataille de brochures et de déclarations », il se gardait de mentionner les problèmes les plus graves qu'elles soulevaient pour lui, notamment au regard des allusions qui étaient faites au *Rapport* d'une commission d'enquête déposé en 1944 en Argentine, mais non encore diffusé dans le public espagnol en 1946. Le Gouvernement espagnol était plusieurs fois intervenu en faveur de *Chade* à la requête de celle-ci auprès du Gouvernement argentin. Le Gouvernement espagnol avait toujours soutenu *Chade* et il continuerait à le faire, même quand les dirigeants de celle-ci se seraient rebellés contre son autorité¹; il ne pouvait que regretter les faits que la polémique portait devant l'opinion et qui plongeaient dans l'inquiétude les administrateurs espagnols quand ils se rendirent compte que des opérations d'une grande importance n'avaient pas été portées à la connaissance du Conseil d'administration et provoquaient la démission immédiate de l'un d'eux; le devoir du ministre était d'être mieux informé et plus encore que pour *Barcelona Traction*, son exigence unique était de connaître toute la vérité. Tel était l'unique sens de son discours.

271. Le devoir des dirigeants de *Chade* comme de ceux d'*Ebro* aurait dû être d'apporter immédiatement à l'Etat espagnol toutes les données susceptibles d'établir la vérité et de régler d'abord et avant tout leurs problèmes avec l'Etat. Ils ne le firent ni dans le cas de *Barcelona Traction*, ni dans celui de *Chade*.

272. Dans le cas de *Barcelona Traction*, il est bien clair aujourd'hui que les dirigeants envisagèrent de procéder à des études complètes, mais non pas pour en communiquer les résultats intégraux au Gouvernement, mais pour choisir leur ligne de défense à l'égard du Gouvernement. Pour lever à cet égard tout doute, il suffira de citer un extrait d'une lettre du 18 février 1947 entre dirigeants de l'entreprise qui se passe de tout commentaire (lettre de M. H. Spéciael à la *Canadian and General Finance Company*, A.D. N° 27):

« Il est naturellement vital pour la *Barcelona Traction* que des transferts puissent un jour se faire et le plus tôt sera le mieux. Par conséquent, il faut mettre tout en œuvre pour que nous connaissions au plus tôt l'histoire financière complète de l'*Ebro*, car ce n'est

¹ Le comte de Motrico, dont on sait de quel crédit il disposait auprès de *Sidro*, fut ambassadeur d'Espagne à Buenos Aires.

qu'après avoir acquis la pleine connaissance de cette histoire que nous pourrions décider de la politique à adopter pour ce qui regarde les demandes faites par le Gouvernement ».

Il est établi aujourd'hui que les dirigeants se bornèrent à une attitude dilatoire, après s'être rendu compte que la mise en ordre de leur situation était trop difficile, notamment sur le plan comptable (v. *Plaidoiries*, II, p. 18; *Contre-mémoire*, IV, N° 238-242, pp. 203-204).

273. En ce qui concerne *Chade*, il apparaît que les dirigeants n'envisagèrent même pas de fournir à l'Etat les explications demandées: ils étaient dans une position si forte qu'ils n'avaient rien à demander aux autorités espagnoles ni rien à en attendre¹. Ils considéraient que *Chade*, en dehors d'une obligation fiscale assez légère et acceptée comme prix des avantages de la nationalité espagnole, n'avait aucun compte à rendre de sa gestion aux autorités espagnoles. En réalité, l'affaire du Plan de compromis avait été, pour les dirigeants étrangers, un test beaucoup plus important qu'ils ne voulaient le dire: si l'Etat espagnol émettait la prétention d'appliquer à la société certaines lois qu'elle n'entendait pas reconnaître, il n'y avait plus aucune raison pour celle-ci de demeurer en Espagne. Au début de 1947, les périls contre lesquels la nationalité de l'Espagne neutre la protégeait, allaient de jour en jour en s'atténuant; des offres étaient déjà faites depuis 1946 dans un pays dont la situation plus centrale par rapport aux intérêts représentés s'alliait avec une économie stable et une vie politique paisible. Il fallait trouver une occasion de s'y établir. Les inquiétudes de M. Suanzes pouvaient être considérées avec une sereine indifférence²; il fallait gagner un peu de temps et à cet effet, au lieu de se tourner vers l'Etat espagnol, on songea à explorer les intentions des obligataires de la *Barcelona Traction* en leur demandant d'aider à résoudre toutes les difficultés des dirigeants des deux affaires, y compris celles qui concernaient *Chade*.

274. Dès le mois de janvier 1947, les dirigeants de *Barcelona Traction* se tournèrent vers les obligataires; le Gouvernement espagnol a expliqué avec tous les détails la portée de l'accord qui fut conclu et la manière dont il ne fut pas exécuté par la *Barcelona Traction* (*Contre-mémoire*, Chap. I, N° 301 à 308; *supra*, N° 223). La *Réplique* a préféré garder sur ce point un silence prudent; le Gouvernement espagnol publie en annexe deux télégrammes du marquis de Foronda à M. Heineman et à M. Spéciael, tous deux en date du 25 avril 1947 (A.D. N° 34, Documents I et 2), d'où il résulte clairement que la confiance de Juan March fut abusée et qu'on le plaça délibérément devant un fait accompli³.

275. Un autre point important mérite d'être relevé; il résulte du témoignage de M. Andrés Moreno (Annexe *Contre-mémoire*, Chap. premier, N° 118, Doc. N° 1,

¹ Selon une expression imagée d'un des conseils de *Chade*, les mesures de « précaution » accumulées depuis plus de dix ans avaient transformé *Chade* en un « sac vide »; toutes les valeurs mobilières (de même que les biens des sociétés filiales) se trouvaient à l'étranger et étaient protégées par des mécanismes juridiques qui avaient pour objet de les rendre « invulnérables » (*Exceptions préliminaires* de 1960, p. 285).

² Telle est en tout cas la solution qui devait prévaloir; on ne saurait exclure que les dirigeants aient été sur ce point divisés et à certains moments hésitants.

³ Dans l'un d'eux, M. de Foronda disait: « J'ai grand peur qu'en apprenant les pouvoirs limités du Comité, la réaction de ces messieurs (*le syndicat des obligataires*) soit très désagréable puisque dans les entretiens que M. Spéciael et moi avons eus avec Juan March, celui-ci demandait le transfert au Comité de tous les pouvoirs du Conseil d'administration d'*Ebro*. Nous lui avons dit que certains de ces pouvoirs ne pouvaient lui être transférés, mais jamais nous ne lui avons dit que le Comité serait purement consultatif... »; dans l'autre: « I regret not agreeing with your opinion that powers should be maintained secret until Committee constituted. To suddenly face these gentlemen with an accomplished fact is not the best way of removing the mistrust which it appears to us they have had for some time. »

p. 482) et porte sur les négociations qui eurent lieu au moment de la conclusion de l'accord du 21 janvier 1947. Les dirigeants de *Barcelona Traction* posèrent à leurs interlocuteurs une nouvelle condition: les attaques contre *Chade* devaient cesser. Cette condition était naturelle s'ils estimaient que ces attaques étaient inspirées par Juan March. Mais ils allèrent beaucoup plus loin; ils demandèrent à Juan March que l'apaisement s'étende à *Chade*.

« la garantissant de toute attaque, agression ou intervention provenant des actionnaires ou des autorités ».

C'est la première fois, mais non la dernière, qu'une pression est faite auprès de Juan March pour que celui-ci se range aux côtés de *Chade* dans ses difficultés avec les autorités espagnoles. La demande était invraisemblable et inacceptable; après discussion, les deux parties tombèrent d'accord sur la formule suivante:

« 11. Que cependant, M. Spéciael ayant allégué que M. Heineman se rendrait en Europe le mois d'avril suivant, pour avoir un entretien avec M. March, et celui-ci ainsi que le sommé ayant promis que jusqu'alors, et en ce qui dépendrait du Syndicat, on ferait tout pour que M. Spéciael obtienne la trêve désirée, celui-ci approuva entièrement le *modus vivendi* qui, de cette façon, fut automatiquement confirmé. »

276. C'est à juste titre que la réserve « pour ce qui dépendait du syndicat » avait été insérée, car il ne dépendait de personne d'empêcher le Gouvernement espagnol d'exiger certaines informations et de faire respecter certains droits essentiels de l'Etat. Mais les dirigeants étrangers de *Chade* n'avaient nul souci de normaliser la situation de la société en dissipant les méfiances et les soupçons. Le Gouvernement espagnol ne reçut donc aucun des éclaircissements auxquels il avait droit; les dirigeants étaient moins que jamais disposés à normaliser la situation de *Chade* en mettant un terme aux mesures de protection qui avaient perdu toute signification, à moins qu'elles ne fussent dirigées contre le Gouvernement espagnol lui-même. Pour rassurer les administrateurs espagnols de *Chade* qui s'étonnaient du maintien indéfini de cette situation anormale, les dirigeants faisaient valoir qu'il fallait protéger la société contre les menaces qui se dégageaient des polémiques privées, alors qu'il aurait fallu pour les désarmer que *Chade* fasse simplement la lumière sur sa conduite passée.

277. Les polémiques reprirent et un pamphlet donna connaissance à l'opinion du contenu du *Rapport* de la Commission d'investigation argentine chargée d'une enquête sur les filiales de *Chade* en Argentine. Divers indices permettaient de craindre que par de nouvelles mesures les dirigeants de *Chade*, loin de normaliser la situation de la société, ne relâchent encore ses liens avec l'Espagne, en prenant notamment des mesures préparatoires à un nouvel établissement, définitif cette fois, dans le Grand-duché de Luxembourg¹. Finalement, la publication le 22 juillet du décret-loi espagnol du 17 juillet 1947 fut le prétexte attendu pour que, dans un temps record, les actionnaires étrangers obtiennent, le 12 août 1947, la signature d'un arrêté luxembourgeois qui permettait de reconstituer la *Sodec* dans des conditions vraiment extraordinaires. Celle-ci fut reconstituée le 19 août. A partir de cette date, les dirigeants majoritaires de *Chade* vont être en conflit ouvert avec la législation espagnole et pendant que des mesures d'enquête sont prises en Espagne, *Chade* poursuit sa vie sociale hors d'Espagne.

¹ Le 6 juillet 1947, on remplaça les trustees prévus par un contrat du 5 septembre 1939 entre *Chade* et les sociétés *Securitas* et *Sodec* (celle-ci dissoute le 9 mai 1940) par une nouvelle société luxembourgeoise, le « Trust financier d'entreprises électriques » qui annonçait le rétablissement imminent de *Sodec*.

278. Comme on le montrera plus loin, cette décision n'était pas prise uniquement pour satisfaire les intérêts spécifiques des actionnaires étrangers de *Chade*; mais il s'agissait d'une opération de haute stratégie dont la signification ne devait apparaître qu'après des péripéties de plus d'une année. Mais avant d'aborder ces dernières, il est nécessaire de répondre à une des accusations du Gouvernement belge: ce décret-loi espagnol constituerait une « agression » contre *Chade* et serait en réalité inspiré par Juan March et prouverait son emprise sur le Gouvernement espagnol. Le Gouvernement belge prétend que Juan March aurait été renseigné sur les projets de l'Etat (*Mémoire*, Annexe 46) et il s'en serait servi comme d'une menace pour atteindre ses objectifs personnels (*Mémoire*, I, p. 37). Par ailleurs, le décret du 17 juillet 1947 serait une mesure de circonstance, élaborée uniquement pour *Chade* et par là son caractère injustifié et discriminatoire apparaîtrait pleinement.

279. Cette dernière affirmation est inexacte en fait: non seulement ce texte est général en la forme, mais codifiant des règles diverses il a continué depuis cette date à faire partie de la législation espagnole; il a été appliqué à d'autres sociétés que *Chade*; toutes ses dispositions, sauf une seule sur laquelle on reviendra, se trouvaient dans la législation antérieure et avaient même recueilli en leur temps l'approbation des dirigeants de *Chade*.

280. La seule innovation de ce décret était la possibilité, applicable éventuellement à *Chade*¹, de procéder à des enquêtes officielles pour contrôler le respect des dispositions légales (art. 9). Le Gouvernement a pu effectivement vouloir remédier aux attermolements et aux dérobades des dirigeants de *Chade* puisque, le 26 juillet 1947, une commission fut désignée pour enquêter sur *Chade*. Ce serait donc cela que les dirigeants de *Chade* — et à leur suite le Gouvernement belge — ne pouvaient admettre. Ce qui était, à la rigueur — faute de pouvoir se dérober — tolérable en Amérique latine, devenait une « agression » si l'Etat espagnol osait l'entreprendre! Tout en soutenant la rectitude angélique d'un comportement, on osait nier le droit de l'Etat de rechercher la vérité: pour *Chade* comme pour *Barcelona Traction* l'Etat n'avait droit à d'autres vérités que celles que l'on voulait bien lui communiquer², quelquefois sous la forme d'une confidence personnelle³. C'est en effet la prétention la plus profonde de sociétés comme *Barcelona Traction* ou *Chade* de traiter en toutes circonstances d'égal à égal avec l'Etat et ainsi d'échapper à la souveraineté de l'Etat. Dans ses relations avec *Chade*, l'Etat espagnol défendait sa souveraineté et ne

¹ L'article 6 du décret-loi du 17 juillet avait le même contenu que l'article 5 de la loi du 2 juin 1939 et visait les actes de substitution d'actifs en les prohibant; or, c'est cette disposition qui était considérée par les dirigeants étrangers comme retirant à *Chade* ce que le *Mémoire* appelle « le droit de disposer de ses biens à l'étranger » (p. 38). *Chade* avait fait l'éloge des dispositions du décret du 2 juin 1939 qui lui avait conféré de substantiels avantages (Annexe *Contre-Mémoire*, vol. V, N° 916 et 919). Aussi M. Suanzes pouvait-il rappeler à bon droit, dans sa lettre du 14 août 1948 qui devait clore cette période de négociations, qu'à propos de ses entretiens avec M. Heineman (Annexe *Contre-Mémoire*, Chap. II, Annexe N° 7, Doc. 3, p. 361): « je me suis borné à commenter, de la manière la plus modérée possible, l'interprétation intensive et abusive donnée aux termes et à la portée du décret-loi du 17 juillet 1947, que le Gouvernement estima et estime normal, nécessaire et justifié ».

² Il faut se rapporter aux déclarations de M. Heineman à l'assemblée de *Chade*, du 18 novembre 1947 (A.D. N° 35) pour apprécier ce que des dirigeants oseront appeler plus tard des « ouvertures » (Déclarations de M. Terlinck, Annexe *Contre-mémoire*, Chap. I, N° 1016, p. 442). Selon M. Heineman, le Gouvernement espagnol était invité à dire que le décret-loi du 17 juillet 1947 ne s'appliquait pas à *Chade* et dans ce cas s'il désirait certaines informations, la société les lui communiquerait! Il est vrai que dans le même discours le même personnage démontrait que tous les motifs de l'installation de *Chade* en Espagne avaient disparu.

³ Ainsi se comprend le souci manifesté à plusieurs reprises par M. Suanzes au cours des tractations relatives aux affaires *Chade* et *Barcelona Traction* d'obtenir des confirmations écrites de certaines informations.

défendait que cela; le législateur espagnol ne pouvait se faire aucune illusion sur le succès matériel de son entreprise: sac vide en Espagne, *Chade* resterait vide de toute substance quelles que soient les mesures prises par l'Etat, mais celui-ci ne pouvait renoncer ni à établir la vérité, ni à constater, le cas échéant, que la législation était violée.

281. Quant au fait que Juan March ait été informé du mécontentement des autorités espagnoles, il ne pouvait surprendre puisque la crise de la *Chade* était devenue publique: la démission motivée d'un administrateur espagnol, les explications embarrassées données au sein du Conseil d'administration de *Chade* par les dirigeants aux administrateurs espagnols, le dépôt obligatoire aux mains de l'*Institut espagnol de la monnaie étrangère* des actions de *Chade* appartenant à des personnes résidant en Espagne le 26 juin 1947, le scandale provoqué en Espagne par la publication du *Rapport de la Commission d'investigation argentine* rendaient inévitable que les autorités espagnoles fassent un geste pour établir la vérité, surtout lorsqu'il apparut que de son côté *Chade* se préparait à quitter l'Espagne. Que les actionnaires de *Chade* qui ont soulevé devant l'opinion espagnole les problèmes que l'on sait aient ou non été inspirés par Juan March, un gouvernement raisonnable ne pouvait pas faire moins que ce qu'a décidé le Gouvernement espagnol pour tenter de voir clair dans les affaires de *Chade*.

282. L'arrêté luxembourgeois du 12 août 1947 permit, dans des conditions d'une exceptionnelle facilité, la résurrection de la société *Sodec*, mais de plus il était ajusté de manière à exercer sur l'Etat espagnol une pression savamment calculée. Pour le comprendre, il faut rappeler d'un mot quels étaient les problèmes juridiques des dirigeants de *Chade*.

Les « mesures de protection » qui avaient transformé *Chade* en un sac vide consistaient en une série de sociétés intermédiaires entre les actifs physiques du groupe et la société *Chade*. Mais pour que la protection soit parfaite, il y avait un obstacle qui semblait insurmontable: les actions de la dernière société intermédiaire devaient revenir à la société *Chade* en tant que telle. Certes, chaque société intermédiaire, les « custodians », « nomines » et autres chargés de veiller aux titres constituaient chacun un obstacle qu'il fallait surmonter avant d'atteindre les actifs physiques; pour introduire — pensait-on — un obstacle supplémentaire, on s'était gardé d'émettre les titres de certaines de ces sociétés. Mais tous ces mécanismes dans lesquels on reconnaît sans peine l'ingéniosité de ceux qui ont également manigancé la structure du groupe *Barcelona Traction* donnaient une solution imparfaite puisque le dernier lien avec *Chade* n'était pas tranché: la personnalité juridique de la société *Chade* constituait un obstacle infranchissable.

283. Pour sauter cet obstacle, il aurait fallu d'un coup de baguette magique remplacer la société par ses actionnaires; une telle opération n'est possible que par la volonté d'un législateur; il fallait donc la complicité des autorités législatives d'un pays. Il fallait que le législateur qui allait permettre la création de la *Sodec* décide que les actions de celle-ci pourraient être attribuées directement aux actionnaires de *Chade* au lieu d'être remises à *Chade* elle-même. Certes, une telle mesure n'était pas opposable au législateur espagnol de qui dépendait *Chade*, mais l'opération était légale dans le pays qui avait pris la mesure législative l'autorisant et cela suffisait pour les intéressés qui avaient l'intention d'établir le siège de leurs intérêts dans ce pays¹. Or, tel est bien l'effet de l'arrêté luxembourgeois

¹ La situation de l'Etat belge devant la Cour est à la fois analogue et différente. Analogue en ce sens que l'Etat belge se heurte à l'obstacle de la personnalité juridique de la *Barcelona Traction* qu'il voudrait remplacer par la collectivité de ses actionnaires. Différente en ce sens que l'opération ne peut se réaliser par la volonté unilatérale d'un seul Etat, il faut encore qu'elle devienne opposable à l'Espagne et c'est bien ce qui rend la prétention belge insoutenable.

du 12 août 1947: il permet d'attribuer les actions de la nouvelle société *Sodec* ressuscitée directement aux actionnaires de *Chade*¹.

284. La solution que l'on vient de décrire mérite d'être méditée; mais elle présentait encore un autre aspect, plus remarquable: l'attribution des actions de *Sodec* aux actionnaires de *Chade* n'était pas, selon la loi luxembourgeoise, automatique. Elle dépendait d'une décision discrétionnaire du Conseil d'administration de *Sodec*. Comme l'explique un des dirigeants (allocution à l'Assemblée générale de *Chade* du 26 janvier 1949, Annexe *Contre-mémoire*, Chap. premier, N° 1016, p. 3):

« En vertu de la loi luxembourgeoise, les actions *Sodec* n'étaient la propriété de la *Chade* que sous la condition résolutoire de la survenance de n'importe quel événement qui priverait la *Chade* de la libre disposition de l'ensemble de ses biens. Dans cette éventualité, les actions *Sodec* devenaient, avec effet rétroactif, la propriété des actionnaires de la *Chade*. La survenance de cet événement devait être constatée par le Conseil d'administration de la *Sodec*. »

285. Ainsi, non seulement la législation espagnole était ouvertement violée par la reconstitution de la *Sodec* et par la tenue des assemblées de *Chade* en dehors du territoire espagnol, mais le Conseil d'administration de la *Sodec* serait libre de considérer à sa discrétion que les mesures que le Gouvernement espagnol prendrait sans le consentement des dirigeants étrangers de *Chade* retireraient à celle-ci la libre disposition de ses biens et que par suite les biens de *Chade* étaient rétroactivement transférés à ses actionnaires. Chaque mesure que le Gouvernement espagnol voudrait prendre pour remédier à la situation ne ferait que l'aggraver; voulant sanctionner une violation de sa loi, il ne faisait que provoquer une violation plus complète et définitive.

286. Quelle était la fin dernière de la menace incluse dans l'arrêt *grand-ducal*? Pourquoi prendre de tels détours puisque les auteurs de la manœuvre étaient bien décidés à rompre leurs liens avec l'Espagne et qu'ils étaient assurés de l'impunité la plus complète? Ils savaient parfaitement que la situation créée par l'arrêt luxembourgeois du 12 août 1947 ne pouvait pas être maintenue d'une manière durable car elle ne présentait d'intérêt pour personne; celui-ci consacrait en effet le maintien provisoire en Espagne d'une société vidée entièrement de sa substance et dont les dirigeants se réservaient le droit discrétionnaire de consentir au respect des lois espagnoles et menaçaient de dissoudre rétroactivement jusqu'à la pâle apparence de la société, chaque fois que le Gouvernement espagnol serait trop curieux à leur gré. Si bas que les dirigeants de *Chade* aient placé l'Etat espagnol, si grande qu'ait été leur méprisante assurance, ils savaient que cette situation ne pourrait être maintenue.

287. Cette solution offrait toutefois pour eux un double avantage: se donner l'air de ne quitter l'Espagne que contraints par les mesures prises par l'Etat espagnol et fortifier l'accusation d'agression reprise aujourd'hui à son compte par le Gouvernement belge. D'autre part et surtout, ce départ gradué et à épisodes devait permettre de laisser espérer encore quelque avantage à l'Etat espagnol et de jouer de cet espoir comme d'un instrument de pression pour que l'Etat espagnol à son tour fasse pression sur les obligataires de

¹ Comme la *Sodec* a exactement le même nombre d'actions que *Chade*, l'échange matériel est simplifié au maximum: tout se passe comme si *Chade* avait quitté l'Espagne et s'était transformée en une société luxembourgeoise, avec la différence qu'il reste en Espagne la coquille vide de l'ancienne *Chade* confiée aux bons soins d'un liquidateur judiciaire.

Barcelona Traction. La liaison ainsi établie entre les deux affaires *Barcelona Traction* et *Chade* sera le fil conducteur des événements qui allaient suivre.

288. Toutefois, pratiquant un jeu de bascule qui consistait à faire alliance avec les obligataires de *Barcelona Traction* contre les exigences de l'Etat dans l'affaire *Chade* et à faire alliance avec l'Etat contre les exigences des obligataires dans l'affaire *Barcelona Traction*, les dirigeants, et avant tout M. Heineman, devaient d'abord améliorer leurs rapports avec les obligataires, fort altérés depuis la rupture d'avril 1947. C'est dans ces conditions, comme on l'a expliqué plus haut (N° 247), que la mission envoyée par le syndicat d'obligataires au Canada sous la direction de M. Lopez Olivan accepta, à l'initiative d'un des représentants de *National Trust*, de rencontrer M. Duncan, l'un des dirigeants de *Barcelona Traction* venu à cet effet de New York (*Affidavit Lopez Olivan*, Annexe *Contre-mémoire*, vol. II, N° 118, Doc. 2, p. 494). M. Lopez Olivan et ses compagnons acceptèrent de rencontrer à New York M. Heineman et ses collaborateurs (septembre 1947); un contact fut à nouveau pris en novembre à l'initiative d'un collaborateur de M. Heineman et une rencontre fut finalement arrangée à Bâle entre M. Heineman et Juan March. Le Gouvernement espagnol a déjà exposé la réalité et la consistance des bases d'accord arrêtées le 27 novembre 1947 (*Contre-mémoire*, IV, §§ 311 et ss.); il a rappelé également (*supra* N° 224) qu'un tel accord ne pouvait reposer que sur une certaine confiance entre les signataires et qu'il excluait que l'on prêtât à son partenaire des exigences exorbitantes.

289. Les bases d'accord arrêtées à Bâle ne portaient que sur les principes qui devaient être mis en œuvre dans une négociation ultérieure pour laquelle M. Duncan, représentant de M. Heineman, devait se rendre à Madrid. M. Duncan quitta bien à cet effet les Etats-Unis pour l'Europe, mais il s'arrêta à Londres et ne rejoignit pas Madrid. Il est facile de l'établir par les télégrammes envoyés par M. Duncan à M. Juan March, ainsi que par les comptes rendus des représentants à Londres du syndicat d'obligataires (Annexe *Contre-mémoire*, Annexe 118, Doc. N° 3, vol. II, p. 498 et A.D. N° 36, documents 1 à 4). M. Duncan trouva à Londres les dirigeants et conseils des deux sociétés *Barcelona Traction* et *Chade* en grande effervescence et en train de mettre au point le dessein, qui avait sans doute mûri dans l'esprit de M. Heineman, de payer une « déshispanisation » avec une « hispanisation ». Dès le 6 janvier, M. Duncan se disait retenu par l'affaire *Chade* tout en déclarant encore qu'en tout état de cause les entretiens (« proceedings ») relatifs à *Chade* n'interféreraient pas avec le travail (« working ») à réaliser avec Juan March et les obligataires concernant les questions relatives à *Barcelona Traction*. Mais le 7 janvier, il constatait que malheureusement les deux affaires étaient devenues mélangées l'une à l'autre¹, mais ce mélange avait une signification fort précise. Les dirigeants de *Chade* estimaient, selon M. Duncan, que cette société devait quitter l'Espagne; d'un autre côté, il fallait reconnaître qu'il était plus heureux que *Barcelona Traction* quitte le Canada pour devenir une société espagnole. Mais ces deux opérations, non seulement devaient être soumises à des conditions analogues: ce double réaménagement devra se faire en exemption d'impôts ou du moins à des conditions très favorables accordées par l'Etat espagnol, mais de plus les deux opérations seront liées l'une à l'autre car les impôts dus par *Chade* pour sa liquidation en Espagne seront, après avoir été réduits à un montant acceptable, payés en actions de la nouvelle *Barcelona Traction* hispanisée².

¹ Unfortunately in some way unknown to me the *Chade* affairs have become mixed up in this *Barcelona* business.

² Ce sera la solution proposée cette fois directement à l'Etat dans les négociations de juillet 1948, alors que dans le télégramme du 7 janvier elle ne l'est qu'à Juan March. Cette solution ne comportait

290. Cette proposition avait pour objet de faire miroiter aux yeux des obligataires la possibilité d'une solution, à la condition qu'ils se fassent l'allié des dirigeants dans les négociations avec l'Etat. Mais cette suggestion s'accompagnait en réalité d'une pression très forte qui résultait des développements de l'affaire *Chade* en Espagne. L'Etat espagnol ne pouvait accepter la série de violations flagrantes de la loi espagnole qui avaient été perpétrées par les dirigeants étrangers de *Chade* à la suite de l'arrêté luxembourgeois du 12 août 1947. En effet, dans le cadre des mesures prises en Espagne conformément à la législation espagnole, mais avec l'opposition des membres étrangers du Conseil d'administration, une assemblée générale avait été convoquée à Madrid par autorité de justice. Cette convocation fut considérée par les dirigeants étrangers comme le point central de développement de toute leur manœuvre. D'une part, elle fournissait un prétexte pour faire un pas de plus dans la rupture avec l'Espagne, d'autre part, elle permettait d'exercer une pression sur Juan March lui-même. M. Duncan était porteur de propositions « généreuses » et conformes aux bases jetées à Bâle, mais il était demandé à Juan March de faire reporter cette convocation de l'assemblée générale de *Chade* comme condition préalable à la poursuite des négociations à entreprendre pour régler les droits des obligataires de la *Barcelona Traction*. Les deux télégrammes précités de M. Duncan ne contiennent qu'un appel à Juan March pour faire remettre la convocation et des remerciements pour les efforts qu'il a déjà faits, mais les propos qui sont tenus aux collaborateurs de Juan March qui sont sur place à Londres sont autrement précis (cf. référence *supra*): faute d'une remise de la date de la convocation, les membres étrangers du conseil d'administration de *Chade* démissionneront et le conseil d'administration de *Sodec* procédera à la constatation que *Chade* n'a plus la libre disposition de ses biens et, par suite, les actions de *Sodec* seront attribuées rétroactivement aux actionnaires de *Chade* et, bien entendu, les négociations entre M. Heineman et le syndicat d'obligataires seront remises *sine die*. Comme la convocation ne fut pas remise, les deux mesures, démission des administrateurs étrangers et transferts des actions de *Sodec* aux actionnaires de *Chade*, furent effectivement décidées les 8 et 12 janvier 1948.

291. Il existait évidemment un conflit entre les administrateurs espagnols de *Chade* et les administrateurs étrangers qui venaient de prendre de telles décisions; les premiers s'étaient montrés respectueux de la loi espagnole et auraient vu avec faveur toute solution qui, en accord avec les lois espagnoles, aurait permis à *Chade* de mener pleinement sa vie sociale en Espagne. Dès lors, la pression qui avait été exercée par M. Heineman sur Juan March avait pour objet de le mener à faire à son tour des démarches, seul ou en se joignant aux administrateurs espagnols, pour obtenir de faire rapporter ou au moins reporter des mesures qui n'étaient que la modeste défense de la légalité espagnole. Pour sauver les bases de l'accord conclu à Bâle pour la sauvegarde des intérêts des obligataires de la *Barcelona Traction*, Juan March aurait dû se faire le complice de *Barcelona Traction* et demander à l'Etat espagnol quelques sacrifices de dignité dans l'immédiat et quelques sacrifices financiers dans l'avenir.

292. Juan March répondit le 8 janvier (Annexe *Contre-mémoire*, Chap. premier, Annexe 118, Doc. 3, p. 501) par un refus hautain, soulignant l'importance qu'il attachait à l'intérêt national et sa volonté de ne rien entreprendre qui aille à l'encontre de cet intérêt. Pour ceux qui croient que ce financier avait un peu de dignité, sa réponse ne se comprend

pas seulement comme intérêt principal de lier les deux affaires l'une à l'autre, mais elle reflétait la préoccupation constante des dirigeants de retirer de l'argent de l'Espagne en lui refusant même les devises auxquelles celle-ci avait droit.

que trop bien. Quant à ceux qui, à l'imitation du Gouvernement belge, ne verraient en lui qu'un homme rusé et peu scrupuleux, ils s'étonneront davantage encore qu'on lui ait présenté l'extraordinaire proposition de se compromettre irrémédiablement auprès des autorités espagnoles en échange d'un renouvellement d'une promesse qui jusqu'alors n'avait jamais été tenue: qu'avait-il à espérer de financiers étrangers, habitués à ne pas payer leurs dettes et qui, condition préalable de l'exécution de leurs engagements, lui demandaient de les aider dans une entreprise de violation des lois espagnoles ?

Ainsi échouèrent pour la deuxième fois les négociations entre M. Heineman et les représentants des obligataires.

293. Loin de ralentir les négociations, la mise en faillite de la *Barcelona Traction* fit que M. Duncan reçut de ses collègues l'autorisation de venir à Madrid où on l'avait attendu depuis de longs mois. Il y vint donc en février 1948 et y rencontra M. March ainsi que différents ministres. Les négociations reprirent dans la ligne suggérée dans le télégramme du 7 janvier et suivant les développements indiqués à Londres vers la même date aux collaborateurs de Juan March. Des propositions concrètes, dont le Gouvernement espagnol a déjà publié et commenté la teneur (*Contre-mémoire*, IV, § 318; Annexes *Contre-mémoire*, vol. 2, N° 118, Doc. N° 5, p. 507), furent élaborées; il y a déjà été fait allusion dans la présente *Duplique* (*supra* N° 225), mais le Gouvernement espagnol tient à revenir sur plusieurs points importants, sans s'attarder à certaines inexactitudes affirmées par la partie adverse ¹.

294. En ce qui concerne *Chade*, le projet d'accord du 5 mai 1948 avait pour la première fois le mérite de la clarté: en vertu d'une clause expresse insérée à leur demande, les dirigeants de *Barcelona Traction* se réservaient le droit de dénoncer l'accord s'ils n'arrivaient pas à un arrangement, à leur avis satisfaisant, dans leurs négociations sur *Chade* avec l'Etat espagnol. Les droits des obligataires restaient ainsi suspendus à la conclusion d'un accord qui leur était étranger, mais il ne leur était plus demandé de faire pression sur l'Etat espagnol pour que celui-ci consente aux abandons qui leur seraient favorables. Comme on va le voir dans un instant, la tactique de M. Heineman était cette fois inverse: en gagnant à lui l'Etat espagnol par une « commission », il espérait le ranger à ses côtés pour faire pression sur Juan March. En présence de cette clause du projet d'accord du 5 mai 1948, Juan March pouvait constater à bon droit plus tard que la reprise des pourparlers entre lui et les dirigeants de *Barcelona Traction* n'avait pas d'objet

¹ Dans son *Rapport* à l'assemblée de *Barcelona Traction* du 13 décembre 1948 (Annexe *Mémoire* N° 47), M. Duncan attribue à M. March la paternité de cette proposition, alors qu'elle remonte aux entretiens de Londres entre Duncan et les collaborateurs de Juan March; dans son § 75, le *Mémoire* belge prétend que le montant des obligations en livres de la nouvelle *Barcelona Traction* hispanisée était supérieur au montant des obligations en livres de l'ancienne *Barcelona Traction*, mais omet pour aboutir à cette conclusion de tenir compte des intérêts arriérés; il affecte d'ignorer que les obligations allouées à Juan March tiennent compte de son prix d'acquisition des obligations *Barcelona Traction*; il voit dans l'acceptation de principe par le Gouvernement espagnol d'une *Barcelona Traction* hispanisée avec une dette en livres une marque de faveur à l'égard de Juan March, alors que le projet était présenté par *Barcelona Traction* et ses obligataires d'un commun accord; d'ailleurs, l'assentiment donné par le ministre Suñez ne portait que sur les lignes générales de l'accord et réservait l'application de toutes les lois espagnoles. Au surplus, dans toutes les comparaisons entre la dette de la nouvelle *Barcelona Traction* et celle de l'ancienne, le Gouvernement belge omet de dire que, en ce qui concerne les demandes de devises adressées à l'Espagne, ce n'était pas pour *Barcelona Traction* que les devises étaient demandées mais pour *Ebro* qui avait une dette extérieure de 17 millions de livres et de 23 millions de dollars canadiens (*Contre-Mémoire*, § 307, p. 219).

tant que ceux-ci ne seraient pas parvenus à un accord avec l'Etat espagnol concernant *Chade*¹.

295. Non seulement M. Duncan avait donné son assentiment à la substance du projet du 5 mai, mais il avait même arrêté à Londres avec les collaborateurs de Juan March le texte des deux lettres qu'il adresserait respectivement à Juan March et à M. Suanzes. Mais après avoir repris contact avec les dirigeants du groupe, il envoya à Juan March une autre lettre que celle prévue: tout aussi aimable et même enjouée, elle ne se référait plus au projet d'arrangement arrêté le 5 mai, mais renvoyait à des explications qui seraient données oralement².

296. Cette incertitude qui, une fois de plus se prolongeait, n'était pas due à la négociation elle-même qui s'était déroulée dans une atmosphère dont le ton des lettres citées ci-dessus permet d'apprécier la cordialité, mais au désir de conditionner toute solution de l'affaire *Barcelona Traction* par la solution de celle de *Chade*³. Des entretiens devenaient à nouveau indispensables entre M. Heineman et l'Etat espagnol d'autre part; ils se déroulèrent en juillet 1948, notamment les 20 et 21, entre M. Suanzes et un groupe de dirigeants supérieurs de *Chade*, représentant les actionnaires étrangers de la majorité de *Chade* (*Sofina* et une banque suisse).

297. Les négociations devaient porter essentiellement sur l'affaire *Chade*; c'est pourquoi M. Suanzes, tout en acceptant d'examiner les aspects de l'affaire *Barcelona Traction* qui regardaient l'Etat, avait spécifié qu'il fallait que l'affaire *Chade* soit résolue d'abord⁴. Mais en réalité, M. Heineman poursuivait un dessein radicalement opposé à ce principe: il voulait faire d'un certain règlement de l'affaire *Chade* la condition d'une certaine solution de l'affaire *Barcelona Traction*, et après diverses propositions inacceptables ou impraticables il revint à la formule que l'on a exposée plus haut et qui avait fait l'objet d'une suggestion dans les négociations privées (télégramme de Duncan du 7 janvier 1948)⁵.

¹ Dans leurs déclarations publiques, les représentants de *Chade* feignirent plus tard d'oublier l'existence de cette clause insérée dans le projet à leur demande expresse (Allocution de M. Terlinck à l'assemblée de *Chade* du 26 janvier 1949, Annexe *Contre-Mémoire* N° 1016, p. 444, vol. V, renvoyant au *Rapport* Duncan du 13 décembre 1948).

² Le projet de lettre à adresser à Juan March et à M. Suanzes, ainsi que la lettre effectivement adressée à Juan March, sont publiés en annexe (A.D. N° 37), la lettre effectivement adressée à M. Suanzes, s'il y en a eu une, n'a pas été retrouvée.

³ Le déclinatoire Boter, quel qu'ait été son inspirateur, avait pour deux parties décidées à négocier l'avantage de donner un large répit et il faisait ainsi l'affaire de tout le monde. Toutefois, d'autres épisodes n'améliorèrent pas l'ambiance des négociations: les pressions diplomatiques, les commentaires qui ont accompagné le remplacement du juge de Reus par un juge spécial le 16 avril 1948, le refus par M. Duncan de donner au président du Comité des obligataires, le 22 juin 1948, les renseignements qu'il avait demandés, alors que ce même Comité avait été couvert d'éloges quelque temps auparavant (*Contre-Mémoire*, IV, § 317. Chap. premier; *Rapport* Duncan, Annexe *Mémoire*, N° 47), d'un côté les plaintes déposées pour extractions non justifiées de fonds des caisses d'*Ebro* ainsi que la mise en vente par la *Westminster Bank* des obligations First Mortgage qui garantissaient les obligations en pesetas d'un autre côté.

⁴ Comme le dit très bien la note remise par les représentants de *Chade* (Annexe *Contre-Mémoire*, Chapitre II, Annexe 7, p. 359): « l'admission par M. le ministre du principe d'un examen conjoint des problèmes de la *Chade* et de la *Barcelona Traction*, à partir du moment où le premier serait résolu ». (Souligné par nous.)

⁵ Il semble bien que la formule qui consistait à échanger *Chade* contre *Barcelona Traction* explique une demande additionnelle de M. Heineman lors de la mise au point de l'avant-projet du 5 mai 1948; cette demande intégrée dans l'accord avait intrigué et embarrassé les collaborateurs de Juan March (Annexe *Contre-Mémoire*, Chap. I, N° 118, Doc. 5, p. 507): *Sidro* devait recevoir le droit de convertir tout ou partie des nouvelles obligations de *Barcelona Traction* hispanisée en actions de cette dernière. Il s'agissait en réalité de réserver la possibilité d'accroître la liberté de manœuvre pour l'opération finale selon laquelle *Chade* ne paierait pas les impôts qu'elle acceptait de payer, en devises (dont elle regorgeait), mais en titres d'une société espagnole.

298. Pour M. Heineman, il ne pouvait être question d'un retour de *Chade* en Espagne, mais on pouvait envisager de régulariser le « départ » de *Chade* au regard de la loi espagnole en liquidant celle-ci régulièrement en Espagne. Cette liquidation entraînait le paiement d'impôts élevés. L'Etat espagnol était invité à se contenter d'une fraction de ceux-ci et de passer l'éponge sur toutes les irrégularités commises depuis 1947 dans la rébellion contre la loi espagnole. Dans l'esprit de M. Heineman cette somme aurait pu être présentée comme une munificence puisque, comme le disait six mois plus tard le président de l'assemblée générale de *Chade* (tenue hors d'Espagne) (Annexe *Contre-mémoire*, vol. V, N° 1016, p. 443): « le départ forcé de *Chade* d'Espagne eut mis fin à ses obligations envers le fisc espagnol ». Mais cette munificence appelait une contrepartie: elle n'était que le prix payé à l'Etat pour une solution de l'affaire *Barcelona Traction*.

299. En effet, l'indemnisation de l'Etat ne devait être opérée que sous des formes et à des conditions très précises. La faillite de la *Barcelona Traction* devait être levée; aucune poursuite ne serait intentée contre celle-ci pour les transferts irréguliers de devises; les sommes dues par *Chade* à l'Etat en représentation de la part des impôts de liquidation que cette société acceptait de payer seraient en fait payées par *Sidro*, mais non pas en espèces, mais en actions de la nouvelle *Barcelona Traction* hispanisée dont *Sidro* allait recevoir un lot important; ces actions de la nouvelle *Barcelona Traction* hispanisée se verraient attribuer une valeur en alignant leurs cours sur ceux des actions des sociétés espagnoles ayant le même objet (alors en hausse en Espagne).

300. Les deux branches de l'alternative concernant *Chade* et *Barcelona Traction* se dégageaient clairement:

ou bien l'Etat recevait de *Chade* une sorte d'indemnité de départ dont la limite avait été fixée unilatéralement et en contrepartie renonçait à sanctionner les violations de la loi espagnole, se solidarisait avec les dirigeants de *Barcelona Traction* au moment où l'ampleur de leurs fraudes commençait à se découvrir et faisait pression sur les obligataires pour qu'ils acceptassent une solution dont le cadre était unilatéralement fixé par *Barcelona Traction*;

ou bien l'Etat refusait l'aumône qui lui était offerte et prenait, en ce qui concernait *Chade*, les mesures qui sauvegardaient les principes, tout en sachant que la situation de fait créée par les dirigeants étrangers de *Chade* serait définitive et devrait tôt ou tard être reconnue¹; quant à *Barcelona Traction*, elle resterait entre les mains des tribunaux où les particuliers l'avaient mise.

Le Gouvernement espagnol choisit la deuxième solution qui lui semblait seule compatible avec la dignité de l'Etat, le respect de la loi et l'indépendance des tribunaux. Il est inutile d'ajouter sur ce point aucun commentaire à ceux de M. Suanzes dans sa réponse à M. Heineman du 14 août 1948 (Annexe *Contre-mémoire*, Chap. II, Annexe 7, p. 364).

301. Aujourd'hui, l'affaire *Chade* a été terminée en dehors de toute connexion avec l'affaire *Barcelona Traction*. Qu'une société du genre de *Chade* ait été ou non légitimée

¹ Il n'existait en Espagne aucun actif de *Chade*; les actions dans les mains de l'Etat espagnol ne pouvaient être valorisées qu'en les échangeant contre celles d'une société, la *Sodac*, constituée en violation du droit espagnol. Pour payer les dettes de *Chade* en Espagne, l'Etat dut faire des avances au liquidateur judiciaire qui avait été désigné. Quant à des interventions ou à des actions auprès d'Etats ou devant des tribunaux étrangers, elles auraient mis en cause des intérêts que l'Etat espagnol avait constamment appuyés diplomatiquement. Finalement, douze ans plus tard, l'Etat espagnol conclut un accord qui, contre la liquidation officielle de *Chade* selon la loi espagnole, assurait le remboursement des valeurs patrimoniales privées engagées du côté de l'Espagne.

de désirer s'établir hors d'Espagne aux moindres frais, indépendamment des dommages que son départ pouvait faire subir à un pays où elle comptait des actionnaires et des obligataires et dont la nationalité venait de la protéger avec tant d'efficacité, est une question oiseuse qui appartient au passé. Il n'en demeure pas moins, et ceci appartient à l'affaire *Barcelona Traction*, que les dirigeants des années 1945-1948 qui étaient communs aux deux entreprises ont mis intégralement la société *Chade* au service d'un groupe apparenté et refusé d'éclairer l'Etat sur des points sur lesquels il avait incontestablement le droit de l'être. Mais surtout ces dirigeants, en mettant en cause les intérêts patrimoniaux de l'Etat, ont voulu faire pression sur lui afin qu'il intervienne dans un litige privé. L'Etat s'est refusé à accepter cette pression et à procéder à cette intervention et c'est alors qu'il a, pour la première fois, été accusé d'avoir agi par collusion (*conspiracy*) avec les obligataires.

Le Gouvernement espagnol pense cependant que son seul crime est d'avoir voulu être éclairé sur des questions qui intéressaient au premier chef sa loi et son économie et d'avoir fait preuve de toute la patience compatible avec la dignité de l'Etat.

DEUXIÈME PARTIE

Le manque de fondement de la demande

INTRODUCTION

1. Les développements du *Contre-mémoire* sur la responsabilité internationale de l'Etat du fait des actes de ses organes judiciaires ont amené le Gouvernement belge à abandonner la distinction qu'il établissait dans le *Mémoire* entre l'« usurpation de compétence », le « déni de justice formel » et le « déni de justice matériel ». La *Réplique* distingue maintenant trois catégories d'actes, lesquelles sont fonction du caractère des normes enfreintes. Ce sont : 1) les actes violant les règles internationales relatives à la compétence des tribunaux nationaux; 2) les actes violant les règles prescrivant aux Etats « d'ouvrir aux étrangers l'accès aux tribunaux et de ne pas les soumettre à des délais injustifiés »; 3) les actes violant les règles « qui sanctionnent les erreurs manifestes dans l'interprétation du droit national ou les illégalités grossières... » (R., V, N° 446, p. 307).

Il ressort en effet de la *Réplique* elle-même que chacune de ces catégories possède un régime juridique distinct, dans le sens qu'elles mettent en jeu la responsabilité internationale dans des conditions qui sont propres à chacune d'elles.

La *Réplique* ne respecte d'ailleurs pas toujours cette classification qu'elle a elle-même établie et, lorsqu'au Chapitre II de la Deuxième Partie, elle expose les soi-disant « 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 », elle est loin de présenter ses griefs en fonction d'une répartition établie sur la base de ces trois catégories.

2. La présentation de la *Réplique* s'écarte donc de façon sensible de celle du *Mémoire*. Ce changement n'est pas le fruit du hasard. Le Gouvernement belge est conscient de l'inexistence de faits illicites au point de vue international dans la procédure de faillite : aussi cherche-t-il à placer au premier plan le problème de la régularité de cette procédure au point de vue national, déplaçant ainsi le centre de gravité du litige vers le droit espagnol et l'écartant du domaine du droit international. Le Gouvernement belge entend ainsi amener la Cour Internationale à agir en tant que Cour d'appel ou de cassation, alors qu'il est manifeste que ce qui est en jeu n'est point la régularité de la procédure de faillite en fonction du droit espagnol mais le problème de l'existence d'actes illicites au point de vue international au cours de ladite procédure.

3. Les confusions sont volontairement introduites pour créer un certain climat : en effet, la *Réplique* n'introduit dans ce domaine aucune clarté, pour tenter de pallier la faiblesse des faits invoqués à l'appui des nombreuses accusations formulées par ce Gouvernement. Ne pouvant vraiment pas faire la preuve d'actes illicites, la Partie adverse s'est efforcée de créer une atmosphère générale d'irrégularités dans l'espoir de convaincre la Cour qu'un acte internationalement illicite aurait été commis. Le grief de « déni de justice global » qui sera vu plus loin est la preuve de ce désir de créer une « atmosphère ».

L'exemple le plus frappant de cette confusion dans les notions employées par la *Réplique*, et qui ne peut s'expliquer que par une volonté bien arrêtée de créer un certain

climat, se trouve peut-être à la Sous-section 1 de la Section VIII (R., V, p. 570), intitulée : « Les dénis de justice volontaires des autorités administratives ». On chercherait en vain, à la lecture de cette Sous-section, quelque chose qui puisse être de nature à constituer un « déni de justice ». La Partie adverse ne précise ni ne définit ce qu'elle entend par ces mots. Par contre, en employant le pluriel — « dénis de justice » — elle y inclut des questions aussi différentes que le prétendu abus de droit dans l'application des lois concernant le contrôle des changes et les prétendues mesures discriminatoires à l'égard de ressortissants étrangers.

Ainsi apparaît une fois de plus la volonté du Gouvernement belge d'élargir jusqu'à l'absurde la notion de « déni de justice », c'est là un exemple frappant de l'imprécision de ses accusations qui en outre ont varié dans le temps.

4. L'ordre que le Gouvernement espagnol suivra dans cette partie sera fonction de la nature intrinsèque des griefs belges. Il inclura chacun de ces griefs dans la catégorie qui lui correspond, et les examinera sous le jour du régime juridique international dont elle relève.

Puisque le Gouvernement belge (R., Chap. I de la Seconde Partie) a contesté les principes généraux énoncés au *Contre-mémoire* concernant conditions dans lesquelles chaque catégorie d'actes donne lieu à responsabilité, le Gouvernement espagnol tient à commencer cette partie par un premier chapitre portant sur l'exposition des principes du droit international applicables en matière de responsabilité de l'Etat en raison d'actes judiciaires.

Le Chapitre II aura trait à la réfutation concrète des soi-disant « délits internationaux imputables à l'Etat espagnol », et fera rentrer chaque grief dans la catégorie technique lui correspondant. Une première section aura ainsi trait à la réfutation de la soi-disant « usurpation de compétence » du fait de la déclaration de faillite et de l'extension de ses effets; une seconde section aura trait aux soi-disant retards dans la procédure; une troisième et dernière section portera sur la soi-disant responsabilité internationale du fait du contenu des décisions.

5. Trois éléments sont nécessaires pour que la responsabilité internationale apparaisse engagée du fait du contenu des décisions judiciaires (cf. *infra*, Nos 25 ss.), savoir: 1) une violation flagrante et inexcusable du droit national; 2) la mauvaise foi ou des intentions discriminatoires de la part des tribunaux; 3) qu'il s'agisse de décisions en dernière instance, tous les recours admis par le droit national ayant été épuisés.

Pour ce qui est du premier de ces éléments, le Gouvernement espagnol consacra, vu l'importance et la longueur du sujet, tout le Chapitre III à la réfutation des griefs relatifs à la violation du droit national au cours de la procédure de faillite.

Le fait — déjà prouvé — que la procédure de faillite de *Barcelona Traction* a bien été conforme au droit national, il ne pourra plus être dit de quelque façon que ce soit qu'il y a eu une responsabilité internationale. La réponse espagnole aurait donc pu en rester là. Pour plus de preuves et de surcroît, le Chapitre IV fera néanmoins savoir que les autres conditions requises, pour qu'il y ait responsabilité au point de vue international du fait du contenu des décisions judiciaires, ne sont pas réunies non plus.

Le Chapitre V comportera la réfutation de la prétendue violation du Droit International par les autorités administratives espagnoles.

Le Chapitre VI démontrera le manque de fondement de ce recours *in extremis* du Gouvernement belge que l'on dit être le grief global.

Finalement, le Chapitre VII fera quelques observations sur la demande en réparation du Gouvernement belge.



CHAPITRE PREMIER

Les principes du Droit international
applicables en matière de responsabilité de l'Etat
en raison des actes judiciaires

6. Dans le présent Chapitre, le Gouvernement espagnol va exposer « Les principes du Droit international applicables en matière de responsabilité de l'Etat en raison des actes judiciaires ». Il n'a pas pour cela à rectifier des positions — contrairement à ce que le Gouvernement belge fait dans la *Réplique* —, mais il développera, en s'appuyant sur la pratique, la doctrine et la jurisprudence internationales, les idées de base du *Contre-mémoire*.

Ce chapitre sera divisé en deux sections.

Etant donné que le Gouvernement belge a censuré le caractère purement terminologique de la conception du déni de justice soutenue dans le *Contre-mémoire*, la section I mettra en relief la portée substantive de la conception espagnole.

La section II exposera le régime juridique de chacune des hypothèses de responsabilité en raison des actes judiciaires qu'il faut distinguer dans les accusations belges, c'est-à-dire : responsabilité pour l'exercice de la compétence juridictionnelle de l'Etat (sous-section 1^{re}), déni de justice dans le sens propre du terme (sous-section 2^e), et responsabilité internationale par suite de l'exercice de la compétence juridictionnelle de l'Etat (§ 1), déni de justice au sens propre du terme (§ 2) et responsabilité internationale en raison du contenu des décisions judiciaires (§ 3).

SECTION I

PORTÉE SUBSTANTIVE DE LA CONCEPTION DU DÉNI DE JUSTICE
« DANS LE SENS PROPRE DU TERME »

7. Le *Contre-mémoire* (IV, §§ 1, 2 et 86 du Chap. IV) soutient une conception du « déni de justice » dans le sens propre du terme (dénis d'accès aux tribunaux ou refus de statuer et retards injustifiés) plus restreinte que celle invoquée par le Gouvernement belge dans le *Mémoire*.

La *Réplique* ne voit dans cette attitude du Gouvernement espagnol qu'une controverse terminologique d'intérêt très secondaire (*R.*, V, § 441), ce qui ne l'empêche pas d'affirmer que les auteurs du *Contre-mémoire* se trompent lorsqu'ils présentent leur terminologie et leur classification comme les seules correctes. Il est de notoriété — ajoute-t-elle — que le terme « déni de justice » possède des sens très différents et que la prudence recommande, à tous ceux qui utilisent cette expression, qu'ils précisent le sens qu'ils lui attribuent (*R.*, § 443).

La *Réplique* soutient aussi que la contestation espagnole de la distinction du *Mémoire* entre « déni de justice formel » et « déni de justice substantiel » constitue « une pure querelle de mots », puisque si l'on admet d'autres obligations internationales concernant le pouvoir judiciaire différentes de celles contenues dans le « déni de justice dans le sens propre », il importe peu que leur violation soit qualifiée de déni de justice substantiel ou matériel (*R.*, § 448).

8. Le Gouvernement espagnol tient tout d'abord à souligner l'inconséquence de la pensée du Gouvernement belge. Si, face à la diversité de sens de l'expression, la prudence conseille que soit précisé le sens attribué à celle-ci, il faut bien admettre que, d'après les idées de la *Réplique*, l'attitude du Gouvernement belge est non seulement imprudente mais qu'elle frise la témérité, étant donné que depuis 1930 le Gouvernement belge lui-même a soutenu au moins quatre sens différents de l'expression « déni de justice »:

a) Lors de la Conférence de 1930 pour la codification du Droit international, il a soutenu, comme il sera prouvé plus tard, une conception identique à celle exposée par le Gouvernement espagnol dans le *Contre-mémoire*.

b) Dans la correspondance diplomatique échangée avec le Gouvernement espagnol à l'occasion de la faillite de *Barcelona Traction*, il a accordé à l'expression un sens très large, synonyme de toutes sortes d'injustices. Ainsi l'avoue la *Réplique* au paragraphe 444.

c) Dans le *Mémoire* (*M.*, I, § 332), le Gouvernement belge restreint la notion précédente et y introduit les figures d'usurpation de compétence, de déni de justice formel et de déni de justice substantiel de la part des autorités judiciaires et administratives.

d) Dans la *Réplique* (R., V, § 446), même si le Gouvernement belge affirme qu'il demeure fidèle à la conception du *Mémoire*, il rectifie la conception étant donné qu'elle exclut de la notion du « déni de justice » les hypothèses d'usurpation de compétence (R., §§ 444 et 446).

Le fait de soutenir plusieurs sens du terme « déni de justice » selon qu'il affecte ou non la faillite de *Barcelona Traction*, et même à l'occasion de différents moments des litiges internes et international, donne à penser que l'adoption par le Gouvernement belge d'un sens ou d'un autre recèle quelque chose de plus qu'une simple question de terminologie.

9. En tout cas, le Gouvernement espagnol pense — et il va le démontrer ainsi à la Cour — que son attitude n'est pas purement terminologique, mais qu'elle a une claire portée substantive, c'est-à-dire qu'elle se rapporte à des éléments de fond.

En effet, parmi les actes judiciaires qui peuvent donner lieu à une responsabilité internationale, il y en a de diverses catégories, chacune d'elles entraînant cette responsabilité dans des conditions différentes. En ce qui concerne les griefs formulés par le Gouvernement belge, il faut distinguer les catégories suivantes: a) violation d'une règle du Droit international au sujet des limitations de la compétence juridictionnelle des Etats; b) violation de la règle du Droit international qui imposerait aux Etats le devoir d'ouvrir leurs tribunaux aux étrangers, de statuer sur les demandes de ceux-ci et de ne pas les soumettre à des retards injustifiés (déni de justice au sens propre du terme); c) responsabilité internationale découlant du contenu d'une décision judiciaire. Et aux effets de leur réfutation, il importe évidemment au Gouvernement espagnol que chaque grief du Gouvernement belge soit inclus dans la catégorie adéquate.

Mais dans son *Mémoire*, le Gouvernement belge non seulement n'a pas indiqué le régime propre à chacune de ces catégories, mais encore il a réparti les griefs entre les différentes catégories de manière arbitraire et préjudiciable au Gouvernement espagnol. C'est ainsi qu'il a fait entrer dans la catégorie de « déni de justice formel » certaines imputations relevant en réalité de la responsabilité internationale en raison du contenu des décisions judiciaires c'est-à-dire, pour reprendre l'expression du Gouvernement belge, du « déni de justice substantiel ». C'est le cas par exemple de la saisie des actifs des filiales, de la publication du jugement de la faillite, du fait de nier à *Ebro* la qualité d'entamer un recours contre le jugement de la faillite, de la substitution des avoués et la discrimination dans les effets des appels (M., I, §§ 344 à 352). Dans toutes ces hypothèses, ce que le Gouvernement belge attaque c'est le contenu de certaines décisions judiciaires¹.

Une telle distribution n'est nullement indifférente et s'explique fort bien: en effet, si comme l'a établi le *Contre-Mémoire* en des termes non contestés par la *Réplique* (voir *infra*, N° 25), la responsabilité internationale découlant du contenu des décisions judiciaires exige l'existence de conditions beaucoup plus rigoureuses que le déni de justice au sens propre du terme, il n'est guère surprenant que le Gouvernement demandeur essaie de

¹ Ainsi, par rapport à « l'étonnant mépris des droits de la défense » que, selon le *Mémoire*, supposa la saisie des actifs des filiales, ce n'est pas, à proprement parler, un déni d'accès aux tribunaux, un refus de statuer ou un retard dans la procédure que le Gouvernement belge reproche aux juges espagnols, mais le contenu du jugement de faillite du 12 février 1948. La simple lecture du paragraphe 344 du *Mémoire* permet de vérifier cette affirmation. De même, en ce qui concerne le manque de notification du jugement de faillite, le *Mémoire* (§ 345) dénonce la décision du juge qui « osa limiter cette publication aux journaux officiels de deux provinces espagnoles... ». Ici, ce que l'on reproche, encore une fois, c'est le contenu du jugement de déclaration de faillite lui-même.

transférer dans la seconde catégorie ce qui en fait relève de la première, et cela pour pouvoir démontrer plus facilement l'existence d'un acte illicite à la charge du Gouvernement défendeur.

Ainsi donc, contrairement à ce que prétend la *Réplique*, le sens soutenu par le Gouvernement espagnol pour l'expression « déni de justice » et la contestation de la classification belge en « déni de justice formel » et « déni de justice substantiel » ne constituent point une position purement terminologique, mais ont une portée nettement pratique.

10. Il a été dit plus haut que lorsque le Gouvernement belge a répondu au questionnaire rédigé par le Comité préparatoire de Conférence de La Haye de 1930, pour la codification du Droit international, il a soutenu une conception du déni de justice identique à celle exposée devant la Cour par le Gouvernement espagnol. La réponse du Gouvernement belge était conçue, en effet, dans les termes suivants :

1. La responsabilité de l'Etat se trouve engagée si l'accès aux tribunaux pour défendre leurs droits est refusé aux étrangers: dans ce cas l'Etat se rend coupable de déni de justice.

2. La responsabilité de l'Etat peut se trouver engagée si une décision judiciaire constitue la violation d'un engagement du droit international nettement déterminé; dans ce cas, il ne peut toutefois être exigé que la décision judiciaire en question soit réformée.

3. La responsabilité de l'Etat se trouve engagée en cas de retard abusif de la part des tribunaux pour autant que ce retard doive être considéré en fait comme équivalant à un déni de justice.

4. La responsabilité de l'Etat se trouve engagée, si le contenu d'une décision judiciaire est inspiré par la malveillance à l'égard des étrangers comme tels ou comme ressortissants d'un Etat déterminé.

5. On peut également admettre que la responsabilité de l'Etat se trouve engagée, par exemple, si la prévarication du juge étant établie, la législation nationale ne permettait pas de réformer la sentence »¹.

Ainsi donc, lorsque le Gouvernement belge fait une déclaration objective, sans rapport avec ses convenances judiciaires dans le litige de Barcelona Traction ni dans nul autre, il soutient une notion du « déni de justice » absolument identique à celle soutenue par le Gouvernement espagnol dans le Contre-mémoire, qui comprend le refus d'accès aux tribunaux (N° 1 de la réponse) et les retards abusifs (N° 3).

11. Le Gouvernement espagnol maintient donc l'acceptation du « déni de justice » donnée dans le *Contre-mémoire* et rappelle le fait que la Conférence pour la codification du Droit international tenue à La Haye en 1930 a adopté une conception du déni de justice (le fait que « les autorités judiciaires s'opposent à l'exercice, par l'étranger, du droit d'ester en justice ») qui n'est autre que celle du *Contre-mémoire*. Cette conception-là repoussait une tentative cherchant à étendre cette notion, tentative qui s'identifie en somme à celle accomplie par le Gouvernement belge dans le présent litige².

¹ *Société des Nations* : Conférence pour la codification du Droit International. *Bases de discussion*, t. III, pp. 180/181.

² *Société des Nations* : *Actes de la Conférence pour la Codification du Droit International*, vol. IV. Genève, pp. 103 à 120 et 152 à 159. Voir *C.-M.*, IV, § 88 du Chap. IV, pp. 498/499.

SECTION II

HYPOTHÈSES DE RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE POUR ACTES
JUDICIAIRES

12. On a déjà signalé quelles sont les trois catégories de responsabilité internationale qu'il faut distinguer dans les griefs du Gouvernement belge (vid. *supra*, N° 9).

Le Gouvernement espagnol se propose d'examiner séparément les conditions dans lesquelles chacune de ces catégories donne lieu à une responsabilité internationale. Dans ce but, seules seront développées les idées du *Contre-mémoire*, en réfutant dans la mesure nécessaire les objections opposées par la *Réplique*.

§1 : LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE PAR SUITE DE L'EXERCICE DE LA COMPÉTENCE
JURIDICTIONNELLE DE L'ÉTAT

A. La prétendue responsabilité par suite de la mise en faillite de Barcelona Traction

13. Dans sa vaine tentative de réfutation de l'argumentation espagnole fondée sur le Droit international public — et plus précisément sur les enseignements décisifs qui se dégagent de l'affaire du *Lotus* —, la *Réplique* a eu recours, faute d'arguments sérieux, à la méthode habituelle du Gouvernement belge qui consiste à défigurer complètement la thèse du *Contre-mémoire* pour pouvoir ainsi mieux la combattre. Il va de soi que ce ne sont pas là à proprement parler les arguments espagnols, que l'on réfute dans la *Réplique*, mais des arguments déformés.

14. Le Gouvernement espagnol n'a jamais soutenu la thèse qui lui est attribuée par la *Réplique*, à savoir que le Droit international laisserait aux Etats le pouvoir le plus arbitraire pour établir la compétence de leurs tribunaux. Le *Contre-mémoire* affirme, au contraire, tout comme la Cour permanente de Justice internationale lors de l'affaire du *Lotus*, qu'en principe (et ce terme en lui-même apporte suffisamment de nuances), chaque Etat est libre de décider de la compétence de ses tribunaux, et que cette compétence existe pour autant qu'elle ne se heurte pas à une règle du Droit international (C.-M., IV, § 28 du Chap. IV). C'est-à-dire que le *Contre-mémoire* admet la possibilité de l'existence de règles internationales en la matière, existence qui ne serait point concevable dans la conception chaotique que, dans le dessein de créer un climat d'hostilité autour du Gouvernement espagnol et d'escamoter un argument incontestable de ce dernier, lui attribue la *Réplique*.

Et les conséquences qui, se basant rigoureusement sur les enseignements tirés de l'affaire du *Lotus*, sont indiquées dans le *Contre-mémoire*, se trouvent dans cette même

ligne de la possibilité d'existence de règles internationales en la matière: ce n'est pas au Gouvernement espagnol de prouver, ou éventuellement d'indiquer, l'existence de normes internationales justifiant la compétence de ses tribunaux pour déclarer la faillite de *Barcelona Traction*; c'est au contraire au Gouvernement belge à qui revient la tâche d'alléguer et prouver les normes internationales interdisant cette compétence. En d'autres termes: les règles internationales n'ont pas à ce sujet un caractère permissif mais prohibitif. C'est donc au Gouvernement belge que revient la tâche de prouver l'existence de telles normes prohibitives.

C'est ce qui a été soutenu par le Gouvernement espagnol tout au long des paragraphes 28 et 29 (Chapitre IV du *C.-M.*). Et le Gouvernement belge, conscient de la solidité de cette thèse et de la faiblesse de sa propre position (puisqu'il ne peut avancer aucune règle de Droit international qui interdirait aux tribunaux espagnols de déclarer la faillite de *Barcelona Traction*), n'a trouvé d'autre moyen que de dénaturer ladite thèse en isolant des phrases et des expressions et en passant sous silence ce que le contexte démontre clairement. Sur ce point, la *Réplique* n'a pas apporté de réponse au *Contre-mémoire*.

15. Il est à remarquer que, des cinq points de la réponse du Gouvernement belge au questionnaire du Comité préparatoire de la Conférence de La Haye de 1930, l'hypothèse de la responsabilité internationale qui nous occupe ne trouverait une place que dans le deuxième alinéa:

« La responsabilité de l'Etat peut se trouver engagée si une décision judiciaire constitue la violation d'un engagement de droit international nettement déterminé; dans ce cas, il ne peut toutefois être exigé que la décision judiciaire en question soit réformée »¹.

Ainsi, selon la thèse du Gouvernement belge en 1930, la responsabilité internationale découlant de l'exercice de fonctions juridictionnelles ne saurait tirer son origine que de la « violation d'un engagement de droit international nettement déterminé »². Le Gouvernement espagnol tient à souligner que si une telle thèse est compatible avec celle que lui-même soutient en ce qui concerne le litige de *Barcelona Traction* — à savoir que les règles à ce sujet ont un caractère prohibitif — elle n'est pas conciliable avec celle de la *Réplique*, fort imprécise, qui voudrait que « pour qu'un Etat puisse soumettre à ses lois et au pouvoir de ses tribunaux un fait juridique donné... il doit exister entre cet Etat et le fait en question un lien sérieux de rattachement » (*R.*, V, § 450).

16. Le Gouvernement belge n'a donc pas réussi à réfuter la thèse du *Contre-Mémoire* selon laquelle, en l'absence d'une règle prohibitive du Droit international, les Etats ont toute liberté pour déterminer la compétence de leurs tribunaux. La seule chose qu'aurait pu utilement faire le Gouvernement belge était de prouver l'existence d'une règle internationale interdisant aux tribunaux espagnols de mettre en faillite la *Barcelona Traction*. Mais étant donné que cette règle n'existe pas, et le Gouvernement belge en est bien conscient, il a dû faire appel à la regrettable méthode de la dénaturation de la thèse espagnole.

17. La thèse du *Contre-mémoire* n'est nullement affaiblie par les citations et les allégations de la *Réplique*, puisque celles-ci visent une thèse que le Gouvernement espagnol n'a jamais soutenue comme il a déjà été dit, celle qui proclamerait la liberté chaotique des Etats en matière de compétence juridictionnelle.

¹ *Bases de discussion*, t. III, pp. 180-181.

² C'est nous qui soulignons.

En effet, l'idée exprimée par la Cour Internationale de Justice dans le cas *Nottebohm*, qui disait que pour qu'une naturalisation soit opposable à un Etat tiers, il est nécessaire qu'elle soit fondée sur un « fait substantiel de connexion »¹ n'a rien à voir avec la thèse déjà citée de la Cour permanente de Justice internationale dans l'*affaire du Lotus*, selon laquelle les règles internationales relatives à la compétence judiciaire ont un caractère prohibitif.

Et on ne voit pas non plus en quoi peuvent contredire cette thèse les idées des juges Read et Sir Gerald Fitzmaurice citées par la *Réplique* au paragraphe 451. Le Gouvernement espagnol n'a jamais nié que c'est le Droit international qui détermine la portée des droits de l'Etat, mais qu'a-t-elle à voir cette idée avec la thèse du *Contre-mémoire* selon laquelle les règles relatives à la compétence juridictionnelle de l'Etat ont un caractère prohibitif?²

18. De toute façon, le Gouvernement espagnol a largement prouvé (*C.-M.*, IV, §§ 42 à 47 du Chap. IV, v. *infra* N° 73 ss., que la justice espagnole était le *forum conveniens* pour déclarer la faillite de *Barcelona Traction*, étant donné que les biens et les activités de cette société se trouvaient en Espagne. C'est-à-dire que même dans l'hypothèse — uniquement admise par le Gouvernement espagnol à des fins dialectiques — de l'existence d'une règle de droit international qui permet de déclarer la faillite aux seuls tribunaux d'un pays avec lequel le failli aurait « un lien substantiel de rattachement », les autorités judiciaires espagnoles s'en seraient tenues scrupuleusement aux préceptes de ladite règle.

B) La prétendue responsabilité par suite de l'extension des effets de la faillite de *Barcelona Traction*

19. La *Réplique* fait allusion également à « un autre principe essentiel du Droit international » prétendument méconnu dans l'affaire présente: celui qui interdit aux Etats de poursuivre sur un territoire étranger l'exécution de leurs décisions judiciaires ou administratives (*Réplique*, V, § 454). Et le Gouvernement belge de s'appuyer sur ce *dictum* de la Cour permanente de Justice internationale dans l'*affaire du Lotus*:

« 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 »³.

Le Gouvernement belge, si scrupuleux dans les citations de jurisprudence lorsqu'il s'agit d'exagérer de simples erreurs matérielles de la partie contraire, transcrit d'une manière incomplète la doctrine de la Cour permanente de Justice internationale dans l'*affaire du Lotus*. Car, en effet, le texte de la Cour Permanente cité au paragraphe 454 de la *Réplique* dit encore:

« Mais il ne s'ensuit pas que le Droit international défend à un Etat d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction en toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international. Pareille thèse ne saurait être soutenue que si le droit international défendait, d'une manière générale, aux

¹ CIJ, Recueil 1955, pp. 4 et ss.

² Quant aux idées de Mann citées par la R. au § 450, on ne voit pas non plus comment elles pourraient affaiblir celles soutenues par la Cour permanente de Justice internationale dans l'*affaire du Lotus*, d'après lesquelles les règles internationales en cette matière ont un caractère prohibitif.

³ CPJI, Série A, N° 10, pp. 18-19.

Etats d'atteindre par leurs lois et de soumettre à la juridiction de leurs tribunaux des personnes, des biens et des actes hors du territoire, et si, par dérogation à cette règle générale prohibitive, il permettait aux Etats de ce faire dans des cas spécialement déterminés. Or, tel n'est certainement pas l'état actuel du Droit international. 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.

C'est-à-dire que si de l'alinéa de l'arrêt du *Lotus* reproduit par la *Réplique* (V, § 454), il se dégage qu'un Etat ne peut exercer des actes de juridiction que dans son territoire, de l'alinéa suivant — que nous venons de reproduire — il se dégage qu'il n'y a pas d'empêchement à ce qu'un Etat puisse étendre les lois et les actes juridictionnels qu'il a exercés dans son territoire, en accord avec lesdites lois, à des personnes, des biens et des actes se trouvant hors du territoire.

Si le Gouvernement belge a cherché à dissimuler ce deuxième alinéa c'est indubitablement parce que les résultats de la faillite de *Barcelona Traction* n'entrent pas dans l'hypothèse interdite — extrait cité au paragraphe 454 de la *Réplique* — mais dans celle qui est permise — extrait reproduit à présent par le Gouvernement espagnol. Et cela est ainsi comme on le prouvera ci-dessous (v. *infra*, N° 83 ss.), car dans la faillite de *Barcelona Traction*, les tribunaux espagnols n'ont pas réalisé des actes de juridiction au Canada, mais conformément à la législation espagnole, ils se sont bornés à exiger que tous les biens, livres et documents du failli, même ceux qui se trouvaient au Canada, fussent mis à la disposition des organes de la faillite.

20. Une telle prétention des effets inhérents à la déclaration de faillite est tout à fait licite en droit international, non seulement à cause de ce qui découle de l'arrêt du *Lotus* mais aussi parce que les législations étatiques les plus importantes arrivent à des résultats identiques bien qu'avec des méthodes et des moyens techniques différents. A ce sujet, il faut nécessairement revenir sur les développements faits en temps voulu aux paragraphes 84 et 71 à 75 du Chapitre IV du *Contre-mémoire* (IV), où il a été démontré que les différentes législations ont le souci de l'effectivité des mesures de la faillite envers ces débiteurs qui essaient d'en éviter les effets en dissimulant leurs biens et leurs documents ou en les transférant à l'étranger. A noter que la *Réplique* n'a pas réussi à contredire ni à affaiblir en quoi que ce soit ces considérations du *Contre-mémoire*.

21. Finalement, le Gouvernement espagnol a démontré dans le *Contre-Mémoire* (§§ 62 à 85 du Chapitre IV,) que, dans la faillite de *Barcelona Traction*, il ne fut saisi ni vendu des biens situés hors de l'Espagne. Cette démonstration n'a absolument pas été réfutée par la *Réplique* (v. *infra*, Chap. III, N° 584 ss.).

Or, le principe exprimé ci-dessus est tellement large et tellement général que Mann lui-même — l'auteur sur lequel le Gouvernement belge prétend s'appuyer sur ce point — reconnaît qu'il n'existe pas d'explications intelligibles de ce que signifie cette juridiction exécutive (*enforcement jurisdiction*) qu'un Etat ne peut exercer en dehors de son territoire².

¹ CPJI, Série A, N° 10, p. 19.

² F. A. MANN: *The doctrine of jurisdiction in international Law*, Rec. des Cours, 1964, I, vol. III, pp. 127-128: « There is, however, nowhere to be found any comprehensive explanation of what is meant by enforcement jurisdiction which a State cannot exercise outside its territory. Or, to put it differently, what is it that a State is or is not allowed to do in another State in order to give effect to its legislation? Is it or is it not open to a State to take any steps at all in a foreign State with a view to securing obedience to its laws? »

22. De toute façon, comme Mann lui-même le signale, l'hypothèse de l'exercice de l'enforcement jurisdiction dans un Etat étranger impliquerait violation de la souveraineté de ce dernier Etat¹. Le Gouvernement belge ne prétend pas que les tribunaux espagnols aient réalisé des actes de juridiction en Belgique mais au Canada. Ce serait donc, en tout cas, le Gouvernement de ce pays-ci qui pourrait réclamer au Gouvernement espagnol pour violation de sa souveraineté territoriale. Or, cette violation n'a jamais eu lieu.

§ 2 : LE DÉNI DE JUSTICE AU SENS PROPRE DU TERME

23. En ce qui concerne le « déni de justice » au sens propre du mot (refus d'accès aux tribunaux ou refus de statuer à la requête d'un étranger et retards injustifiés), la *Réplique* est d'accord avec les idées exprimées par le Gouvernement espagnol dans le *Contre-Mémoire* (R., V, §§ 446 et 456).

A vrai dire, après les développements du *Contre-Mémoire* (C.-M., IV, §§ 90-94 du Chap. IV), la *Réplique* n'ose plus accuser l'Etat espagnol d'avoir refusé à *Barcelona Traction* l'accès à ses tribunaux, ni soutenir que ceux-ci se soient refusés à statuer à requête de la faillie. La seule accusation qui pourrait, à ce sujet, se dégager de la *Réplique* est celle des retards ou délais injustifiés. Bien entendu, ainsi que le Gouvernement espagnol le fera remarquer, aucune des accusations de la Section VI du Chap. II de la Deuxième Partie — dont le titre est : « Les dénis de justice proprement dits dans la procédure » — ne trouve exactement sa place dans la catégorie de « déni de justice » au sens propre du terme (c'est-à-dire qu'elles ne supposent pas un refus d'accès au prétoire ou un refus à statuer, ni des retards injustifiés) mais ces accusations sont dirigées à l'encontre du contenu des décisions judiciaires espagnoles (v. Annexe *Duplique* N° 45).

24. En tout cas, comme il a été dit dans le *Contre-Mémoire* (§ 95 du Chap. IV), pour qu'il y ait déni de justice en raison d'un retard, deux éléments doivent se trouver réunis : l'un objectif, le retard à statuer, et l'autre, subjectif, le caractère injustifié, non raisonnable, indu ou inexcusable du retard. Or, la *Réplique* n'a rien opposé à l'encontre de cette conception et elle n'y pouvait rien opposer, d'une manière efficace, puisqu'en 1930, lorsque le Gouvernement belge répondit au questionnaire du Comité préparatoire de la Conférence de La Haye de 1930, il a non seulement réclaté l'exigence du retard (élément objectif), mais encore le caractère abusif de celui-ci (élément subjectif)².

Le Gouvernement espagnol montrera finalement, ci-après (*infra*, N° 97 ss.), que dans la faillite de *Barcelona Traction* les éléments constitutifs de retard dans l'administration de justice ne se trouvèrent point réunis.

¹ *Idem, op. cit.*, p. 128 : « A State which actually attempts to give effect to its legislation in the territory of another State comes into conflict with the latter's sovereignty. The problems of enforcement jurisdiction, therefore, fall to be considered exclusively from the point of view of the international rights of that State in which the enforcement takes place or is intended to take place. More particularly, they have to be considered from the standpoint of such State's territorial integrity: does the act which in fact occurs within its territory constitute, by international law, a violation of its sovereign rights, so that it is illegal? »

² Voir *supra*, N° 10, point 3 de la réponse.

§ 3 : LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE EN RAISON DU CONTENU
DES DÉCISIONS JUDICIAIRES

25. Pour que le contenu d'une décision judiciaire interne puisse donner lieu à une responsabilité internationale, trois conditions doivent être réunies *cumulativement*: 1^o qu'il y ait violation flagrante et inexcusable du Droit interne; 2^o qu'il y ait mauvaise foi et intention discriminatoire du juge; 3^o qu'il s'agisse de décisions de dernière instance, tous les recours accordés par le Droit interne ayant été épuisés. (Vid. *C.M.*, IV, § 106, p. 507, chap. IV).

Le besoin de l'existence du premier et du troisième élément n'a pas été mis en question¹, ce qui nous dispense d'en parler davantage dans ce chapitre. En tout cas, dans le Chapitre III et dans la Section I du Chapitre IV de cette partie de la *Duplique*, le Gouvernement espagnol prouvera qu'aucune de ces conditions ne se réalise dans le cas d'espèce.

A. *Nécessité de l'existence de l'élément subjectif de mauvaise foi et d'intention discriminatoire*

26. Le point principal de la divergence entre les Gouvernements belge et espagnol porte sur la deuxième de ces conditions. En effet, le Gouvernement belge ose nier la nécessité de l'existence de l'élément subjectif de mauvaise foi et d'intention discriminatoire pour que le contenu d'une décision judiciaire donne lieu à une responsabilité internationale (*R.*, V, §§ 467 et 471).

Il est nécessaire d'indiquer toutefois que sur ce point la *Réplique* est passablement confuse et semble se contredire. En effet, d'un côté on semble critiquer la conception espagnole de l'erreur en disant qu'une telle erreur devrait être baptisée de dol (*R.* § 460 et note 1), ce qui comporte par définition un élément subjectif, et, d'un autre côté, on signale que la seule violation manifeste et inexcusable du droit interne suffit pour constituer « un déni de justice au sens large » (*R.* § 461). Cette confusion se retrouve continuellement et demande que l'on établisse clairement les principes régissant cette matière en étudiant successivement l'opinion des Gouvernements, de la doctrine et de la jurisprudence.

I. *Opinion des Gouvernements*

27. Il a été déjà remarqué que, lorsqu'au cours de la Conférence de La Haye en 1930 au sujet de la codification du Droit international, le Gouvernement belge a donné son opinion d'une manière officielle, il a dit :

* ...

* 4. — La responsabilité de l'Etat se trouve engagée, si le contenu d'une décision judiciaire est inspiré par la malveillance à l'égard des étrangers comme tels ou comme ressortissants d'un Etat déterminé.

¹ La *Réplique* (*R.*, § 460) dit ne pas comprendre le besoin de ce que la violation du droit interne soit flagrante et inexcusable. Il est répondu à cette incompréhension au N^o 53 *infra*, note en bas.

» 5. — On peut également admettre que la responsabilité de l'Etat se trouve engagée, par exemple, si la prévarication du juge étant établie, la législation nationale ne permettait pas de réformer la sentence »¹.

C'est-à-dire que lorsque le Gouvernement belge fait une déclaration objective, sans rapport avec ses convenances judiciaires dans le litige de Barcelona Traction ou dans tout autre litige, il soutient à ce sujet une opinion identique à celle du Gouvernement espagnol dans le « Contre-Mémoire »: seul le fait qu'une décision judiciaire ait été inspirée par la malveillance envers les étrangers ou le fait qu'il ait été prouvé qu'il y a eu prévarication du juge dans un arrêt définitif donne lieu à une responsabilité internationale.

L'opinion citée est d'ailleurs loin d'être une opinion isolée; elle coïncide avec celles exprimées par d'autres gouvernements, lors de la Conférence de La Haye de 1930, comme on peut le voir dans l'Annexe N° 38.

28. La thèse soutenue par le Gouvernement espagnol est identique à celle soutenue au cours de l'affaire *Ambatielos* par le Gouvernement britannique. En effet, le Gouvernement de S. M. y a formulé les propositions suivantes:

« . . . (v) Mere error, irregularity or deficiency, does not give rise to responsibility, unless the element of bad faith or culpable incompetence is also present. The action must not only be wrong, but wrongful.

» (vi) In short, what is required in order to give rise to responsibility on the score of denial of justice², is something that involves the elements of tort or culpability, misconduct or delinquency. The actions must be arbitrary, or motivated by bad faith, prejudice or dishonesty, or to be the result of negligence or incompetence so serious as to be culpable, and give rise to responsibility »³.

2. La doctrine

29. L'opinion de la doctrine coïncide avec l'opinion exprimée par les gouvernements. Le texte suivant de Borchart est particulièrement caractéristique:

« Il convient de faire remarquer que l'Etat n'est pas responsable des erreurs de ses tribunaux, particulièrement quand l'affaire n'a pas été portée devant le tribunal jugeant en dernière instance. Remarquons encore qu'un jugement basé sur une fausse interprétation de la loi nationale, quand cette interprétation a été faite *bona fide* par le tribunal n'entraîne pas, en principe, la responsabilité de l'Etat. Cette responsabilité n'est engagée que quand le tribunal s'est trompé dans l'application du droit international, ou si la loi nationale en question déroge aux devoirs internationaux de l'Etat, ou si cette loi a été négligée ou mal interprétée avec intention ou mauvaise foi par le tribunal »⁴.

¹ Voir *supra* N° 10. C'est nous qui soulignons.

² Le concept de « denial of justice » utilisé par le Gouvernement britannique comprend aussi bien le « déni de justice » au sens propre du terme que la responsabilité découlant du contenu d'une décision judiciaire.

³ Litige arbitral *Ambatielos*, Counter-Case of the United Kingdom Government, p. 101, § 260. On trouvera un exposé plus développé de la thèse britannique à l'A.D., N° 39.

⁴ E. M. BORCHARD: *Les principes de la protection diplomatique des nationaux à l'étranger*, dans la Bibliothèque Visseriana, Dissertationum ius internationale illustratum, III, 1924, p. 25.

Le passage suivant d'une étude classique de la question n'est pas moins éloquent :

« ... the rule may be stated that merely erroneous or unjust decision of a court, even though it may involve what amounts to a miscarriage of justice, is not a denial of justice, and moreover, does not involve the responsibility of the State. To involve the responsibility of the State the element of bad faith must be present, and it must be clear that the court was actuated by bias, by fraud, or by external pressure, or was not impartial; or the judgement must be such as no court which was both honest and competent could have delivered »¹.

Dans le même sens s'expriment les opinions de Eagleton², Verdross³, Rousseau⁴ Garcia Amador⁵, etc.

3. La jurisprudence

30. La jurisprudence internationale, que la *Réplique* belge interprète décidément en fonction de son désir, est extrêmement claire sur le point qui nous intéresse et affirme qu'il est indiscutable qu'existe un élément subjectif constitué par la mauvaise foi ou la malveillance du juge.

31. Ainsi, dans l'*Affaire Salem* le Tribunal arbitral a dit :

« The decisions of the Mixed Courts cannot be examined by the Arbitral Tribunal in the same manner as a higher court is entitled to do with regard to decisions of lower courts. It is possible that the Mixed Court at Cairo was in error in applying paragraph 776 of Code Civil Mixte, and that the Mixed Court of Appeal of Alessandria in dismissing the claim as not well founded in spite the fact that this part of the litigation has not been pleaded, did employ terms which went beyond its real meaning. Such errors in judgement cannot be

¹ Voir G. C. FITZMAURICE: *The meaning of the term Denial of Justice*, *The British Yearbook of International Law*, 13, 1932, pp. 110-111.

² EAGLETON: *The Responsibility of States in International Law*, 1928, p. 120: « mere error on the part of the court, unless it be attended by fraud, does not constitute denial of justice ».

³ Voir Alfred VERDROSS: *Les règles internationales concernant le traitement des étrangers*, *Rec. des Cours*, t. 37, 1931, III, p. 385: « D'autre part, la question est beaucoup plus délicate en ce qui concerne le dommage subi par un étranger du fait que le tribunal de l'Etat de séjour a violé à son détriment une règle du droit interne. Dans ce cas, on est généralement d'accord pour admettre que l'Etat n'est pas responsable d'un tel jugement erroné. Et cela s'explique facilement pour la raison qu'un jugement erroné n'est pas une chose exceptionnelle. Une telle administration judiciaire ne tombe donc pas au-dessous du niveau des Etats civilisés. Si, par contre, le contenu d'une décision judiciaire est manifestement inspirée par la malveillance à l'égard des étrangers comme tels ou comme ressortissants d'un Etat déterminé, nous sommes alors en présence d'un acte arbitraire se cachant sous la forme d'un acte judiciaire. » La même opinion dans son *Derecho Internacional Público* (trad. espagnole, Madrid, 1967, pp. 307 et 308).

⁴ Charles ROUSSEAU: *Droit international public*, Paris, 1953, p. 375: 3^o *Jugement manifestement injuste*. Enfin, l'Etat est responsable des sentences « manifestement injustes », suivant la formule de la jurisprudence. C'est là une notion parfois délicate à préciser, qui se rencontre par exemple: a) dans le cas d'animosité manifeste contre l'étranger (cas d'une décision dictée par la malveillance, où c'est cette considération seule qui a inspiré le tribunal malgré le respect apparent des formes extérieures); b) dans l'hypothèse — souvent malaisée à établir — d'une interprétation volontairement erronée de la loi locale... Au contraire, l'Etat est irresponsable du mal jugé, c'est-à-dire de l'erreur de ses tribunaux, lorsqu'elle est commise de bonne foi (ex.: fausse interprétation de la loi locale). L'Etat, en effet, ne répond pas des mérites intrinsèques de la sentence rendue et l'erreur judiciaire n'est pas en principe une cause de responsabilité internationale.

⁵ F. V. Garcia AMADOR: *Principios de Derecho internacional que rigen la responsabilidad. Análisis crítico de la concepción tradicional*; Ecole de fonctionnaires internationaux, Madrid, 1963, p. 121: « ... En somme, pour qu'une décision « notoirement injuste » soit capable, d'elle-même, d'engager la responsabilité internationale de l'Etat, il faut que cette décision soit faussée par l'intention évidente de ne pas rendre justice à la personne privée étrangère. » Voir aussi les opinions doctrinaires citées dans le *Contre-Mémoire* du Gouvernement espagnol, chap. IV, par. 111, et CLERICETTI (*L'affaire Ambatielos devant la Commission Arbitrale*, Genève 1962, p. 94): « ... il faut donc un élément de mauvaise foi; l'erreur ou la mauvaise administration de la justice ne suffisent pas ».

regarded as a denial or a warping of justice in the sense of international law. The principle of division of powers must be maintained also in international arbitration; it implies that as a rule the validity of judgments issued by competent law is acknowledged. In consequence international law has from the beginning conceived under the notion of « denial of justice » forming base of political claims only exorbitant cases of judicial injustice. Absolute denial of justice; inexcusable delay of proceedings; obvious discrimination of foreigners against natives; palpable and malicious iniquity of a judgment these are the cases which, one after another, have been included into the notion of « denial of justice ». If the American theory and practice seem inclined to extend this notion, the Arbitral Tribunal cannot follow this example »¹.

C'est-à-dire que pour ce qui n'est pas déni de justice au sens propre du terme (« absolute denial of justice » et « inexcusable delay of proceedings »), le Tribunal arbitral exige « obvious discrimination of foreigners against natives » ou « palpables and malicious iniquity of judgment », éléments qui sont nettement subjectifs.

32. L'interprétation faite dans la *Réplique* (V, § 463) de l'affaire *Cotesworth and Powell* est manifestement inexacte. Si, comme le Gouvernement belge l'admet, l'arbitre a vérifié « l'attitude éminemment criminelle du juge », cette conduite criminelle traduisait une spéciale disposition psychologique contraire aux intérêts des étrangers litigants. Et on ne peut pas penser que pour établir la responsabilité internationale de la Colombie, en raison du contenu des décisions de ses juges, l'arbitre tint compte de cette attitude psychologique dans certaines des hypothèses et n'en tint pas compte dans d'autres. En réalité, la conduite criminelle au plus haut degré du juge est un élément qui se trouve présent dans toute la sentence arbitrale *Cotesworth and Powell*.²

33. Quant à l'affaire *Fabiani*, la nécessité de l'existence de l'élément subjectif découle non seulement des passages reproduits au paragraphe 330 du *Mémoire*, mais aussi de l'idée de l'arbitre lorsqu'il signale que les irrégularités judiciaires produites « ne sont pas la suite de simples négligences ou d'interprétations erronées de textes légaux, mais apparaissent comme intentionnelles »³.

34. Les conclusions que la *Réplique* a la prétention de tirer de l'*Affaire Salomon* sont aussi erronées. Dans cette affaire, la responsabilité internationale a découlé d'une

¹ Rec. Sent. Arb. N.U., vol. II, p. 1202.

² LAFONTAINE: *Pasticrisie internationale*, pp. 173-189.

³ LAFONTAINE: *Pasticrisie internationale*, p. 362. Au demeurant, la citation que fait le *Mémoire* de l'affaire *Fabiani* (§ 330) n'est pas du tout pertinente. Contrairement à ce que prétend le Gouvernement belge, dans l'affaire *Fabiani* il n'y eut pas de déclaration de responsabilité internationale pour « dommages résultant de mesures convergentes de leurs organes administratifs et judiciaires, contraires au Droit international ». Dans l'affaire *Fabiani*, l'arbitre n'a pas considéré qu'il y ait eu un acte administratif illicite internationalement. Cela est à tel point ainsi que l'arbitre dit: « En revanche, le Venezuela n'encourt aucune responsabilité, selon le compromis, à raison de faits étrangers aux autorités judiciaires de l'Etat défendeur. Les réclamations que le défendeur fonde sur des « faits du prince » qui sont soit des changements de législations, soit des actes arbitraires du pouvoir exécutif, sont absolument soustraits à la décision de l'arbitre, qui élimine de la procédure tous les allégués et moyens de preuves y relatifs, en tant qu'il ne pourrait pas les retenir en vue d'établir d'autres faits concluants et connexes relatifs aux dénégations de justice. » (*ibid.*, p. 357.) Et la référence que le *Mémoire* fait à l'affaire *El Triunfo* est aussi peu pertinente que celle de l'affaire *Fabiani*. Dans l'affaire *El Triunfo*, en effet, les arbitres n'acceptèrent pas une seule des accusations adressées à l'encontre du tribunal du Salvador. Le seul motif sur lequel ils fondèrent la responsabilité internationale du Salvador fut un acte de pouvoir exécutif: la révocation de la concession octroyée à la société *El Triunfo*. Il n'y eut donc pas non plus de « dommages résultant de mesures convergentes de leurs organes administratifs et judiciaires, contraires au droit international ». En tout cas, la citation de ces deux précédents souligne la légèreté avec laquelle le Gouvernement belge utilise la jurisprudence internationale.

condamnation injuste contre un ressortissant des Etats-Unis prononcée par un tribunal du Panama « inconsciemment influencé par un puissant sentiment populaire » — dit le tribunal arbitral¹. Comme de juste, la Commission arbitrale ne tint compte d'aucun élément objectif, mais de l'élément subjectif de l'offuscation des juges. En tout état de cause, il ne serait pas possible de soutenir qu'il existait dans le cas d'espèce un puissant sentiment populaire ayant pu influencer les juges et les magistrats. On ne cherche même pas à établir un tel état de choses (v. *infra*, Chap. IV, Sect. I).

35. L'interprétation que fait le Gouvernement belge des décisions de la Commission générale des réclamations Etats-Unis-Mexique, présidée par Van Vollenhoven, ne peut pas non plus être acceptée, aussi bien pour ce qui est de l'*Affaire Chattin* qu'en ce qui concerne les décisions concordantes citées dans le *Contre-Mémoire* et dans la *Réplique* (*Réplique*, V, §§ 464 et 465). En effet, lorsque le Gouvernement belge analyse ces affaires-là, il omet une donnée décisive: l'exigence qui y est établie d'un élément subjectif, clairement défini — dol ou faute grave — pour qu'une responsabilité internationale puisse en découler en raison des décisions du pouvoir judiciaire, à la différence des actes provenant des organes administratifs ou exécutifs de l'Etat. Les actes judiciaires « ne sont pas considérés comme insuffisants à moins que le tort commis n'équivalise à outrage, mauvaise foi, négligence volontaire des devoirs ou à une insuffisance d'action évidente aux yeux de toute personne impartiale ». La *Réplique* s'accroche à cette dernière phrase ou à la formule équivalente de l'*affaire Neer* — « insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency » — pour contester que ces sentences arbitrales réclament l'existence de l'élément subjectif en tant que condition nécessaire pour engager la responsabilité internationale en raison du contenu des décisions judiciaires.

Mais le fait de prétendre que cette phrase, que la *Réplique* reprend en italiques, écarte l'élément subjectif de culpabilité, revient à oublier que celle-ci est, en matière de responsabilité de droit privé, la formule courante pour décrire la faute évaluée *in abstracto*, en fonction d'une norme de conduite générale, un standard auquel on doit comparer la conduite observée en réalité par le sujet de droit responsable².

4. Preuve de l'élément subjectif

36. Le Gouvernement espagnol se permet d'insister sur le fait que la charge de la preuve de la mauvaise foi, de l'*animus* de porter tort à l'étranger, incombe au Gouvernement belge, en tant que Gouvernement demandeur. La Cour permanente de Justice a déclaré d'une manière générale que la mauvaise foi ou l'abus de droit ne sont pas présumés, mais que la charge de leur preuve revient à celui qui les allègue³. La *Réplique* n'a pas pu combattre cette idée et lorsque dans la sous-section 2^e de la Section VIII du Chap. II de la Deuxième partie, elle essaie d'exposer — sans le moindre succès d'ailleurs — « les

¹ Voir Rec. Sent. Arb., vol. VI, pp. 370-377. Disons, à ce propos, que la *Réplique* ne donne aucune référence de cette affaire.

² Il y a un parallélisme fort significatif entre la formule utilisée par Van Vollenhoven et la définition de culpabilité quasi délictuelle donnée, par exemple, par H. et L. Mazeaud dans leur *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle* (Paris, éd. 1938, t. I, p. 489, N° 439): « ... erreur dans la conduite telle qu'elle n'aurait pas été commise par une personne avisée placée dans les mêmes circonstances externes que l'auteur du dommage ».

³ CPJI, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (fond) Série A, N° 7, p. 30.

indices de partialité des autorités judiciaires », elle admet en fait le point de vue du Gouvernement espagnol.

37. Pour étayer sa thèse selon laquelle la responsabilité internationale en raison du contenu d'une décision judiciaire peut exister en l'absence de tout élément subjectif de malveillance, discrimination ou partialité du juge, la *Réplique* prétend se fonder sur quelques *obiter dicta* de certains précédents jurisprudentiels invoqués par le Gouvernement espagnol dans le *Contre-mémoire*, précédents jurisprudentiels qui, en effet, en même temps que la mauvaise foi des juges, comprennent des formules qui font penser à l'élément objectif de la « gravité de l'erreur » (« gross injustice *in re minima dubia* »).

Or, le Gouvernement belge se trompe lorsque, par un oubli incompréhensible des thèses qu'il a soutenues lors de la Conférence de La Haye de 1930, il cherche à s'appuyer sur ces formules en vue de prétendre que la gravité de l'erreur judiciaire peut engager une responsabilité internationale indépendamment de la malveillance des juges.

38. Pour qu'une décision erronée puisse donner lieu à responsabilité internationale, l'existence de la « malveillance » du juge est donc une condition indispensable, ainsi que le Gouvernement espagnol l'a montré aux paragraphes qui précèdent. Ce qui arrive, c'est que l'énormité exceptionnelle, la gravité monstrueuse de l'erreur peuvent être des indices de mauvaise foi. Face à une erreur judiciaire si grande qu'elle ne puisse être expliquée par aucune considération de fait ou de droit, il serait possible de présumer que le juge interne a agi de mauvaise foi. Dans ce cas-là, bien évidemment, la gravité de l'erreur n'a d'incidence que sur la preuve de la mauvaise foi qui pourrait découler *in re ipsa* de la décision. Voici la seule portée — il n'y en a pas d'autre — des *obiter dicta* dont parle la *Réplique*.

39. Une conception similaire est exposée par M. Charles de Visscher dans son cours de 1935 à l'Académie de Droit international de La Haye (cours sur lequel prend pied la *Réplique* pour étayer sa conception du déni de justice, R., § 447, p. 308, note 1). Là, le professeur belge, après avoir rappelé ce principe selon lequel l'Etat n'est pas responsable des mérites intrinsèques de la décision, signale l'exception de l'injustice manifeste. Et il ajoute :

« Au regard du droit international, il en est ainsi dans le cas évidemment exceptionnel où la défaillance des juges atteint un degré tel que l'on ne puisse plus expliquer la sentence rendue par aucune considération de fait ou par aucune raison de droit valable »¹.

Il est donc opportun de retenir l'opinion citée : pour que l'erreur judiciaire soit constitutive d'injustice évidente et pour qu'elle engage ainsi une responsabilité internationale, il est nécessaire que la décision ne puisse être expliquée par aucune considération de fait ou par aucune raison de droit valable.

40. La même idée se trouve exprimée dans l'article déjà cité plus haut :

« One of the chief difficulties in applying the rule that the *bona fide* errors of courts do not involve responsibility lies in the fact that the question of whether there has been a 'denial of justice' cannot, strictly speaking, be answered merely by having regard to the degree of injustice involved. The only thing which can establish a denial of justice so far as a judgment

¹ Charles de VISSCHER : *Le déni de justice en Droit international*, Rec. des Cours, t. 52, 1935, II, pp. 403/404.

is concerned is an affirmative answer, duly supported by evidence, to some such questions as « Was the court guilty of bias, fraud, dishonesty, lack of impartiality, or gross incompetence? If the answer to this question is in the negative, then strictly speaking, it is immaterial how unjust the judgment may have been. *The relevance of the degree of injustice really lies only in its evidential value.* An unjust judgment may and often does afford strong evidence that the court was dishonest, or rather it raises a strong presumption of dishonesty. It may even afford conclusive evidence, if the injustice be sufficiently flagrant, so that the judgment is of a kind which *no honest and competent court could possibly have given* »¹.

Ainsi, pour cet auteur, l'importance de l'énormité de l'erreur se trouve uniquement dans sa valeur probatoire, pour autant qu'elle constitue une puissante présomption de la malhonnêteté du tribunal².

C'est cette même opinion que préconisait le Gouvernement britannique dans l'affaire *Ambatielos* :

« The matter does not stop at the mere fact that error or misjudgment is not enough per se to constitute a denial of justice in the international sense or to entail responsibility. There is a great weight of authority in support of the view that much more than that is required—something in fact different in kind, involving, as has been previously stated, the element of tort, delinquency or culpability. *It may be possible to infer this from a judgment, but only if the judgment is manifestly inexcusable* »³.

41. Bref, la gravité de l'erreur judiciaire n'engage jamais par elle-même la responsabilité internationale. Pour qu'un gouvernement ait la prétention de bâtir un grief de responsabilité internationale sur la base de la mauvaise foi *in re ipsa* de la décision judiciaire rendue, il lui faudra auparavant prouver la gravité, la monstruosité, l'énormité de l'erreur ou, pour reprendre les propos du professeur belge Charles de Visscher, dire qu'il s'agit là d'une hypothèse dans laquelle « on ne puisse plus expliquer la sentence rendue par aucune considération de fait ou par aucune raison de droit valable ».

42. L'affaire *Martini* ne va nullement à l'encontre de ce qui vient d'être dit. Dans cette affaire, le Gouvernement italien, dans l'exercice de la protection diplomatique de la maison Martini et C^{ie}, réclama une indemnité au Gouvernement du Venezuela. Il se fonda sur le fait qu'au cours du procès intenté à la société en question devant le tribunal fédéral et de cassation du Venezuela, la concession octroyée à l'entreprise avait été annulée par suite d'une injustice évidente et d'un déni de justice⁴.

¹ G. C. FITZMAURICE, *op. cit.*, pp. 112, 113. C'est nous qui soulignons.

² Dans une publication postérieure (*Hersch Lauterpacht — The Scholar as judge*, I, Bybil, 1961, p. 57), ce même auteur a dit :

« No international claim will lie merely on the ground (a) that the foreigner loses his case, and (b) that the decision is in fact wrong or mistaken under the local law, and ought to have been in his favour; provided that no denial of justice, in the proper acceptation of that term in relation to a judicial decision, is involved—i.e. provided the decision, though mistaken, was given honestly and in good faith by a properly constituted and normally competent court. Of course, the nature and degree of the error in question may, on a basis of *res ipsa loquitur*, afford in itself evidence that the court cannot have been acting honestly, or else lacked the standards of competence required of the courts of civilized countries; but short of that or of direct independent evidence of dishonesty or culpable incompetence, it is recognized under international law that courts (like all human institutions) are fallible, and that the State cannot be held responsible for their bona fide mistakes in the application of the law they administer, provided no more than a mistake is involved. »

³ Counter-case, pp. 117-118, § 294. C'est nous qui soulignons.

⁴ Voir Rec. Sent. Arb. N.U., vol. II, pp. 977 et ss.

La décision judiciaire vénézuélienne déclarait résiliée, pour cinq motifs, la concession minière et portuaire dont jouissait la société. Ces cinq motifs étaient : 1^o défaut de paiement du loyer ; 2^o non-paiement d'un droit par tonne de charbon extraite ; 3^o non-exécution des réparations nécessaires dans les mines et dans le chemin de fer ; 4^o fourniture défectueuse de charbon au Gouvernement vénézuélien ; 5^o suspension des travaux dans les mines sans juste motif.

Le Tribunal arbitral examina chacun des motifs de résiliation et trouva que seul le premier justifiait par lui-même la décision de la Cour vénézuélienne. Partant, il rejeta la réclamation en dommages et intérêts formulée par l'Italie.

Le Tribunal arbitral jugea injustifiés les quatre autres motifs invoqués par le tribunal du Venezuela, se basant sur le fait que l'acceptation de ceux-ci impliquait une infraction à la sentence arbitrale rendue en 1904 par la Commission mixte italo-vénézuélienne, dont le tiers arbitre était Ralston. Le Tribunal arbitral a considéré que la sentence arbitrale Ralston « doit plutôt être de l'ordre d'un traité international que d'un arrêt d'un tribunal national ». Ce qui veut dire que la décision vénézuélienne incriminée comporta en ces points la violation directe d'une obligation internationale concrète équivalant à un traité, c'est-à-dire qu'il s'agissait d'une responsabilité du genre de celle analysée dans la première sous-section ci-dessus (v. *supra*, N^o 13 ss.) et non pas de la responsabilité découlant du contenu de la décision, autrement dit ce que l'on est en train d'examiner dans cette troisième sous-section.

Evidemment, dans les hypothèses de la sous-section première, le juge international n'avait pas à entrer dans les motivations psychologiques du juge interne, étant donné que le fondement de la responsabilité internationale était d'ordre objectif. Puisque dans ces hypothèses il existait des violations directes du Droit international, aucune considération au sujet de l'*animus* des juges n'était nécessaire et le Tribunal arbitral, bien entendu, ne l'a pas faite. C'est pour cela que le Tribunal arbitral a formulé le *dictum* reproduit par la *Réplique* (V, § 470), auquel le Gouvernement belge a la prétention d'attacher une si grande valeur pour étayer sa thèse actuelle.

Le Gouvernement belge omet de reproduire une phrase de la sentence arbitrale qui vient tout de suite après celle reproduite par la *Réplique* et dans laquelle le Tribunal arbitral précise la raison déterminante qui permettrait, dans l'hypothèse envisagée par lui, de se passer de la motivation psychologique des juges :

« D'ailleurs, il est à remarquer que le Tribunal arbitral a pris pour point de départ la supposition que 'l'injustice évidente' dans le sens du compromis comprend l'infraction évidente aux obligations internationales du Venezuela. Mais, en ce qui concerne la responsabilité internationale du Venezuela de ce chef, les motifs psychologiques des juges n'ont pas d'importance »¹.

C'est que, comme le fait remarquer Cohn², dans le cas d'une violation directe du Droit international par une décision judiciaire, l'existence de l'élément subjectif n'est pas exigée : « La question de savoir s'il y a eu violation manifeste et grave du droit international doit être résolue, il est vrai, d'après les critères purement objectifs, de sorte que le principe

¹ *Ibid.*, p. 987. C'est nous qui soulignons.

² G. COHN : *La Théorie de la responsabilité internationale*, dans *Recueil des Cours*, 1939, vol. 68, p. 301.

de la *culpa* ne joue aucun rôle à cet égard. » Mais ce même auteur signale tout de suite après que, dans les autres cas où la violation d'origine est du Droit interne et non pas du Droit international (cas de déni de justice selon la terminologie adoptée par cet auteur), l'élément subjectif est indispensable: « Par contre, la question de savoir s'il y a eu déni de justice dépend dans une large mesure de l'élément subjectif, car ce sera avant tout la violation arbitraire, volontaire ou commise par négligence de la situation judiciaire des étrangers qui portera la décision »¹.

43. Il est ainsi établi que, tout comme le Gouvernement belge l'a soutenu en 1930, le contenu d'une décision interne n'engage la responsabilité internationale que si l'on y trouve une erreur grossière et flagrante provoquée par la « malveillance » du juge. Sans mauvaise foi judiciaire, le contenu d'une décision judiciaire ne peut jamais engager la responsabilité internationale².

B. Nature du contrôle de la justice internationale dans l'application du droit interne.

44. Le *Contre-mémoire* (C.-M., IV, §§ 126 du Chap. IV) conteste « la position dans laquelle se place implicitement le Gouvernement belge, qui voudrait faire de la Cour Internationale une cour d'appel ou de cassation des décisions judiciaires espagnoles ».

La *Réplique* croit pouvoir se débarrasser de l'argument espagnol en déclarant qu'il « 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 résultant de la violation du droit international » (R., V, § 474).

45. Il n'est pas exact que l'argument du *Contre-mémoire* « porte à faux », car le Gouvernement espagnol n'a jamais eu l'intention de discuter au sujet de quelque chose d'aussi évident que le fait que la décision internationale n'a des effets que sur le terrain international. Mais il ne s'agit pas ici de décider dans quel ordre — interne ou international — la décision internationale est efficace, mais de la question toute différente de la nature du contrôle que peut exercer une juridiction internationale sur des décisions internes. Est-ce que celle-ci peut retenir, comme fondement de sa décision, n'importe quelle violation du Droit interne — comme le ferait une Cour d'appel ou de cassation — ou bien ne peut-elle retenir que ces violations de Droit interne qui violeraient à leur tour le Droit international?

¹ *Ibid.*, p. 301.

² Le Gouvernement belge (R., § 460) fait remarquer que dans le cas de mauvaise foi et d'intention discriminatoire, il est difficile de parler d'erreur. Les mots « erreur » et « volontaire » — ajoute-t-il — semblent antagonistes.

Le Gouvernement espagnol juge inutile de se livrer, à ce sujet, à une dispute terminologique, mais il veut mettre en évidence que l'expression « erreur volontaire » est utilisée par Freeman dans des considérations qui, selon la *Réplique*, sont « empreintes de bon sens » (*Réplique*, § 470, p. 318), lorsqu'il dit « ... 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 ». (C'est nous qui soulignons.)

Cette expression est aussi employée par Lapradelle et Politis dans leur note doctrinale au sujet de l'arrêt *Yuille, Shortridge et C^{ie}*, où il est dit: « Or, toutes les fois que l'erreur du juge n'est pas grossière, on peut dire qu'il y a doute sur son existence et ce doute doit suffire pour écarter le débat international. Inversement, toutes les fois que le juge tombe dans une erreur volontaire et inexcusable, le déni de justice apparaît avec son corollaire: la responsabilité de l'Etat » (Recueil des Arbitrages internationaux, t. II, Paris, 1923, pp. 112/113). Telle est la manière dont ces internationalistes distingués énoncent l'exigence de dol ou faute grave pour que la responsabilité internationale puisse être engagée dans ces cas. Dans l'*Affaire Martini*, le Gouvernement du Venezuela parla également de « d'erreur volontaire », etc., sans que cela provoquât nulle objection comme celle que le Gouvernement belge formule à présent.

46. La réponse nous est fournie par la Cour permanente de Justice internationale lorsque, dans l'*affaire du Lotus*, elle a dit :

« 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 entrerait en ligne de compte »¹.

Pour sa part le Tribunal d'arbitrage qui a tranché l'*affaire Salem* a dit :

« The decisions of the Mixed Courts cannot be examined by the Arbitral Tribunal in the same manner as a higher court is estitled to do with regard to the decisions of lower courts. It is possible that the Mixed Court at Cairo was in error in applying paragraph 776 of the Code Civil Mixte, and that the Mixed Court of Appeal at Alexandria in dismissing the claim as not well founded in spite of the fact this part of the litigation had not been pleaded, did employ terms which went beyond its real meaning. Such errors in judgment cannot be regarded as a denial or a warping of justice in the sense of international law »².

47. Et bien que cela puisse sembler curieux, la *Réplique* elle-même reconnaît, au paragraphe 461 :

« 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. »

Après cet aveu transparent, il est inexplicable que la *Réplique* ose contester, en s'appuyant sur des sophismes, l'affirmation espagnole selon laquelle le juge international n'est pas appelé à contrôler l'application du Droit espagnol effectuée dans les décisions internes, tout comme le ferait un organe d'appel ou de cassation.

Et il est tout aussi inexplicable que le Gouvernement belge présente l'affaire à la Cour de La Haye comme pourrait le faire *Barcelona Traction* devant une cour d'appel ou devant la Cour Suprême espagnole, c'est-à-dire en accumulant de prétendues infractions au Droit interne mais sans prouver — car évidemment une telle démonstration lui est impossible — que de telles infractions constituent un acte illicite du point de vue du Droit international.

48. Tout comme les organes judiciaires internes d'appel et de cassation examinent les considérants, c'est-à-dire les motifs des décisions, pour voir s'ils sont conformes au Droit, les juridictions internationales vérifient essentiellement si le résultat des décisions internes

¹ CPJI, *Affaire du Lotus*, Série A, N° 10, p. 24. Le Gouvernement belge montre sa surprise (*R.*, § 475) devant la citation faite par le *Contre-mémoire*, IV, à sa p. 479, de deux extraits de l'arrêt du *Lotus* à l'appui de la thèse selon laquelle la Cour de La Haye n'est pas un organe d'appel ou de cassation. D'après la *Réplique*, il s'agit d'une version « arrangée » et la transcription exacte confirmerait la thèse belge. Le Gouvernement espagnol se trouve dans le devoir de signaler qu'il s'agit d'un lapsus qui s'est produit soit lors de la traduction soit dans la correction des épreuves et qui s'est traduit par l'omission de quelques points de suspension qui devaient se trouver dans la p. 479, ligne 11 du paragraphe 38, Chap. IV du *Contre-Mémoire*. Il fait remarquer aussi que la référence donnée par le *Contre-mémoire* de l'affaire (*C.-M.*, note 3 de la p. 439) renvoie à deux pages différentes de l'arrêt du *Lotus*, les pp. 13 et 24, qui sont les pages s'y rapportant. S'il s'était agi d'une version « arrangée », l'on ne pourrait concevoir que le Gouvernement espagnol fournisse en même temps la piste pour découvrir la tromperie. En tout cas, et c'est ce qui a le plus d'importance, le Gouvernement belge n'a même pas essayé de prouver que la transcription exacte des deux extraits de l'arrêt du *Lotus* contredit le moins la thèse espagnole.

² Rec. Sent. Arb. N.U., vol. II, p. 1202. Au cas où quelque doute existerait à ce sujet, v. l'Annexe N° 40.

est ou n'est pas conforme au Droit international. Ce n'est donc pas le fondement de la décision interne qui doit se conformer au Droit international, mais le résultat ¹. De là se dégage la possibilité que, devant une accusation de responsabilité internationale en raison du contenu de décisions internes, le Gouvernement défendeur puisse invoquer, pour fonder le résultat auquel est arrivé le juge interne, des arguments non utilisés par celui-ci mais qui justifient également ce résultat.

49. Dans l'*affaire Martini*, le Tribunal arbitral estima correct l'un des résultats auquel était parvenue la Cour de Caracas dans sa décision. Le Tribunal arbitral admit en effet, un argument que la Cour de Caracas n'avait pas employé, mais que le Gouvernement du Venezuela avait invoqué au cours du litige international: celui se rapportant à l'interprétation restrictive qui est accordée dans la jurisprudence comparée aux contrats de concession ².

50. Le Gouvernement belge a au surplus reconnu d'une manière explicite le droit du Gouvernement espagnol à ajouter aux motifs invoqués par les juges internes d'autres arguments qui justifient également les résultats auxquels sont parvenus ces juges. Le paragraphe 73 (V, p. 42) de la *Réplique* dit, en effet, dans son deuxième alinéa:

« 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 » ³.

L'aveu est tellement catégorique que le Gouvernement espagnol peut se dispenser d'un développement plus large de la question.

51. Dans cette même intention de faire de la Cour de La Haye un organe judiciaire d'appel ou de cassation, la *Réplique* va jusqu'à affirmer, dans certains cas, la non-pertinence du Droit comparé pour justifier les décisions des tribunaux espagnols (*Réplique*-§ 536).

Mais ceci implique, encore une fois, la méconnaissance de la nature du contrôle que la Cour Internationale de La Haye peut être appelée à exercer sur l'application du Droit interne par les tribunaux espagnols. Puisque cette Cour ne peut que constater des infractions au Droit international, et étant donné que les règles constituant le *standard minimum* du Droit international se nourrissent d'éléments et de solutions du Droit comparé, l'invocation de celui-ci par le Gouvernement défendeur et à l'appui des solutions auxquelles sont arrivés ses juges ne saurait être plus pertinente. Finalement, comme on l'a déjà vu (*supra*, N° 49), le Gouvernement du Venezuela a agi ainsi dans l'*affaire Martini* et le Tribunal arbitral a considéré cette position comme correcte.

Il est donc clair que le Gouvernement espagnol peut renforcer le résultat auquel sont arrivés ses juges avec des solutions découlant du Droit comparé.

¹ Ce qui n'empêche pas qu'une juridiction internationale puisse analyser les *considérants* d'une décision judiciaire interne dans le seul but d'en induire des symptômes de partialité, de malveillance, etc.

² Voir Rec. Sent. Arb. N.U., vol. II, pp. 993 et 1007.

³ C'est nous qui soulignons.

C. *La présomption de conformité avec le Droit international*

52. Il reste donc bien établi que le Droit international n'admet qu'exceptionnellement qu'un Etat puisse être internationalement responsable du chef du contenu des décisions de ses tribunaux. La raison principale vient de ce que tout ce qui a trait au pouvoir judiciaire d'un Etat est étroitement lié à la souveraineté de cet Etat. Le domaine judiciaire est un secteur de l'activité étatique dont tout Etat souverain est particulièrement jaloux, car il en va de l'indépendance et de l'intégrité de ses tribunaux.

Cela ne veut d'ailleurs pas dire qu'un Etat puisse faire n'importe quoi par l'intermédiaire de son pouvoir judiciaire. En effet, on l'a vu, le Droit international prescrit que les étrangers jouissent sur le territoire d'un Etat d'un minimum de protection; ils ne peuvent donc pas être entièrement à la merci d'un éventuel arbitraire de l'Etat où ils se trouvent. Mais, pour les raisons indiquées ci-dessus, le Droit international ne garantit qu'un minimum de droits. C'est ainsi que, dans le cadre du déni de justice, au sens propre du terme, ce que le Droit international interdit c'est le refus d'accès aux tribunaux internes ou les retards obstinés dans la procédure. Cela ne veut pas dire que lorsque ces interdictions sont respectées, le Droit international se désintéresse complètement de la manière dont les tribunaux internes traitent les étrangers, mais simplement que le Droit international, tout en tenant compte du droit de l'étranger à un certain traitement minimum, respecte le droit qu'a un Etat de ne pas voir mettre en cause à la légère le fonctionnement de son pouvoir judiciaire. En d'autres termes, le Droit international n'intervient, dans ce domaine, qu'exceptionnellement. Tout ce qu'il demande c'est que le Droit interne ne soit pas grossièrement enfreint de mauvaise foi par les tribunaux en vue de créer un préjudice à l'étranger.

53. Cela explique qu'en matière de responsabilité internationale de l'Etat en raison du contenu des décisions, il existe une importante présomption, comme l'a dit le Gouvernement espagnol dans le *Contre-mémoire*¹; c'est celle qui proclame que les décisions judiciaires d'un Etat sont conformes, non seulement au Droit de cet Etat, mais également au Droit international. Et la présomption implique, par conséquent, que l'onus probandi de la non-conformité des décisions espagnoles avec le Droit interne et avec le Droit international revienne au Gouvernement qui l'allègue, c'est-à-dire au Gouvernement belge; elle implique, en outre, qu'en cas de doute ou d'absence d'une preuve satisfaisante, il faudra considérer les décisions contestées comme étant conformes au Droit international².

¹ Paragraphe 126 du Chap. IV.

² Le Gouvernement belge (*Réplique*, § 460) dit qu'il ne comprend pas la portée des qualificatifs « flagrante et inexcusable » qui, selon le *Contre-Mémoire*, doivent caractériser la violation du Droit interne pour que, si d'autres conditions y convergent aussi, elle engage une responsabilité internationale.

Vattel disait très justement que « dans tous les cas susceptibles de doute, un souverain ne doit point écouter les plaintes de ses sujets contre un tribunal étranger, ni entreprendre de les soustraire à l'effet d'une sentence rendue dans les formes » (*Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, « Classics of International Law », Washington, 1916, v. Livre II, Chap. XVIII, § 350). En cas de doute, donc, au sujet de l'interprétation du Droit interne — si, par exemple, il s'agit d'une question discutable —, il faut présumer la conformité de la décision contestée avec le Droit international. Cela veut dire que l'erreur judiciaire n'engagera la responsabilité internationale que lorsque — outre la convergence des conditions requises — elle sera flagrante et inexcusable. Une erreur qui n'aurait pas ce caractère se trouverait couverte par la présomption déjà mentionnée. Sans erreur flagrante et inexcusable, cette présomption excluerait la responsabilité internationale de l'Etat. La *Réplique* elle-même reconnaît, au § 461, que la violation du Droit interne doit être manifeste et inexcusable.

Ces idées concordent avec la considération que c'est le juge national l'autorité la plus qualifiée pour interpréter sa propre loi¹. Pour que les accusations adverses, qui prétendent que la responsabilité internationale de l'Etat espagnol se trouve engagée en raison de la violation du Droit interne par ses tribunaux, puissent être admises, le fait que le Gouvernement belge essaie de semer le doute et la confusion au sujet de la portée et de l'interprétation exactes du Droit espagnol ne suffit pas; il faudrait, au contraire, apporter une preuve concluante et irréfutable des violations en question.

La présomption était exprimée en termes catégoriques par le Gouvernement britannique, dans le « counter-case » de l'affaire *Ambatielos*:

« There is therefore a presumption that the general organisation of the judicial system of each sovereign State, member of the international society, as well as its actual functioning in practice, in terms of the conduct of the cases heard and the decisions given, is just, reasonable, and up to the standards required by international law. A heavy burden of proof is involved in rebutting that presumption. If that burden is not discharged, an international tribunal has no basis upon which it can find the existence of those elements of delinquency which, as has been seen, can alone justify an award of damages against the State. This is well expressed by Lapradelle-Politis: « Toutes les fois que l'erreur du juge n'est pas grossière, on peut dire qu'il y a doute sur son existence, et ce doute doit suffire pour écarter le débat international » »².

La question est donc tellement claire que le Gouvernement belge, même conscient des conséquences nullement favorables que la présomption envisagée implique pour sa position, a dû garder le silence le plus éloquent à ce sujet³.

¹ La Cour permanente de Justice internationale a dit, dans l'affaire *des Emprunts serbes*: « Il ne serait pas conforme à la tâche pour laquelle elle a été établie, et il ne correspondrait pas non plus aux principes gouvernant sa composition qu'elle dût se livrer elle-même à une interprétation personnelle d'un droit national, sans tenir compte de la jurisprudence en courant ainsi le risque de se mettre en contradiction avec l'interprétation que la plus haute juridiction nationale aurait sanctionnée et qui, dans ses résultats, lui paraîtrait raisonnable » (CPJI, Série A, N° 20/21, p. 46). Voir aussi CPJI, Série A, N° 20/21, p. 124.

² *International Arbitration Tribunal, Ambatielos Case, Counter-case of the United Kingdom Government*, p. 115, § 288 et note.

³ Voir au sujet de ladite présomption l'Annexe N° 41.

CHAPITRE II

**L'absence d'actes internationalement illicites
de la part des autorités judiciaires**

SECTION I

LES ACCUSATIONS RELATIVES A L'USURPATION DE COMPÉTENCE

54. Le Gouvernement espagnol a été accusé par le *Mémoire* belge de deux sortes d'actes illicites internationaux sous la dénomination d'« usurpation de compétence » :

a) Il y eut une « usurpation de compétence » dans l'opinion du Gouvernement demandeur lorsque le juge de Reus déclara la faillite de *Barcelona Traction* et établit, de cette façon, la compétence de la justice espagnole envers cette société (M., I, N° 335, pp. 166-167).

b) De la même manière, il y eut une « usurpation plus flagrante... en ce qui concerne l'extension par le juge de Reus à des biens situés hors d'Espagne, des saisies prononcées à charge de la société faillite et des mesures d'aliénation qui suivirent » (M., N° 336), p. 167). En agissant de la sorte, les tribunaux espagnols ont étendu « audacieusement au-delà des limites du territoire de l'Espagne les effets attachés à leur décision » (*ibid.*, N° 336, p. 168)¹.

Ni l'un ni l'autre de ces griefs ne soutiennent l'examen.

§ 1 : LA PRÉTENDUE USURPATION DE COMPÉTENCE EN RAISON DE LA DÉCLARATION
EN ESPAGNE DE LA FAILLITE DE « BARCELONA TRACTION »

55. Le Gouvernement belge soutient que les tribunaux espagnols ont commis un acte internationalement illicite en déclarant la faillite de *Barcelona Traction* et qu'ils ont ainsi engagé la responsabilité internationale de l'Etat. Cette accusation, déjà formulée dans le *Mémoire*, a été reprise dans la *Réplique* (R., V, N° 481, p. 328). Avant de revenir sur une telle accusation, il n'est pas inutile d'attirer l'attention sur l'« évolution » que son énoncé a subie.

A. L'évolution du grief

56. A en croire le *Mémoire*, les juges et les tribunaux espagnols auraient commis, en prononçant le jugement déclaratif de faillite de *Barcelona Traction*, « une violation des limites que le droit international imposait à la compétence des juridictions espagnoles » (M., N° 335, p. 167). Le Gouvernement belge a également tenté de soutenir dans son *Mémoire* (N° 333, p. 165) — sans aucune preuve à l'appui de sa thèse — que, pour avoir compétence à l'effet de déclarer en faillite une société étrangère, il fallait un lien de

¹ Notamment, un exemple de ce genre d'usurpation se trouve — toujours d'après la thèse du Gouvernement belge — dans l'annulation des titres et des certificats détenus au Canada par *Barcelona Traction* et *National Trust*, et leur remplacement par des actions, obligations et certificats nouveaux créés à Barcelone (M., N° 341, p. 170).

rattachement qui ne pouvait être constitué que par l'existence d'une succursale ou de biens à saisir sur le territoire de l'Etat où la faillite est déclarée. Face à l'argumentation du *Contre-mémoire*, la *Réplique* a modifié sur les deux points sa position initiale.

D'une part, elle a tenté de sauver son allégation initiale d'usurpation de compétence en partant d'une critique des arguments espagnols présentés dans le *Contre-mémoire* (R., V, pp. 309, 328, 329) et en essayant de renforcer cette imputation par l'allégation qu'il y aurait aussi dans le cas d'espèce une violation flagrante du droit interne espagnol (R., pp. 333-334).

Ainsi, dans cette nouvelle version de l'argumentation sur laquelle repose désormais l'accusation d'usurpation de compétence, les tribunaux espagnols, en se déclarant compétents, auraient violé, non seulement les limites que le droit international imposerait à leur compétence, mais encore « des principes fondamentaux du droit espagnol relatifs à la juridiction de ses tribunaux en matière de faillite » (R., N° 480, p. 328). Il s'ensuit donc que ce qui, dans le *Mémoire* était seulement une « usurpation de compétence » constituée aussi dans la *Réplique* un soi-disant « déni de justice au sens matériel »¹.

D'autre part, après la démonstration faite par le *Contre-mémoire*, la *Réplique* n'insiste plus sur les deux critères précis de rattachement qui lui semblaient nécessaires dans le *Mémoire* à savoir l'existence d'une succursale ou de biens à saisir, mais se contente de soutenir la nécessité de l'existence de ce lien de rattachement :

« pour qu'un Etat puisse soumettre... au pouvoir juridictionnel de ses tribunaux un fait juridique donné... il doit exister entre cet Etat et le fait en question un lien sérieux de rattachement » (R., N° 450, p. 309).

On chercherait en vain dans la *Réplique* une analyse de la pratique internationale en la matière qui fasse la preuve de cette affirmation qui, quoiqu'en recul par rapport au *Mémoire*, n'est pas plus solide pour autant.

B. L'inexistence de l'usurpation de compétence

57. Pour répondre à cette argumentation fluctuante, le Gouvernement espagnol prouvera, d'une part, qu'il n'y a pas de limites imposées par le droit international public à la compétence de l'Etat en matière de faillite, et partant pas de violation possible de ce droit (§1), d'autre part, que ce sont bien les tribunaux espagnols qui constituent le *forum conveniens* dans la présente affaire (§ 2); quant au grief de violation du droit interne, il sera étudié plus loin (Chapitre III de la présente Partie).

1) L'inexistence de normes internationales en matière de compétence judiciaire pour déclarer la faillite

58. Le Gouvernement belge, dans sa *Réplique*, affirme :

« 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

¹ Le développement de l'argumentation nouvelle ainsi conçue se trouve à la Sous-Section 2 de la Section 1 du Chap. II du fondement de la demande (R., N° 479-492, pp. 326-343.).

en matière de faillite... 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 paiement, en l'absence de tout autre point de rattachement» (R., V, N° 482, p. 329).

59. Le Gouvernement espagnol se considère dans l'obligation de faire remarquer encore une fois que les hypothétiques normes internationales sur la compétence judiciaire des Etats seraient, en l'espèce, des interdictions édictées par le droit international et que, par conséquent, ce n'est pas au Gouvernement espagnol d'indiquer et de prouver l'existence d'une norme qui autorise ses tribunaux à déclarer la faillite de *Barcelona Traction* mais qu'au contraire, c'est le Gouvernement belge qui devrait indiquer et prouver qu'il existe une règle de droit international positif interdisant aux juges espagnols de déclarer cette faillite. Il est évident que, de ce premier point de vue, la *Réplique* ne fournit aucune preuve.

60. En marge des objections qui, d'un autre point de vue, peuvent et doivent être faites aux arguments belges — car, comme on le verra plus loin, la compétence des tribunaux espagnols ne reposait pas seulement sur les divers rattachements mentionnés — on ne saurait prétendre que le droit international possède des normes positives en matière de compétence étatique pour déclarer la faillite. Ce qui est certain, c'est que, dans l'hypothèse de la compétence des tribunaux d'un pays pour déclarer la faillite, le droit international reconnaît à l'Etat une *compétence exclusive et discrétionnaire* pour fixer à cet égard les normes qu'il juge bon d'établir.

61. La situation est tout autre, bien entendu, lorsqu'un Etat, dans l'exercice de cette même faculté discrétionnaire, place, librement et par voie de traité, des limites à l'étendue de sa juridiction à propos de cas spécifiques de faillite plurinationale. Dans le cas d'espèce, toutefois, cela est bien connu, il n'existait à cet égard entre l'Espagne et le Canada aucun lien d'ordre conventionnel établissant de telles limites. Bien au contraire, en ce qui concerne le régime conventionnel entre l'Espagne et le Canada, les dispositions des traités qui les lient ne touchent en rien une matière aussi spécifique que celle de la faillite¹. Mais il est très intéressant de vérifier de quelle manière les normes de ces traités consacrent le *principe du traitement national*, ainsi que l'assujettissement des sociétés respectives à la législation interne du pays dans lequel elles réalisent des opérations. En définitive, cela signifie qu'à l'égard de la société *Barcelona Traction*, de nationalité canadienne, le seul droit applicable en matière de faillite était le droit espagnol, et cela pour deux raisons : d'abord parce qu'en vertu des traités en vigueur entre les deux pays, il y avait lieu de lui appliquer le traitement fait aux sociétés nationales, c'est-à-dire aux sociétés espagnoles, et ensuite parce qu'en vertu des mêmes conventions, ladite société, du moment qu'elle exerçait — comme elle le faisait — *une activité quelle qu'elle fût*², était assujettie aux lois et aux tribunaux espagnols³.

¹ Le régime conventionnel entre l'Espagne et le Canada est consacré pour l'essentiel dans les Traités du 31 octobre 1922 et du 27 juin 1924, tous deux conclus entre l'Espagne et la Grande-Bretagne et étendus au Canada par un Echange de Notes des 12 et 19 juillet 1928 (et en vigueur à partir du 1^{er} août 1928). Notamment art. 1, 2, 3, 4, 10, 11, 12, 16, 17 et 18 du premier et art. 1, 2 et 3 du deuxième.

² Cf. Art. 12 de la Convention de 1922 et l'art. 1 de la Convention de 1924.

³ Il faut remarquer qu'il y a ici coïncidence parfaite avec les prescriptions de l'art 15. du Code de commerce espagnol.

62. L'inexistence de normes de droit international général en matière de faillite est confirmée formellement par la doctrine et la jurisprudence se rapportant aux sujets en question.

Sur le plan doctrinal, l'absence de telles normes a été généralement reconnue. Ainsi, M. Giuliano, auteur d'un des ouvrages les plus connus en cette matière, affirme d'une manière catégorique qu'« en matière de faillite, il n'existe pas d'obligations découlant du droit international général »¹.

63. Le droit comparé confirme cette manière de voir. Le fait précisément que les divers systèmes étatiques accusent de sensibles différences dans les critères qu'ils utilisent pour fixer leurs normes de compétence judiciaire internationale en matière de faillite prouve qu'en cette matière, chaque Etat agit de façon discrétionnaire, en fixant celles-ci en fonction de ses appréciations particulières².

Aussi était-ce en vue de réfuter l'argumentation belge tendant à affirmer qu'il existe en matière de compétence judiciaire de l'Etat en ce qui concerne la faillite des règles de droit international qui s'imposeraient à toutes les législations internes des différents Etats, que le Gouvernement espagnol a entrepris l'étude du droit international privé concernant ce domaine (« Considérations fondées sur le droit international privé comparé », C.M., IV, pp. 475-480).

Le Gouvernement belge, dans l'incapacité où il est de s'en prendre avec succès à l'argumentation espagnole, s'est efforcé, comme il le fait souvent, de dénaturer le sens et la portée de cette argumentation.

64. C'est ainsi qu'à propos des « considérations fondées sur le droit international privé comparé », la *Réplique* dit : « 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 » (R., V, N° 483, p. 329).

La fin que la *Réplique* attribue ainsi à l'argumentation contenue dans le *Contre-mémoire* à propos des « considérations fondées sur le droit international privé comparé » est absolument dépourvue de fondement.

65. Il est évident que le *Contre-mémoire* ne prétendait pas, par de telles « considérations », déduire le contenu d'une règle de droit international sur la compétence en matière

¹ « Non vi sono in materia (di fallimento) obblighi derivanti del diritto internazionale generale » (GIULIANO, M.: *Il fallimento nel diritto processuale civile internazionale*, Milano, 1943, p. 331). Cf. aussi, entre autres, SAFA: *La faillite en droit international privé*, Beyrouth, 1954, p. 139 et ss.

² Cf., par exemple, l'exposé de droit comparé du *Répertoire de droit international* (LAPRADELLE-NIBOYET), t. VIII, voix « Faillite », pp. 287 ss.

de faillites internationales. Comment le Gouvernement espagnol aurait-il pu poursuivre le but que lui attribue le Gouvernement belge alors que précisément l'essentiel de sa thèse, clairement exprimée dans le *Contre-mémoire*, affirme qu'en matière de compétence juridictionnelle concernant la faillite le droit international n'établit pas de règles obligatoires pour les Etats et que, de ce fait, 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.

En réalité, face à l'affirmation belge selon laquelle la compétence pour déclarer la faillite des personnes morales de statut étranger et ayant leur siège social à l'étranger n'existe que si on se trouve en présence d'une succursale ou de biens à saisir, les considérations de droit international privé comparé du *Contre-mémoire* voulaient prouver que la législation des faillites dans les différents pays consacre comme liens de rattachement *bien d'autres liens que ceux énoncés par le Mémoire belge*. Tel était le but principal de ces considérations et non pas celui que, d'une manière tendancieuse, leur attribue le Gouvernement belge dans la *Réplique*.

66. A plus forte raison, les allégations contenues dans le *Contre-mémoire* et empruntées au droit international privé comparé corroborent-elles la thèse soutenue dans ledit *Contre-mémoire*, à savoir qu'en matière de compétence juridictionnelle, le droit international n'établit pas de règles obligatoires pour les Etats. En effet, si le droit international imposait des critères normatifs déterminés en matière de compétence judiciaire pour déclarer la faillite, on ne constaterait pas la *diversité* et même les *contradictions* que l'on constate quand on met en regard les systèmes en vigueur dans les différents pays. C'est pourquoi le *Contre-mémoire* peut affirmer que « l'étude du droit comparé a démontré la grande diversité des raisons qu'invoquent les Etats pour asseoir la compétence de leurs tribunaux en matière de faillite; il y a là une preuve de plus de la liberté complète que le Droit international laisse à l'Etat de définir comme il le croit le plus opportun les critères de compétence juridictionnelle en la matière » (C.M., IV, N° 38, p. 479).

a) *Les critères de compétence déterminés par la réalisation d'opérations commerciales; la possession de biens; l'exercice d'une activité commerciale quelconque; l'exploitation d'un bien à titre de propriétaire, locataire ou concessionnaire.*

67. Au demeurant, le Gouvernement belge a fait la preuve de l'incapacité où il est de réfuter de façon convaincante les allégations de droit international privé comparé que renferme le *Contre-mémoire*.

C'est ainsi, d'abord, qu'il est contraint d'admettre, à la suite de l'évolution qu'on a signalée plus haut entre le *Mémoire* et la *Réplique*, qu'il existe des critères de rattachement autres que ceux que constitue l'existence d'une succursale ou de biens à saisir ¹.

¹ La nouvelle thèse de la Partie adverse n'a d'ailleurs rien gagné en solidité. Elle consiste en de simples affirmations et déforme les arguments espagnols. La *Réplique* affirme tout d'abord qu'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

Tel est le cas de quatre des critères de juridiction énoncés dans le *Contre-mémoire*, à savoir, ceux qui sont constitués par la réalisation d'opérations commerciales par l'intermédiaire d'un représentant ou agent, la possession de biens, l'exercice d'une activité commerciale quelconque et l'exploitation d'un bien en qualité de propriétaire, locataire ou concessionnaire. En ce qui concerne ces critères, le Gouvernement belge étudie leur appréciation en soutenant d'une façon générale qu'ils ne sont pas applicables au cas d'espèce (R., V, N° 483, pp. 329-330). Le *Contre-mémoire* a démontré — et cette *Duplique* confirmera — qu'il en est tout différemment¹. Pour le moment cependant, il y a lieu de souligner un élément très significatif: la *Réplique* a dû admettre qu'il existe des critères de juridiction pour déclarer la faillite différents de ceux qui, d'après le *Mémoire*, étaient les « seuls » à justifier la compétence judiciaire internationale d'un Etat, en cette matière-là.

68. Quant aux trois autres critères de juridiction (nationalité des créanciers, appel au crédit, lieu de paiement des obligations), le Gouvernement espagnol tient à signaler avant tout que, dans sa tentative de réfutation, la *Réplique* a eu recours, comme dans bien d'autres occasions, à la technique consistant à déformer les arguments et à altérer les données doctrinales et jurisprudentielles. C'est pour cela qu'il convient non seulement de restituer aux arguments en question la place qui est la leur mais aussi de dénoncer les dénaturations dont ils ont fait l'objet.

b) La nationalité des créanciers.

69. A propos du critère de juridiction déterminé par la nationalité des créanciers, la *Réplique* dit qu'il présuppose, dans les pays où il est admis comme base de juridiction, l'existence de biens sur le territoire de ce pays, de sorte qu'on peut dire qu'il n'ajoute rien à ce dernier critère » (N° 483, p. 330.).

Dans le *Contre-mémoire*, le Gouvernement espagnol a allégué, à l'appui de l'existence spécifique de ce critère de juridiction, des données de jurisprudence française, que la *Réplique* n'a pas démenties. Outre l'*Affaire de la Société des Chemins de Fer Sao Paulo-Rio*

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 seul » (R., N° 483, p. 329).

Si l'on comprend bien la thèse adverse, un tribunal ne pourrait déclarer la faillite d'une société étrangère que si celle-ci avait avec le territoire de l'Etat tous les points de rattachement prévus par la législation locale. On reconnaîtra que cela rendrait bien difficile la déclaration de faillite d'une société; car si cette thèse était exacte elle permettrait tous les abus possibles et laisserait les créanciers sans aucune protection. Elle est d'ailleurs dépourvue de tout fondement. Il est bien évident que si une loi nationale donne compétence à ses tribunaux pour prononcer la faillite d'une société étrangère dans une série de cas déterminés, toute décision judiciaire est légalement fondée dès lors qu'il est établi en fait que le débiteur se trouve dans un des cas prévus par la loi. Il importe peu que le jugement considéré relève également l'existence d'autres liens de rattachement. Il s'agit alors de motifs surabondants.

¹ Comme l'on a rappelé plus haut (*supra*, Partie I, Chap. I), *Barcelona Traction* réalisait en Espagne des opérations commerciales au moyen de représentants, d'agents et de commissionnaires; elle possédait des biens d'une manière directe et indirecte, comme la *Réplique* elle-même le reconnaît (R., N° 907, p. 659); elle exerçait aussi des activités commerciales en Espagne, même si on la considère comme une société de portefeuille, puisqu'elle a vendu, échangé et amorti des obligations et qu'elle a acheté et vendu des actions d'autres sociétés espagnoles. *Barcelona Traction*, en outre, avait exploité en Espagne et continuait d'exploiter des droits et des concessions, en transférant à la société *Ebro*, en échange de toutes les actions de celle-ci, les concessions d'exploitation hydraulique qu'elle avait achetées à *Spanish Securities*. Si on ajoute à ceci que la faillite fut sollicitée par des créanciers qui étaient des ressortissants espagnols, que l'un des lieux de paiement des intérêts était Barcelone et que ladite société avait eu recours au crédit en Espagne, il est clair que tous les points de rattachement indiqués dans le *Contre-mémoire* se trouvaient réunis.

Grande, que cite le *Contre-mémoire*, il existe de nombreux précédents dans ce sens¹. Récemment, un jugement du Tribunal de Commerce du Havre a insisté sur le fait « que la disposition de l'article 14 » est générale et comprend toutes les obligations quels qu'en soient l'origine et l'objet »².

L'opinion de la doctrine n'est pas non plus douteuse. « Le premier tire argument de l'art. 14 du Code civil (sur ce texte, cf. *supra* V^o Compétence civile), qui, dans une pensée de défiance à l'égard des juges étrangers, déroge, au profit des créanciers français, au principe fondamental de procédure *Actor sequitur forum rei*. La faillite n'étant qu'un des moyens d'assurer l'exécution des obligations contractées par un commerçant, ce texte, dont l'extension paraît imposée par son but même, permettrait de faire déclarer en France la faillite d'un étranger, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper des mesures analogues qui ont pu, ou pourront être prises dans le pays où se trouve son principal établissement »³. Elle reconnaît également que « les tribunaux (français) ont fondé leur vocation à connaître des faillites internationales sur deux bases. D'une part — lorsqu'aucun Français n'est en cause — l'article 437 du Code de commerce, étendu aux rapports internationaux. D'autre part, les articles 14 et 15 du Code civil, dans l'hypothèse où soit le débiteur soit l'un des créanciers est Français »⁴, indépendamment de la situation de ses biens. Il s'agit donc bien là d'un critère différent, que l'on ne peut assimiler à celui de l'existence de biens sur le territoire de l'Etat déclarant la faillite.

c) L'appel au crédit.

70. Quant à la règle de l'appel au crédit, la *Réplique* affirme: « S'il est exact que, selon Ponsard, certaines décisions françaises admettent que la compétence des tribunaux français peut être fondée sur cette base... c'est uniquement dans la mesure où la présence d'avoirs n'est pas par elle-même suffisante à cet effet. Il s'agit donc tout au plus d'un critère accessoire, dont l'application présuppose la possession de biens » (R., V, N^o 483, p. 330).

¹ Cf. C.M., IV, p. 479. L'arrêt cité faisait suite à de nombreuses décisions de tribunaux qui, antérieurement, avaient explicitement ou implicitement retenu leur compétence sur la base de l'article 14 du Code civil français. On citera notamment, dans le même sens, les décisions des Tribunaux, des Cours d'appel et de la Cour de Cassation qui sont intervenus dans les procès intentés par les obligataires contre la *Cie des Chemins de Fer de « Victoria Minas »*, la *Banque Hypothécaire Franco-Argentine*, la *Société d'Héraclée*, etc. Or, il est significatif de constater qu'à aucun moment, les sociétés ou collectivités étrangères assignées devant les tribunaux français n'ont songé à prétendre que les tribunaux français étaient incompétents pour statuer à leur égard.

² *Trib. Comm., du Havre*, 27 mars 1964, Rev. dr. mar. fr. 1964, p. 630. (C'est nous qui soulignons.)

³ *Répertoire de droit international*, t. VIII, V^o « Faillite », p. 325, n. 295.

⁴ GALVALDA: « Etat actuel du droit international de la faillite », dans *Travaux du Comité Français de Droit international privé (1962-1964)*, Paris, 1965, p. 215.

Mais, de plus, la *Réplique* prétend établir, en prenant appui sur un texte doctrinal d'un auteur espagnol, ORÚE y ARREGUI, que le critère de juridiction déterminé par la nationalité des créanciers aurait été décrit en Espagne même comme « une exception absurde » au principe de la compétence exclusive des tribunaux du domicile du créancier... (R., N^o 483, p. 330).

Pour juger dans leurs justes limites du sens et de la portée de l'opinion exprimée par ORÚE, il faut tenir compte du fait que ce dernier la formule dans le Chapitre de son *Manual* qui traite de la compétence judiciaire internationale en général et non pas dans le paragraphe qui concerne expressément la compétence pour déclarer la faillite (Cf. ORÚE y ARREGUI: *Manual de Derecho internacional privado*, 3^e éd. Madrid, 1952, pp. 578 ss. et 809-810 respectivement). De plus, son point de vue concerne le droit français, et il s'agit d'une opinion *de iure condendo*, que l'on ne peut en aucun cas utiliser pour laisser entendre, à demi-mot, que le critère de juridiction déterminé par la nationalité est condamné dans le système positif espagnol et, encore moins, qu'il est ainsi particulièrement en matière de compétence pour déclarer la faillite.

D'autre part, comme le Gouvernement espagnol aura l'occasion de le rappeler plus loin, le critère de juridiction déterminé par la nationalité des parties a été accueilli de façon expresse dans le système jurisprudentiel espagnol de la compétence judiciaire internationale; il fut également allégué par la Cour Suprême, comme critère *cumulatif* dans sa décision du 17 janvier 1912.

Le passage reproduit ci-dessus dénature manifestement la formulation que Ponsard a donnée à ladite règle. La citation exacte de la pensée de cet auteur suffira à montrer qu'il a affirmé le contraire de ce que l'on veut lui faire dire. En effet, selon Ponsard: « D'autres décisions, ... rattachent en effet la faillite aux lois de police et de sûreté: étant donné le lien qui existe, en de pareilles matières, entre la compétence juridictionnelle et la compétence législative, les tribunaux français pourraient prononcer la faillite ou le règlement judiciaire toutes les fois que le débiteur aurait fait appel au crédit en France »¹.

Et le paragraphe précis auquel la *Réplique* fait référence dit textuellement: « Pour certains, il suffirait même qu'il existe des avoirs en France pour que la faillite y soit possible. Mais ceci n'est guère admissible, le problème n'est pas de statut réel, et il semble que l'on doive exiger qu'il ait été fait appel au crédit en France »².

Ainsi donc, comme on peut le voir, la règle de l'appel au crédit, loin de constituer un critère accessoire, est utilisée depuis longtemps dans le système français comme un critère principal, comme le souligne le *Contre-mémoire*³.

d) Lieu de paiement des obligations

71. Enfin, quant au critère de compétence déterminé par le lieu de paiement des obligations (*forum solutionis*) que le *Contre-mémoire* allègue, il est contesté par la *Réplique* qui affirme qu'« absolument aucune référence de doctrine ou de jurisprudence n'est citée à l'appui de cette règle » (R., V, N° 483, p. 330).

Or, le Gouvernement espagnol est en situation de satisfaire à cette exigence de la *Réplique* par une référence doctrinale dont le Gouvernement belge ne pourra nier la valeur: celle de J. A. Ramirez. En effet, lorsqu'il traite « Le droit international et la faillite », cet auteur étudie les limites de la juridiction des tribunaux espagnols. Après avoir analysé les données de législation, de jurisprudence et de doctrine, il parvient, à la solution suivante: « Nos tribunaux de juridiction ordinaire... sont compétents pour déclarer la faillite des commerçants — espagnols ou étrangers — ... lorsque le débiteur a contracté des obligations en Espagne ou qu'il doit les y exécuter » (RAMIREZ: *La quiebra*, tome III, Bosch, Barcelone, 1959, p. 758).

C'est ainsi que le critère du *forum solutionis* allégué par le Gouvernement espagnol, repose sur une interprétation doctrinale qui se fonde sur la législation, la jurisprudence et la doctrine espagnoles elles-mêmes. Dans ces conditions, le Gouvernement belge peut-il considérer comme illégitime que le *Contre-mémoire* ait allégué le critère du lieu de paiement dans ses considérations de droit international privé comparé?

¹ Cf. PONSARD: dans *Juris-classer de droit international*, fasc. 568, par. 16. (C'est nous qui soulignons.)

² Cf. PONSARD: *op. cit.*, par. 18. (C'est nous qui soulignons.)

³ La doctrine et la jurisprudence française affirment sans ambiguïté que l'appel au crédit en France constitue un lien de rattachement qui, à lui seul, suffit pour attribuer compétence aux juridictions françaises à l'effet de prononcer la faillite d'un commerçant étranger. C'est notamment en ce sens que s'est prononcée la Cour de Cassation dans l'arrêt du 12 juillet 1962, en rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel qui avait prononcé la faillite de la Compagnie des Chemins de Fer São Paulo-Rjo Grande (Cass. 2^e civ. 12 juillet 1962, *Rev. trim. dr. com.*, 1963, p. 377). Résumant la position de la jurisprudence, PERCEROU écrit: « Les tribunaux français peuvent être compétents pour ouvrir la faillite: ... c) plus généralement, à raison de ce fait que le défendeur a fait appel au crédit en France » (PERCEROU: *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2^e éd. Paris, 1938, t. III, par. 1721).

Au surplus, il est difficilement contestable que de nombreuses législations donnent compétence au tribunal du lieu d'exécution pour condamner le débiteur à exécuter ses obligations. Dès lors il n'existe aucune raison valable, en l'absence de toute disposition légale contraire, de lui dénier cette compétence pour connaître de l'action en déclaration de faillite, puisque cette déclaration tend au même but que l'action en paiement. Ainsi en ont décidé, notamment, diverses décisions rendues par les tribunaux français¹.

72. Dans ses « Considérations de Droit international privé comparé », le *Contre-mémoire* ne recherchait pas — contrairement à ce que prétend la *Réplique* — « un appui pour la décision du juge de Reus ». Ce dernier, tout comme les autres organes judiciaires espagnols qui se sont prononcés sur la compétence de la juridiction espagnole pour déclarer la faillite de *Barcelona Traction*, s'est basé sur les prescriptions légales applicables en l'occurrence, donc sur le droit espagnol. Le *Contre-mémoire* n'avait donc nul besoin de chercher aucun appui en dehors de ce droit pour prouver incontestablement la correction de la décision du juge de Reus. Comme il l'a déjà dit, les considérations de droit international privé comparé furent faites exclusivement en vue de corroborer les thèses essentielles sur la non-existence de normes internationales concernant la compétence judiciaire en matière de faillite.

2) *La justice espagnole considérée comme « forum conveniens » pour déclarer la faillite de Barcelona Traction*

73. Après avoir prouvé que la justice espagnole n'a violé aucune règle de droit international en déclarant la faillite de *Barcelona Traction*, le *Contre-mémoire* a consacré plusieurs pages à montrer aussi que « le juge espagnol était dans le cas d'espèce la juridiction appropriée (*forum conveniens*) » (cf. C.M., IV, N° 42-61, pp. 480-489).

La lecture du seul paragraphe que la *Réplique* consacre à l'examen des argumentations espagnoles en question (R., V, N° 484) autorise à considérer que, faute de réponse appropriée, le contenu substantiel du *Contre-mémoire* sur ce point subsiste. Il est surprenant que, sans même tenter de réfuter ces argumentations, le Gouvernement belge se permette d'affirmer que « 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*. »

74. Mais en même temps, une fois de plus, la *Réplique* essaie de remplacer l'absence de réponse convaincante par l'altération des arguments espagnols.

Ainsi, à cette occasion, le Gouvernement belge se livre à une grossière simplification du contenu et de la portée des thèses espagnoles. Selon la *Réplique*, en effet, de l'ensemble de ces arguments, il ressortirait uniquement « qu'en cas de conflit entre un siège fictif ou purement nominal et un siège effectif, les tribunaux donnent la préférence à ce dernier » et « que lorsqu'une personne fait le commerce sous le couvert d'une société de façade, elle peut être déclarée faillie si la société a été pourvue d'un capital insuffisant et si, par ailleurs, d'autres conditions sont réunies » (R., N° 484, p. 332).

75. Il suffit de parcourir les pages correspondantes du *Contre-mémoire* pour voir que le Gouvernement belge essaie de nier ce qu'il ne peut réfuter (cf. C.M., pp. 480-483).

¹ Voir notamment *Trib. Comm. Le Havre*, 27 mars 1964, *Rev. dr. mar. fr.* 1964, 627.

Il se trouve d'ailleurs que le Gouvernement espagnol appuie sa thèse sur la jurisprudence belge elle-même (C.M., IV, N° 48-53, pp. 483-485), ainsi que sur la jurisprudence d'autres pays (*ibid.*, N° 54-58, pp. 485-488).

On peut noter — fait qui ne manque pas de signification — que le *Gouvernement belge garde le plus total silence en ce qui concerne le sens et la portée donnés par le Contre-mémoire à la jurisprudence belge elle-même*. Le Gouvernement espagnol, constatant que la *Réplique* ne s'abstient pas en revanche d'attaquer les allégations du *Contre-mémoire* concernant la jurisprudence de certains autres pays (France, Etats-Unis), ne peut s'empêcher de penser, en toute justice, que ce silence ne peut s'expliquer que par un acquiescement à ce que dit le *Contre-mémoire* de la jurisprudence belge elle-même.

Quant aux tentatives faites en vue de défigurer l'interprétation donnée dans le *Contre-mémoire* à la jurisprudence française et à celle des Etats-Unis, une relecture attentive des décisions judiciaires alléguées prouve de façon indubitable que ces tentatives ont échoué¹.

76. En dernier recours, dans le but évident de combler en quelque sorte la lacune que la *Réplique* présente à cet égard, le Gouvernement belge utilise une tactique de diversion doctrinale. Pourtant, ses propres allégations finissent par se retourner contre lui.

En effet, dans la perspective que préconise Pillet — dont la *Réplique* invoque l'autorité — le *forum conveniens* pour la faillite de *Barcelona Traction* ne pouvait être que la juridiction espagnole, puisque c'est en Catalogne que se trouvaient les biens physiques et les concessions de l'entreprise qui constituaient le gage réel des obligataires en vertu duquel a été accordé le crédit qui a permis d'élever ces installations².

Sur cette question, comme sur beaucoup d'autres, la position adoptée par le Gouvernement belge est si artificielle que la *Réplique*, tout comme le *Mémoire*, laisse échapper de temps en temps, sans s'en rendre compte, des affirmations qui révèlent le manque de sincérité et de conviction de sa thèse, selon laquelle *Barcelona Traction* n'avait pas de biens et n'exerçait aucune activité en Espagne, puisque tous ces biens et ces activités appartenaient à *Ebro* et aux autres filiales³.

77. Au sujet de la citation de Travers, l'on comprend mal également « la satisfaction mêlée de surprise » qu'elle provoque chez le Gouvernement belge. L'affirmation que fait cet auteur de ce que le *forum conveniens* pour déclarer la faillite est l'Etat de l'« établissement principal du débiteur » indique clairement l'Espagne, où se trouvait, non pas l'établisse-

¹ Cf. Annexe Duplique N° 42.

² « La faillite, ainsi que le remarque Pillet (*Des personnes morales en droit international privé*, p. 267, N° 179), n'est autre chose que la constatation, après qu'une société n'a pas payé ses dettes, de l'insolvabilité de cette dernière, constatation qui est suivie de l'exécution sur les lieux. — Par conséquent, la faillite se rapproche ici d'une procédure de voie d'exécution; or toutes les mesures de voie d'exécution sont essentiellement territoriales. Dans cette mesure, la faillite doit être également territoriale » (LOUSOUARN, *Juris-classeur de droit international*, fasc. 564-C, par. 269).

³ Dans ce sens, par exemple, le *Mémoire* reconnaissait que « les gages [des créanciers] étaient dépourvus de valeur tant que les sociétés exploitantes n'auraient pas recouvré leurs installations » (M., I, N° 50, p. 29). Et, quand elle décrit le tort prétendument subi par *Barcelona Traction*, la *Réplique* dépeint le tableau d'une société qui « se trouve dépouillée de la totalité des biens qu'elle possédait directement ou indirectement dans un pays déterminé, et contrainte à cesser toutes ses opérations dans ce pays » (R., V, N° 907, p. 659). En d'autres termes: les biens et les opérations appartiennent à *Barcelona Traction* lorsqu'il s'agit de réclamer la « restitutio in integrum » ou la réparation par équivalence; mais ils ne lui appartiennent pas lorsqu'il s'agit d'établir la compétence de la juridiction espagnole.

sement principal, mais le *seul* établissement de *Barcelona Traction*. Les documents de la « receivership » montrent, en effet, l'absence de biens immeubles et d'actifs physiques de *Barcelona Traction* et de ses filiales hors d'Espagne ¹.

78. L'on peut ajouter ici à celles des auteurs déjà cités, une autre opinion, récente et d'un grand poids.

Lors de la session de l'*Institut de Droit International*, qui s'est tenue à Varsovie en septembre 1965, une résolution fut adoptée à l'unanimité sur « Les sociétés anonymes en droit international privé » ². L'article 9, alinéa 2 de cette Résolution dispose que lorsqu'une société possède pour l'exercice de son activité un établissement dans un Etat autre que celui de sa constitution, « L'Etat dans lequel est situé l'établissement peut également, dans l'intérêt des créanciers et dans les conditions prévues, par sa propre loi, procéder à la liquidation de l'établissement et des autres biens de la société qui se trouvent dans cet Etat ».

En adoptant ce paragraphe, l'*Institut* précisait que ces mesures pouvaient être prises aussi par l'Etat où se situaient les installations du siège réel ³. Et l'article 5 précise que « Le siège réel d'une société est l'endroit où elle a le centre principal de direction et de gestion de ses affaires, même si les décisions qui y sont prises le sont conformément à des directives émanant d'actionnaires résidant ailleurs ».

Ainsi donc, la Résolution de l'*Institut* admet qu'un Etat peut déclarer la faillite d'une société constituée à l'étranger, si cette société a un siège d'exploitation ou un centre d'activités, qu'il soit principal ou secondaire, dans l'Etat auquel appartient le tribunal. Le droit de l'Etat du tribunal saisi à « appliquer aux sociétés étrangères les dispositions de sa propre législation, notamment les dispositions de celle-ci tendant à protéger les créanciers nationaux de ces sociétés » est du même coup reconnu, comme le dit le Préambule même de la Résolution.

Il est indéniable que *Barcelona Traction* avait en Espagne le centre principal de gestion de ses affaires. On notera à ce sujet que les prospectus relatifs à l'émission d'obligations de *Barcelona Traction* précisait que la société avait son siège social à Toronto et « le siège d'exploitation à Barcelone » (C.M., IV, Chap. 1, vol. I, Annexe N° 11, Doc. n° 1, p. 88) ⁴.

79. Ainsi donc, le Gouvernement belge n'est pas parvenu à contester vraiment les arguments développés par le *Contre-mémoire* au sujet du *forum conveniens*. Jurisprudence et doctrine indiquent clairement que le juge national approprié pour déclarer en faillite une société est celui de l'Etat où se déroulent toutes ses activités. Dans le cas de *Barcelona Traction* c'était donc bien le juge espagnol qui était le *forum conveniens* puisque cette société, sous couvert d'un siège social au Canada, exerçait toutes ses activités en Espagne.

¹ C'est ainsi qu'un inventaire est fait, dans un document de la « receivership » canadienne, des biens de la société et de ses filiales hors d'Espagne, et, que sous la rubrique d'actifs physiques (« physical assets »), n'apparaît qu'un « trailer » de 20 tonnes, en dépôt dans le Royaume-Uni. Le secrétariat de la « receivership » lui-même dut être assumé par une société spéciale, *Barnex*, engagée à cet effet par contrat car elle [*Barcelona Traction*] n'avait pas de bureaux hors d'Espagne. (Cf. f. 604).

² Cf. *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 51, t. II, 1965, pp. 263-267. Voir Annexe Duplique, No. 43.

³ *Annuaire*, cit., p. 128.

⁴ A ce sujet il convient de rappeler l'arrêt de la Cour Permanente de Justice Internationale dans l'affaire des emprunts brésiliens (Série A, N° 20/21, p. 113) qui disait au sujet des prospectus relatifs à l'émission d'obligations : « Le prospectus peut être considéré comme une offre permanente, aux termes de laquelle tout porteur a, dans l'avenir, le droit de se référer, au cas où il se trouverait une ambiguïté dans le libellé des titres. »

§ 2: LA PRÉTENDUE USURPATION DE COMPÉTENCE EN RAISON
DE L'EXTENSION DES EFFETS DE LA FAILLITE EN DEHORS
DU TERRITOIRE ESPAGNOL

A. *Les variations et les incertitudes du grief invoqué*

80. Le *Mémoire* imputait au Gouvernement espagnol une deuxième sorte d'usurpation de compétence, issue de « l'extension par le juge de Reus, à des biens situés hors d'Espagne, des saisies prononcées à charge de la société faillie et des mesures d'aliénation qui suivirent » (M., I, N° 336, p. 167). Comme types précis de cette nouvelle sorte d'usurpation de compétence, il indiquait les suivants: la saisie des actifs des filiales; l'exercice par les organes de la faillite des droits inhérents aux actions; ce que l'on appelle l'« hispanisation des sociétés filiales ayant un statut canadien » et ce qui a trait à l'émission de titres. Le Gouvernement espagnol a fait de cette imputation une réfutation ample et décisive (Cf. C.M., N° 63-85, pp. 489-497).

81. En tant que grief fondé sur une prétendue violation du Droit international, cette accusation a presque disparu de la *Réplique*, où elle s'est convertie essentiellement en accusation de violation du droit espagnol.

En ce qui concerne le Droit international, il en reste en effet à peine trace aux paragraphes 454 et 455 et dans un passage du paragraphe 546. Pourtant, à la Section III du Chapitre II de la Deuxième Partie de la *Réplique*, l'on parle souvent d'« usurpation de compétence » ou de « grossière usurpation de compétence » comme de quelque chose de différent de la prétendue violation du droit espagnol. On laisse ainsi entendre, sans toutefois oser l'affirmer, qu'il y aurait eu violation du Droit international dans les hypothèses analysées.

82. Ainsi, en ce qui concerne ce grief, la principale difficulté à laquelle on se heurte est son identification: savoir précisément de quoi se plaint le Gouvernement belge. Et cette difficulté ne fait qu'augmenter avec les contradictions que commet la *Réplique* à cet égard.

D'abord, au paragraphe 454, le grief semble être défini comme violation du principe de droit international qui « interdit aux Etats de poursuivre en territoire étranger l'exécution de leurs décisions administratives et de leurs jugements ».

La citation de la jurisprudence internationale que fait le Gouvernement belge à l'appui du principe invoqué au paragraphe 454 ne projette guère de lumière. En effet, il transcrit un passage, extrait de son contexte, de l'arrêt de la Cour Permanente de Justice Internationale rendu dans l'affaire du *Lotus*, qui exclut « tout exercice de la puissance d'un Etat dans le territoire d'un autre Etat ».

Puis le Gouvernement espagnol constate, non sans surprise, qu'un peu plus loin, en dépit de toute logique, la *Réplique* énonce une nouvelle accusation (N° 565).

En effet, le Gouvernement espagnol est accusé de ce qu'« aucun effort sérieux n'avait même été tenté pour obtenir la remise » des titres déposés au Canada.

Plus loin, la *Réplique* (V, N° 546) rappelle le « 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 ».

Au paragraphe 455, la *Réplique* allègue que ce principe s'étend au 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 ». ¹

L'accusation relative à cette deuxième sorte d'usurpation de compétence semble être plus précise au paragraphe 547 de la *Réplique*, où le grief est défini comme le fait d'« atteindre ... des biens situés à l'étranger sans respecter les formalités d'exequatur nécessaires ... les tribunaux espagnols ont ... usurpé une compétence qui appartenait exclusivement aux tribunaux canadiens » ¹.

On voit donc que le Gouvernement belge éprouve certaines difficultés à énoncer clairement ce qu'il reproche au Gouvernement espagnol. Celui-ci va tenter maintenant de démontrer l'inexistence de cette prétendue usurpation de la compétence d'exécuter un jugement qui serait résultée d'une soi-disant extension des effets de la faillite au-delà des limites du territoire espagnol.

B. L'inexistence de l'usurpation de compétence

83. Pour répondre au grief formulé au paragraphe 454 de la *Réplique*, selon lequel le Gouvernement espagnol aurait poursuivi en territoire étranger l'exécution du jugement de faillite de *Barcelona Traction* — ce qui équivaldrait à un exercice de puissance sur le territoire d'un autre Etat —, le Gouvernement espagnol se permet de faire les remarques suivantes:

La *Réplique* semblant donner à l'expression « poursuivre en territoire étranger l'exécution de leurs décisions » un sens équivalent à essayer de réaliser, dans ce but, « tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat », le Gouvernement espagnol est, jusqu'à présent, totalement d'accord avec le Gouvernement belge. En effet, il reconnaît, que la souveraineté territoriale de l'Etat implique l'interdiction absolue pour tout Etat d'exercer une action de coercition sur le territoire d'un autre, et, partant, l'interdiction de tout acte de caractère coercitif en ce qui concerne l'exercice de la justice.

La réponse évidente à l'accusation est double; d'une part, on comprend mal en quoi consiste le grief formulé par la *Réplique* puisque le Gouvernement espagnol n'aurait pu violer la souveraineté de l'Etat belge dans cette affaire, même s'il l'avait voulu, puisque les titres étaient situés au Canada. D'autre part, l'Espagne n'a pas exercé le moins du monde « sa puissance » en territoire canadien ni en aucun autre territoire étranger. Il n'y a pas eu le moindre acte de puissance, pas la moindre action de coercition ou mesure d'exécution en territoire non espagnol qui puisse justifier une accusation de violation du droit international et qui reposerait sur le *dictum* de la Cour Permanente, cité par la *Réplique* à l'appui de ses dires.

84. Si le Gouvernement espagnol a ainsi respecté le principe de la souveraineté territoriale de l'Etat, dans son aspect négatif, c'est que son utilisation dans son aspect positif — énoncé par la *Réplique* au paragraphe 546 qui affirme la compétence exclusive de l'Etat

¹ C'est nous qui composons en italiques.

sur le territoire duquel les biens sont situés — lui a permis d'obtenir entière satisfaction; en effet, c'est en s'appuyant sur ce principe dans son aspect positif que le Gouvernement espagnol a revendiqué sa condition de *forum conveniens* pour déclarer la faillite de *Barcelona Traction*. Comme le *Contre-mémoire* l'a déjà dit, « la saisie et la vente portèrent sur les biens et les droits de *Barcelona Traction* qui se trouvaient exclusivement en Espagne, et non pas sur certains titres, documents et registres comptables qui se trouvaient au Canada ».

Si donc la justice espagnole n'a pas réalisé et n'a pas tenté de réaliser des actes d'exécution en dehors de l'Espagne ce fut, entre autres raisons, parce que *l'on pouvait parvenir à la totale efficacité de la déclaration de faillite de Barcelona Traction sans y avoir recours*. En effet, tous les biens et droits saisis et vendus à la suite de cette déclaration étaient situés en Espagne.

A cet égard, la meilleure preuve que ces biens et droits se trouvaient en territoire espagnol est que, la justice espagnole n'ayant agi qu'à l'intérieur de celui-ci, « la saisie et la vente judiciaire des actions et des droits de *Barcelona Traction* sur *Ebro* et des autres sociétés auxiliaires s'avéra pleinement efficace » (C.M., IV, par. 65, p. 490). Ce qui fait que l'argument belge qui affirme que la justice espagnole devait avoir recours à l'exequatur et à la coopération des autorités canadiennes est totalement dépourvu de pertinence comme on le verra un peu plus loin.

85. Il ressort de ce qui précède que la décision concernant le « grief » d'usurpation de compétence ne dépend pas du *situs* des actions, mais qu'il s'agit d'une question préalable, concernant la portée de l'activité législative et judiciaire de tout Etat. En d'autres termes, il n'est pas nécessaire de démontrer que le *situs* des droits ou des actions de *Barcelona Traction* et des filiales se trouvaient en Espagne pour être en mesure de conclure que les dispositions législatives et les actes judiciaires espagnols étaient en accord avec le Droit international. Il suffit de démontrer qu'aucune mesure ne fut prise ni mise à exécution envers des biens ou des droits situés hors d'Espagne, et que les mesures judiciaires adoptées n'ont pas projeté leurs effets au-delà des limites du territoire espagnol. Cela suffit à éliminer la prétendue violation du droit international¹.

86. En conclusion, la prétention du Gouvernement belge que le Droit international aurait été violé par suite d'une usurpation de compétence, du fait que la faillite de *Barcelona Traction* fut menée à son terme, bien que le débiteur ait pris la « précaution » de déposer tous les titres d'actions et d'obligations au Canada, a totalement échoué.

Cette tentative du Gouvernement belge était vouée à l'échec; il est inconcevable de prétendre et impossible de démontrer qu'il existe une règle de Droit international établissant que les biens patrimoniaux réellement situés sur le territoire d'un Etat doivent devenir intangibles pour les autorités territoriales lorsque ces biens appartiennent à une société étrangère et que les dirigeants de cette société ont déposé à l'extérieur les titres justificatifs de leurs droits.

Admettre que le Droit international impose une telle limitation à l'Etat territorial impliquerait l'acceptation d'une dérogation lourde de conséquences graves et imprévisibles, à l'une des normes essentielles aussi bien du Droit international public que de tous les systèmes de Droit international privé: celle qui établit la pleine compétence de l'Etat sur les biens situés sur son territoire, principe que le Gouvernement espagnol n'a pas violé.

¹ A propos de la véritable portée de la question du *situs* cf. *Annexe Duplique* N° 44.

87. Il semble d'ailleurs que le Gouvernement belge soit, sur ce point, tout à fait d'accord avec le Gouvernement espagnol, puisqu'il reconnaît (R., V, N° 565) que le Gouvernement espagnol n'a rien tenté pour obtenir la remise des titres déposés au Canada, constatation dont il va même jusqu'à faire une accusation!

Il est bien évident qu'il est impossible de se défendre d'accusations aussi contradictoires que celles dans lesquelles l'on accuse tour à tour le Gouvernement espagnol d'avoir poursuivi, puis de ne pas avoir poursuivi, l'exécution des décisions du for en territoire étranger.

88. Enfin le Gouvernement espagnol ne peut entièrement souscrire à l'extension de ce principe au cas où l'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 » (R., N° 455).

D'une part, la première partie de cette phrase est nettement inapplicable au cas présent, puisque les mesures prises par les tribunaux espagnols ne furent en aucune façon « appelées à être consommées dans l'Etat étranger ».

D'autre part, quant à la deuxième partie de ladite phrase, à savoir que les mesures prises dans un Etat « requièrent soumission dans l'Etat étranger », il faut se mettre d'accord sur le concept sous-jacent à cette exigence de soumission et sur les modalités et les moyens utilisés à cet égard.

Si cette exigence suppose l'exercice d'actes de puissance, il est évident qu'en vertu du Droit international, un Etat ne peut « requérir soumission » à ses mesures dans un Etat étranger.

Mais il est évident aussi qu'en vertu du Droit international, un Etat peut « requérir soumission » à ses mesures de la part de particuliers qui se trouvent dans un Etat étranger, si une telle demande n'est pas assortie d'actes de puissance publique, de mesures coercitives. Ce droit, appelé classiquement *droit de juridiction*, est clairement reconnu par la Cour Permanente de Justice Internationale dans l'arrêt du *Lotus* lorsqu'elle ajoute, à la suite du passage transcrit dans la *Réplique*, que le Droit international n'interdit pas mais laisse une grande liberté « aux Etats d'atteindre par leurs lois et de soumettre à la juridiction de leurs tribunaux des personnes, des biens et des actes hors du territoire » (C.P.J.I., Série A, N° 10, p. 19)¹.

89. Aussi est-il tout à fait possible pour un Etat « d'atteindre des biens, situés à l'étranger » sans pour cela être obligé de recourir à la procédure d'exequatur tant que cette

¹ C'est ainsi que tout Etat requiert que les étrangers résidant hors de son territoire, mais qui y ont développé des activités, paient des impôts sur les revenus retirés de ces activités, même s'ils se trouvent en territoire étranger.

Il en est de même en matière de faillite. La législation comparée démontre que, indépendamment de l'attitude qu'ils adoptent envers la doctrine de la territorialité ou de la pluralité de la faillite, tous les pays aspirent à ce que la faillite déclarée par leurs tribunaux étende ses effets à tous les biens et documents du débiteur, où qu'ils se trouvent, même s'ils ont été placés hors du territoire national. Aucune législation sur les faillites ne peut renoncer à l'aspiration de voir tous les biens et documents du débiteur, où qu'ils se trouvent, affectés par cette déclaration. Autrement, il serait très facile à un débiteur qui se trouve au bord de la faillite de déjouer ces dispositions en plaçant tout simplement ses biens et ses documents hors de la juridiction nationale.

Dans le cas de *Barcelona Traction*, cette norme fut appliquée, comme le disait la Cour d'appel (« Audiencia ») de Barcelone dans sa décision du 5 février 1952.

atteinte ne s'accompagne pas de mesures de coercition. L'exequatur canadien aurait été indispensable si les juges espagnols ou les organes de la faillite avaient voulu procéder matériellement à la saisie des titres déposés au Canada.

Mais l'exequatur n'est en aucune façon nécessaire pour que, sans violer le *Droit international*, la législation d'un Etat puisse atteindre des personnes, des biens ou documents sis dans un autre Etat, dès lors que les autorités du premier Etat n'ont pas à recourir à des mesures de coercition pour que la décision judiciaire envisagée produise ses effets. En l'espèce, les autorités judiciaires espagnoles se sont bornées à attendre que les intéressés se soumettent volontairement aux obligations issues de l'ordre de dessaisissement, obligations résultant des dispositions du Code de commerce espagnol (art. 893-5) et des requêtes précises adressées aux administrateurs de la faillite et de la *National Trust*.

C. Le problème de l'émission des titres

90. Le Gouvernement espagnol rappelle que tous les actes d'exécution dérivés de la déclaration de faillite de *Barcelona Traction* furent réalisés uniquement et exclusivement en territoire espagnol. Cela est tellement indiscutable que le Gouvernement espagnol met le Gouvernement belge au défi de citer un seul cas où, par suite des actes de procédure réalisés, un acte de puissance aurait été commis hors du territoire espagnol. Tous les actes accomplis l'ont été conformément aux exigences de la souveraineté territoriale de l'Etat¹.

91. Malgré tout, la *Réplique* considère que le Gouvernement espagnol a violé la souveraineté territoriale du Canada et, partant, le principe formulé dans l'arrêt du *Lotus* qu'elle transcrit au par. 454, puisqu'il a toléré « la contre-façon de titres ou valeurs émis par des sociétés étrangères » (R., V, N° 455, p. 311).

Le Gouvernement espagnol prouvera plus loin à quel point cette accusation est dépourvue de fondement, puisque les titres émis par les administrateurs des filiales ne réunissaient en aucune façon les caractéristiques propres aux documents susceptibles d'être qualifiés de faux. Il faut pourtant démontrer ici, à la lumière du *Droit international*, que ces actes n'ont provoqué ni n'ont pu provoquer la moindre responsabilité imputable à l'Etat espagnol.

92. Il est évident qu'il faut distinguer le principe de l'exclusivité de la compétence territoriale de l'Etat en ce qui concerne la réalisation d'actes de puissance et les règles du droit international relatives à la responsabilité de l'Etat pour dommages causés aux biens et personnes étrangers.

Si le Gouvernement espagnol avait toléré par exemple la falsification de titres émis par des banques étrangères — ce qui ne se produisit pas — il aurait commis un acte internationalement illicite, non pas parce qu'il aurait ainsi usurpé une compétence territoriale, mais bien parce qu'il aurait ainsi méconnu le devoir qu'a tout Etat d'éviter que des actes dommageables pour des Etats étrangers ou leurs ressortissants soient commis sur son territoire.

¹ Bien que le Gouvernement espagnol traite de cette question plus loin, il convient de souligner qu'il est évident que les biens et les droits que visaient ces actes se trouvaient en territoire espagnol. Autrement, ces actes n'auraient pu être efficaces, et il ne fait assurément aucun doute qu'ils le furent.

93. Il convient d'indiquer maintenant la raison qui a déterminé l'émission des titres en question et la façon dont celle-ci a été réalisée.

L'attitude initiale de la justice espagnole et des organes de la faillite consistant à se contenter de la possession de *jure* des titres, sans en requérir la saisie effective, et d'attendre la soumission volontaire des titulaires se trouvant à l'étranger, ne pouvait se prolonger indéfiniment.

Le principal risque que la prolongation de cette situation pouvait entraîner était que, malgré l'interdiction qui lui en était faite en Espagne, la faillie tentât de transférer ces titres à des tiers de bonne foi, afin que ces tiers comparussent devant les tribunaux espagnols pour revendiquer les actifs des filiales au moyen d'une *tercería de dominio*¹.

94. L'on comprend alors que, pour que des tiers innocents ne puissent être surpris dans leur bonne foi, les syndics de la faillite et les Conseils d'administration des filiales aient procédé à l'émission de titres.

Il est significatif que cet acte des particuliers — dont la responsabilité ne peut être imputée à l'Etat espagnol ni à ses organes judiciaires, qui n'influa pas sur les procédures ultérieures, et ne causa aucun tort à la faillie — fasse l'objet de la seule accusation qui ait subsisté dans la *Réplique*, sous le qualificatif d'usurpation de compétence en raison de l'extension des effets de la faillite. Cet abandon du Gouvernement belge se reflète au paragraphe 455 de la *Réplique* qui mentionne, comme seul exemple spécifique de cette sorte d'usurpation de compétence, le fait que le Gouvernement espagnol ait toléré cette émission de titres.

Il ne semble pas logique d'invoquer une usurpation de compétence du fait d'*actes de puissance* et de *mesures d'exécution* en territoire étranger, alors que la seule chose que l'on reproche « *in concreto* » sont des abstentions : « *inaction* », « *tolérance* ». De par son essence même, l'usurpation de compétence requiert et implique que les organes d'un Etat commettent des actes positifs, tels qu'une arrestation ou qu'une saisie de biens en territoire étranger. Il n'est donc pas possible de commettre une usurpation de compétence par le seul fait d'une inaction.

95. D'autre part, il est indéniable que l'Etat où une faillite a été déclarée a parfaitement le droit, sans qu'on puisse l'accuser d'usurpation de compétence, de se refuser à reconnaître, sur son territoire, la validité ou l'effet de tout transfert de titres qui pourrait être effectué dans un territoire étranger en violation du dessaisissement et de l'interdiction décidés par ses tribunaux. Ce refus est un attribut de la compétence juridictionnelle de tout Etat².

¹ Il est indubitable que les syndics de la faillite s'exposaient à ce que ces transferts soient effectués et à ce que ces procédures soient entamées, ce qui pouvait entraîner de graves préjudices pour les créanciers et même une responsabilité patrimoniale des syndics pour négligence dans l'exercice de leurs fonctions.

D'autre part, ce risque n'était pas totalement théorique, comme le prouve le fait que l'avocat espagnol de la faillie et de *National Trust*, M. Sánchez Jiménez, a conseillé à ses clients d'avoir recours au procédé consistant à transférer les titres d'actions des filiales et d'obligations à des tiers étrangers à la faillie (*Receivership*, f. 538-539).

² Dans l'*Affaire Braun c. The Custodian*, la Cour Suprême du Canada a reconnu cette prérogative indéniable. Dans cette affaire, l'appelant a exposé un argument semblable à celui du Gouvernement belge, en ce sens que les dispositions adoptées par le Canada « apply only to persons, property and transactions within the territorial boundaries of Canada, and have neither authority nor effect to restrain persons, property or transactions of foreigners in foreign countries ». La Cour Suprême a rejeté cette

Le Gouvernement belge lui-même reconnaît dans la *Réplique* que les organes espagnols de la faillite avaient compétence pour « s'opposer éventuellement à l'exercice des droits d'actionnaire par toute autre personne, notamment par le failli lui-même » (R., V, N° 564, p. 421).

Ainsi donc, cette attitude de refus ne peut en aucune manière signifier une « usurpation de compétence ».

96. Les tribunaux espagnols se sont refusés à reconnaître en Espagne les droits fondés sur la qualité de titulaire de titres situés au Canada, lorsque cette allégation était faite par des personnes qui n'étaient pas autorisées à les invoquer dans le cadre de la faillite espagnole, mais les ont, au contraire, reconnus dans le cas opposé.

Ainsi ils n'ont pas reconnu les droits invoqués par *Ebro*, dans sa prétendue *tercería* entamée par des mandataires alors que l'autorisation d'agir dont ils se prévalaient procédait d'un conseil d'administration canadien désigné par la société faillie postérieurement à son interdiction ni ceux qui étaient invoqués par la *National Trust*, parce que tout en agissant apparemment en son nom propre cette dernière intervenait en réalité pour le compte de la faillie qui était « *beneficial owner* » des titres invoqués. En revanche, les tribunaux espagnols ont admis que soient invoqués en Espagne des droits représentés par des titres détenus par des personnes ayant qualité pour agir en vertu du régime juridique espagnol, telles le séquestre-dépositaire d'abord, et les syndics par la suite.

Ni les autorités espagnoles, ni personne n'a jamais prétendu, à aucun moment, que ce refus et cette reconnaissance de droits, intervenus dans le cadre de la faillite espagnole fussent être admis comme efficaces au Canada, par les autorités ou par les tribunaux canadiens. De telles décisions ne tendaient qu'à être applicables du point de vue du Droit espagnol et à l'intérieur du territoire national, sans se soucier en aucune façon de la valeur que d'autres Etats pourraient attribuer à ces décisions ou aux titres émis. Personne n'a jamais prétendu que les titres déposés et conservés au Canada fussent annulés du point de vue du Droit canadien et à l'intérieur du territoire du Canada.

thèse dans des termes catégoriques: « while undoubtedly the Governor in Council could not prevent the share certificates from being physically endorsed by the holder and handed over to a purchaser, he could provide that no transfer should confer on the transferee any rights or remedies in respect to such securities » (1944, *Dominion Law Reports*, pp. 209 et 213).

SECTION II

LE PRÉTENDU RETARD DANS L'ADMINISTRATION
DE LA JUSTICE

97. Le second prétendu acte illicite commis par les autorités judiciaires espagnoles et qui engagerait leur responsabilité du point de vue international serait le déni de justice au sens propre du terme (refus d'accès ou refus de statuer et délais injustifiés) ou, d'après la terminologie de la *Réplique*, les actes intervenus en violation des normes imposant aux Etats l'obligation « d'ouvrir aux étrangers l'accès aux tribunaux et de ne pas les soumettre à des délais absolument injustifiés » (R., V, par. 446).

98. Le *Contre-mémoire* a démontré que la première sorte de déni de justice au sens propre, à savoir le refus d'accès ou le refus de statuer, n'a pas existé dans les faits de la cause (C.-M., IV, pars. 90 à 94 du Chap. IV, pp. 500-501), et que les tribunaux espagnols avaient au contraire empêché tous les agissements destinés à écarter du prétoire la *Barcelona Traction*.

Le Gouvernement belge n'a rien pu opposer à ces affirmations.

Il ne reste en effet plus trace dans la *Réplique* d'une accusation spécifique de refus d'accès ou de refus de statuer. Il est vrai que sous le titre *Dénis de justice proprement dits dans la procédure* et dans la sous-section 2 de la Section VI du Chapitre II de la seconde partie de la *Réplique*, le Gouvernement belge attaque quelques « décisions qui ont déclaré les recours irrecevables ou qui y ont définitivement fait obstacle ». Mais toutes les accusations qui y sont formulées se réfèrent au contenu de décisions judiciaires ayant, d'après la partie adverse, appliqué de façon grossièrement erronée le droit national. Cela signifie que la responsabilité ne pourrait être mise en cause qu'au cas où les conditions indiquées pour la responsabilité internationale en raison du contenu des décisions se trouveraient réunies (cf. *supra*, Chap. I, Sect. II, § 3), ce que le Gouvernement espagnol ne saurait admettre dans le cas d'espèce. La réponse à de telles accusations sera donc donnée aux Chapitres III (Sect. V et VI) et IV de la présente seconde partie de la *Duplicque*.

99. La seconde sorte de déni de justice au sens propre du terme est représentée par le retard injustifié dans la procédure.

Il a déjà été dit dans le *Contre-Mémoire* que ce cas de responsabilité internationale comporte deux éléments: un élément objectif et un élément subjectif. L'élément objectif est constitué par le retard apporté à statuer. L'élément subjectif, par le caractère injustifié, indu et irraisonnable du retard. C'est ainsi que Vattel pouvait parler du retard « dont on ne peut donner de bonnes raisons »¹.

¹ VATTEL, *op. cit.*, t. II, par. 350. DURAND a dit que pour qu'il y ait responsabilité internationale « il faut que le retard préjudiciable soit anormal, abusif et par son importance et par ses causes » (*La responsabilité internationale des Etats pour déni de justice*, R.G.D.I.P. 1931, p. 729).

La *Réplique* n'a rien opposé à cette construction. (Cf. *supra*, N° 24).

100. Le *Contre-mémoire* a démontré que l'élément objectif du délai n'avait pas existé en l'occurrence puisque la durée totale de la procédure de faillite de *Barcelona Traction* n'est pas excessive si on la compare avec la durée de procès semblables dans d'autres pays, y compris l'Etat défendeur (C.M., par. 96 du Chap. IV, p. 502, *Annexe N° 134* au Chap. III).

L'impact produit par cet argument sur le Gouvernement belge n'aurait pu être plus grand. Cela est si vrai que la *Réplique* prétend maintenant que « le problème n'est pas là », et que « ce point n'est pas davantage contesté » — (R., par. 645). Cet aveu est important, car il montre que le Gouvernement belge n'arrive point à trouver de points d'appui pour une accusation concernant le retard. Il est contraint de se rabattre sur un grief qu'il formule plus loin (R., pars. 688-700) et qui a trait au contenu des décisions judiciaires. Accusation qui est d'ailleurs également infondée et qui sera réfutée dans le Chapitre III, pars. 563 ss. *infra*.

101. De même, aucune des accusations formulées par la *Réplique* sous le titre « Décisions ajournant l'examen des recours » (*sous-section N° 1, Section VI, Chap. II, Deuxième Partie*), ne concerne réellement le retard au sens technique. Bien que le titre de la section soit « Les dénis de justice proprement dits dans la procédure », tous les griefs formulés se rapportent au contenu des décisions judiciaires (Cf. *Annexe N° 45*). Cela veut dire que la responsabilité de l'Etat espagnol ne se trouverait engagée que si les décisions contestées ne remplissaient les trois conditions qui ont été signalées *supra* (pars. 25 ss., Chap. I, Partie II). C'est donc aux Chapitres III et IV *infra* qu'on réfutera les griefs avancés à ce sujet par le Gouvernement belge.

On verra spécialement au Chap. III (Sect. VI) de cette Partie que les décisions prises à ce sujet par les juges espagnols sont entièrement conformes au droit interne. Face aux manœuvres dilatoires des deux groupes en litige, la justice espagnole fit son devoir avec une neutralité et une équanimité absolues, car de même qu'elle admit « a tràmite » la contestation par Boter de la personnalité des demandeurs (v. *infra* pars. 490 ss.) ou la contestation par Genora de l'avoué de la société faillie (v. *infra* pars. 496 ss.), elle admit également « a tràmite » des demandes dilatoires du groupe adverse, comme celle de Andreu et Sagnier, pour essayer d'écartier du prétoire les syndics et les demandeurs (v. *infra* pars. 501 ss.). C'est en somme au Gouvernement belge que font défaut ces vertus de neutralité et d'équanimité, puisqu'il censure les juges espagnols lorsqu'ils admirent « a tràmite » les demandes des demandeurs, alors qu'il ne trouve rien à redire aux décisions des mêmes juges qui admirent, dans des hypothèses procédurales identiques, les demandes dilatoires du groupe de *Barcelona Traction*.

Ce n'est donc qu'aux parties en litige qu'il faut reprocher la responsabilité des suspensions et des dilations. Et il y a lieu, à ce sujet, de distinguer dans la procédure de la faillite, les trois périodes ci-dessous indiquées.

102. La première de ces périodes s'étend de 1948 à 1951, durant laquelle les deux groupes en litige coïncident dans une politique tendant à la suspension de la procédure, à l'exception de la deuxième section ou section d'administration. Il ne revient pas au Gouvernement espagnol de déterminer les motifs de cette attitude commune d'expectative, à savoir, si elle

avait pour but de donner une opportunité aux négociations privées en cours, ou bien d'attendre la décision de la Commission Internationale d'Enquête, ou si elle avait d'autres motifs. Quoi qu'il en soit, ce qui est certain c'est que *Barcelona Traction* manifesta un net intérêt pour la prolongation de la procédure, ainsi que le démontrent les points suivants:

a) *Barcelona Traction* a comparu au cours de la procédure le 18 juin 1948. La première chose qu'elle a faite a été de soulever un incident de nullité des actes de la procédure le 5 juillet suivant, acte qui a été développé le 30 du même mois. *Dans cet incident elle a demandé la suspension des actes de la procédure* (v. *infra* Chap. III, pars. 507 ss.).

b) Lorsque le dossier judiciaire (« autos ») a été porté à la Cour d'appel (« Audiencia ») à la suite de l'appel interjeté par Boter contre la décision du 14 février 1949, la société faillie a introduit le 11 juillet de la même année un incident de nullité des actes de la procédure avec requête expresse de suspension du procès (v. *infra* Chap. III, pars. 507 ss.).

c) L'incident Genora suspendant l'appel Boter ayant été reçu « a tràmite » (ordonnance du 12 juillet 1949), *Barcelona Traction* n'a pas attaqué cette décision nonobstant le fait que l'article 743 du Code de procédure civile accordait un recours en rétractation (« reposición ») (v. *infra* Chap. III, pars. 507 ss.).

d) Le jugement de l'incident Genora ayant été rendu, les demandeurs se sont pourvus en cassation le 16 mars 1951, mais *Barcelona Traction* s'est abstenue de demander à la Cour d'appel (« Audiencia ») l'exécution du jugement rendu en invoquant les dispositions de l'article 1786 du Code de procédure civile (v. *infra* Chap. III, pars. 507 ss.).

103. Au cours d'une deuxième phase comprenant les années 1951 et 1952, *Barcelona Traction* utilise toute sorte de moyens pour suspendre la procédure tant la première que la deuxième section. C'est ainsi que, à partir du 24 septembre 1951, précisément lorsque la vente apparaît comme imminente, *Barcelona Traction* change d'opinion quant aux effets des recours dans la procédure de faillite, et contrairement à ce qu'elle avait précédemment maintenu elle demande que ses recours soient admis avec effet suspensif outre l'effet dévolutif (v. *infra* pars. 506 et *Annexe N° 138*).

La *receivership* contient des renseignements concluants sur cette attitude de *Barcelona Traction*.

M. Sánchez Jiménez, l'un des avocats du groupe en Espagne, a avoué dans le document « N » apporté à titre de preuve et annexé au mémorandum du *receiver* du 24 décembre 1951 (cf. *Receivership*, pp. 805-806), ce qui suit: « Dès que nous avons eu connaissance de l'ordre de vente du 27 août 1951, nous en avons fait part aux clients. *Ceux-ci me donnèrent des instructions pour gagner du temps et pour faire différer l'exécution de la vente le plus longtemps possible*, afin de permettre au *receiver* de se rendre en Espagne et d'avoir un entretien avec des membres du Gouvernement espagnol. » M. Sánchez Jiménez a exposé ensuite les recours dilatoires présentés à cette fin, recours qui ont été au nombre de huit, à savoir ceux des 1^{er} septembre 1951, 18 septembre 1951, 24 septembre 1951, 2 octobre 1951, 20 octobre 1951, 29 octobre 1951, 7 novembre 1951 et 16 novembre 1951. A la fin de son rapport, l'avocat espagnol a ajouté: « *Entre-temps, je ferai tout mon possible pour différer la publication de l'avis de ventes aux enchères...* » (cf. *Receivership*, p. 825).

Le paragraphe suivant, non moins éloquent, est relevé dans le mémorandum du *receiver* du 18 avril 1952: « (e) Les efforts réalisés soit auprès des tribunaux espagnols,

soit par des pressions diplomatiques exercées sur le Gouvernement espagnol, soit d'une autre façon, pour rétablir une situation légale en Espagne, sont parvenus à mon avis aux résultats importants suivants: (i) *ils sont parvenus à tout le moins à obtenir un retard très appréciable dans le terme à donner à la faillite espagnole...* » (cf. *Receivership*, p. 861).

Ces déclarations sont plus qu'éloquentes.

104. La troisième période commence une fois la vente consommée, et c'est alors que se manifeste avec le plus de frénésie l'activité dilatoire de *Barcelona Traction*. La société faillie s'étant convaincue sans doute du manque de fondement des recours pendants, elle essaye de simuler l'hypothèse de fait qui rende possible une réclamation internationale pour « déni de justice ». Et, à cette fin, le groupe réalise les manœuvres dilatoires suivantes:

a) Lorsque l'instruction de l'appel Boter a été reprise, *Barcelona Traction* a soulevé, le 21 mars 1953, un nouvel incident à propos du montant litigieux, et a à nouveau demandé la suspension des actes de la procédure.

b) *Barcelona Traction* s'est jointe à l'appel Boter, le 11 avril 1953, ce qui lui permettait évidemment d'empêcher qu'un désistement éventuel de Boter ne fasse lever la suspension de la procédure. La société employa dans l'acte en question des termes qui se passent de tout commentaire: « Par conséquent, si nous nous opposons à la requête de Boter ce n'est pas parce que nous sommes pressés d'en terminer avec cette affaire, mais bien parce qu'elle dépasse les bornes de ce qui est permis. S'aligner sur cette requête reviendrait à méconnaître les postulats les plus élémentaires non de la procédure civile, mais du sens commun » (v. *infra* Chap. III, pars. 507 ss.).

c) Les « coïntéressés » Andreu et Sagnier ont soulevé, le 29 avril 1953, un incident sur la personnalité des demandeurs et autres, et ont également requis la suspension du procès (v. *infra* Chap. III, pars. 507 ss.).

105. Le Gouvernement belge est conscient à un tel point que le groupe *Barcelona Traction* est le principal responsable du retard intervenu, qu'il a estimé nécessaire de consacrer toute une subdivision de la *Réplique* à démontrer l'inexistence d'une telle responsabilité. Il s'agit du titre intitulé: *La prétendue responsabilité de la Barcelona Traction ou du Gouvernement belge dans les retards* (titre 5^e, par. c), sous-section 1, Section VI, Chap. II, Deuxième partie de la *Réplique*). Mais, comme on va le démontrer, les considérations qu'il y expose ne sauraient être plus stériles.

106. Le *Contre-mémoire* (IV) a signalé au paragraphe 98 du Chapitre IV, p. 503, que le délai extraordinaire de preuve accordé à propos du déclinatoire Boter était uniquement dû au comportement de *Barcelona Traction*, celle-ci n'ayant pas produit de sa propre initiative, comme c'était son devoir, les documents nécessaires. La *Réplique* essaie au paragraphe 644 de rejeter cet argument en employant deux considérations, à savoir qu'à l'époque où le délai a été imparti, le 14 avril 1948, *Barcelona Traction* n'était pas encore partie au procès, et que si la société avait présenté les documents demandés, ses adversaires en auraient aussitôt déduit qu'elle reconnaissait tacitement la compétence du tribunal.

Le premier de ces prétextes n'est guère sérieux. En effet, si *Barcelona Traction* n'a pas comparu dans la procédure (« autos ») qui a eu lieu à cette époque, c'est par sa libre et souveraine volonté. Les pouvoirs avec lesquels elle a comparu le 18 juin 1948 ont été accordés à Toronto le 9 mars 1948, ce qui revient à dire qu'elle était en état en avril de

1948 de présenter les documents. La société faillie aurait pu en outre présenter les documents en question lors de sa comparution du 18 juin 1948, ce qui aurait retranché plusieurs mois le délai imparti.

Le second prétexte n'est guère plus solide. Depuis quand la seule présentation de documents dans le but d'éviter un délai que l'on estime être préjudiciable équivaut-elle à une reconnaissance de compétence? Le Gouvernement belge est à ce point convaincu de la faiblesse de cet argument qu'il n'ose l'attribuer qu'aux adversaires de *Barcelona Traction*, non à un tribunal espagnol.

Il serait également fallacieux de prétendre que les documents réclamés, à savoir les contrats de « trust », n'étaient point en rapport avec le procès. Lorsque la *National Trust* présenta un déclinatoire de compétence le 27 novembre 1948 en faveur du Tribunal Suprême d'Ontario, lequel demandait par conséquent que l'on prononce l'incompétence des tribunaux espagnols, il n'oublia point de joindre les contrats de « trust », contrats aux clauses desquels se référait une bonne partie de l'argumentation juridique. Autrement dit, la *National Trust* elle-même avait estimé que ces documents exerçaient une incidence sur le problème de la juridiction des tribunaux espagnols, point attaqué par M. Boter.

D'autre part, le Gouvernement belge se garde bien de dire que les demandeurs à la faillite ont réclamé le 31 juillet 1948 certaines preuves, parmi lesquelles l'envoi d'une commission rogatoire à Londres pour l'obtention des copies des accords passés le 18 avril précédent par les assemblées des obligataires *Prior Lien*. Mais le juge qui, d'après le Gouvernement belge, était si favorable aux mesures dilatoires, a rejeté la requête. Les requérants ayant introduit un recours en rétractation (« reposición »), il les débouta par le jugement du 20 septembre 1948.

Il est enfin vrai que la décision rejetant la déclinatoire de compétence Boter du 30 mars 1948 fut prononcée le 12 février 1949, soit un peu plus de dix mois plus tard. Peut-on sérieusement prétendre qu'un laps de temps à peine supérieur à dix mois est anormal ou est excessif pour résoudre un déclinatoire de compétence complexe?

107. Le *Contre-mémoire* a également affirmé au sujet du délai de preuve extraordinaire imparti à propos de l'incident Genora, que ce délai avait été octroyé par suite du comportement de la société faillie car, contrairement à son devoir, elle s'était abstenue de présenter les documents en question, documents qui lui étaient pourtant propres et qu'elle avait en son pouvoir (*C.-M.*, IV, par. 98, Chap. IV, p. 503). La *Réplique* a opposé à cette affirmation le fait que si *Barcelona Traction* avait présenté les documents, ses adversaires n'auraient pas manqué d'y voir une reconnaissance tacite de la compétence du tribunal (*R.*, V, par. 644).

Cependant, comme il a été dit au paragraphe précédent, le fait de présenter des documents ne représente aucune reconnaissance de la compétence d'un tribunal. Le Gouvernement belge est si convaincu du fait qu'il n'a pas osé attribuer cet argument à l'esprit du juge, et qu'il n'a fait que le placer dans la bouche des adversaires de *Barcelona Traction*.

Un autre fait démontre la puérité de la réponse belge. L'acceptation de la compétence pour l'incident Genora aurait en tout cas eu lieu auparavant, à savoir lorsque la *Barcelona Traction* a répondu à la demande incidente du 2 septembre 1949.

108. On ne saurait absolument pas affirmer que l'instruction de l'incident *Genora* ait eu une durée anormale ou excessive. Elle n'a duré en fait que onze mois puisque, engagée le 4 août 1949, les débats ont été fixés pour le 3 juillet suivant, soit moins de onze mois plus tard. Les débats n'ont pourtant eu lieu que le 20 janvier 1951, ayant fait l'objet de diverses suspensions. Il est important de signaler que le Gouvernement belge estime (*R.* par. 123) que ces suspensions ont été demandées par les avocats pour des raisons de santé, parce qu'ils étaient empêchés, etc., et qu'elles étaient légitimes et irréprochables.

109. On a dit que Andreu, Sagnier et Lostrie, dont la position d'hommes de paille de *Barcelona Traction* n'est discutée par personne, ont apparu en scène après la reprise de l'appel Boter.

On sait que, le 4 avril 1953, Andreu et Sagnier ont introduit un incident par défaut de personnalité de Boter et autres, qui suspendait le cours de l'appel sur la question de compétence. Dix jours plus tard, le 14 avril, Andreu et Lostrie ont demandé au juge spécial de la faillite de destituer l'un des syndics. Et comme dans l'exercice de l'une et l'autre action, Sagnier, Andreu et Lostrie s'étaient prévalus de titres d'obligations qui avaient déjà été remboursées, deux des syndics ont entamé contre eux un procès unique du chef de délits de faux et d'escroquerie. L'admission de la procédure par le tribunal a suspendu le cours de l'incident sur la personnalité, suspension dont l'origine revient à ces personnes et à laquelle le Gouvernement belge lui-même n'est pas étranger. C'est ce qu'a démontré le *Contre-mémoire* aux paragraphes 103-104 du Chapitre IV. On va voir que les développements de la Réplique n'ont pas apporté la moindre atteinte à ces affirmations.

A cet égard, en effet, le Gouvernement belge a la prétention de rejeter la responsabilité du retard sur le Ministère public. L'accusation concrète est la suivante: 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 (*R.*, par. 641).

Cette thèse ne résiste pas à l'analyse.

110. En effet, l'accusation du Gouvernement belge comporte, en premier lieu, de très graves inexactitudes en ce qui concerne les faits, car le Ministère public n'a jamais demandé ni la jonction des procédures ni la mise en prévention de Sagnier et Lostrie.

Il n'apparaît nulle part que le Ministère public ait demandé l'instruction d'une procédure unique. C'est le juge lui-même qui a pris cette décision, étant donné les termes de l'acte de requête, qui affirmait que les faits avaient été commis par les défendeurs à la suite d'une collusion entre eux et avec *Barcelona Traction*¹.

Il n'apparaît pas non plus dans le dossier de la procédure que le Ministère public ait pris la moindre réquisition en ce qui concerne les mises en prévention de Sagnier et Lostrie. La mise en prévention de Sagnier fut demandée par les plaignants dans leur acte du 15 décembre 1953, et le juge l'a prononcée dans son jugement du 22 décembre suivant.

¹ Au N° 4, alinéa E, de l'acte de requête, cette collusion est exposée en détail. En vertu du N° 3 de l'art. 17 du Code de procédure criminelle, l'accord préalable à la réalisation des délits constitue une cause de connexité. D'après l'art. 300 de ce même Code, l'on ne doit, dans ce cas, instruire qu'une seule procédure.

La mise en prévention de Lostrie fut également demandée par les plaignants dans un acte du 25 janvier 1954, et le juge l'a prononcée le 17 mars suivant.

Le Ministère public n'a donc jamais demandé la jonction des procédures ni la mise en prévention de Sagnier et de Lostrie. On peut difficilement, en ce qui concerne ces actes, prétendre attribuer au Ministère public une finalité abusive.

En réalité, la seule chose que le Ministère public ait demandée, lorsqu'il a définitivement compris que le Gouvernement belge n'exécuterait jamais la commission rogatoire sur la notification du jugement de mise en prévention faite à Lostrie, fut la disjonction de l'instruction judiciaire entamée contre ce dernier. Mais il est évident que cette attitude ne permet pas de conclure à l'intention de prolonger la suspension de la première section de la faillite, mais au contraire à la nette intention de lui faire reprendre son cours.

111. En ce qui concerne l'instruction d'une seule procédure, le fait que les demandeurs aient soutenu l'existence d'un accord pour la réalisation des faits, faisait apparaître *prima facie* l'une des conditions de connexité qu'indique l'art. 17 du Code de procédure criminelle.

Les mises en prévention furent également totalement fondées. Puisque, d'après l'art. 384 du Code de procédure criminelle, les actes de mise en prévention n'exigent que des « indices rationnels de criminalité », on doit admettre qu'aussi bien la mise en prévention de Sagnier que celle de Lostrie, étaient totalement conformes à la loi, ce qui n'empêchait pas que la mise en prévention de Sagnier fût annulée dès qu'il fut prouvé que, dans les limites de sa condition d'homme de paille de *Barcelona Traction*, il avait agit en toute bonne foi. Il faut souligner, à cet égard, que le Gouvernement belge n'a jamais prétendu, ni même insinué, que les mises en prévention fussent illégales.

112. On ne saurait non plus prétendre que la finalité des actes judiciaires fût de prolonger la suspension de la première section de la faillite dans l'intérêt du groupe March.

Dans cette hypothèse, il faudrait en effet tenir compte de ce que sans l'inaction du Gouvernement belge (en ne donnant pas suite à la commission rogatoire qui notifiât à Lostrie le jugement de mise en prévention), la suspension de la première section de la faillite ne se serait pas prolongée. C'est-à-dire que pour que le Ministère public pût parvenir à la prétendue fin de prolonger la suspension, il fallait nécessairement qu'il pût compter sur cette inaction des autorités belges. Le Ministère public savait-il donc d'avance quelle allait être la conduite du Gouvernement belge ?

113. Le *Contre-mémoire* a apporté la preuve que le Gouvernement belge n'était pas étranger à la durée de la suspension provoquée par l'application du principe « le criminel tient le civil en état ». Lorsque les annonces eurent fait connaître, en 1954, la mise en prévention ordonnée contre M. Lostrie, c'est précisément le Consul de Belgique qui a invoqué l'accord consulaire hispano-belge du 19 mars 1870 et a demandé une notification personnelle à M. Lostrie, dont il a fourni l'adresse à Bruxelles au tribunal. Donnant satisfaction à cette demande, le tribunal a successivement envoyé avec une grande patience plusieurs commissions rogatoires auxquelles, à l'heure actuelle, il n'a pas encore été donné suite (*C.-M.*, IV, par. 104 du Chap. IV, p. 506).

Le Gouvernement belge se contente de répondre à cela en renvoyant à sa note diplomatique du 30 mars 1960 et à une note se trouvant en bas de page dans les *Observations*

et Conclusions du Gouvernement belge (I, N° 251, pp. 237/238, et note I, p. 238). Le Gouvernement belge y reconnaît que « seules demeurèrent inexécutées les quatre commissions rogatoires de citation de M. Lostric ». Il y prétend en outre que celles du 7 avril 1954 et du 20 janvier 1955 ne sont jamais arrivées jusqu'au Procureur Général, ce qu'il a fait savoir aux autorités espagnoles après qu'elles le lui eurent rappelé, le 21 octobre 1958. La Commission rogatoire du 3 mars 1959 a été inexécutée, prétend le Gouvernement belge, du fait de l'instance internationale.

Le Gouvernement espagnol a réfuté dans l'*Annexe au Contre-mémoire N° 139*, Chap. III, la faible argumentation adverse. Il a en outre fait remarquer à quel point il était incompréhensible de reconnaître que quatre commissions rogatoires n'aient pas été exécutées alors qu'il prétend que deux d'entre elles n'avaient jamais été reçues. Il était également dit dans l'*Annexe* que le Gouvernement belge n'avait fourni aucune réponse au sujet de l'inexécution de la Commission rogatoire du 21 octobre 1958.

Le Gouvernement belge n'a rien pu opposer à ce qui était dit dans cette *Annexe*, et a continué à s'abriter derrière ses *Observations et Conclusions*, considérant préférable d'ignorer l'argumentation espagnole postérieure. La responsabilité du Gouvernement belge en ce qui concerne la prolongation provoquée par l'instruction des poursuites contre MM. Andreu, Lostric et Sagnier demeure donc entière par suite du silence de la *Réplique*.

114. Il résulte des observations qui précèdent que le Gouvernement belge n'a pu établir aucun grief spécifique de retard abusif constituant un déni de justice au sens propre du terme. Bien au contraire il a été démontré que dans la durée de la procédure la conduite du groupe de *Barcelona Traction*, qui avait un intérêt compréhensible à retarder au maximum les actes de la procédure de faillite, a été déterminante.

SECTION III

LA PRÉTENDUE RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE EN RAISON
DU CONTENU DES DÉCISIONS JUDICIAIRES

115. On a vu ci-dessus (p. 212) que le troisième cas de responsabilité internationale qu'il y a lieu de distinguer dans les accusations belges est celui du « déni de justice résultant du contenu d'une décision judiciaire » ou « responsabilité du chef d'erreur grossière et manifeste » (R., V, p. 311).

Le Gouvernement espagnol tient à réaffirmer que, pour qu'il y ait responsabilité internationale de ce chef, il faut que soient remplies trois conditions (ci-dessus, Partie II, Chap. I, N° 25 ss.).

La première de ces conditions est qu'il y ait eu violation flagrante et inexcusable du droit interne. En ce qui concerne cette condition, le Gouvernement belge a déployé d'intenses efforts pour tâcher de prouver qu'il y aurait eu, dans le déroulement de la procédure de faillite, maintes violations du droit espagnol. En raison de l'importance et des dimensions du sujet, le Gouvernement espagnol consacrerait un chapitre entier — le Chapitre III qui suit — à la réfutation des thèses belges.

116. Le Gouvernement espagnol déclare à nouveau que, s'agissant de responsabilité internationale pouvant découler du contenu de décisions judiciaires, il y a présomption de conformité avec le droit international (ci-dessus, N° 52). Du fait de cette présomption, l'obligation pleine de charge de la preuve incombe au Gouvernement belge; cela signifie également qu'en cas de doute, ou à défaut de preuve décisive, il y a lieu de réputer conformes au droit international les décisions incriminées. Cela est manifeste car, comme a dit Grotius, en cas de doute, la présomption bénéficie au juge (« nam in dubia re praesumptio est pro his, qui ad judicia publica electi sunt »)¹. Cet avis rejoint le sentiment de Vattel qui estimait que « dans tous les cas susceptibles de doute, un souverain ne doit point écouter les plaintes de ses sujets contre un tribunal étranger, ni entreprendre de les soustraire à l'effet d'une sentence rendue dans les formes »².

¹ GROTIUS: « De iure belli ac pacis », livre III, Chap. II, Part. IV et V, 1.

² VATTEL: « The Law of Nations or the Principles of Natural Law applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns »; Classics of International Law, Washington, 1916, cf. vol. III, Chap. XVII, § 350.

CHAPITRE III

La responsabilité internationale
en raison du contenu des décisions judiciaires :
l'absence de violation du Droit interne

SECTION I

LA JURIDICTION DES TRIBUNAUX ESPAGNOLS

117. Le Gouvernement espagnol a démontré au chapitre précédent (*supra*, Sect. I) que les tribunaux espagnols n'ont commis aucune usurpation de compétence: *a*) en déclarant la faillite de la *Barcelona Traction* et en la menant jusqu'à ses dernières conséquences; *b*) en prenant des mesures que l'on voudrait présenter comme une extension injustifiée des effets de la faillite au-delà du territoire espagnol.

Dans cette Section, le Gouvernement espagnol montrera de la façon la plus concluante que, sur l'un et sur l'autre point, les tribunaux espagnols s'en sont tenus au droit interne de l'Espagne de sorte qu'il n'y a pas eu de violation quelconque des règles juridiques que les tribunaux étaient appelés à appliquer.

§ 1: LES TRIBUNAUX ESPAGNOLS, EN VERTU DE LEURS PROPRES RÈGLES LÉGALES, AVAIENT JURIDICTION POUR CONNAÎTRE DE LA FAILLITE DE LA « BARCELONA TRACTION »

118. Le Gouvernement belge traite de la question dans plusieurs passages de la *Réplique*, conformément à une prétendue distinction entre exposé de faits et exposé de droit¹. Une fois ce raisonnement posé, il n'hésite pas dans la *Réplique* à confondre à dessein les divers problèmes: il évite d'aborder les réponses données dans le *Contre-mémoire* lorsqu'elles lui semblent gênantes et il altère le sens des règles du droit espagnol lorsqu'elles disent le contraire de ce que le Gouvernement belge veut qu'elles disent.

La *Réplique* témoigne en outre d'une volte-face sur deux points. En effet, dans le *Mémoire*, on accusait les tribunaux espagnols *in genere* de ne pas posséder la juridiction ou la compétence générale, tandis que, dans la *Réplique*, l'accusation vise spécifiquement le juge de Reus et on entend déduire des raisons invoquées dans le jugement de faillite la prétendue violation des règles légales. Dans le *Mémoire*, on faisait ressortir que les points de rattachement — qui conféraient aux tribunaux espagnols juridiction en matière de faillite — étaient que le commerçant ait *un siège ou bien quelconque* en territoire espagnol; dans la *Réplique*, on affirme maintenant que le *seul titre valable* qui permette aux tribunaux espagnols de déclarer un étranger en faillite est qu'il ait une succursale ou un siège administratif en Espagne².

119. A la suite des volte-face opérées dans la *Réplique*, la divergence de vues entre les deux Gouvernements quant à savoir si les tribunaux espagnols avaient ou non, conformé-

¹ Dans la première partie de la *Réplique*, le Gouvernement belge traite du choix du tribunal de Reus par les demandeurs de la faillite (V, par. 11, p. 7) et des considérants du jugement de faillite relatifs à la juridiction et à la compétence (par. 19 à 21, pp. 11 à 13); dans la deuxième partie, il expose la prétendue violation flagrante de l'ordre juridique espagnol (par. 485 à 492, pp. 333 à 343).

² L'A.D. 46 renferme une analyse critique de cette manière de procéder du Gouvernement belge et de la contradiction inadmissible que suppose cette volte-face.

ment à leur propre droit, compétence générale pour connaître de la faillite de la *Barcelona Traction*, se présente de la façon suivante :

a) *Pour ce qui est des « règles qui fixent l'étendue du pouvoir juridictionnel quant aux litiges où interviennent des étrangers »* : pour l'ordre juridique espagnol, ces règles sont celles qui sont énoncées aux articles 51 et 70 du Code de procédure civile avec une portée générale, et à l'article 15 du Code de commerce pour les commerçants ¹ ; pour le Gouvernement belge, au contraire, lesdites règles sont énoncées dans le Décret royal d'extranéité du 17 novembre 1852 ².

En vertu des préceptes invoqués par le *Contre-mémoire*, interprétés par une abondante jurisprudence du Tribunal Suprême, les tribunaux espagnols possèdent une compétence générale pour connaître d'une affaire civile lorsque celle-ci présente un lien de rattachement avec le territoire espagnol, quelle que soit la nature de ce lien (personnelle ou réelle) ³. Selon les principes du Décret invoqué dans la *Réplique*, et conformément à une interprétation très unilatérale du Gouvernement belge, les tribunaux espagnols ne peuvent connaître d'une affaire dans laquelle un étranger apparaît en qualité de défendeur que si celui-ci se trouve présent en territoire espagnol, soit personnellement, soit par « l'entremise d'un siège ou d'un établissement permanent » ⁴.

b) *Quant à l'existence ou non d'une « condition nécessaire » pour que les tribunaux espagnols puissent déclarer en faillite un commerçant étranger* : étant donné qu'il n'existe dans l'ordre juridique espagnol aucune règle spéciale qui détermine la juridiction des tribunaux espagnols en matière de faillite, les règles générales sont applicables et il n'existe nulle « condition nécessaire » dont dépende l'attribution du pouvoir juridictionnel aux tribunaux ; le Gouvernement belge, en revanche, prétend que la doctrine et la jurisprudence espagnoles consacrent la thèse selon laquelle il est impossible de prononcer en Espagne la faillite d'un commerçant étranger si celui-ci n'a pas de domicile ou de siège en territoire espagnol ⁵.

c) *Et quant au cas spécifique de la Barcelona Traction* : le Gouvernement espagnol a mis en évidence les liens de rattachement qui conféraient aux tribunaux espagnols juridiction pour déclarer la faillite, tandis que le Gouvernement belge nie leur existence dans le cas d'espèce ⁶.

¹ C.M., IV, p. 246, par. 6 et 7.

² *Réplique*, V, par. 488, p. 338. On nie dans la *Réplique* que les principes invoqués par le Gouvernement espagnol aient la valeur d'une règle d'attribution de pouvoir juridictionnel, quant à l'article 15 du Code de commerce, par. 486, p. 334, et en ce qui concerne les autres articles, par. 487, pp. 336-337. Comme la Cour le constatera, la *Réplique* consacre tout un paragraphe à dénier aussi cette valeur à une série de préceptes du Code de procédure civile et de la Loi hypothécaire (par. 486, pp. 334-335), sans autre fondement que celui d'avoir été cités dans le jugement déclaratif de faillite. Le Gouvernement espagnol n'a pas l'intention de répondre à ces arguments de la *Réplique*, et cela pour la raison évidente qu'il n'a jamais prétendu que les préceptes en question renferment une règle juridictionnelle quelconque. La *Réplique* use une fois encore de l'argutie de discuter de questions que le Gouvernement espagnol n'a jamais soulevées, et l'argument selon lequel ces préceptes sont cités dans le jugement déclaratif de faillite n'a aucune valeur, du moment que le juge de Reus les a invoqués pour justifier non sa juridiction ou compétence générale, mais bien sa compétence *stricto sensu* (A.D. 56).

³ C.M., p. 246, par. 7, et A.C.M., 15, VII, pp. 112 et ss.

⁴ R., par. 488, p. 338.

⁵ R., par. 489, pp. 338-340.

⁶ R., par. 490 à 492, pp. 340 et ss.

La *Réplique*, malgré les efforts dont elle témoigne, n'a pas réussi à défigurer le contenu de l'ordre juridique espagnol, ni à donner de consistance à ses prétendus griefs contre la juridiction et la compétence du tribunal de Reus.

A. *Les règles du droit espagnol attribuaient aux tribunaux le pouvoir juridictionnel pour prononcer la faillite de la Barcelona Traction*

1) *Fondement de la thèse espagnole*

120. Le principe fondamental du droit espagnol en matière de compétence judiciaire internationale figure dans l'article 51 du Code de procédure civile¹, selon lequel :

« La juridiction ordinaire sera la seule compétente pour connaître des affaires civiles qui seront soulevées en territoire espagnol entre Espagnols, entre étrangers, et entre Espagnols et étrangers ».

L'article 70 du Code de procédure civile² et l'article 15 du Code de commerce³ complètent l'article 51 et c'est dans ce sens qu'ils sont invoqués par les tribunaux espagnols en tant que règles d'attribution du pouvoir juridictionnel.

Pour déterminer le sens et la portée de l'article 51, le *Contre-mémoire* s'en est remis à la source la plus sûre et la plus indiscutable, qui est la jurisprudence du Tribunal suprême ; dans de nombreux arrêts (A.C.M., 15, VII, pp. 111 à 113), ce Tribunal a appliqué l'article précité en vue d'attribuer la juridiction aux tribunaux espagnols pour connaître des litiges dans lesquels des étrangers interviennent en qualité de demandeurs ou de défendeurs, pour autant qu'existe un lien de rattachement quelconque. Nous tenons donc pour reproduit tout ce qui a été dit dans le *Contre-mémoire*.

121. La doctrine espagnole, aussi bien dans le domaine du droit international que dans celui du droit procédural, soutient unanimement la même thèse que le *Contre-mémoire*. Ainsi, d'illustres professeurs de droit international, tels que José María Trias de Bes⁴ et Adolfo Miaja de la Muela⁵ et des spécialistes de droit judiciaire, tels que Manuel de

¹ C'est pourquoi le Gouvernement espagnol « fait grand cas » de ce précepte, comme le rappelle la *Réplique* ; ce qui est curieux, c'est que le Gouvernement belge, dans la *Réplique*, n'essaie absolument pas de réfuter l'une quelconque des affirmations contenues dans l'annexe 15 au *Contre-mémoire* (VII, pp. 111 et ss.). Pour retirer toute valeur à ce précepte, il prétend tendancieusement que l'article en question a été invoqué pour la première fois par le juge spécial lorsque celui-ci a rejeté le déclaratoire Boter, tandis que le juge de Reus ne l'a point cité dans le jugement de faillite ; outre que cette allégation, pour les raisons déjà indiquées, est dépourvue d'intérêt, le Gouvernement belge oublie que les demandeurs de la faillite ont été les premiers à invoquer l'article 51 (A.C.M., 2, VII, p. 16), et que la Cour d'Appel de Barcelone a fondé sur cet article et sur l'article 15 du Code de commerce la juridiction des tribunaux espagnols dans son arrêt du 15 mai 1963 (A.C.M., 193, IX, p. 274).

² A.C.M., 15, VII, p. 108.

³ A.C.M., 15, VII, p. 109.

⁴ Cf. TRIAS DE BES (José María), *Las reglas de « competencia general » ; ensayo de Derecho procesal internacional español*, Revista Jurídica de Cataluña, LIX^{me} année, 1960, N° 1, pp. 7 et ss. L'auteur affirme que l'un des principes généraux que l'on peut dégager au sujet de la compétence générale ou internationale en droit espagnol se trouve énoncé à l'article 51 du Code de procédure civile, concordant avec l'article 267 de la Loi organique du pouvoir judiciaire.

⁵ Cf. MIAJA DE LA MUELA (Adolfo), *Derecho internacional privado*, tome II, partie spéciale, 4^{me} édition, Madrid, 1967, p. 426.

la Plaza ¹ et Jaime Guasp ², reconnaissent l'article 51 comme principe attributif de juridiction.

L'applicabilité dudit précepte à la faillite d'un commerçant étranger est également reconnue par la doctrine et la jurisprudence. Le Gouvernement espagnol comprend parfaitement que, sur ce point, la *Réplique* n'invoque pas l'autorité de José A. Ramirez, car la position de cet auteur est si concluante qu'elle ne donne pas lieu au moindre doute (AD. 47).

Le Tribunal suprême a invoqué l'article 51 pour justifier la juridiction des tribunaux espagnols lorsqu'ils ont prononcé la faillite de la *Sociedad Minera del Moncayo*; dans la *Réplique*, on évoque tout spécialement cet arrêt, rendu le 17 janvier 1912, en prenant bien soin de ne pas mentionner le contenu des deux premiers attendus énoncés par le Tribunal suprême, dans lesquels l'article 51 du Code de procédure civile et l'article 15 du Code de commerce servent de base légale pour trancher la question juridictionnelle soulevée ³. Et la *Réplique* elle-même renferme des textes qui démontrent la justesse de la thèse espagnole ⁴.

122. Les articles 70 du Code de procédure civile et 15 du Code de commerce contiennent également des règles d'attribution du pouvoir juridictionnel aux tribunaux espagnols ⁵.

L'article 15 du Code de commerce ⁶ permet aux étrangers qu'ils exercent le commerce en Espagne, en s'assujettissant au Code pour tout ce qui concerne la juridiction des tribu-

¹ Cf. DE LA PLAZA (Manuel), *Excepciones procesales de carácter internacional (Posición del Tribunal Supremo de Justicia)*, Revista de Derecho Privado, XXIX, 1945, p. 673. En commentant différents arrêts du Tribunal suprême espagnol, statuant un des déclinatoires de juridiction, l'auteur soutient qu'il y a prévalu un critère favorable à la juridiction nationale, toujours inspiré, comme fondement le plus efficace, de l'ampleur des termes dans lesquels est conçu l'article 51 du Code de procédure civile (c'est nous qui soulignons). Le Gouvernement belge ne peut prétendre ignorer ce travail, car il le cite, bien que pour en dénaturer le contenu, dans la *Réplique*, p. 467, note (1).

² Cf. GUASP (Jaime), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. I, 2^{me} éd. 1948, Madrid, p. 285.

³ Devant le silence de la *Réplique*, on se doit de porter à la connaissance de la Cour le texte desdits attendus qui est le suivant :

« ... conformément à l'article 267 de la Loi provisoire portant organisation du pouvoir judiciaire, lequel correspond à l'article 51 du Code de procédure civile, la juridiction ordinaire est compétente pour connaître des affaires civiles soulevées en territoire espagnol entre Espagnols, entre étrangers, et entre Espagnols et étrangers. Conformément aux articles 319 de ladite Loi et 70 dudit Code, les règles de compétence établies dans le chapitre et dans la section auxquels lesdits articles mettent fin, s'appliquent aux étrangers qui comparaissent devant les tribunaux espagnols contre des Espagnols ou contre d'autres étrangers chaque fois que la juridiction espagnole est appelée à en connaître conformément aux lois du Royaume ou aux traités passés avec d'autres puissances ».

« ... le Code de commerce, dans son article 15, autorise les étrangers et les sociétés constituées à l'étranger à faire le commerce en Espagne, leurs opérations commerciales étant assujetties aux dispositions de ce Code et relevant de la juridiction des tribunaux de la nation ».

⁴ Les travaux doctrinaux et les arrêts du Tribunal suprême cités dans la *Réplique* elle-même (par. 619, p. 467) invoquent l'article 51 pour trancher les questions concernant l'attribution du pouvoir juridictionnel aux tribunaux espagnols. A l'Annexe 102, Append. 4, II, pp. 521-522 de la *Réplique*, on transcrit l'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Barcelone, le 6 novembre 1939, quant à l'attendu relatif à la compétence générale ou la juridiction des tribunaux espagnols dans l'Affaire *Niel-on-Rupell* (société domiciliée en Belgique); le seul fondement de la décision attribuant la compétence aux tribunaux espagnols est précisément l'article 51 du Code de procédure civile, correspondant à l'article 267 de la Loi organique du pouvoir judiciaire. Tout autre commentaire nous paraît superflu.

⁵ On ne comprend pas comment il est possible de dénier cette valeur de règles attributives à l'article 70 dans lequel la doctrine et la jurisprudence espagnoles voient un « complément nécessaire de l'article 51 ». A ce sujet, voir A.C.M. 15, VII, pp. 112-114, et A.D. 48.

⁶ L'article dispose que « les étrangers et les compagnies constituées à l'étranger pourront exercer le commerce en Espagne, en s'assujettissant... aux dispositions de ce Code, en tout ce qui concerne... la juridiction des tribunaux de la nation » (A.C.M., 15, VII, p. 109). La traduction donnée dans la *Réplique* (V, par. 486, p. 334) est inexacte et semble faite pour servir les besoins de la cause.

naux espagnols; par conséquent, si un étranger vient en Espagne et y exerce le commerce, il est assujéti aux dispositions de ce même Code quant à la juridiction des tribunaux. Si les règles du Code prévoient que des actions peuvent être exercées vis-à-vis des étrangers devant les tribunaux espagnols ou déterminent les cas où lesdits tribunaux peuvent déclarer la faillite d'un commerçant, il va de soi que les tribunaux espagnols assumeront la compétence internationale pour connaître de telles actions ou pour prononcer la faillite, si l'étranger a réalisé sur le territoire national des opérations commerciales.

Cette interprétation est si rationnelle qu'il est difficile de comprendre comment le Gouvernement belge peut l'ignorer, bien que, dans le *Contre-mémoire* (A.C.M. 15, VII, p. 112), on cite des arrêts du Tribunal suprême dans lesquels, rapprochant l'article 15 du Code de commerce et l'article 51 du Code de procédure civile, on affirme que, le fait pour le commerçant étranger d'avoir réalisé lesdits actes de commerce en Espagne constitue un lien de rattachement qui justifie l'attribution de la juridiction aux tribunaux espagnols ¹.

2) *Echec essuyé par la République dans son essai de réfutation de la thèse espagnole*

123. Selon la *Réplique* (V, pp. 336-337), l'article 51 ne saurait fonder la compétence internationale des tribunaux espagnols, car son origine historique montre qu'il a simplement pour objet d'attribuer aux tribunaux ordinaires espagnols la connaissance de certaines affaires qui étaient auparavant du ressort des tribunaux spéciaux. Cela résulte, d'après la partie adverse, de ce que cet article 51 ne fait que reprendre textuellement l'article 267 de la Loi organique du pouvoir judiciaire ².

A l'appui de cette thèse, la *Réplique* cite un paragraphe de l'ouvrage de José María Manresa. L'ouvrage de cet auteur, que la partie adverse cite en sa 5^me édition, a paru en Espagne en 1881, tout de suite après la promulgation du Code en question, et il n'est pas douteux que l'auteur ait exprimé, à l'époque, un des soucis dont les auteurs de ce Code étaient animés lorsqu'ils ont repris à l'article 51 le texte de l'article 267 de la Loi organique du pouvoir judiciaire.

Il va de soi toutefois que l'on ne saurait fonder l'interprétation d'un article de la loi sur les opinions exprimées, exclusivement, par un des auteurs au moment de sa promulgation. Ce qui importe; c'est de considérer quelle valeur a été attribuée à cet article au cours des années par la jurisprudence et par la doctrine. Toute autre interprétation serait anachronique et artificielle. A ce sujet, il est absolument extraordinaire que le Gouvernement belge n'ait tenu aucun compte de l'abondante jurisprudence citée par le *Contre-Mémoire* ³ qui montrait que le Tribunal suprême a, depuis son arrêt du 12 mars 1886 ⁴, toujours attribué à l'article 51 la valeur de règle régissant la matière de la compétence internationale des tribunaux espagnols. Il y a là une méthode inadmissible qui consiste à négliger totalement les arguments du *Contre-mémoire* lorsque ceux-ci sont gênants pour la partie adverse.

¹ Sur l'interprétation du principe par la doctrine et la jurisprudence, voir A.D. 49. Entre autres arrêts, on invoque l'article 15 du Code de commerce dans l'arrêt du 17 janvier 1912 pour reconnaître la juridiction des tribunaux espagnols dans la faillite de la société belge *Moncujo*; si le tribunal de Reus, dans le jugement déclaratif de faillite, a invoqué le précepte en question, comme il est reconnu dans la *Réplique* même, il ne semble pas que la justification de sa compétence générale puisse être qualifiée d'*aberrante*.

² Le Gouvernement espagnol avait déjà indiqué l'identité qui existe entre ces deux textes (A.C.M., 15, VII, p. 111).

³ A.C.M., 15, VII, pp. 111 à 113.

⁴ *Diccionario Alcobilla*, vol. VII, p. 870.

124. La *Réplique* (p. 337), dans une prétendue réduction à l'absurde, soutient que, si l'article 51 avait la valeur que le *Contre-mémoire* lui attribue, les tribunaux auraient toujours eu juridiction pour connaître d'une affaire quelconque, quand bien même n'aurait existé aucun lien de rattachement avec le territoire ou le système juridique espagnol.

Il s'agit évidemment d'une interprétation gratuite donnée par la Partie adverse pour les besoins de la cause. Nulle part, dans son *Contre-mémoire*, le Gouvernement espagnol n'a soutenu une telle thèse. Bien au contraire, il a montré que le Tribunal suprême espagnol a interprété l'article 51 dans un sens large, assignant un caractère attractif à la juridiction espagnole face aux juridictions étrangères¹; mais il n'est pas allé jusqu'au dogmatisme de considérer que cette compétence se trouve toujours attribuée aux tribunaux espagnols.

L'article 51 exige, pour son application, que les affaires civiles soient « soulevées en territoire espagnol »; et le *Contre-mémoire*, s'appuyant sur un arrêt du Tribunal suprême du 1^{er} juin 1929², a montré qu'il fallait que le conflit soumis au tribunal présente un lien de connexion avec le territoire espagnol. Dans tous les arrêts qui font application de l'article 51 pour attribuer la compétence aux tribunaux espagnols, il existe pour le moins un lien de rattachement; et en l'absence de tout lien de rattachement avec le territoire espagnol, les tribunaux estiment que l'affaire n'a pas été soulevée en Espagne et ils se déclarent incompétents.

Mais en vérité, malgré la singulière interprétation du Gouvernement belge, le fait est que l'on n'exige pour aucune affaire civile un lien de rattachement précis et concret, mais qu'il suffit qu'il en existe un, de quelque nature que ce soit, pour que les tribunaux espagnols se voient revêtus de la compétence générale ou internationale.

3) Les règles du Décret royal sur les étrangers (Decreto de extranjería) fondement de la thèse belge, ont été confirmées et élargies par l'article 51 du Code de procédure civile

125. La thèse de la *Réplique*, suivant laquelle les tribunaux espagnols n'auraient pu prononcer la faillite de la *Barcelona Traction* que si cette dernière avait été présente en Espagne, soit personnellement, soit par l'entremise d'un siège ou d'un établissement permanent, prétend s'appuyer sur les règles du Décret royal sur les étrangers (*Decreto de extranjería*), les seules qui, à son sens, déterminent l'étendue du pouvoir juridictionnel des tribunaux espagnols dans les litiges où interviennent des étrangers (R., par. 488, p. 338).

Le Gouvernement belge ne dit mot du fait que la grande majorité des auteurs espagnols tiennent ce décret pour dérogé³ et que les tribunaux espagnols se sont prononcés maintes

¹ Dans ce sens, par exemple, TRIAS DE BES (José Maria), *Las reglas de competencia general*, op. cit., p. 8, et PECOURT (Enrique), *Las normas de competencia judicial internacional en el Derecho español*, Anuario Hispano-luso-americano de Derecho internacional, 2, 1963, pp. 202 et ss.

² Cet arrêt (transcrit pour l'essentiel dans A.C.M. 15, VII, pp. 112 et 113) est parfaitement connu du Gouvernement belge, qui le cite — en dénaturant sa signification — dans la *Réplique*, p. 467.

³ Cf., par exemple, DE LA PLAZA (Manuel), *Excepciones procesales con carácter internacional*, op. cit., p. 674, qui affirme:

« les termes de cet article 51 de notre Code de procédure ne permettent pas d'invoquer, puisqu'il n'est plus en vigueur, le Décret d'extranéité, qui restreint la compétence de nos tribunaux beaucoup plus que ne l'autorise actuellement l'application normale dudit article ». (C'est nous qui soulignons.)

fois dans ce sens; mais, ce qui est plus significatif, c'est qu'il feint d'ignorer la doctrine établie par la jurisprudence et exposée dans le *Contre-mémoire* (A.C.M. 15, VII, p. 111) ¹.

D'après le Tribunal suprême espagnol, l'article 51 a confirmé et étendu les préceptes du Décret d'extranéité ². Comment peut-on s'obstiner, après cela, à affirmer que l'article 51 n'a pas valeur de règle en la matière, mais qu'en revanche les préceptes que cet article confirme et étend ont cette valeur?

Et comme l'article 51 comporte extension des préceptes du Décret de 1852, toute l'argumentation du Gouvernement belge, au par. 488 de la *Réplique*, V, s'effondre.

B. Le fait d'avoir un domicile, un siège ou un établissement permanent en Espagne ne constitue pas une « condition nécessaire » pour qu'un commerçant étranger puisse être déclaré en faillite par les tribunaux espagnols

126. Une fois démontré que l'article 51 du Code de procédure civile est applicable à la faillite des commerçants étrangers et qu'il confère un pouvoir juridictionnel aux tribunaux espagnols lorsqu'il existe un lien de rattachement, quel qu'il soit, toute autre démonstration serait superflue. Mais le Gouvernement belge prétend que la jurisprudence et la doctrine espagnoles enseignent qu'une « condition nécessaire » pour qu'un commerçant étranger soit déclaré en faillite est que celui-ci ait son domicile ou un siège ou un établissement permanent en territoire espagnol.

Il va sans dire que ce prétendu enseignement n'existe que dans l'imagination des auteurs de la *Réplique*. Quant à la jurisprudence, il suffit de souligner que le Gouvernement belge ne cite pas un seul arrêt où cette prétendue « condition nécessaire » soit exigée; quant à la doctrine, on aboutit à une conclusion totalement différente de celle que soutient la *Réplique* aussitôt que l'on consulte les textes complets des auteurs invoqués dans celle-ci.

¹ Le *Contre-mémoire* disait ce qui suit:

« 5. Conformément aux dispositions des articles 267 de la Loi organique du pouvoir judiciaire et 51 du Code de procédure civile, la juridiction espagnole sera seule compétente pour connaître des affaires civiles soulevées en territoire espagnol, entre Espagnols, entre étrangers, et entre Espagnols et étrangers.

« Antérieurement aux lois susindiquées, s'appliquaient en cette matière les règles du Décret royal d'extranéité, précédemment reproduites; on a discuté, dans la doctrine espagnole, s'il a été ou non dérogé à ces règles, mais la question est un peu byzantine, vu que, à part ce fait qu'elles continuent à être invoquées devant les tribunaux et que ceux-ci en font application dans de nombreux cas, la Cour suprême a déclaré que l'article 51 du Code de procédure civile a confirmé et amplifié les préceptes du Décret royal d'extranéité (arrêts des 29 septembre 1956 (Col. L., LI (1957), 552, p. 424)) et 22 juin 1964 (Rp. A. (1964), 3386, p. 2043, pour ne citer que les plus récents). En tout cas, par conséquent, l'attribution de compétence à la juridiction espagnole, en vertu de ces règles, continuerait à être attribuée, et avec une plus grande amplitude, par l'article 51 du Code de procédure civile actuellement en vigueur. »

² Dans la doctrine espagnole, même les auteurs qui soutiennent que le Décret royal sur les étrangers est toujours en vigueur reconnaissent la valeur supérieure de l'article 51 du Code de procédure civile et l'absence de caractère exclusif des règles du Décret. Ainsi, TRIAS DE BES (José Maria), *Las reglas de competencia general*, op. cit., p. 10, qui, après avoir affirmé que ledit Décret est toujours en vigueur, déclare textuellement: « estimant, avec la résolution du 15 novembre 1898, que les règles du Décret royal d'extranéité n'ont pas un caractère exclusif, mais indicatif ». (Les italiques ne figurent pas dans le texte.)

127. Pour ce qui a trait à la jurisprudence, la partie adverse, au lieu de citer les arrêts d'où l'on devrait dégager la « condition nécessaire » qu'elle affirme exister, consacre plusieurs paragraphes à l'arrêt rendu par le Tribunal suprême le 17 janvier 1912 dans l'*affaire Moncayo*, le seul qui concerne la déclaration de faillite d'un commerçant étranger par les tribunaux espagnols.

De l'arrêt en question, la *Réplique* déduit les conclusions suivantes :

a) Le fait que cet arrêt est le seul qu'ait prononcé le Tribunal suprême prouve qu'il est exceptionnel que les tribunaux espagnols déclarent un commerçant étranger en faillite.

b) Dans l'*affaire Moncayo*, cette société, de nationalité belge, avait en Espagne un siège administratif, ses biens et le centre de ses affaires et, surtout, elle s'était soumise à la juridiction des tribunaux espagnols, de sorte qu'il était logique que le Tribunal rejettât le recours formé par un créancier qui contestait la juridiction des tribunaux espagnols.

c) Entre l'*affaire Moncayo* et celle de la *Barcelona Traction*, il n'y a aucun parallèle.

128. Quelques lignes suffiront à réfuter ces conclusions :

a) Le fait qu'il n'existe qu'un seul arrêt du Tribunal suprême en matière de faillite des étrangers ne prouve qu'une chose, à savoir : qu'un seul litige est parvenu à l'échelon suprême du pourvoi en cassation, ce qui ne veut pas dire qu'il n'y ait pas eu d'autres cas qui n'ont pas dépassé les instances inférieures. La *Réplique* elle-même (A.R. 102, append. 4, 11, pp. 521-522) fait état d'un arrêt de la Cour d'appel de Barcelone, du 6 novembre 1939, déclarant en faillite la société belge *Niel-on-Rupell*, qui avait son domicile en Belgique et qui ne possédait pas en Espagne de siège, de succursale ou d'établissement permanents.

b) Le fait même que le Tribunal suprême énumère dans son arrêt les divers liens de rattachement qui existaient dans l'*affaire Moncayo* prouve le contraire de ce que prétend le Gouvernement belge ; si la prétendue « condition nécessaire » existait, le Tribunal suprême se serait borné à l'indiquer et à constater que cette condition était remplie. Au lieu de cela, il invoque, comme nous l'avons vu (*supra*, N° 121), les articles 51 du Code de procédure civile et 15 du Code de commerce, et il précise les liens de rattachement existants, dont chacun suffirait pour que les tribunaux espagnols aient juridiction¹.

c) Si véritablement aucun parallèle ne peut être fait entre l'*affaire Moncayo* et l'*affaire de la Barcelona Traction*, la seule chose que l'on pourrait affirmer, c'est qu'il serait impossible d'appliquer à la deuxième la doctrine soutenue par le Tribunal suprême au sujet de la première. Mais on ne pourrait jamais considérer que, les deux affaires n'étant pas semblables et les tribunaux espagnols possédant la juridiction quant à la première, ils en sont dépourvus dans la seconde.

¹ La présente *Duplique* démontrera par la suite les points de rattachement qui existent dans le cas de la *Barcelona Traction* avec le territoire et le système juridique espagnols ; mais il importe de faire remarquer dès à présent que la doctrine espagnole, à laquelle la *Réplique* veut s'en remettre, interprète la doctrine établie dans l'arrêt du 17 janvier 1912 d'une façon diamétralement opposée à celle du Gouvernement belge (A.D. 50).

129. Si nous passons de la jurisprudence des tribunaux espagnols à la doctrine, le résultat est le même, à savoir: la « condition nécessaire », fabriquée par le Gouvernement belge pour les besoins de la cause, n'existe pas ¹.

La doctrine espagnole reconnaît unanimement que la compétence générale des tribunaux espagnols en matière de faillite est régie par les règles générales, puisqu'il n'existe aucune règle spéciale pour les faillites internationales. C'est ce qu'affirment J. Ramón de Orue y Arregui ² et Miguel Arjona Colomo ³, auteurs invoqués dans la *Réplique*, et que confirment beaucoup d'autres auteurs ⁴.

La conséquence est claire; si le droit espagnol ne renferme aucune règle spéciale concernant les faillites internationales, comment peut-on affirmer que ce droit mentionne l'existence d'un siège, d'une succursale ou d'un établissement en territoire espagnol, comme unique lien de rattachement en matière de faillite d'un étranger?

Cette réalité semble incompatible avec l'affirmation faite dans la *Réplique*. Le mystère est facile à éclaircir.

Au sujet de la doctrine générale en matière de faillites internationales, plusieurs auteurs espagnols, et parmi eux Orue y Arregui et Arjona Colomo, sans se référer au droit espagnol, invoquent l'autorité de Weiss pour affirmer que, *théoriquement*, la compétence internationale pour connaître d'une faillite devrait revenir aux tribunaux du pays dans lequel le failli est domicilié. Mais plus tard, lorsqu'ils étudient le droit espagnol en vigueur, non seulement ils reconnaissent qu'il ne contient aucune règle spécifique concernant la faillite, mais précisent que l'application des règles générales du droit espagnol en matière de compétence internationale aboutit à une solution radicalement différente. C'est ce que la *Réplique* belge prend grand soin de dissimuler, pour donner de la doctrine espagnole une interprétation erronée ⁵.

Cette thèse est reconnue même par l'auteur belge Julian Verplaetse qui, dans l'ouvrage mentionné, p. 572, affirme textuellement:

« Dans la pratique, les tribunaux espagnols se déclarent compétents dès que la faillite possède quelques éléments importants dans la Péninsule. »

¹ Si la doctrine n'a pas été citée dans le *Contre-mémoire*, c'est que la loi et la jurisprudence ne laissaient aucun doute quant au contenu des règles générales en matière de compétence internationale, ni quant à l'absence de règles spéciales en matière de faillite. Mais, puisque le Gouvernement belge veut porter la discussion sur ce terrain, on peut affirmer sans difficulté que, selon la doctrine espagnole, il n'existe pas de règles spéciales en matière de faillite internationale, et qu'il existe bien moins encore une prétendue « condition nécessaire » pour prononcer la faillite d'un commerçant étranger.

On ne peut émettre des affirmations comme celles que nous venons de reproduire qu'en truquant les citations principales, en oubliant d'autres faites par le Gouvernement belge lui-même, et en passant outre à l'opinion générale des auteurs.

² Selon DE ORUE Y ARREGUI (José Ramón), *Manual de Derecho Internacional Privado*, 3^e éd., Madrid, 1952, p. 811, « il n'y a en Espagne aucun texte en matière de faillite internationale ».

³ Selon ARJONA COLOMO (Miguel), *Derecho Internacional Privado, Parte especial*, Barcelone, 1954, p. 553, en cette matière, « la législation espagnole adopte la règle du silence, puisqu'elle ne traite pas directement de la faillite internationale ».

⁴ Cf., par exemple, VERPLAETSE (Julian), *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1954, p. 571, et MIJAJA DE LA MUELA (Adolfo), *Derecho Internacional Privado*, II, 3^e éd., Madrid, 1963, p. 379.

⁵ La démonstration complète de tout ce qui vient d'être affirmé se trouve dans A.D. 51.

C. Dans le cas de *Barcelona Traction*, il y avait des points de rattachement suffisants pour que les tribunaux espagnols puissent la déclarer en faillite

130. Le Gouvernement belge a soutenu dans le *Mémoire* qu'il n'existait pas de point de rattachement entre l'affaire de la *Barcelona Traction* et l'ordre juridique espagnol, puisque la société faillie n'avait pas de domicile en Espagne ni de biens sis en territoire espagnol, et qu'elle n'avait pas réalisé en Espagne d'opérations commerciales.

Se voyant forcé de battre en retraite dans la *Réplique*, il fait toutes sortes d'efforts dialectiques pour soutenir son affirmation initiale et il finit par se réfugier dans la thèse erronée qu'il n'était possible de déclarer la faillite de la *Barcelona Traction* qu'à condition que cette dernière ait possédé une succursale ou un siège permanent en Espagne.

Au contraire, il existait, dans le cas d'espèce, divers points de rattachement, dont chacun suffisait à justifier la juridiction des tribunaux espagnols conformément au droit interne:

a) *La Barcelona Traction a effectué des opérations commerciales en territoire espagnol*

La *Réplique* a reconnu ¹ que la faillie avait exploité elle-même une affaire commerciale en Espagne pendant six ans. Mais en outre, elle a réalisé des opérations commerciales par l'intermédiaire d'agents et de mandataires ².

De toute façon, la *Barcelona Traction* est entrée dans la juridiction des tribunaux espagnols, puisque le lien de rattachement se crée à l'instant même où les opérations se réalisent quel que soit le moment où le fait a lieu ³. Mais au surplus, l'existence de l'exploitation hydro-électrique en Espagne suffirait à faire surgir un point de rattachement suffisant pour justifier la juridiction des tribunaux espagnols. Le fait que l'affaire fût réalisée par l'intermédiaire des filiales, ne suffit pas à masquer cette réalité que la faillie considérait cette affaire comme étant à elle-même. Lorsque la *Barcelona Traction*, en janvier 1936, prit une assurance avec *The British Oak Insurance, Co. Ltd.* contre les risques de diminution de la production de l'exploitation en Espagne, elle stipula d'une façon nette que les

¹ Voir l'aveu que contient la *Réplique* (V, p. 240) au sujet de la prise à ferme de la société des *Tramways de Barcelone*, confirmé aux pp. 243-244; il est donc vain et contradictoire de chercher à nier ensuite (par. 491, p. 341) un fait qu'elle admet en termes explicites.

² Voir *Contre-mémoire*, IV, par. 45, pp. 36 et ss.; et par. 55, pp. 42 et ss. C'est là qu'ont été exposées et prouvées l'activité à Barcelone de M. Lawton, qui était en même temps président de la *Barcelona Traction*, et les activités de M. José Arnús, de la maison Arnús-Garí, qui durant de longues années a réalisé, en qualité d'agent de la *Barcelona Traction*, un grand nombre d'opérations relatives à l'émission d'emprunts en pesetas et au service des emprunts en pesetas et en livres sterling de la *Barcelona Traction*. D'autre part, la *Barcelona Traction* prit en 1936 une police d'assurance dont les bénéficiaires étaient ses employés en Espagne; les cadres dirigeants appartenaient, tout à la fois, à la *Barcelona Traction* et à l'*Ebro* (A.D. N° 6, Doc. 42, vol. II, p. 214).

³ Toujours vigilante lorsqu'il s'agit de semer la confusion pour tenter de justifier des thèses injustifiables, la *Réplique* belge consacre le paragraphe 21 au commentaire des paragraphes 7, 20 et 21 du chapitre III du *Contre-mémoire*; contrainte de reconnaître que la *Barcelona Traction* a effectué des opérations commerciales en Espagne, elle veut détourner l'attention de ce fait pour l'orienter vers un autre fait connexe, mais différent, c'est-à-dire la question de savoir si la société en faillite exploitait ou non une affaire d'électricité en Espagne. Et à la page 13, la *Réplique*, suivant son habitude, attribue au *Contre-mémoire* des affirmations que le Gouvernement espagnol n'a jamais faites. Le *Contre-mémoire* déduit la preuve de ce 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 » non du Plan d'arrangement joint en *Annexe 8* au chapitre III, mais des documents joints en *Annexe 9*. Il suffit de lire la page 254 du *Contre-mémoire* pour le vérifier. Le Gouvernement espagnol peut donc, légitimement, dire à son tour que « le coup de pouce est visible »; comme en tant d'autres occasions, le Gouvernement belge altère les affirmations du *Contre-mémoire*, pour tenter une réfutation, totalement vaine d'ailleurs.

pertes subies par les locaux, les installations et les biens qui étaient en possession ou qui étaient la propriété des filiales, devaient être considérées « comme des pertes subies par la *Barcelona Traction* » (A.D. 6, doc. 40).

b) *La Barcelona Traction a dit des années durant qu'elle avait une adresse permanente en Espagne*

Ce lien de rattachement, apprécié par les tribunaux espagnols¹, on n'a même pas cherché à le réfuter².

Au cas où le Gouvernement belge estimerait que le fait que la *Barcelona Traction* se soit fait inscrire de 1919 à 1948, à l'exception des années de la guerre civile espagnole, dans les annuaires financiers, ne constitue pas un « lien de rattachement sérieux », il suffirait de lui rappeler les conséquences qu'a eues pour la société faillie le fait de s'être inscrite dans l'*Annuaire de la Bourse de Londres*, en mentionnant l'existence d'un « Bureau de virement et Secrétariat » : le fait a suffi pour que les tribunaux anglais estiment que la *Barcelona Traction* était assujettie à leur juridiction (C.M., IV, par. 302, p. 438, et A.C.M. 13, doc. 8, I, pp. 130 et ss.).

c) *La Barcelona Traction possédait des biens en Espagne*

La *Réplique* (V, par. 490, pp. 340-341) fait un effort digne d'une meilleure cause pour démontrer que la *Barcelona Traction* n'a jamais possédé de biens en Espagne.

Il suffit de lire l'acte constitutif de la *Barcelona Traction*, reproduit dans les annonces publiées dans les annuaires financiers d'Espagne, pour voir répéter jusqu'à satiété que le but social était d'exploiter les tramways de Barcelone et de sa région, ainsi que le service de distribution d'énergie électrique pour la force motrice et pour l'éclairage.

Une définition aussi catégorique et aussi limitée à une région espagnole sous-entend la déclaration de l'existence, précisément sur ce territoire, des biens nécessaires à la réalisation des buts sociaux. Qu'elle possède ces biens de façon directe et immédiate, ou médiatement à travers la possession des actions des sociétés interposées en vue d'atteindre ses propres buts sociaux, cela ne change rien au fait fondamental que la *Barcelona Traction* possède en Espagne des biens qui constituent non seulement le « lien de rattachement sérieux » que le Gouvernement belge ne cesse d'invoquer depuis le commencement du litige (M., I, par. 333, p. 165), mais aussi une véritable *cause initiale*, un *motif d'impulsion*, qui détermine la *naissance* de la juridiction, selon la doctrine établie par le Tribunal suprême

¹ La Cour d'appel de Barcelone, dans son arrêt du 15 mai 1963, se fondant sur les preuves acquises après la déclaration de faillite, disait : « La preuve est ainsi faite que la *Barcelona Traction* avait un domicile en Espagne, car elle est décrite ainsi dans le document N° 134 et dans les documents N°s 10, 20 et 25, et dans d'autres documents témoignant de l'abondante correspondance adressée à la société à Barcelone, bien que celle-ci, pour des raisons inconnues, ait fait savoir dans l'un des documents — celui qui porte le N° 21 — qu'il ne fallait pas lui adresser de lettres à Barcelone... » (A.C.M. 193, IX, p. 273).

² Le *Contre-mémoire* l'a démontré d'une manière absolue (A.C.M. 9, IX, pp. 334 à 351). Dans tout cela, la *Barcelona Traction* jouait avec l'équivoque entre *siège social* et adresse en Espagne. Cependant, dans certains cas, l'équivoque s'est dissipée. Voir, par exemple, l'annonce de l'*Anuario Financiero y de Sociedades Anónimas de España*, année 1926, où l'on peut lire, à la page 629 et sous le titre : *Barcelona Traction, Light & Power Company, Limited*, « Domicile: Plaza de Cataluña » (A.C.M. 9, IX, p. 336).

dans son arrêt du 1^{er} juin 1929, c'est-à-dire dix-huit ans avant que ne commence la faillite de la *Barcelona Traction*.

Il n'est donc pas vrai que la *Barcelona Traction* n'ait pas possédé de biens en Espagne ¹.

d) *Une partie des obligations de la Barcelona Traction devait être honorée en Espagne*

La *Réplique* (V, par. 492, pp. 341-342), ne pouvant contester le fait, cherche à le sous-estimer en dénaturant le jugement rendu par le juge spécial, le 12 février 1949 ², ce qui retire toute valeur à son raisonnement.

e) *Les demandeurs de la faillite et la majorité des créanciers étaient Espagnols*

La *Réplique* (*loc. cit.*) affirme que le fait que les demandeurs étaient Espagnols ne constitue pas un titre de juridiction, attendu que le *Contre-mémoire* n'a cité aucun précédent à l'appui, ce qui n'est pas exact ³; pour faire état d'un précédent qu'elle dit être contraire, elle invoque l'arrêt rendu dans l'*affaire Minera del Moncayo* où était reconnu comme point de rattachement le fait que la « majorité des créanciers » étaient Espagnols. Le Gouvernement belge ne se rend pas compte qu'il justifie ainsi l'existence d'un nouveau titre de juridiction, puisque la majorité des créanciers de la *Barcelona Traction* étaient Espagnols ⁴.

f) *La garantie des obligations impayées était composée de biens immeubles sis en Espagne*

Si chacun de ces points de rattachement suffisait à conférer la juridiction des tribunaux espagnols, leur conjugaison démontre que ces tribunaux ne pouvaient en aucune façon se considérer étrangers à l'*affaire de la Barcelona Traction*.

131. Le Gouvernement belge ne peut nier qu'il existait en Espagne une exploitation hydro-électrique, menée, dirigée et contrôlée par la *Barcelona Traction*. Mais, se réfugiant dans le formalisme le plus exacerbé, il prétend que cette exploitation n'avait rien à voir avec la société faillie, qu'elle appartenait aux filiales, de sorte qu'elle ne saurait être alléguée comme point de rattachement. Mais, même si l'on admettait, comme le Gouvernement belge le prétend obstinément, que l'exploitation hydro-électrique sise en Catalogne n'était

¹ Sur la valeur de ce point de rattachement, sa réalité indiscutable et son appréciation par les tribunaux espagnols, voir A.D. 52.

² En rejetant le *déclinatoire Boter*, le juge spécial n'a pas nié que les stipulations relatives au lieu du paiement eussent une valeur de titre attributif de juridiction; il s'est borné à dire comme le reconnaît la *Réplique* elle-même, que le fait de stipuler plusieurs lieux de paiement n'attribuait pas la compétence aux tribunaux de l'un de ces lieux, au préjudice de la juridiction des tribunaux espagnols. C'est dire que vis-à-vis des points de rattachement qui justifiaient la compétence internationale des tribunaux espagnols, il était sans importance que les créanciers puissent exiger le paiement de leurs obligations en Angleterre. Cela est, assurément, très différent de ce qu'affirme le Gouvernement belge. En revanche, celui-ci oublie que le Tribunal suprême a considéré à plusieurs reprises (A.C.M. 15, VII, p. 112) qu'aux effets de l'application de l'article 51 du Code de procédure civile il faut considérer qu'une affaire a son origine en Espagne s'il s'agit d'obligations devant être honorées en territoire espagnol.

³ Il est inexact que le *Contre-mémoire* n'ait pas cité de précédents, puisque l'arrêt du 10 février 1915 (A.C.M. 15, VII, p. 112) considérait comme titre de juridiction le fait que le créancier qui réclamait l'exécution d'une obligation était Espagnol.

⁴ Que l'on ne dise pas, comme le prétend le Gouvernement belge, que seuls étaient Espagnols dans le cas de la *Barcelona Traction*, une « minorité de créanciers », ce qui est en contradiction avec l'histoire même que le Gouvernement belge raconte dans le *Mémoire* (M., I, p. 36, note 1) et selon laquelle, au cours de 1947, le groupe espagnol avait déjà acquis plus de 80% des obligations.

pas reliée à la *Barcelona Traction*, il n'en serait pas moins vrai que la société faillite, à l'encontre de ce qu'elle-même affirmait et de ce que le Gouvernement belge soutient maintenant, s'est établie directement en Espagne.

De son propre aveu, la *Barcelona Traction* avait pour but social d'effectuer les opérations financières nécessaires pour alimenter en capitaux ses sociétés filiales. Pour savoir si la *Barcelona Traction* s'était réellement fixée ou non en Espagne, il suffit donc de déterminer si elle avait réalisé, sur le territoire espagnol, des opérations financières afin de réunir, au moyen d'appels lancés au crédit, des fonds et des capitaux destinés aux filiales, et de voir si elle avait désigné, en territoire espagnol, un domicile ou siège à cet effet.

Il est absolument indéniable que la *Barcelona Traction* publiait des annonces dans les annuaires financiers espagnols, indiquant qu'elle avait une adresse en Espagne qu'elle a prétendu que ses obligations *Prior Lien* fussent cotées officiellement à la Bourse de Barcelone et qu'elle a obtenu que lesdites obligations y fussent cotées à titre officieux; qu'elle a fait directement appel au crédit en Espagne, en émettant une série d'obligations en pesetas, qui ne devaient circuler qu'en territoire espagnol; qu'elle a réalisé en Espagne, sans l'intermédiaire des filiales, une série d'opérations financières. La *Barcelona Traction*, en vertu des articles 2 et 15 du Code de commerce, était soumise aux lois espagnoles et, d'après l'article 21¹ de ce même Code, l'on devait entendre que la société s'était établie en Espagne, et qu'elle était tenue de se faire inscrire au Registre du commerce de la province de Barcelone. Le Gouvernement belge ne peut maintenant exciper la non-exécution de cette obligation (C.M., IV., par. 6, p. 245) pour ignorer la réalité des faits ni en tirer des avantages pour la société coupable d'infraction².

De plus, cette action directe en Espagne, l'organisation de l'exploitation hydro-électrique et l'appel fait au crédit ont engendré les nombreux points de rattachement qui existent entre l'affaire *Barcelona Traction* et le territoire espagnol.

D. *Le tribunal de Reus s'en est tenu au droit interne espagnol lorsqu'il a estimé avoir la juridiction et la compétence pour prononcer la faillite de la Barcelona Traction*

132. Le Gouvernement belge attaque la conduite du juge de Reus qui s'est estimé investi de juridiction et de compétence pour déclarer la *Barcelona Traction* en faillite, et il répète aux paragraphes 11, 19, 20, 486 et 492, *in fine*, de la *Réplique*, V, les mêmes accusations sans preuve qu'il a avancées dans le *Mémoire*, comme si la réponse espagnole donnée dans le *Contre-mémoire* n'avait même pas eu lieu. Et ensuite, avec une insouciance admirable, il prétend voir des aveux de la part du Gouvernement espagnol (ainsi, par exemple, à la page 7).

Le Gouvernement espagnol appelle l'attention de la Cour sur ce fait que c'est le silence absolu du Gouvernement belge concernant les thèses espagnoles, ce qui équivalait à un véritable aveu.

¹ Sur l'obligation imposée à la *Barcelona Traction* par l'article 21 du Code de commerce, voir A.D. 53.

² Dans l'A.D. 54, on trouve une « Note sur les affaires *Pearson* en Espagne », remise le 12 novembre 1912 à l'avocat M. Angel Osorio par les bureaux de la société *Energía Electrica de Cataluña*, d'où il résulte clairement que, déjà à cette date, les dirigeants d'entreprises ultérieurement absorbées par la *Barcelona Traction* étaient convaincus que la société était tenue de s'inscrire au Registre du commerce.

Parmi ces silences de la *Réplique*, il faut souligner, en premier lieu, celui qui a trait à la valeur de la soumission comme titre de juridiction et de compétence des tribunaux espagnols; silence significatif, car la seule existence de la soumission suffit pour démontrer le bien-fondé de la position du tribunal de Reus¹.

1) *Réponse aux griefs formulés dans la Réplique contre le tribunal de Reus*

133. La *Réplique* (V, par. 492, pp. 342-343), partant de l'hypothèse que la juridiction des tribunaux espagnols n'était pas clairement fixée en droit espagnol, affirme que l'occasion était mal choisie pour faire faire « un pas en avant » à la jurisprudence, car le cas de la *Barcelona Traction* n'avait aucun point de rattachement avec la circonscription du tribunal de Reus. Cette considération est dépourvue de sens. Les règles sur la juridiction des tribunaux en droit espagnol ne sont pas incertaines ni mal définies², mais parfaitement claires et évidentes. Toutefois, même si ce dernier retranchement du Gouvernement belge était vrai, les tribunaux espagnols auraient fait le « pas en avant » sans tenir compte le moins du monde de la compétence *stricto sensu* du tribunal de Reus, puisque la juridiction ou compétence générale des tribunaux espagnols est un problème absolument préalable à la désignation du juge espagnol qui a la compétence requise pour connaître d'une affaire donnée³.

Lorsque les juges espagnols⁴ ont dû décider de la juridiction ou compétence générale, ils ne pouvaient se préoccuper de savoir si le juge de Reus avait ou non compétence *stricto sensu*, car les règles relatives à la compétence précise d'un tribunal n'entrent en jeu que lorsque le problème de la juridiction a été tranché favorablement par l'attribution de la compétence générale aux tribunaux espagnols⁵.

134. Les motifs invoqués par le juge de Reus pour fonder sa juridiction et sa compétence dans le jugement déclaratif de faillite sont bien loin d'être aberrants, contrairement à ce que soutient la *Réplique* (par. 20, p. 12; et par. 486, pp. 334-335).

¹ A ce sujet, voir A.D. 55.

² Cette concession du Gouvernement belge, ainsi que sa tentative de confondre la juridiction des tribunaux espagnols *in genere* avec la compétence *stricto sensu* du tribunal de Reus sont révélatrices du peu de confiance qu'a le Gouvernement belge dans ses arguments sur le prétendu défaut de compétence judiciaire internationale de l'Espagne.

³ L'article 70 du Code de procédure civile, interprété par maints arrêts, le prescrit ainsi de façon catégorique. Et le Gouvernement belge lui-même accepte expressément (peut-être même sans s'en rendre compte) la thèse exposée par le Gouvernement espagnol lorsqu'il tente de prouver que les articles 51 et 70 du Code ne renferment pas de règles de juridiction. Voir, à cet égard, ce que dit le Gouvernement belge dans la *Réplique*, p. 337, et qui est pour l'essentiel conforme avec ce qu'a exposé le Gouvernement espagnol dans l'A.C.M. 15, V11, pp. 112 et 113. Voir aussi A.D. 48.

⁴ Le juge de Reus, lorsqu'il a donné suite à la demande présentée par les requérants, le juge spécial lorsqu'il a rendu son jugement du 12 février 1949 rejetant le déclinatoire Boter, et la Cour d'appel de Barcelone lorsqu'elle a rendu son arrêt du 15 mai 1963, confirmant celui du juge spécial.

⁵ C'est donc en vain que, se rendant coupable d'une contradiction flagrante, le Gouvernement belge essaie maintenant de mélanger les deux questions. Et c'est en vain surtout qu'il dit que:

« ... Une décision aussi injustifiable en fait et en droit témoigne d'une façon décisive du pari pris du juge et constitué, 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 » (R., p. 343).

Tout au contraire, la décision du juge de Reus (indépendamment du fait qu'elle ne saurait, à elle seule, constituer une usurpation de compétence) est parfaitement juste, en fait et en droit, du point de vue de la compétence générale, et elle a été rendue par un tribunal espagnol compétent. De plus, il est inexact que la *Barcelona Traction* n'ait pu en obtenir l'annulation par les instances supérieures. La vérité est qu'elle n'a jamais tenté d'obtenir cette annulation par les voies de recours établies par la loi.

Le Gouvernement espagnol (A.C.M. 17, VII, pp. 120 à 122) a prouvé que cette motivation, pour ce qui est de la juridiction des tribunaux espagnols, était totalement correcte; quant à la compétence *stricto sensu* du tribunal de Reus, la motivation, bien qu'elle soit plausible, aurait pu être attaquée par la société faillie si celle-ci avait utilisé les moyens que lui fournissait le droit espagnol, à savoir la « *inhibitoria* » ou le déclinatoire; et le Gouvernement espagnol ne peut deviner ce que les instances supérieures, qui n'ont jamais été priées de se prononcer sur cette motivation et sur les arguments que le Gouvernement belge utilise aujourd'hui, auraient décidé, si ces moyens avaient été employés¹.

135. La dernière accusation du Gouvernement belge est formulée en termes implicitement contradictoires.

Il est dit dans la *Réplique* (V, p. 7) que le choix du tribunal de Reus fait par les demandeurs ne se justifie que par la certitude qu'ils avaient de pouvoir compter sur la « bienveillance » du juge envers les mesures qu'ils lui demandaient de prendre. Le Gouvernement belge n'ose pas parler clairement, car il sent bien que c'est là une imputation toute gratuite, sans la moindre preuve; il fait allusion à la certitude des demandeurs, sans aller jusqu'à la conséquence qu'il serait logique de déduire d'une telle insinuation.

Si les demandeurs avaient cette certitude, on peut se demander sur quelle base elle reposait; ce ne pouvait être que pour s'être assuré cette « bienveillance » au préalable par quelque moyen interdit par la loi et délictueux au regard du droit espagnol. Affirmer cette certitude revient à accuser le juge de Reus de corruption ou de prévarication, délits sanctionnés par le Code pénal espagnol, qui auraient justifié le recours en révision contre le jugement irrévocable de faillite, et l'exercice, par les victimes, des actions pénales opportunes. Bien entendu, jamais la société faillie ni aucun de ses innombrables alliés ou hommes de paille n'a intenté semblable action pénale, et la *Barcelona Traction* n'a jamais fait usage du recours en révision.

Mais le Gouvernement belge lui-même, qui sent combien cette accusation est grave, n'ose la formuler ouvertement². Et s'il ne sait pas ce qui a pu se passer « en dehors du prétoire », s'il ne prétend pas être en possession de « pièces ou d'informations » qui lui permettent d'accuser un magistrat espagnol d'avoir enfreint la loi pénale, il est absolument intolérable qu'il prenne la liberté de proférer devant une Cour internationale la calomnie que les demandeurs de la faillite *comptaient d'avance sur la « bienveillance »* du juge de Reus.

D'autre part, cette accusation est en contradiction flagrante avec celle de la *Réplique* (p. 342), selon laquelle le choix du tribunal de Reus par les demandeurs de la faillite, en l'absence de tout point de rattachement avec la circonscription de ce tribunal, devait

¹ Le Gouvernement espagnol, dans l'A.D. 56, réfute les arguments avancés par le Gouvernement belge (R., par. 486, pp. 334-335) contre les motifs du jugement déclaratif de faillite quant à la juridiction des tribunaux espagnols et à la compétence du tribunal de Reus.

² C'est ainsi qu'à propos du recours en révision, le Gouvernement belge a affirmé qu'il ne prétend pas « faire la preuve devant la Cour d'actes de subornation, violence ou autre machination frauduleuse » contre le juge de Reus, « en l'absence d'autres indications quant à ce qui aurait pu se passer en dehors du prétoire ». (Observations et Conclusions du Gouvernement belge, I, pp. 247 et 248). Il a dit aussi: « *a priori* faut-il écarter comme peu sérieuse l'hypothèse de l'action pénale, qu'elle soit isolée ou jointe à l'action civile. A aucun moment, le Gouvernement belge n'a prétendu être en possession de pièces ou d'informations lui permettant d'accuser quelque magistrat que ce soit d'avoir enfreint la loi pénale » (*ibid.*, p. 250). (C'est nous qui soulignons.)

éveiller les soupçons du juge; ou bien le juge de Reus ignorait les prétendues intentions des demandeurs, encore que, d'après le Gouvernement belge, il eût du s'en douter, ou bien il avait fait connaître « en dehors du prétoire » sa « bienveillance » et ses bonnes dispositions auxdits demandeurs. Ces deux attitudes sont absolument incompatibles.

136. Il ne devrait pas être nécessaire d'en dire plus long pour dissiper une accusation si grave adressée à un magistrat, de quelque nationalité qu'il soit. Mais il se trouve, de plus, que le Gouvernement belge, pour soutenir son insinuation, se voit contraint d'ignorer tout ce que le *Contre-mémoire* a dit à ce sujet.

Le Contre-mémoire a prouvé que:

— le fait qu'un demandeur saisisse un tribunal déterminé n'a rien d'insolite dans la pratique judiciaire espagnole (C.M., IV, par. 9, p. 247)¹;

— que, pour cette même raison, le juge n'a pas à rechercher la raison pour laquelle on l'a choisi de préférence à d'autres;

— et que, par conséquent, le juge de Reus n'avait aucune raison de considérer suspecte la demande formulée par les requérants de la faillite² (C.M., par. 10, pp. 248 et ss.).

Pour détourner l'attention du fait qu'il a passé sous silence l'argumentation du *Contre-mémoire* et les preuves que celui-ci a fournies, le Gouvernement belge affirme (R., par. 11, p. 7) que le Gouvernement espagnol a été « incapable de donner une autre explication valable » et que « ce n'en est pas une que d'affirmer gratuitement [...] 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 » (R., p. 7, note 1).

Comme nous l'avons vu, l'explication valable a été amplement fournie par le *Contre-mémoire* en ce qui concerne l'attitude du juge. Mais cette explication, que le *Contre-mémoire* donnait à titre tout à fait secondaire (C.M., p. 247, note 2), vaut également pour les demandeurs. Si la raison qu'allègue le *Contre-mémoire* et que connaît parfaitement n'importe quel homme de loi tant soit peu familier avec le prétoire espagnol n'était pas exacte, on ne comprendrait pas que soient soulevées de si nombreuses questions de compétence au cours des procédures de faillite (C.M., p. 248, note 2).

Cela, le Gouvernement belge l'ignore aussi; il garde le silence également sur ce que dit le *Contre-mémoire* au sujet de la faillite visée par l'arrêt du Tribunal suprême du 22 mars 1963³.

¹ Le tableau statistique fourni par le Gouvernement espagnol (A.C.M. 18, VII, p. 123) constitue une preuve concluante du fait que le choix d'un tribunal par un demandeur est courant dans la pratique judiciaire espagnole.

² Le Gouvernement espagnol rappelait que, si l'on s'en tenait à la thèse belge, on aurait pu suspecter également les initiatives prises par *Sidro* et *National Trust* de s'adresser aux tribunaux de Madrid, alors qu'un juge spécial avait été désigné à la demande de *Sidro* elle-même.

³ A ce sujet, le *Contre-mémoire* disait (C.M., p. 248, note 2) que: « En ce sens, l'arrêt du 22 mars 1963 (Rep. Aranzadi, 1963, N° 1808, p. 1104), invoqué par le Gouvernement belge au cours de la plaidoirie du 22 avril 1964 (C.I.J., *Affaire de la Barcelona Traction*, Procédure orale, III, p. 641) et interprétée de façon en tous points inexacte (C.I.J., *Affaire de la Barcelona Traction*, Procédure orale, III, pp. 812 et ss.), portait sur une affaire ayant trait à une procédure de faillite: celle-ci avait été déclarée par un tribunal de la province de Barcelone (celui de Granollers) et, la question de compétence ayant été soulevée postérieurement en bonne et due forme, c'est un tribunal de la ville de Barcelone qui eut à connaître de l'affaire. »

137. Enfin, ce n'est que par une véritable pétition de principe que le Gouvernement belge peut lancer son insinuation contre le tribunal de Reus et le choix fait par les demandeurs.

Le Gouvernement belge prétend : premièrement, que les tribunaux espagnols n'avaient pas juridiction ou compétence générale pour connaître de la faillite de *Barcelona Traction*; deuxièmement, que les demandeurs de la faillite n'avaient pas qualité pour agir; troisièmement, qu'en Espagne seul peut être déclaré en faillite le commerçant dont l'actif est inférieur au passif; et quatrièmement, que la *Barcelona Traction* ne se trouvait pas en état de cessation de paiements. Et, bien entendu, le juge de Reus aurait dû déduire tout cela du seul fait que les demandeurs de la faillite s'étaient adressés à lui.

Or le *Contre-mémoire* a démontré de façon saisissante que les tribunaux espagnols avaient compétence générale pour déclarer la *Barcelona Traction* en faillite; que le prétendu défaut de qualité pour agir des demandeurs provenait d'une *no action clause*, qui ne figurait pas dans le texte des titres-valeurs et ne pouvait en aucun cas être opérante devant les tribunaux espagnols; que, d'après le droit espagnol, la condition nécessaire de la faillite n'est pas l'insolvabilité, mais la cessation de paiements; et que, de toute évidence la *Barcelona Traction* se trouvait en état de cessation de paiements depuis douze ans quand la faillite a été déclarée.

On peut donc se demander maintenant : qu'aurait dû soupçonner le juge de Reus? Dans ces conditions, pourquoi les demandeurs de la faillite auraient-ils eu besoin de compter sur la « bienveillance » du juge de Reus, pour faire déclarer la *Barcelona Traction* en faillite? Tout juge espagnol, saisi d'une requête de mise en faillite d'un commerçant se trouvant dans les conditions où était la *Barcelona Traction* en 1948, aurait dû déclarer la faillite exactement comme l'a fait le juge de Reus.

2) *Arguments du Contre-mémoire que le Gouvernement belge n'a pu réfuter et qui sont donc passés sous silence*

138. Les arguments essentiels énoncés dans le *Contre-mémoire* auxquels la *Réplique*¹ n'a même pas pu faire allusion, parce que le Gouvernement belge n'avait rien à leur opposer, sont au nombre de trois.

1^o Dans le jugement déclaratif de faillite, le juge de Reus n'avait pas à justifier sa compétence *ratione loci*; quand il a été saisi de la requête, il ne pouvait la rejeter *in limine litis* (A.C.M., 13, VII, pp. 101 ss.) ni soulever d'office une question de compétence *stricto sensu*, l'art. 74 du Code de procédure civile le lui interdisant expressément (A.C.M., 14, VII, pp. 104 à 106).

De même lorsqu'il a déclaré la faillite en rendant son jugement du 12 février, il n'était pas le moins du monde tenu de justifier l'existence d'un point de rattachement entre le litige dont il était saisi et le ressort de son tribunal (C.-M., IV, par. 8, p. 247)².

2^o Le premier des éléments établissant la compétence *ratione loci* est la soumission tacite des plaideurs qui procède pour les demandeurs d'une procédure du fait même de la

¹ Voir C.M. pars. 127 à 130, pp. 515-516.

² La *Réplique* y fait allusion pour annoncer une réfutation qui n'apparaît pas à l'endroit indiqué (voir A.D., 46).

présentation de la demande; et, pour le défendeur, du fait de comparaître et d'accomplir tout acte autre que celui qui consiste à proposer le déclinatoire en bonne et due forme (art. 58 du Code de procédure civile)¹.

3^o Le bureau du Tribunal suprême, à la demande de *Sidro* et d'*Ebro*, a désigné en avril 1948 un juge spécial pour connaître de la faillite.

Le silence de la *Réplique* au sujet de la nomination du juge spécial est particulièrement significatif car il conduit aux conclusions suivantes:

Les autorités judiciaires supérieures espagnoles ont fait preuve en la matière d'une diligence peu commune; elles ont accordé ce que demandaient les sociétés étrangères prouvant ainsi qu'elles n'éprouvaient pas le moins du monde l'animosité que le Gouvernement belge voudrait leur imputer (C.-M., IV, pars. 130 et 131, p. 516).

A supposer que le juge de Reus fût incompétent *ratione loci* et qu'un autre juge espagnol eût dû connaître de la faillite — hypothèse dont nous avons démontré la fausseté — de la *Barcelona Traction* le seul fait que les autorités judiciaires supérieures du pays ont reçu favorablement la demande des parties prétendument lésées suffirait à retirer toute pertinence au regard du droit international, à la question de savoir si le juge de Reus était ou non compétent par priorité sur un autre juge espagnol.

C'est sans doute pour cela que le Gouvernement belge, au lieu de parler de la compétence du tribunal de Reus *stricto sensu*, a préféré parler, dès le début, du « choix qu'ont fait les demandeurs à la faillite, du tribunal de Reus ». Le Gouvernement belge, qui est si soucieux des formes, sait très bien que ce n'est pas là un terme technique de droit espagnol. Mais il a recours à cet argument et à cette terminologie, à maintes reprises, comme à un nouveau rideau de fumée qui lui permet de dissimuler la régularité de la déclaration de faillite, et de faire planer le doute et le soupçon sur des personnes contre lesquelles il confesse d'autre part qu'il ne peut fournir ni preuves ni même indices qu'elles se soient rendues coupables de prévarication ou qu'elles aient enfreint les normes pénales espagnoles.

§ 2: LES TRIBUNAUX ESPAGNOLS, EN ADOPTANT LES MESURES DE SAISIE ET D'ALIÉNATION DES BIENS DE LA SOCIÉTÉ FAILLIE, N'ONT PAS OUTREPASSÉ LEURS POUVOIRS DANS L'EXERCICE DE LEUR JURIDICTION

139. La seconde usurpation de compétence que le Gouvernement belge attribue aux tribunaux espagnols, en violation du droit espagnol en vigueur, est présumée être commise du fait que, en procédant à la saisie et à la vente des biens de la société faillie, on a étendu les effets de la faillite au-delà du territoire espagnol.

Le grief a déjà fait l'objet d'une réponse (*supra*, Chap. II, Section I, § 2) du point de vue du droit international, et il a été prouvé qu'une telle usurpation de compétence n'existe pas. Mais la *Réplique*, selon la nouvelle attitude adoptée, accuse les tribunaux espagnols

¹ Voir A.D. 55.

d'avoir enfreint le droit interne et elle entremêle indifféremment les imputations d'usurpation de compétence et celles de la violation des lois espagnoles.

Les accusations de violation du droit interne auxquelles la présente *Duplique* se propose de répondre ici sont les suivantes :

a) L'émission de nouveaux titres par les organes des sociétés filiales de la *Barcelona Traction (Ebro Irrigation et Catalanian Land)* a constitué une « contrefaçon de titres ou valeurs émis [...] par des sociétés étrangères », et les tribunaux espagnols non seulement ont toléré la contrefaçon, mais en outre ont prétendu que les titres contrefaits étaient les seuls valables (R., V, par. 455, p. 311).

b) Selon le droit espagnol, les tribunaux espagnols ne pouvaient saisir les droits de la *Barcelona Traction* sur les filiales sans demander l'*exequatur* des autorités canadiennes, ni étendre les effets de la faillite au territoire canadien, vu 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 »¹.

140. Dans d'autres passages, la *Réplique* reprend les accusations d'usurpation de compétence lorsqu'elle se réfère aux mesures de saisie et de vente des biens de la faillite². Traiter à présent de ces accusations signifierait anticiper sur des problèmes qu'il faut examiner, en étudiant d'une façon concrète les mesures de saisie et de vente des biens³.

A) *Inexistence d'une contrefaçon de titres ou de valeurs qui aurait pu être tolérée par le Gouvernement ou les tribunaux espagnols*

141. Le grief d'usurpation de compétence, formulé sur la base de l'allégation que les tribunaux espagnols ont toléré une contrefaçon des titres ou valeurs émis par des sociétés étrangères (R., par. 455, p. 311), est repris lors de l'analyse de l'émission de titres de six sociétés auxiliaires (R., pars. 603 à 605, pp. 454 à 457). Sur ce point, on en arrive à affirmer que l'usurpation « se double de violations flagrantes du droit espagnol ou du droit canadien selon le cas » (R., par. 604, p. 454)⁴.

Or, le Gouvernement espagnol se doit de relever deux vices d'origine dans l'ensemble du raisonnement adverse :

a) Si l'usurpation de compétence est fondée sur la tolérance d'une prétendue contrefaçon, il est indispensable que la partie adverse démontre que la contrefaçon s'est produite

¹ *Réplique*, pars. 574 et 575, pp. 430 et 431; ces deux paragraphes font partie de la sous-section intitulée : « La faillite déclarée par le juge de Reus n'a pas pu étendre ses effets au Canada. »

² Elle affirme, par exemple, que les actions des filiales se trouvant au Canada, le juge de Reus ne pouvait ordonner leur saisie « sans commettre une grossière usurpation de compétence » (R., par. 565, p. 422); et que les actions d'*Ebro*, de *Catalonian Land* et d'*International Utilities* ne pouvaient avoir été saisies que par les seuls tribunaux canadiens (R., par. 572, p. 427).

³ Dans les exemples cités, il est clair qu'il s'agit non pas de savoir s'il y a eu ou non usurpation de compétence, mais de déterminer quel genre de biens ont été saisis et vendus par les organes de la faillite et où lesdits biens se trouvaient situés selon les règles du droit civil ou commercial espagnoles.

⁴ Nous ne pensons pas que personne puisse considérer sérieusement que les tribunaux espagnols sont tenus de veiller à ce que le droit canadien soit observé en Espagne au sujet d'un point auquel le droit canadien n'est pas, selon le droit espagnol lui-même, applicable.

conformément aux règles du droit pénal espagnol. En revanche, en dénonçant les prétendues « violations flagrantes du droit espagnol », elle omet de faire une preuve quelconque que la contrefaçon a eu lieu. Il ne suffit pas de prétendre que les nouveaux titres étaient dépourvus de validité ou d'efficacité pour incorporer les droits de la *Barcelona Traction* sur les six filiales, car il s'agit là en tout cas d'un problème d'ordre civil, mais aucunement d'une question pénale.

b) L'accusation part du principe que la contrefaçon a porté sur des titres ou valeurs émis par des sociétés étrangères; et ensuite, on prétend que la contrefaçon a été commise dans l'émission de titres de six sociétés, dont quatre étaient espagnoles.

Cela prouve une fois encore que le Gouvernement belge utilise les termes « usurpation de compétence » et « violation flagrante du droit espagnol » comme de simples épithètes blessantes et non pas comme des notions juridiques précisées.

142. Le Gouvernement espagnol a pris note en son temps de ce que le Gouvernement belge considérait que l'émission de titres par les sociétés filiales de la *Barcelona Traction*, contrôlées par les organes de la faillite, ne constituait rien de moins qu'un délit de faux, sanctionné par les articles 293, 295 et 296 du Code pénal espagnol (M., I, par. 341, p. 170, et A.M. 54, II, p. 280).

L'accusation est absurde à un point tel que le Gouvernement espagnol l'a considérée comme un simple épanchement verbal parmi ceux que le *Mémoire* contenait. Mais la répétition de cette accusation dans la *Réplique* et l'insistance que l'on y met obligent à démontrer une fois pour toutes que semblable imputation est tout simplement ridicule.

Pour qu'il y ait falsification de documents d'après l'ordre juridique d'Espagne, comme dans d'autres ordres juridiques d'autres pays, il est indispensable qu'il y ait à la fois *altération de la vérité et volonté d'induire en erreur*; la contrefaçon exige la *tromperie*, obtenue par l'*imitation*. Les administrateurs des filiales auraient commis une falsification si, en faisant imprimer les nouveaux titres, ils y avaient altéré la vérité; si, par cette altération, ils avaient tenté de surprendre la bonne foi de tiers, qui auraient pu être trompés par une *imitation* et confondre les nouveaux titres et les anciens.

Or, les nouveaux titres ne réunissaient pas ces caractéristiques. Ils étaient émis en portant la date des décisions adoptées par l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires des sociétés filiales, et les signatures qui y étaient apposées étaient assurément celles des personnes qui, en Espagne, étaient accréditées comme administrateurs. Quant à la question de savoir si les assemblées étaient valables ou non, et elles l'étaient en Espagne; si les administrateurs avaient été désignés ou non conformément au droit, et ils l'avaient été, ce sont des problèmes juridiques très divers, mais, en aucun cas, les nouveaux titres ne peuvent être qualifiés de faux du point de vue pénal.

Par ailleurs, les émetteurs des titres, loin de vouloir que ces titres soient confondus avec des séries émises par d'autres personnes ou par les organes des filiales antérieures à la faillite de la *Barcelona Traction*, ont publié dans la presse des annonces signalant que les nouveaux titres remplaçaient les certificats, titres ou documents qui, jusqu'alors, représentaient les actions des filiales; et ils ont accordé un délai à tous ceux qui feraient valoir leur droit pour l'échange d'anciens titres contre de nouveaux ¹.

¹ Le Gouvernement belge lui-même a reproduit ces annonces (A.M. 172, III, pp. 664 à 667).

La *Barcelona Traction* et la *National Trust* étaient parfaitement au courant de la réalité que les nouveaux titres reflétaient, quelle que pût être la valeur de cette réalité du point de vue du droit civil¹. Il n'y a donc pas eu contrefaçon de titres que les tribunaux espagnols puissent poursuivre ou sanctionner².

B) *La déclaration de faillite de la Barcelona Traction, selon le droit espagnol, a étendu ses effets à la société faillie et à ses biens, où que ces derniers se soient trouvés*

143. La Partie adverse affirme que les effets de la faillite, en droit espagnol, se bornent au territoire où elle a été déclarée. La *Réplique* (V, par. 574, pp. 430-431) entend déduire cette thèse du fait qu'en Espagne, la faillite est régie par le principe de la territorialité et non pas par celui de l'universalité; la conséquence du principe territorial est que, à moins que des traités internationaux n'en disposent autrement, le jugement de faillite rendu à l'étranger n'a pas de valeur en territoire espagnol tant que n'a pas été obtenu l'*exequatur* des tribunaux espagnols.

Cette construction est inadmissible. En affirmant que le droit espagnol établit le principe de la territorialité et non de l'universalité de la faillite, les auteurs espagnols prétendent tout l'opposé de ce que le Gouvernement belge leur attribue³.

Suivant le principe d'universalité de la faillite, le débiteur ne peut être déclaré en faillite que par une seule juridiction d'Etat, celle de son domicile, et la loi applicable est celle de ce même pays dans lequel le débiteur est domicilié; les autres Etats n'ont pas juridiction pour déclarer la faillite du débiteur⁴.

Suivant le principe de territorialité, les tribunaux de chaque Etat réunissant des titres suffisants de juridiction peuvent déclarer la faillite du débiteur, d'où la possibilité de diverses faillites; et les tribunaux de chaque Etat, dans cette faillite concrète, appliqueront la *lex fori* et non celle du statut personnel du débiteur.

¹ *National Trust* non seulement n'a pas tenté même de faire l'échange, mais encore elle a préféré élever des protestations en niant la validité des nouveaux titres; cependant, elle n'a osé à aucun moment affirmer ne serait-ce que les titres fussent contrefaits, ou que les administrateurs des filiales aient encouru le délit de contrefaçon (A.M. 175, III, p. 667).

² Sur le caractère prétendument faux des titres émis à Barcelone par les Conseils d'administration des filiales et sous-filiales de la *Barcelona Traction*, voir A.D. 57.

³ Les auteurs espagnols cités dans la *Réplique* (par. 574, p. 430) soutiennent qu'en application du principe de territorialité de la faillite, les tribunaux espagnols peuvent déclarer celle d'un étranger, en appliquant la *lex fori*, et il n'y a pas lieu que soit exécuté en Espagne par les tribunaux espagnols un jugement de faillite étranger, ni que lesdits tribunaux reconnaissent l'efficacité de la chose jugée au jugement de faillite rendu par des tribunaux étrangers, ni que la faillite déclarée à l'étranger puisse servir de base à une exception de litispendance à opposer aux tribunaux espagnols. Dans l'A.D. 47, on trouvera l'opinion de José ANTONIO RAMIREZ (*La quiebra*, Barcelone, 1959, vol. III, pp. 765 et ss.) et l'on y constatera la dénaturation opérée dans la *Réplique*. Le Gouvernement espagnol, pour des raisons évidentes, préfère s'en tenir à cet auteur, au lieu de faire appel à l'autorité des professeurs espagnols qui ont donné des consultations dans le litige interne à la demande des syndics; cela, non que lesdits auteurs soient défavorables, mais parce que — leur texte étant nettement favorable à la position espagnole, il est préférable de s'en tenir à un auteur auquel le Gouvernement belge attribue une grande réputation.

⁴ Si l'on s'en tenait au principe d'universalité, non seulement les tribunaux espagnols n'auraient pas juridiction pour connaître de la faillite de la *Barcelona Traction*, mais encore, les tribunaux canadiens ayant suivi une procédure d'une finalité analogue, les effets des décisions desdits tribunaux sur la capacité et les biens du failli seraient obligatoires pour les tribunaux espagnols.

Si nous appliquons au cas de la *Barcelona Traction* le principe de territorialité de la faillite, il en résulte que, pour l'ordre juridique espagnol, la juridiction revenait aux tribunaux espagnols et non pas aux tribunaux canadiens, bien que le domicile du failli se soit trouvé au Canada; que la loi applicable par les tribunaux espagnols était non pas celle du statut personnel de la société, mais la *lex fori*; et que les décisions rendues par les tribunaux canadiens ne pouvaient être exécutées par les tribunaux espagnols ni avoir valeur de chose jugée en Espagne, sans l'obtention préalable de l'*exequatur* ¹.

144. L'arrêt de la Cour suprême du 29 mai 1894, invoqué par la partie adverse (R., V, par. 575, p. 431) ², doit être interprété à la lumière du principe suivant lequel diverses actions en faillite peuvent être exercées contre un même débiteur dans différents Etats. Il est vrai, comme le Gouvernement belge l'affirme, que, selon la doctrine établie par le Tribunal suprême espagnol, il est impossible de faire valoir en Espagne les déclarations de faillite ou décisions analogues adoptées dans d'autres Etats ³, à tel point que l'incapacité prononcée par un tribunal français ne peut être invoquée devant les tribunaux espagnols qu'à condition d'obtenir l'*exequatur* correspondant ⁴.

Mais de cette doctrine du Tribunal suprême, on ne peut tirer qu'une seule conséquence: au point de vue du droit espagnol, la faillite déclarée à l'étranger ne produit pas ses effets en Espagne. Comme il est logique, les tribunaux espagnols n'ont pas été appelés à statuer sur la valeur que les tribunaux étrangers confèreraient à une déclaration de faillite prononcée en Espagne; c'est aux tribunaux étrangers qu'il reviendrait de trancher cette question.

Cependant, si le Gouvernement belge prétend appliquer la doctrine du Tribunal suprême, en se fondant sur le principe de réciprocité, il peut seulement conclure que les autorités espagnoles ne peuvent prétendre à ce que les tribunaux français déclarent la nullité d'actes réalisés en France par un failli espagnol, si le droit français est, sur ce point, analogue au droit espagnol. Autrement dit, il semble licite au Gouvernement espagnol que les tribunaux français se refusent à déclarer la nullité des actes en question sans que l'on obtienne l'*exequatur*.

Au point de vue de l'ordre juridique français, les actes réalisés par le failli en territoire espagnol étaient nuls, bien qu'ils ne pussent être déclarés comme tels par les tribunaux espagnols au point de vue de l'ordre juridique espagnol. Les *syndics*, au point de vue de l'ordre juridique français, étaient les seuls qui pouvaient légitimement disposer des biens que le failli possédait en territoire espagnol; en revanche, au point de vue de l'ordre juridique espagnol, les *syndics* français étaient dépourvus de cette qualité.

¹ Tout cela, bien entendu, sans préjudice de ce que, du point de vue de l'ordre juridique canadien, les tribunaux canadiens puissent être ceux qui possèdent la juridiction exclusive, et qui puissent n'être pas assujettis ni n'avoir l'obligation d'exécuter les arrêts des tribunaux espagnols.

² La requête d'un *syndic* français demandant la déclaration de nullité d'actes réalisés en Espagne par un sujet déclaré en faillite par les tribunaux français, a été rejeté pour n'avoir pas demandé l'*exequatur*.

³ Un commerçant failli en France, ou sujet aux procédures canadiennes de la *receivership* ou *winding up*, n'est pas considéré comme ayant incapacité ou comme inhabilité en Espagne, et il n'est pas non plus reconnu qualité aux *syndics* français ou au *receiver* canadien pour exercer leurs droits.

⁴ Il n'en est pas ainsi dans le droit belge, dont les tribunaux admettent que les *syndics* des faillites déclarées à l'étranger administrent et liquident des biens sis en territoire belge sans qu'il soit besoin de demander auxdits tribunaux la déclaration de faillite en Belgique ni même le seul *exequatur* de la déclaration émise par le tribunal étranger. Sur ce point, que le *Contre-mémoire* a mis en relief (C.M., IV, p. 344, note 1, et p. 492), le Gouvernement belge a gardé un silence prudent.

Si l'hypothèse était inverse, il est clair que, pour les tribunaux espagnols, le failli espagnol ou déclaré en faillite en Espagne n'aurait pas capacité pour administrer ses biens, même ceux qu'il posséderait en France, mais cela serait au point de vue de l'ordre juridique espagnol et en admettant qu'au point de vue de l'ordre juridique français les actes du failli ne pourraient être réputés nuls.

Avec la doctrine établie dans l'arrêt du 29 mai 1894, on ne peut absolument pas dire que le Tribunal suprême ait reconnu que le commerçant déclaré en faillite en Espagne ne demeurerait pas inhabilité ni dessaisi en dehors du territoire espagnol, même au point de vue de notre ordre juridique.

145. Toute autre interprétation, comme celle du Gouvernement belge, aboutit nécessairement à l'absurde. Si l'incapacité du failli se produisait seulement à l'intérieur du territoire de l'Etat dont les tribunaux auraient déclaré la faillite, aucune faillite ne produirait d'effets contre un failli qui aurait son domicile à l'étranger; il suffirait à ce failli d'effectuer des actes de disposition de ses biens dans le territoire où il est domicilié, et s'il était vrai que les effets de la faillite ne s'étendent pas au-delà des frontières du territoire du juge, les actes devraient être valables même pour les tribunaux du pays dans lequel la faillite aurait été déclarée.

Pour les tribunaux espagnols, le failli demeure inhabilité où qu'il se trouve, et ses actes d'administration et de disposition sont nuls, où qu'il les effectue; et le dessaisissement des biens, conséquence d'une telle inhabilitation, se produit également, où que les biens se trouvent.

En revanche, ce à quoi les tribunaux espagnols ne peuvent pas prétendre, c'est que les tribunaux étrangers reconnaissent en tous cas l'efficacité extraterritoriale de la déclaration de faillite, même du point de vue de l'ordre juridique étranger. Cela dépendra de l'ordre juridique étranger lui-même; et de la sorte, tandis que des pays dont l'ordre juridique est analogue à l'ordre espagnol ne reconnaissent point cette efficacité sans demander l'*exequatur*, d'autres pays, comme la Belgique, admettent l'efficacité sans nécessité de l'*exequatur* préalable¹.

La prémisse s'avérant inexacte, le Gouvernement belge ne pouvait en tirer aucune conclusion valable quant à l'efficacité extraterritoriale de la déclaration de faillite prononcée par les tribunaux espagnols.

146. La *Réplique* (V, par. 574, p. 430) lance une affirmation qui révèle en soi comment toute cette thèse a été construite pour les besoins de la cause; elle prétend qu'à défaut de

¹ Sur la fausseté de la thèse suivant laquelle le dessaisissement du failli et la « mise en possession » simultanée des organes de la faillite ne s'opèrent même pas en territoire espagnol de plein droit, si le débiteur possède des biens en des endroits différents de celui où la faillite a été déclarée, voir plus loin, Sect. III. Il convient de souligner, cependant, la différence qui existe entre la thèse du paragraphe 576 de la *Réplique* et celle qui est soutenue aux paragraphes 549 et suivants. A cet endroit, le Gouvernement belge prétend que le jugement déclaratif de faillite, en droit espagnol, ne produit la mise en possession des organes de la faillite sur aucun bien, tant que l'on ne procède pas à la saisie physique ou matérielle. En revanche, au paragraphe 576, p. 431, il affirme déjà seulement que « 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 »; il admet par conséquent que la déclaration de faillite produit le dessaisissement, de plein droit, tout au moins quant aux biens sis dans le lieu où le juge a déclaré la faillite. Ces hésitations prouvent le peu de consistance de la thèse du Gouvernement belge; et il est superflu de dire que le Gouvernement espagnol conteste la thèse de la partie adverse, aussi bien dans l'énoncé des paragraphes 549 et ss. que dans celui du paragraphe 576.

l'*exequatur* des tribunaux du pays dans lequel se trouvent des biens du failli, tout acte de saisie des organes de la faillite sur les biens en question « constituerait une simple voie de fait ».

Les mesures de saisie décidées par les tribunaux espagnols sur les biens sis *véritablement* en territoire étranger, s'il n'y a pas d'*exequatur*, pourront être tout ce que l'on voudra, sauf une simple voie de fait¹.

C'est là ce que le Gouvernement belge lui-même en vient à reconnaître quand il dit que les titres et certificats des actions n'ont jamais été saisis, puisqu'ils se trouvent toujours dans les coffres de *National Trust* à Toronto. Comment peut-il dire alors que les mesures de saisie décidées par le tribunal espagnol sont « une simple voie de fait »? C'est la seule chose qu'elles ne sauraient être. Le commissaire à la faillite ne s'est pas rendu à Toronto pour saisir les titres ou certificats et ce serait là l'unique « voie de fait » qu'il y aurait lieu de dénoncer!

Cependant, la plus grande ou la moindre efficacité pratique des décisions prises par les tribunaux d'un pays au sujet d'un failli domicilié à l'étranger ne peut empêcher que les tribunaux prononcent la faillite dudit étranger, si leur propre droit leur reconnaît juridiction, ni qu'ils adoptent les décisions nécessaires avec efficacité et valeur juridiques, bien qu'*en fait* elles puissent manquer d'intérêt pratique².

147. La tentative de renforcer une thèse juridique erronée en invoquant le précédent de la faillite de la société belge *Niel-on-Rupell* n'est pas nouvelle; bien que, dans ce cas précis comme dans d'autres, il faille l'utiliser en dénaturant le texte. La *Réplique* (p. 431) prétend que, dans le jugement de faillite, le juge « a limité son ordre de saisie aux biens de la société faillie existant en Espagne »; cependant, si nous nous reportons à l'*Annexe 102*, appendice 1, de la même *Réplique* (vol. II, p. 517), il en ressort que ce qu'affirme le Gouvernement belge n'est pas exact. Le juge, d'après ce qu'on lit dans l'*Annexe* même, a décidé que:

« l'embargo et la saisie de tous les livres, biens et appartenances de la Société faillie est décrété, et il sera procédé à l'établissement des inventaires et dépôts, la deuxième section de la faillite étant dès lors constituée avec la copie certifiée du présent jugement et elle sera ensuite transmise au Commissaire pour l'indication pertinente du procès-verbal de saisie des biens existants en Espagne et leur inventaire »³.

¹ La difficulté que les auteurs attribuent au principe de territorialité de la faillite est que la déclaration prononcée par les tribunaux d'un pays ne peut être efficace, *en fait*, quant aux biens sis véritablement sur le territoire d'un autre pays. Si la société faillie a des immeubles dans un territoire différent du territoire espagnol, par exemple, l'ordre juridique espagnol pourra considérer que, de son point de vue, lesdits immeubles se trouvent en possession médiate des organes de la faillite, mais, *de fait*, cette considération sera inefficace à l'égard desdits immeubles.

² C'est ce qu'a déclaré la Cour d'Appel de Barcelone, dans son arrêt du 6 novembre 1939, dans l'*Affaire de la faillite Niel-on-Rupell*, que le Gouvernement belge s'est préoccupé de révéler à la Cour et au Gouvernement espagnol; à l'A.R. 102, II, pp. 521-522, on pourra constater que la société belge a prétendu que la Cour d'Appel annule la déclaration de faillite en arguant qu'elle n'avait en Espagne ni domicile ni biens; et la Cour d'Appel, invoquant précisément l'article 51 du Code de procédure civile et l'article 267 de la Loi organique sur le pouvoir judiciaire (lesquels, selon le Gouvernement belge, ne peuvent s'appliquer au cas de la *Barcelona Traction*), a confirmé la juridiction des tribunaux espagnols, « quelles que soient les possibilités de rendre effective la procédure universelle de faillite, du fait que ladite société est belge, que la compétence absolue pour connaître de la faillite appartient aux tribunaux de ce dernier pays conformément à sa législation, et que ladite société n'a aucune activité ni affaires en Espagne, éléments dont, le cas échéant, la société demanderesse devrait tenir compte, mais qui ne peuvent être suffisants pour accéder à ce motif du recours d'opposition ».

³ C'est nous qui soulignons.

Il est évident que le juge a décrété la saisie de *tous* les biens et propriétés de la société faillie, sans limitation d'aucune sorte. La limitation évoquée par le Gouvernement belge ne figure pas dans l'ordre de saisie, mais dans la référence aux formalités de saisie que le commissaire est tenu d'effectuer, lesquelles, comme il est logique, ne peuvent se rapporter qu'aux biens sis en Espagne; nul ne peut songer que le juge ordonnerait au commissaire de se rendre en Belgique afin de procéder sur les lieux, de par son autorité, à la saisie des biens de la société.

Dans la faillite *Niel-on-Rupell*, par conséquent, il en est advenu comme dans celle de la *Barcelona Traction*; on a décrété la saisie de *tous* les biens de la société faillie, mais, pour ce qui est des formalités de saisie de la deuxième section, le commissaire n'a procédé que contre des biens sis en Espagne ¹.

148. Le Gouvernement espagnol tient à réaffirmer donc les explications juridiques qu'il a données dans le *Contre-mémoire* (IV, par. 122, pp. 319-320, et par. 69, p. 286). En ce qui concerne la saisie et la vente des actions de la *Canadian Finance*, propriété de la *Barcelona Traction*, par le *receiver* canadien ou par la société faillie; la nomination, à Toronto, en 1949, d'un Conseil d'administration d'*Ebro* par une Assemblée où le *receiver* est intervenu au nom de la *Barcelona Traction* ², ou l'émission de nouveaux titres en Espagne par les conseils d'administration de six sociétés filiales et sous-filiales, le Gouvernement espagnol maintient son point de vue sans contradictions, tandis que la *Réplique* applique constamment le système deux poids, deux mesures, selon que les documents soient favorables ou contraires à ses intérêts ³.

Enfin, la *Réplique* (V, par. 579, p. 434) utilise un argument particulièrement significatif. Après avoir formulé le grief que les organes de la faillite n'ont pas demandé l'*exequatur* aux autorités canadiennes, elle s'empresse d'affirmer que, si l'*exequatur* avait été demandé, ces organes n'auraient pas obtenu non plus la remise des biens de la *Barcelona Traction*. Cette seule affirmation prouve le sens véritable du grief ⁴: les tribunaux espagnols n'ont pas consenti à la stérilisation de la faillite, et ils ont passé outre aux mesures de « protection naturelle » que la société faillie avait imaginé pour frustrer ses créanciers.

¹ Et l'exactitude de cette interprétation se confirme lorsqu'on voit que, dans les avis publiant la faillite de *Niel-on-Rupell* (A.R. 102, p. 518), on prévient tous ceux qui ont des biens de la société faillie d'avoir à en faire la déclaration, sous peine d'être déclarés complices, sans faire de différence aucune entre les biens sis à l'intérieur ou en dehors de l'Espagne.

² La *Réplique* (par. 658, p. 491, et par. 675, p. 501) prétend que les tribunaux espagnols étaient dans l'obligation de reconnaître le caractère légitime de l'intervention du *receiver* nommé par les tribunaux canadiens, cela en contradiction flagrante avec la doctrine établie par le Tribunal suprême espagnol dans son arrêt du 29 mai 1894, invoqué dans la *Réplique* même (par. 575, p. 431).

³ Sur l'application à ces exemples de la doctrine défendue par l'une et l'autre parties, voir A.D. 58. Au sujet de la doctrine des auteurs étrangers invoquée dans la *Réplique* (pars. 577 et 578, pp. 432 à 434) voir A.D. 59.

⁴ Voir A.D. 60 en ce qui concerne le sens véritable du grief formulé contre les tribunaux espagnols.

SECTION II

LA DÉCLARATION DE FAILLITE

§ 1. L'ORDONNANCE (« PROVIDENCIA ») DU 10 FÉVRIER 1948 ÉTAIT BIEN CONFORME AU DROIT

149. L'ordonnance du 10 février 1948 (C-M., IV, p. 249) a constaté l'introduction de la procédure de faillite, a tenu pour établie à cette fin la qualité des créanciers, a admis l'offre de preuve testimoniale, a déclaré que les questions correspondantes étaient pertinentes et a fixé le jour suivant pour ouvrir l'instruction ¹.

D'après la *Réplique* (V, p. 8), ladite ordonnance constitue une preuve de la « bienveillance empressée » du juge, bienveillance qui expliquerait les motifs qui ont inspiré « le choix » dudit juge.

Cela est faux, comme on l'a déjà montré dans le *Contre-mémoire*. Le juge de Reus a rendu une ordonnance substantiellement identique à celle qu'aurait rendue n'importe quel autre juge espagnol en présence d'une requête de faillite analogue.

L'argumentation développée dans la *Réplique* repose sur la négation de la qualité des créanciers pour requérir la faillite et sur de prétendues irrégularités en rapport avec la preuve testimoniale ordonnée.

A. Qualité des requérants pour solliciter la déclaration de faillite de la Barcelona Traction

150. Le Gouvernement belge formule une double accusation à cet égard. Il allègue une soi-disant infraction aux dispositions de caractère administratif et fiscal concernant l'intervention d'un agent de change pour la transmission de titres, et il prétend qu'il était nécessaire de vérifier si l'on avait enfreint ou non les dispositions en vigueur en matière de devises ².

Le Gouvernement espagnol maintient intégralement la réponse qu'il a donnée à ce sujet dans le *Contre-mémoire* (chap. III, par. 14, p. 250).

Le Gouvernement belge est contraint d'admettre dans la *Réplique* (p. 344) que même le titre acquis dans des conditions irrégulières, c'est-à-dire sans l'intervention d'un agent

¹ Le texte de cette ordonnance est rapporté dans les ACM., 20, VII, p. 127.

² Le *Mémoire* (I, p. 44) reprochait une soi-disant infraction aux décrets du 19 septembre 1936 et du 4 juin 1938, ratifiés par la loi du 23 février 1940.

La *Réplique* (p. 344) invoque, en outre, une infraction à la loi du 24 novembre 1938.

de change ¹, fait preuve de la créance qu'il constate, mais il ajoute qu'« 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 ». Or, les requérants *avaient acquis régulièrement leurs titres* avec intervention d'un agent de change, ainsi que le *Mémoire* belge lui-même le reconnaît (I, par. 78), et que cela résulte du certificat présenté par le *Gouvernement belge lui-même* à l'Annexe 50 de son *Mémoire*.

Il n'est pas raisonnable, dans ces conditions, que le *Gouvernement belge* persiste dans son argumentation sur ce point.

151. Le *Gouvernement belge* affirme dans sa *Réplique* (V, p. 344) que le *Contre-mémoire* n'a pas répondu à toutes les objections soulevées au N° 83 du *Mémoire*. Cela est inexact et il suffit, pour s'en rendre compte, de consulter l'AD 61.

Il est inexact aussi que le *Gouvernement espagnol* ait répondu « sans nier que le juge avait l'obligation de vérifier la qualité des requérants pour agir ». Cela est évident puisqu'il est dit ce qui suit dans le *Contre-mémoire* (IV, p. 250): « Il n'est nulle part prescrit que les juges doivent refuser la qualité de partie et rejeter *in limine litis* les demandes d'un plaideur qui n'a pas établi qu'il avait exécuté ce qui est prévu par les lois et arrêtés ci-dessus mentionnés » ².

La *Réplique* ne dit pas un seul mot de la jurisprudence citée par le *Contre-mémoire* (note 3, p. 250), et qui confirme que les dispositions d'ordre administratif ou pénal ne peuvent enlever leur force probatoire aux documents produits par les parties dans un procès civil. Rien n'est dit non plus au sujet de l'Annexe 31 du chapitre III, où est citée une jurisprudence abondante du Tribunal Suprême sur l'article 876 du Code de commerce, qui établit que pour reconnaître la qualité nécessaire pour requérir la faillite on ne saurait exiger la présentation d'un titre formel de créance, mais seulement une preuve quelconque de l'existence de la créance, voire une simple facture.

Le *Gouvernement belge* ignore également l'observation importante faite dans le *Contre-mémoire* (p. 251) à propos du fait que, s'agissant d'obligations au porteur, la seule présentation par les requérants des coupons échus aurait été suffisante pour prouver leur qualité pour requérir la faillite de la *Barcelona Traction* sans qu'il soit besoin de présenter les titres correspondants.

La *Réplique* belge oublie également l'allégation du *Contre-mémoire* selon laquelle l'un des hommes de paille de la *Barcelona Traction*, M. Andreu, a comparu dans la faillite de la *Barcelona Traction* de la même manière que les requérants, autrement dit en joignant sans plus les obligations qu'il possédait, et que le juge de Reus a naturellement admis sa comparution et l'a reconnu comme partie ³.

¹ Ordonnée par le Décret du 9 septembre 1936.

² Il est même ajouté à la même page ce qui suit: « ... et, tant qu'il n'y a pas de personne qualifiée qui les exerce et qui affirme que certains titres ont été acquis d'une façon irrégulière, les juges et les tribunaux ne peuvent d'office demander qu'en soit justifié le mode d'acquisition et moins encore rejeter une demande *in limine litis* ».

³ En ce qui concerne la « no action clause », sur laquelle on reviendra plus loin, il est évident que le juge n'avait pas à apprécier l'efficacité probable qu'une telle clause devait avoir lorsqu'il a rendu son ordonnance du 10 février 1948. Il ne devait le faire que plus tard, lorsqu'il s'est prononcé sur le fond de la requête présentée, à savoir lors du jugement du 12 février 1948. Cela a d'ailleurs été indiqué dans le *Contre-mémoire* (p. 251) et n'a pas été contesté dans la *Réplique*.

Il faut signaler que ni la *Barcelona Traction*, ni ses filiales, ni ses hommes de paille n'ont jamais recouru contre l'ordonnance du 10 février 1948¹. Même sans recourir contre l'ordonnance, il est évident que si la société en faillite ou l'un de ses obligataires avait fait opposition à la déclaration de faillite en temps et lieu opportuns, ils auraient pu discuter la qualité des requérants de façon efficace. Or, personne ne l'a fait.

B. La preuve testimoniale

152. Le *Mémoire* belge consacrait à la preuve testimoniale les paragraphes 87 et 88. Le *Contre-mémoire* (p. 252) a répondu aux divers griefs formulés. Le Gouvernement belge s'est toutefois vu dans l'obligation d'invoquer à ce sujet un nouveau grief jusqu'ici inédit. Il a prétendu (par. 479 de la *Réplique*) que l'interrogatoire portait sur des points dénués de pertinence et qu'il aurait dû se limiter aux points spécifiés par l'article 876 du Code de commerce, c'est-à-dire la preuve de la qualité de créancier et de la cessation générale des paiements².

Cette allégation est totalement dénuée de fondement. Les articles 1325 du Code de procédure civile et 876 du Code de commerce énumèrent un minimum d'éléments dont la preuve doit être rapportée, mais n'établissent en aucune façon un *numerus clausus*. En outre, la pertinence des faits offerts en preuve dans l'interrogatoire était évidente par rapport à la première conclusion additionnelle (« otrosi ») de la requête de faillite et à son *petitum*³.

153. Dans sa *Réplique* (par. 14), le Gouvernement belge reprend l'accusation déjà formulée dans le *Mémoire* selon laquelle les témoins ont déclaré sans avoir été préalablement cités. Il pousse sa construction tendancieuse jusqu'à affirmer que cette circonstance constituerait un indice de l'existence de « contacts irréguliers » entre les requérants et le juge.

En réalité, en matière de preuve testimoniale préalable à la faillite, de même que pour d'autres types de procédures prévues par le droit espagnol, par exemple en matière d'actions possessoires dites « *interdictos de retener y de recobrar la posesión* » (art. 1652 du Code de proc. civ.), ou encore dans la déclaration d'héritiers *ab intestat* (art. 979 du Code de proc. civ.), l'usage veut que la déclaration des témoins intervienne sans citation préalable, la partie qui a proposé leur audition se chargeant de les convoquer. La requête dans laquelle les demandeurs (ACM, N° 2, VII, pp. 12 ss.) offraient la preuve testimoniale, n'indiquait même pas les noms, qualités et domiciles des témoins (cette façon de procéder est habituelle dans les procédures de preuve testimoniale de ce type)⁴.

¹ Dans l'incident de nullité des procédures de juillet 1948 la déclaration de nullité de l'ordonnance du « 11 février 1948 » fut demandée. Cet incident était irrecevable précisément en raison du fait que les recours ordinaires n'avaient pas été interjetés.

² Non seulement le *Mémoire* ne disait rien à ce sujet, mais encore on ne trouve aucune allusion à cette allégation dans les actes présentés par la *Barcelona Traction*, ses filiales ou ses hommes de paille.

³ Fidèle à son système dialectique très particulier, le Gouvernement belge critique le *Contre-mémoire* de ne pas avoir cité le texte des articles 1325 du Code de procédure civile et 876 du Code de commerce. Il prétend voir dans cette omission une volonté de tromperie. En réalité l'ACM n° 22, VII, p. 131 fait suffisamment allusion à ces deux articles. Les deux articles en question sont en outre intégralement cités dans les ACM. n° 19, Vol. VII, pp. 124 ss.

⁴ On peut consulter le formulaire de Saura (Juan), cité dans l'AR, n° 2, où il n'est pas indiqué qu'il faudrait demander la citation de témoins mais où il est dit qu'il faut faire une offre de preuve testimoniale sous une forme analogue à celle adoptée par les requérants de la faillite de la *Barcelona Traction*.

L'Annexe n° 62 contient des attestations émanant des juges de première instance doyens de Madrid et de Barcelone certifiant que conformément à la pratique des différents tribunaux de leur circonscription, les procédures de preuve testimoniale des faillites obligatoires sont généralement instruites sans citation préalable des témoins. Ladite Annexe démontre à elle seule que le Gouvernement belge a commis un excès en présentant à la Cour comme un fait révélateur de « contacts irréguliers » avec le juge, une circonstance, le défaut de citation des témoins, qui intervient normalement dans les procès de faillite engagés en Espagne¹.

154. La Réplique insiste sur la nécessité d'appliquer les dispositions des articles 2004 et 2111 du Code de procédure civile. La présente Duplique doit rappeler ce qui a été dit dans le Contre-mémoire (IV, p. 252) au sujet de l'impossibilité totale d'appliquer lesdits articles. Même si ces articles pouvaient être invoqués, ce que le Gouvernement espagnol conteste, leur application n'aurait de sens que dans le cas où les déclarations auraient été faites par d'autres témoins que par ceux indiqués dans l'acte, c'est-à-dire s'il y avait eu substitution de personnes. Or, cela ne s'est point produit et n'est pas allégué par le Gouvernement belge².

Il convient de préciser que cette preuve testimoniale préalable ne laisse pas la faillite sans défense. Au cours de la procédure d'opposition il peut en effet contester la pertinence et la valeur de la preuve testimoniale administrée; il peut faire réentendre les mêmes témoins et leur poser des questions; il peut opposer à leurs déclarations d'autres preuves testimoniales ou de quelque autre nature que ce soit. L'accusation belge est totalement dénuée de fondement et elle ne trouve aucun appui ni dans la loi ni dans la doctrine.

Il est d'autre part évident que le fait que la preuve testimoniale soit administrée sans l'intervention de la société faillie est en parfait accord avec le principe qui veut que la faillite soit déclarée *inaudita parte debitoris*, principe qui a été accepté par le Gouvernement belge (M., I, p. 171) et qui n'aurait aucun sens si la société faillie devait intervenir dans la procédure de preuve testimoniale, comme le voudrait le Gouvernement belge dans sa Réplique.

155. Le Contre-mémoire affirmait avec logique que ce qu'avaient déclaré les témoins était en définitive vrai.

¹ On analysera plus loin (p. 294) l'arrêt du Tribunal suprême du 27 février 1965 (invoqué dans la Réplique au sujet de la cessation de paiements). Il convient cependant de signaler dès maintenant que la faillite à laquelle cet arrêt se réfère a été prononcée le 10 décembre 1959 et que le même jour les témoins ont été entendus sans citation préalable et, naturellement, sans que le greffier ait certifié les connaître. Au par. 197 il sera fait allusion à l'affaire Niel-on-Rupell également invoquée dans la Réplique. Dans cette affaire également, les témoins ont déclaré sans avoir été cités et sans que personne n'ait attesté les connaître. La faillite a également été déclarée le lendemain du jour où elle a été demandée.

² Lesdits articles relèvent du domaine de la juridiction volontaire ou gracieuse dont les limites sont définies par l'article 1811 du Code de procédure civile, aux termes duquel relèvent de cette juridiction tous les cas « où l'intervention du juge s'avérera nécessaire ou sera sollicitée sans qu'aucun litige entre des parties connues déterminées ne soit en cours ni soulevé ». Cette seule citation suffit à établir qu'il serait totalement et absolument infondé de soumettre au régime de la juridiction volontaire un acte relevant du domaine de la procédure de faillite.

Les règles générales applicables à la preuve testimoniale (art. 637 à 659 du Code de proc. civ.) établissent que, même dans le cas des procédures déclaratives, les témoins se présentent normalement volontairement, c'est-à-dire sans citation (art. 643), et qu'il n'est pas nécessaire que le greffier atteste les connaître, pas plus qu'il n'est nécessaire de faire comparaître des personnes déclarant les connaître (art. 647, 648 et 649 du Code de proc. civ.).

On avait demandé aux témoins, lors de l'interrogatoire, s'il était vrai que la *Barcelona Traction* « possédait la totalité des actions de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* ». Les témoins avaient répondu affirmativement. Le Gouvernement belge (R., V, p. 9, note 1) prétend que cette réponse était fautive car, dit-il, les actions étaient en « possession » de la *National Trust* à Toronto ¹.

Le verbe « posséder » signifie en espagnol « détenir une chose en s'en considérant le maître et non pas en sachant qu'elle appartient à un tiers ou qu'on la détient par cession ou par tolérance du propriétaire » ². Lorsqu'on a posé aux témoins la question examinée ici, on leur a demandé, s'il était bien vrai que la *Barcelona Traction* possédait à titre de propriétaire la totalité des actions de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.*, chose que personne ne discute à l'heure actuelle, pas même le Gouvernement belge, alors que jadis la *Barcelona Traction* l'avait nié, en donnant elle aussi au verbe posséder le sens d'être propriétaire ³.

§ 2. CONDITIONS NÉCESSAIRES DE LA FAILLITE

156. Comme cela a été indiqué dans le *Contre-mémoire* (IV, p. 259), deux conditions doivent être remplies pour que l'on puisse déclarer la faillite d'un commerçant à la requête d'un créancier: la présentation d'un document établissant la qualité de créancier du requérant et la preuve que le débiteur a cessé d'effectuer de façon générale le paiement de ses dettes courantes ⁴.

Le Gouvernement belge nie que les créanciers aient eu la qualité requise pour requérir la faillite, en raison des *trust deeds* (no action clause) et conteste que la *Barcelona Traction* ait été en état de cessation de paiements.

A. Manque de pertinence de la « no action clause » établie par les « trust deeds »

157. Le *Mémoire* faisait allusion (I, par. 84 à 86) à l'existence des contrats de *trust* et à la validité de la « no action clause » stipulée dans ceux-ci. Cette clause, d'après la thèse du Gouvernement belge, enlevait toute qualité pour agir aux obligataires qui avaient requis la faillite, et que le juge de Reus aurait dû le constater *ex officio*.

Le *Contre-mémoire* a répondu de façon adéquate à cette argumentation (par. 32-33, pp. 260-261).

¹ Le Gouvernement belge nie également que toutes les actions de la *Barcelonesa* aient appartenu à la *Barcelona Traction* puisque 12 actions « se trouvaient en fait entre les mains du public ». Ce qui n'est pas exact (voir par. 315).

² *Diccionario Manual Ilustrado de la Lengua Española de la Real Academia Española*, Espasa-Calpe 1950, 2^e éd., p. 1224.

³ Dans le recours en rétractation (« reposición ») formé par *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.*, le 16 février 1948 (A.C.M., n° 84, VIII, pp. 23 ss.) il est en effet allégué: « Il pourra donc être exact qu'entre les deux sociétés il y ait eu les relations financières indiquées au jugement de déclaration de faillite de *Barcelona Traction*. De même, nous admettons comme possible que *Barcelona Traction* possède une partie et que, à un moment même, elle ait possédé la totalité des actions *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* ... Même dans l'hypothèse non acceptée dans laquelle la société faillie était légitime possesseur de la totalité des actions de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* ... on part d'une hypothèse absolument incertaine et douteuse, savoir que la société faillie est actuellement possesseur de la totalité des actions émises par ma mandante ».

⁴ Articles 1325 du Code de procédure civile et 876 du Code de commerce. On peut consulter à ce sujet l'*Annexe correspondante* (A.C.M., n° 19, VII, p. 124).

Le Gouvernement belge reprend dans sa *Réplique* (V, par. 494) l'accusation concernant la « no action clause », mais sans aucune argumentation sérieuse et sans répondre aux explications données dans le *Contre-mémoire*, et la présente *Duplique* tient à donner les précisions nécessaires pour mettre en évidence la faiblesse de la position belge.

158. Le *Contre-mémoire* avait en premier lieu exposé que la « no action clause » ne figurait pas dans le texte imprimé des obligations ni dans celui de leurs coupons et que le juge ne pouvait par conséquent absolument pas aborder la question. Ce fait pourrait suffire à lui seul pour rendre superflue toute autre discussion au sujet de la validité de ladite clause en droit espagnol.

Dans sa *Réplique* (p. 347), le Gouvernement belge cherche à prétendre que le principe de littéralité ne serait pas une règle absolue pour tous les titres-valeurs et que, dans le cas des obligations, les droits des porteurs seraient déterminés par les stipulations de l'acte d'emprunt obligataire. Le Gouvernement belge ajoute que, de toute façon, une référence imprimée figurait sur les obligations, en ce sens qu'il y était dit qu'elles étaient soumises aux stipulations contenues dans le *trust deed* du 1^{er} décembre 1911¹.

Il ne s'agit cependant point de savoir si le principe de « littéralité » des titres-valeurs constitue ou non une règle absolue. La question est de savoir si, en lisant le texte des obligations présentées par les requérants, le juge pouvait apprendre l'existence de la « no action clause ». Il est évident qu'il ne le pouvait pas².

Ce que le Gouvernement belge reproche réellement au juge est donc de n'avoir pas deviné ou pressenti l'existence de la clause en question.

159. Dans sa *Réplique* (p. 345), le Gouvernement belge a contesté l'exactitude de la seconde allégation espagnole, selon laquelle la « no action clause » comportait bien une renonciation générale des obligataires à leur droit d'action individuel, mais n'impliquait pas de renonciation expresse à une action en déclaration de faillite.

La clause 35 du *trust deed* du 1^{er} décembre 1911, complétée par l'addition introduite le 31 décembre 1918, indique ce qui suit dans le passage de son premier paragraphe qui nous intéresse :

¹ Le Gouvernement belge perd volontairement de vue l'allégation répétée du *Contre-mémoire* selon laquelle la qualité de créanciers des requérants était double en ce sens qu'elle était établie non seulement par les titres des obligations présentées mais encore, indépendamment de cela, par les coupons échus et impayés qui s'y trouvaient joints. La *Réplique* jette un voile sur la question des coupons et préfère ignorer totalement l'argument. Il est pertinent de renvoyer expressément à ce qui a été dit sur ce sujet dans le *Contre-mémoire* (IV, p. 251).

² La référence imprimée sur les titres est la suivante : « Toutes les obligations de cette émission auront droit, *pari passu*, au bénéfice des et seront soumises aux stipulations contenues dans un acte de fidéicommiss et d'hypothèque, en date du premier décembre mil neuf cent onze, passé entre la compagnie d'une part et la *National Trust Company Limited*, de Toronto ... d'autre part » ; personne ne peut objectivement voir dans cette référence une interdiction empêchant les porteurs des obligations impayées de faire valoir leurs droits et leur interdisant de solliciter la faillite d'une société qui, depuis douze ans, ne payait pas les intérêts échus.

Les titres portaient des estampilles se référant aux modifications survenues en 1913, 1918 et 1921, mais celles-ci ne faisaient aucune allusion à la « no action clause » (A.C.M., n° 10, III, p. 86).

La « no action clause » dont le Gouvernement belge allègue la violation n'a pas été stipulée dans l'acte de 1911 mais dans un acte de 1918, sur la légalité duquel le Gouvernement espagnol a déjà fait connaître ses réserves (note 2, p. 262 du C.M.). La *Réplique* n'a fait aucune allusion à ce sujet.

« ... par les présentes, il est déclaré et convenu qu'aucun détenteur d'obligations n'aura le droit d'engager un quelconque procès ou une quelconque procédure judiciaire hypothécaire ou une quelconque vente en vertu de ladite hypothèque, ni pour l'exécution des fidéicommis de celle-ci, ni pour la perception de n'importe quelle somme en capital ou intérêts garantis ou représentés par les obligations ou par l'une d'entre elles, sauf cas de refus d'agir ou de négligence dans l'action de la part du *trustee* ».

Il n'est pas facile de découvrir dans ces lignes une interdiction empêchant les obligataires de demander individuellement la mise en faillite de la *Barcelona Traction*. Les clauses limitatives doivent être interprétées restrictivement. Il faut en outre tenir compte de ce que les stipulations des conventions de *trust* sont inspirées par la volonté de protéger les créanciers et non le débiteur. Cet élément est décisif dans l'interprétation des *trust deeds*¹.

Le Gouvernement belge aurait dû se référer également au second paragraphe de la clause 35², qui indique ce qui suit :

« Les porteurs d'obligations représentant la majorité en valeur de celles en circulation à l'époque auront en outre le droit d'enjoindre aux parties qui intenteraient une telle action ou procédure de renoncer à invoquer la ou les inexécutions sur lesquelles leur action est basée, et une telle injonction devra être obéie. Il est en outre déclaré et convenu qu'aucune action prise par le *trustee* ou par les obligataires en vertu du présent paragraphe ne préjudiciera ou n'affectera de manière quelconque les pouvoirs ou droits du *trustee* ou des obligataires au cas où il y aurait une nouvelle inexécution ou violation des conditions et engagements contractés par les présentes ».

Ce paragraphe traite des conséquences que pourrait avoir l'engagement par un ou plusieurs obligataires des procédures dont l'introduction à titre individuel est interdite par le paragraphe précédent si le *trustee* n'a pas auparavant refusé d'agir ou fait preuve de négligence. Ces conséquences paraissent claires. La majorité des obligataires, et non, par conséquent, la *National Trust*, a le droit (dans l'hypothèse envisagée, qui d'après la thèse belge, aurait été réalisée par la requête de faillite des demandeurs) d'enjoindre aux obligataires qui ont intenté l'action ou la procédure prohibées d'y renoncer là où ils l'ont intentée, leur ordre devant être obéi par les obligataires.

Dans ces conditions, qualifier de violation du droit international le fait que le juge de Reus n'ait pas « lu » une clause qui n'était pas imprimée sur les obligations ou qu'il n'ait pas réclamé l'acte de *trust* de 1911 sur lequel ladite clause ne figurait pas non plus, est tout simplement absurde. Même s'il avait pu lire la clause telle qu'elle était rédigée dans l'acte de *trust* de 1918, le juge n'aurait pu avoir aucun doute sur la qualité des obligataires pour requérir la faillite. En effet, même dans l'hypothèse où le juge espagnol (pour qui le *trust*

¹ L'article 1283 du Code civil espagnol stipule ce qui suit : « Quel que soit le caractère général des termes d'un contrat, on ne devra pas considérer qu'ils s'appliquent à des choses distinctes et à des cas différents de ceux sur lesquels les contractants avaient décidé de contracter ». L'article 1288 du même Code indique ce qui suit : « L'interprétation des clauses obscures d'un contrat ne devra pas favoriser la partie qui a provoqué cette obscurité. » Une jurisprudence constante (arrêts 13 décembre 1934, 27 février 1942, 12 novembre 1957, 14 avril 1959, 4 mai 1961, etc.) fondée sur l'art. 1288 a établi le principe suivant lequel, en cas de doute dans l'interprétation d'un contrat d'adhésion, et il est évident que le contrat d'émission des obligations en est un, il fallait toujours adopter l'interprétation la plus favorable à la partie qui avait adhéré au contrat, c'est-à-dire en l'espèce à l'obligataire.

² La clause est rapportée *in extenso* dans l'Annexe correspondante du *Mémoire*, mais le Gouvernement belge s'abstient de faire la moindre allusion à ce paragraphe.

est une institution inconnue¹ aurait pu comprendre qu'il existait un engagement de ne pas agir individuellement, il aurait dû nécessairement conclure qu'une infraction à cette interdiction aurait seulement autorisé les obligataires majoritaires à exercer le droit indiqué ci-dessus.

La *Réplique* (V, p. 345) se réfère à l'interprétation du juge britannique Danckwerts lors du procès de la *Sidro* contre le Comité des obligataires au sujet de la clause 44 du *trust deed* régissant les obligations *Prior Lien*, dont le libellé coïncide effectivement avec celui de la clause 35 du *trust deed* régissant les obligations *First Mortgage*.

L'interprétation du juge britannique serait naturellement digne de respect même dans l'hypothèse où elle aurait le sens et la portée que lui donne le Gouvernement belge. Elle n'est cependant pas valable dans le cas d'espèce, et il n'échappera à personne que l'on ne peut raisonnablement prétendre qu'un juge relevant de la sphère d'application du droit européen puisse résoudre les problèmes soulevés par un *trust* avec la même mentalité qu'un juge anglo-saxon².

Il est d'autre part évident qu'aucun des plaideurs n'a soumis au juge britannique la question de la portée du dernier paragraphe de l'article 44 du *trust deed*, qui présentait incontestablement une grande importance pour l'interprétation de la « no action clause »³.

¹ Ainsi le reconnaît la *National Trust* dans son acte du 27 novembre 1948. Le professeur Garrigues a exprimé l'opinion suivante lors d'une conférence prononcée à l'Académie Royale de Jurisprudence de Madrid en 1947 sur le thème: « *Affaires fiduciaires en Droit commercial* » (« *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil* »):

« La raison en est claire: l'institution du *trust* se heurte, en droit européen, à toute une série d'obstacles infranchissables, comme le juriste britannique Weiser l'a démontré dans son ouvrage cité sur le *trust* dans le continent européen. J'aimerais conseiller la lecture de cet ouvrage à ceux qui, dans leur xénophilie ingénue, croient que les institutions juridiques d'un pays étranger peuvent être importées comme s'il s'agissait de tracteurs ou de réfrigérateurs ... D'où l'impossibilité d'admettre le dédoublement entre propriété formelle ou légale et propriété substantielle inhérente au *trust* et qui repose à son tour sur la dualité du système juridique matériel et procédural particulier au système britannique... ».

Dans un article publié en 1953 dans « *The American Journal of Comparative Law* », le même professeur écrivait:

« En résumé, nous considérons qu'il est dangereux d'incorporer totalement à notre droit une institution exotique telle que celle du *trust* anglo-américain qui répond à une tradition et à une mentalité totalement différentes des nôtres. Nous reconnaissons qu'elle offre de grands avantages dans certains cas. Nous croyons cependant que les législations de type romain, élaborées au cours des siècles par des doctrines et des techniques parfaitement épurées, possèdent des institutions qui permettent de résoudre nombre des problèmes que l'institution du *trust* prétend résoudre, et que ces solutions peuvent être trouvées au sein de l'eurythmie d'un système harmonieux de droit ».

² Comme indiqué dans le *Contre-mémoire* (IV, p. 441), le juge Danckwerts a en définitive exprimé la même opinion en disant dans son jugement (A.C.M., n° 188, IX, pp. 189 ss.): « Il est évident que, quand une question dépend de l'application de règles issues de différents systèmes juridiques et de diverses procédures à des affaires qui ... sont quelque chose de courant et de familier, mais qui impliquent des conceptions tout à fait différentes de celles d'autres systèmes, il est normal qu'il se produise des confusions et que l'on puisse rendre des jugements erronés ».

Le juge Devlin avait dit auparavant, à juste titre, dans le même litige: « une chose est que ce tribunal fasse savoir en quoi consiste la loi britannique pour soutenir et aider un tribunal étranger; tout autre chose est que ce tribunal insiste pour que le critère de la loi (britannique) soit adopté par un tribunal étranger » (le tribunal qui avait prononcé la faillite de la *Barcelona Traction*).

³ Ce paragraphe est analogue au dernier paragraphe de l'art. 35 du « *Trust Deed* » qui régissait l'émission des obligations *First Mortgage*.

En étroit rapport avec le dernier paragraphe de la clause 44, le troisième appendice de l'acte de *trust* indique, au paragraphe 13 (J) régissant les pouvoirs des assemblées des obligataires, que celles-ci ont pouvoir « pour empêcher tout obligataire d'intenter des procès à la société dans le but d'exiger l'exécution de la garantie créée par l'acte de fidéicommiss ou des stipulations dudit acte, ou pour toute autre cause en rapport avec les obligations qu'il possède et pour exiger que cet obligataire renonce à la cause ou aux causes sur lesquelles il se fonderait pour engager un tel procès ou une telle action ». Cela constitue évidemment la suite de l'accord prévu par la clause 44 de l'acte.

Le juge Danckwerts n'a en outre pas prétendu que si un obligataire agissait de façon unilatérale, le juge devrait lui refuser *ex officio et in limine litis* la qualité pour agir en l'expulsant sans autre du prétoire. Le juge a seulement déclaré que l'intervention de l'obligataire constituerait une infraction à l'article 44 du *trust deed*. Il s'est, bien entendu, encore moins prononcé sur la question de savoir si un juge, même britannique, aurait pu considérer la clause 44 comme applicable dans le cas où elle n'aurait pas figuré sur le titre correspondant et où la nature de l'action exercée n'aurait pas exigé la présentation d'autres documents que l'obligation elle-même ¹.

160. Le troisième argument du *Contre-mémoire* était que même si l'on considérait que la « no action clause » constituait une renonciation à la faillite, cette renonciation serait, en droit espagnol, nulle de plein droit et sans effet comme étant contraire aux principes d'ordre public qui régissent la procédure de faillite.

Dans sa *Réplique* (par. 494 b), le Gouvernement belge a dû admettre la pertinence de l'argument espagnol. Il a toutefois cherché à en limiter la portée en soutenant qu'il ne serait applicable que dans le cas où les obligataires seraient de façon absolue privés de leur droit de demander la faillite ².

L'objection semble sans pertinence puisque, même d'après la thèse belge, les requérants n'auraient jamais pu demander la faillite *eux-mêmes*.

Il semble raisonnable d'admettre que la conséquence du fait qu'un créancier titulaire d'une seule obligation soit empêché « d'une façon absolue » par les actes de *trust* de requérir la faillite, et cela est indiscutable ³, serait, et le Gouvernement belge l'admet dans sa *Réplique*, la nullité radicale de la « no action clause » pour violation de l'ordre public ⁴.

Le Gouvernement belge prétend, à la page 346 de la *Réplique*, que l'on ne peut parler d'une renonciation pure et simple au droit d'agir mais plutôt d'un aménagement destiné à régler les modalités des droits d'actions des obligataires et qui confie à une seule personne, le *trustee*, la mission de défendre les intérêts de l'ensemble des obligataires, tandis que ceux-ci s'engagent à ne pas entamer de procédures séparées. L'article 1255 du Code civil est cité à ce propos.

¹ La citation belge n'est en outre pas correcte, car les explications du juge britannique répondent à une allégation concrète des défendeurs à propos du mot « entamer ».

Le texte intégral du paragraphe dont sont extraites les explications du juge Danckwerts partiellement citées dans la *Réplique* est en effet le suivant :

« On a allégué au nom des défendeurs que le mot 'entamer' signifiait commencer un procès dans le sens d'introduire une action judiciaire et qu'une intervention dans une action ou un procès en cours ne pouvait être comprise dans ce terme, autrement dit que la disposition de la clause 44 de l'acte n'avait rien à voir avec les mesures prises en réalité par le Comité. Je ne lis pas ces termes dans un sens aussi limité. 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 fidéicomis serait faussé si cette clause devait être interprétée autrement. »

² La *Réplique* indique textuellement (p. 345) ce qui suit : « 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 ».

³ D'après l'acte de trust, seuls les obligataires qui réunissent le cinquième du montant des obligations peuvent demander à la *National Trust* d'agir.

⁴ La *Réplique* ne dit rien non plus au sujet de l'argument espagnol selon lequel la clause est réellement nulle en droit espagnol en application des articles 4 et 11 du Code civil espagnol.

Cette citation n'est pas heureuse, car si ledit article permet bien que l'on stipule dans les contrats les pactes, clauses et conditions que l'on juge convenables, il ne le fait qu'à condition que ces pactes ne soient pas contraires « aux lois, à la morale et à l'ordre public », ce qui fait que le problème demeure tel que l'a posé le *Contre-mémoire*¹.

161. Le *Contre-mémoire* (IV, p. 262) faisait observer, et c'était là le quatrième argument invoqué, que même si la « no action clause » avait pu limiter en quoi que ce soit les droits des obligataires, cette limitation n'aurait pu être invoquée et discutée que dans le cadre d'une opposition à la déclaration de faillite, qui n'a jamais été formée.

La *Réplique* évite soigneusement de réfuter cet argument. Si on lit attentivement les actes présentés par la *Barcelona Traction* et par ses filiales au cours de la procédure de faillite au sujet du jugement du 12 février 1948, on s'aperçoit que dans aucun de ces actes il n'est fait la moindre référence au problème de la « no action clause ».

Les filiales qui, d'après la thèse audacieuse soutenue lors des plaidoiries, ont formé recours contre le jugement déclaratif de faillite de la façon la plus légitime², n'ont évidemment pas fondé leurs recours sur ce point. Mais il est plus surprenant encore que la *Barcelona Traction* ne l'ait fait ni lorsqu'elle a comparu dans la faillite, le 18 juin 1948 (A.C.M., n° 109, VIII, p. 135), ni lors de l'incident de nullité des actes de la procédure soulevé les 5 et 31 juillet 1948³ (A.C.M., n° 75, doc. 1, et n° 75, doc. 2, VII, pp. 393 et 396).

On comprend dès lors parfaitement que la *Réplique* ait préféré ignorer l'argumentation développée sur ce point dans le *Contre-mémoire*.

162. Le Gouvernement belge fait état dans la *Réplique* (V, p. 346) d'un argument jusqu'ici inédit, fondé sur l'affirmation erronée de l'existence en droit espagnol d'une institution analogue à celle du *trust* en matière d'émission d'obligations. Le Gouvernement belge se réfère à la loi du 17 juillet 1951 qui prévoit, lors de l'émission d'obligations par les sociétés anonymes, l'institution d'un commissaire chargé de veiller à la protection des intérêts des obligataires

Cette allégation ne figurait pas dans le *Mémoire*. Le seul fait que la loi citée soit de 1951 et qu'elle ait constitué une innovation en droit espagnol empêche évidemment

¹ Même dans l'hypothèse contestée où l'on pourrait admettre la validité de ce contrat ou convention, cela ne pourrait qu'entraîner la possibilité de demander *a posteriori* l'invalidation de l'action engagée individuellement par un obligataire ou, plus probablement, seulement l'indemnisation des dommages-intérêts occasionnés. Telle est en effet la voie indiquée par la clause 35 du *trust deed*.

Mais l'admission de la légalité de cette prétendue convention ne saurait en aucun cas avoir pour conséquence d'obliger légalement le juge à contester *ex officio* et *in limine litis* la qualité pour agir des requérants de la faillite.

² Procédure orale, II, p. 621.

³ Ce n'est que dans l'acte du 18 juin 1948 qu'il était dit que la *Barcelona Traction* fonderait son opposition « deuxièmement, sur le défaut d'action et de droit des obligataires qui ont engagé la procédure de faillite, aucun d'entre eux n'ayant la qualité de créancier légitime de la société, ma mandante ».

Il paraît extrêmement difficile de chercher à assimiler objectivement ces lignes à un exposé sérieux de l'objection maintenant présentée à la Cour. Cette objection est bien présentée à la Cour pour la première fois.

La *Sidro* n'a évidemment pas fait état non plus de la « no action clause » dans sa requête relative aux fraudes en matière de procédure du 7 février 1953 (A.C.M., n° 183, doc. 1, IX, p. 133) qu'elle avait fondée sur un exposé détaillé des soi-disant irrégularités et fraudes commises dans la faillite.

qu'elle puisse être invoquée pour critiquer l'attitude prise par un juge espagnol en février 1948 (A.D. N° 63).

Conscient de ce fait, le Gouvernement belge prétend que la même solution avait été admise antérieurement en droit espagnol et il cite, à l'appui de cette allégation, la décision de la Direction générale des registres du 21 juillet 1943 et l'arrêt du Tribunal Suprême du 6 novembre 1941. La simple lecture de ces décisions montre qu'elles n'ont pas le sens que veut leur donner le Gouvernement belge (le texte de ces décisions a été déposé au Greffe).

Il est en outre utile de rappeler une opinion datant de 1948 et se rapportant au problème *in concreto*. On ne saurait mieux faire à cette fin que de rapporter l'opinion de M. Garrigues, si souvent cité dans la *Réplique*, et qui a textuellement écrit dans son *Tratado de Derecho Mercantil* (édition de 1947, p. 812):

« Le problème de savoir quels sont les droits individuels que conservent les obligataires membres d'un syndicat est un problème d'interprétation, soit des dispositions statutaires, soit de la loi. On peut cependant poser comme principe général que la création d'un syndicat ne saurait entraîner, pour l'obligataire qui en fait partie, la renonciation à aucun de ses droits essentiels découlant du contrat d'emprunt, à savoir le droit à toucher les intérêts à leurs échéances périodiques et le droit à encaisser le capital de l'obligation. Le syndicat peut adopter, par simple décision prise à la majorité des voix, des résolutions faisant obstacle à l'exercice d'autres droits secondaires de l'obligataire. Mais ce dernier conservera toujours, comme nous l'avons dit ci-dessus (*supra*, n° 359 *in fine*), la possibilité d'agir individuellement pour assurer la sauvegarde de ses droits essentiels, qui ne peuvent être ni éteints ni amoindris par aucune décision du syndicat des obligataires ... »¹.

163. Le Gouvernement belge prétend enfin (p. 348 de la *Réplique*, V) que même indépendamment de la « no action clause », le juge n'aurait pas dû accéder à la requête des obligataires parce qu'il violait ainsi le droit de gage constitué en faveur de la *National Trust*. Cet argument, qui est également nouveau, consiste à contester la légitimité de la renonciation au droit de préférence que leur accordait l'article 918 du Code de commerce à laquelle les requérants auraient prétendument procédé dans leur requête de faillite. D'après cet argument, les requérants faisaient, en agissant de la sorte, usage d'un droit qui ne leur appartenait pas, et le juge, en accédant à leur demande, privait arbitrairement l'ensemble des obligataires du droit de gage soi-disant institué en faveur de la *National Trust*.

Il est inexact d'affirmer que les requérants aient renoncé, en sollicitant la faillite de la *Barcelona Traction*, aux droits conférés par l'article 918 du Code de commerce, dans la mesure où il était applicable. La renonciation d'un obligataire au droit de préférence ne pouvait en outre entraîner aucune diminution du droit de préférence des autres obligataires. Une telle renonciation ne pouvait évidemment affecter non plus les droits de la *National Trust* pour exécuter l'hypothèque, droits qu'elle aurait pu exercer en Espagne et qu'elle n'a néanmoins jamais exercés (C.M., IV, p. 367).

On oublie en outre que la garantie accordée aux obligataires par les « trust deeds » avait pour objet de garantir le paiement de leurs créances. Or, il se trouve que pour la première fois dans l'histoire de la société faillie, les obligataires, et entre eux la *National*

¹ Parmi ces droits (p. 805), l'auteur lui-même mentionne celui de demander la faillite.

Trust, sont parvenus à toucher, dans la monnaie convenue, tout ce que la société leur devait en principal et intérêts.

164. Il convient de souligner que le *Contre-mémoire* (IV, p. 559) contenait un exposé de doctrine et de jurisprudence de droit anglo-saxon et continental qui confirmait que la « no action clause » était inapplicable.

Dans sa *Réplique*, le Gouvernement belge passe sous silence ce sujet et se contente d'affirmer (V, p. 345) que la « no action clause » figure dans la majeure partie des émissions d'obligations effectuées dans les pays du Common Law, ce que personne n'a nié.

165. Même dans l'hypothèse contestée où une infraction quelconque au droit espagnol applicable en la matière aurait été commise, hypothèse absolument inadmissible et catégoriquement rejetée, il resterait que personne n'a soulevé la question devant les tribunaux espagnols, le silence de la *Barcelona Traction* et de ses filiales sur ce point étant particulièrement significatif, comme on l'a indiqué ci-dessus.

Et la *National Trust* aurait pu d'autre part s'opposer à la déclaration de faillite en sa qualité de créancière de la *Barcelona Traction*, et alléguer l'absence de qualité pour agir des requérants du fait de la « no action clause ». Elle ne l'a cependant pas fait.

B. La cessation de paiements

166. Le *Mémoire* belge avait fait allusion (I, par. 79, 90 et 91) au fait de la cessation de paiements en tant que condition de la faillite, en se bornant à observer qu'il n'y avait pas eu cessation de paiements proprement dite en Espagne et que la cessation de paiements était la conséquence d'un véritable « fait du prince ». Il avait en outre fait une timide allusion au fait que la *Barcelona Traction* se trouvait dans une situation financière saine.

Le *Contre-mémoire* (pp. 262 à 265) a suffisamment démontré que le jugement déclaratif de faillite était totalement conforme au droit espagnol et à la réalité des faits. Il a également démontré (p. 517) la futilité du grief belge qui consistait à prétendre que le juge de Reus avait commis une discrimination en constatant l'état de cessation de paiements. Il a enfin montré (pp. 560 à 565) que d'autres législations, et tout particulièrement la législation belge, ont adopté exactement le même critère que le droit espagnol. Il a également été démontré que la déclaration judiciaire de faillite de la *Barcelona Traction* était la conséquence naturelle et inévitable d'un état de faillite latente, inhérent à la société, et que la situation financière de la *Barcelona Traction* n'était pas précisément saine.

La *Réplique* révèle (pp. 14, 15 et 349 à 356) que les explications du *Contre-mémoire* ont obligé, une fois de plus, le Gouvernement belge à changer le fondement de son prétendu grief et à allonger les explications qu'il lui consacre en traitant avec insouciance les citations de doctrine et de jurisprudence espagnoles et en gardant un silence discret sur une bonne partie des allégations espagnoles.

Dans la nouvelle version qu'il expose maintenant dans la *Réplique*, le Gouvernement belge définit le problème de la cessation de paiements comme étant « peut-être le plus grave déni de justice commis par les tribunaux espagnols... ». Cette qualification contraste avec le peu d'importance qui avait été donnée à cette question dans le *Mémoire*, qui ne contenait pas l'argumentation exposée pour la première fois sous sa forme actuelle.

L'accusation belge ne laisse pas de surprendre car, parmi les nombreuses questions que personne ne peut discuter sérieusement dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, celle qui saurait le moins être mise en doute après, bien sûr, celle relative à la compétence des tribunaux espagnols, est le fait que la société faillie remplissait les conditions mises par la loi espagnole à la déclaration d'une faillite et notamment celle de se trouver en état de cessation général de paiements depuis de nombreuses années ¹.

1. *La cessation de paiements dans l'exposé des motifs du Code de Commerce.*

167. Le Gouvernement belge utilise fréquemment dans la *Réplique* l'expression « cessation générale de paiements » dans son sens exact ², mais lorsqu'il aborde cette notion dans la sous-section que nous examinons, il commence par la définir avec une certaine ambiguïté (R., par 495), puis finit par identifier de façon surprenante la « cessation de paiements » et « l'insolvabilité définitive ».

Le Gouvernement belge indique en effet ce qui suit, au début du paragraphe 496 de la *Réplique*:

En droit espagnol, une simple cessation provisoire dans le payement 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 payement 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 payement de ses obligations courantes » ³.

L'exposé des motifs du Code de commerce espagnol constitue le centre de la thèse du Gouvernement belge. Partant de là, il interprète ensuite la doctrine et la jurisprudence non sans fantaisie.

La thèse belge est absolument erronée. La raison en est élémentaire: l'exposé des motifs du Code de commerce dit littéralement le contraire de ce que veut lui faire dire le Gouvernement belge, qui s'est borné à extraire certaines phrases, passant par contre sous silence des paragraphes entiers (AD. 64).

¹ La *Barcelona Traction* devait en effet, depuis 1936, les intérêts de ses obligations en livres sterling *First Mortgage et Prior Lien*. Elle n'avait en outre amorti ni ces obligations, ni celles émises en pesetas de la manière prévue par les « trusts deeds » correspondants.

Ce fait est indiscutable et indiscuté.

Jusqu'à présent, la *Barcelona Traction* et le Gouvernement belge avaient répondu par leur allévation traditionnelle, à savoir que l'on n'avait pas payé les intérêts par suite d'un cas de force majeure, d'un véritable « fait du prince », les autorités monétaires espagnoles s'étant refusées à fournir les devises nécessaires. Cette allévation n'a aucune valeur en droit espagnol, pas plus d'ailleurs que dans d'autres droits, dont notamment le droit belge (C.M., par. 236, p. 560). Elle en a moins encore en l'espèce puisque le soi-disant « fait du prince » n'existe pas, comme l'a constaté l'Acte Tripartite du 11 juin 1951 en déclarant que les autorités monétaires espagnoles étaient en droit de refuser l'octroi des devises.

² Il a ainsi dû reconnaître à la note 2 de la page 13, que « 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 ».

³ Les italiques ne figurent pas dans le texte.

Le législateur espagnol a expressément rejeté la solution italienne qui fait dépendre la faillite d'une insolvabilité absolue du commerçant. *Il a explicitement adhéré au système belge* en reconnaissant au commerçant qui a sursis au paiement de ses obligations courantes la possibilité de faire usage de la suspension de paiements. L'exposé des motifs précise que le fait d'utiliser ou de ne pas utiliser la suspension de paiements est « une faculté ou prérogative » dont le commerçant « peut user ou ne pas user à son choix », mais que *la suspension de paiements devient une obligation impérative « pour le commerçant qui se trouve dans l'impossibilité de payer ses obligations échues, ne s'agirait-il que d'une seule »; et que s'il ne recourt point à la suspension de paiements dans le bref délai fixé par la loi, « il ne pourra obtenir les avantages qui découlent de la situation de suspension de paiements et verra sa situation s'aggraver puisqu'il sera déclaré en faillite. »*

L'Exposé des motifs établit donc clairement qu'en droit espagnol ce n'est pas l'insolvabilité du commerçant qui détermine sa faillite, mais le fait qu'il ait sursis d'une façon générale à l'exécution de ses obligations. Le législateur révèle que ce critère trouve son inspiration dans le système belge. La relation entre les deux systèmes est mise en évidence par la jurisprudence belge elle-même qui renvoie au système espagnol en l'identifiant au système belge, qui fait de la cessation de paiements et non de l'insolvabilité la condition nécessaire de la déclaration de faillite ¹.

La réalité est tout le contraire de ce que prétend le Gouvernement belge.

2. La cessation de paiements dans la doctrine.

168. Dans sa *Réplique* (V, p. 350), le Gouvernement belge cite toute une série d'auteurs à l'appui de sa thèse, mais en réutilisant le « procédé » qu'il avait déjà adopté pour se référer à l'exposé des motifs.

¹ Le *Contre-mémoire* avait déjà signalé (IV, pp. 560 à 562) que la cessation de paiements était le critère déterminant de la déclaration de faillite dans de nombreux autres pays, notamment en France, en Argentine, au Chili, au Pérou, au Canada et en Belgique.

Le *Contre-mémoire* citait, au sujet de ce dernier pays, l'arrêt du Tribunal de commerce d'Anvers du 8 février 1962, qui établissait qu'une fois que le fait de la cessation de paiements était prouvé, on devait déclarer la faillite sans tenir compte d'autres éléments « ... telles que la solvabilité du débiteur, la cause de la cessation de paiements, les motifs des demandeurs en déclaration de faillite, l'intérêt des créanciers à ce que la faillite soit prononcée ou non, l'atteinte à l'honneur du commerçant, etc. ».

L'arrêt du Tribunal de commerce de Verviers du 7 février 1963 établit qu'il importe peu, pour déclarer la faillite, que l'actif du failli soit ou ne soit pas supérieur au passif; celui de la Cour d'appel de Liège du 24 juin 1961 établit qu'à partir de l'instant où est réalisé un état de cessation de paiements qui porte atteinte au crédit du commerçant, on doit prononcer la faillite « alors même que son actif dépasserait son passif ou qu'il n'existerait qu'un seul créancier ».

La doctrine belge s'est prononcée dans le même sens, ainsi que l'a rappelé le Gouvernement espagnol en faisant appel à l'autorité de Fredericq pour qui « la cessation de paiements est une réalité extérieure, indépendante de l'état de fortune du commerçant. Il importe peu de savoir si le débiteur est solvable... et s'il peut encore payer », et à celle de Coppens qui, commentant un arrêt de la Cour de Gand du 23 juin 1960, a affirmé: « ce n'est pas l'insolvabilité mais l'arrêt des paiements qui conduit à la faillite. Il faut approuver cette jurisprudence. Les engagements commerciaux ne sont pas des dettes privées. Une échéance commerciale n'a pas la souplesse d'un terme civil. On en voit une illustration en droit espagnol qui applique la faillite aux particuliers comme aux commerçants et qui distingue nettement comme cause d'ouverture pour les premiers, l'insolvabilité ou le dépassement du passif, et pour les commerçants l'arrêt des paiements. »

La *Réplique* a soigneusement omis de faire la moindre allusion à ces pages importantes du *Contre-mémoire*.

A titre d'exemple le Gouvernement belge cite Manuel de la Plaza d'une façon incomplète comme on peut le voir par la citation intégrale qui suit où l'on a souligné les passages omis dans la *Réplique*:

La déclaration de faillite requiert également un état de fait défini par l'article 874 du Code de commerce lorsqu'il stipule que l'« on considère en état de faillite le commerçant qui sursoit au paiement courant de ses obligations ». Mais feraient erreur ceux qui croiraient que le sursis, c'est-à-dire la cessation de paiements, suffit par elle-même pour justifier la déclaration de faillite, abstraction faite de la suffisance ou de l'insuffisance patrimoniale du débiteur pour faire face à ses dettes. Il suffit pour le démontrer de songer au fait que l'exposé des motifs du Code en vigueur utilise l'expression plus précise, de cessation définitive pour l'opposer à la cessation provisoire caractéristique de l'ancienne suspension de paiements et qui ne prouve pas l'insolvabilité. L'apparence d'insolvabilité, déduite du sursis, ne permet pas de préjuger de ses causes et, il est par conséquent possible qu'un manque temporaire de moyens ne permette pas de déclarer la faillite. C'est peut-être là l'idée latente contenue dans la loi en vigueur sur les suspensions de paiements, bien que sa traduction en règles précises accuse souvent des déviations qui la défigurent. Mais si l'on peut obtenir, du fait de cette apparente insolvabilité déduite du sursis général, la déclaration de faillite, ses effets disparaîtront en vérité dès que l'on aura prouvé que les apparences ne répondent point à la réalité. Pour qu'il y ait lieu à rétractation (« reposición ») du jugement déclaratif de faillite, déclare l'article 1029 du Code de commerce de 1829 qui se trouve être encore applicable, il est nécessaire que le failli prouve la fausseté ou l'insuffisance légale des faits qui ont été retenus comme fondement du jugement et qu'il se trouve à jour dans ses paiements ¹.

Autrement dit, l'auteur cité admet que la faillite doit être déclarée du simple fait du sursis général et que c'est dans la procédure d'opposition que le failli doit établir la fausseté ou l'insuffisance légale des faits admis par le juge « et qu'il se trouve à jour dans ses paiements ».

On ne procédera pas ici à l'analyse des autres citations faites sur le même sujet dans la *Réplique*. Il se bornera à observer que des six auteurs cités seulement trois, sont espagnols et que la seule citation que le Gouvernement espagnol considère exacte est celle du commentateur Ramirez ².

Même Ramirez se demande si l'on peut déclarer en faillite un commerçant qui possède un actif supérieur à son passif mais qui ne procède pas, pour une raison quelconque, au règlement de ses obligations courantes. Il écrit:

Le bon sens nous indique que comme le « sursis » ou « l'inexécution » sont des signes extérieurs d'insolvabilité — de faillite —, établis par notre législateur, la faillite peut être prononcée sans préjudice de révocation au cas où la présomption de faillite — d'insolvabilité — résultant du sursis — inexécution — serait renversée. Mais que l'on remarque bien que la faillite aura bien été « déclarée », bien que « l'état de faillite », condition préalable de la « déclaration de faillite » n'ait existé qu'en apparence (126 a).

¹ LA PLAZA, M. de, *Derecho Procesal Civil Español*, Vol. II, deuxième édition revue, augmentée et mise à jour, Madrid 1945, p. 645.

² Il semble en outre opportun de signaler que la *Réplique* omet de mentionner les très nombreux auteurs qui ne partagent pas l'opinion de M. Ramirez, et dont plusieurs sont même cités par lui. Par exemple, les professeurs Polo, Ballbe, Guasp, Uria, etc. Le détail de l'opinion de divers commentateurs peut être étudié dans l'*AD*, 65, « qui révèle l'inexactitude des citations faites par le Gouvernement belge ».

Il est significatif que la *Réplique* ait dissimulé la véritable opinion de Ramírez, qui coïncide avec celle de Plaza ¹.

3. La cessation de paiements dans la jurisprudence.

169. La *Réplique* (V, p. 351) cite l'arrêt du Tribunal Suprême du 27 février 1965 ².

Il est pertinent de signaler à nouveau que le Gouvernement belge a fait une citation inexacte en ne reproduisant que la moitié du premier attendu de cet arrêt, qu'il faut naturellement lire en entier pour comprendre la véritable pensée du Tribunal.

Le texte intégral du considérant est cité en A.D., 65. Les passages qui ont été omis dans la *Réplique* y sont soulignés.

Ces seize premières lignes du considérant et qui ne figurent pas dans la *Réplique* présentent une grande importance, car le Tribunal Suprême y mentionne toutes les opinions de doctrine en la matière et conclut que quel que soit le critère retenu « *il est certain et incontestable qu'aux yeux de notre législateur commercial la faillite présuppose et exige une cessation de paiements* » et non, par conséquent, une insolvabilité ³.

L'insolvabilité du failli, c'est-à-dire l'impossibilité patrimoniale de faire face à ses dettes (actif inférieur au passif) n'est pas un facteur déterminant de la faillite, quoique cet état de fait se retrouve naturellement dans la majorité des faillites ⁴.

¹ Il est important de le souligner car ces opinions démontrent que même d'après la thèse soutenue par quelques auteurs espagnols (très certainement minoritaires) et selon laquelle le sursis général des paiements constituerait une simple présomption légale de l'état d'insolvabilité, cette dernière étant définie comme une incapacité totale et absolue de payer ses dettes en raison de l'insuffisance du patrimoine, même d'après cette thèse, disions-nous, la faillite est considérée comme déclarée à juste titre s'il y a eu inexécution générale des obligations. D'après ces auteurs minoritaires, l'existence d'un actif supérieur au passif autorise seulement le failli à faire opposition à la faillite s'il peut démontrer que sa situation financière est saine.

Il est opportun de renvoyer à nouveau à l'A.D., 65.

² La faillite dont traite cet arrêt a été prononcée le 11 décembre 1959 par un tribunal de Madrid. Le jour précédent, le 10 décembre, l'acte de requête de faillite était parvenu au tribunal. Le 10 décembre également, le juge avait ordonné l'administration de la preuve par témoins proposée. L'audience d'enquêtes eut lieu le 10 sans citation préalable des témoins et sans que le greffier n'atteste les connaître. Le 11, la faillite fut prononcée et, le même jour, le commissaire à la faillite et le séquestre-dépositaire comparurent sans citation préalable, furent nommés et acceptèrent leurs fonctions dont ils prirent immédiatement possession.

Faudrait-il donc voir ici aussi, conformément à la thèse belge, une célérité douteuse démontrant l'existence de « contacts irréguliers » entre le juge et le créancier demandeur à la faillite?

³ La pensée du Tribunal Suprême est exprimée avec clarté. Dans cet arrêt et dans ceux qui y sont cités, il n'est pas question d'insolvabilité mais de cessation de l'exécution des obligations, et ce n'est que de cette cessation que l'on peut dire qu'elle ne doit point être sporadique, simple ou isolée, mais définitive, générale et concluante. Le Gouvernement espagnol est entièrement d'accord avec cette thèse, puisque c'est exactement celle qu'il a exposée et développée dans le *Contre-mémoire* et dans l'Annexe 32 (VII, p. 173 des A.C.M.), où sont notamment cités les arrêts des 21 novembre 1900, 5 octobre 1907, 4 juin 1929, 3 juillet 1933, 1^{er} juin 1936, 4 juillet 1939, 26 janvier 1933, 8 mai 1913, etc. Ces mêmes arrêts sont tous cités dans l'arrêt du 27 février 1965 lui-même comme exprimant le point de vue adopté par la jurisprudence espagnole. Comme le signalait l'Annexe n° 32, l'arrêt du 4 juin 1929 qui admet expressément la possibilité de déclarer en faillite un commerçant, alors même qu'il possède des biens suffisants pour couvrir tout son passif est particulièrement caractéristique.

On peut également consulter l'A.D., 65 au sujet de l'arrêt du 27 février 1965 et de divers autres arrêts.

⁴ Ceci pour une double raison : celui qui peut vraiment payer et a des difficultés pour faire face à l'exécution de ses obligations (par exemple par manque de liquidités) peut recourir à la suspension de paiements ou, s'il est déclaré en faillite, proposer à ses créanciers un concordat comportant le règlement intégral de leurs créances comme il a la possibilité patrimoniale de le faire. Il est évident qu'un tel concordat est toujours approuvé et que la faillite est alors révoquée puisque la seule chose qui intéresse les créanciers est précisément de toucher leur dû.

4. La cessation de paiements constatée dans le jugement du 12 février 1948.

170. La *Réplique* contient toute une série de citations légales, doctrinales et jurisprudentielles entachées de graves omissions ou déformations qui dénaturent leur sens. Cela révèle les difficultés éprouvées par la *Réplique* pour analyser correctement le problème en droit espagnol.

La détermination de la cessation générale des paiements est une question de fait¹ qui, comme telle, doit être librement appréciée par le juge.²

Comment le juge de Reus a-t-il examiné la question de la cessation de paiements?

D'une façon absolument raisonnable, correcte et indiscutable. Il suffit de lire les troisième et quatrième attendus du jugement du 12 février 1948 (A.C.M., n° 30, VII, p. 165) pour s'en rendre compte.

Dans le troisième attendu, le juge a estimé que la cessation générale de paiements de la *Barcelona Traction* était établie par le bilan de l'exercice 1946 de la société (A.C.M., n° 7, VII, p. 49) joint en annexe par les requérants. Ce bilan établissait que les intérêts impayés depuis 1936 sur les obligations en livres « s'élevaient à la somme de 9.426.938 dollars, montant assez impressionnant pour qu'on puisse en déduire le caractère général de la cessation des paiements »³.

Dans le quatrième attendu, le juge se référait à la proposition contenue dans le Plan d'arrangement. Ayant admis l'hypothèse favorable à la société faillie selon laquelle elle n'avait pas agi dans un but de lucre, le juge concluait logiquement que le Plan résultait d'une incapacité de payer puisque l'arrangement offert par la société impliquait une réduction de près de 50% de la dette en livres sterling de la *Barcelona Traction*. Le juge constatait enfin que le délai légal pendant lequel la société pouvait se mettre au bénéfice de la suspension de paiements s'était écoulé sans qu'elle engage la procédure nécessaire.

Si, d'après le Tribunal Suprême (arrêt du 27 février 1965, cité par la *Réplique*), la cessation des paiements ne doit pas être sporadique, simple ou isolée, il faut admettre

¹ L'A.D., 65, déjà citée à plusieurs reprises, le montre clairement.

² Le professeur Garrigues déclare, dans son *Curso de Derecho Mercantil*, édition 1940, Vol. II, p. 457, ce qui suit:

« ... Il serait vain de chercher à résumer en une formule les nombreux et variés types d'inexécutions susceptibles d'établir la cessation de paiements. Il suffit parfois d'une seule inexécution lorsque les circonstances qui l'entourent lui donnent le caractère d'une preuve incontestable d'insolvabilité. Mais le fait que la cessation des paiements doive être générale (cf. art. 876) fait songer à la nécessité d'une multitude d'inexécutions. En tout cas, les tribunaux sont seuls à pouvoir apprécier la portée des inexécutions en les évaluant plutôt qu'en les comptant.

La question de savoir si le commerçant a cessé ses paiements relève de l'appréciation du tribunal compétent (arrêts des 15 juin 1897, 12 mars 1910 et 8 mai 1913). »

RAMIREZ, *La quiebra*, Vol. I, p. 613, affirme ce qui suit: « La question de savoir si le commerçant a ou n'a pas suspendu d'une façon générale l'exécution courante de ses obligations relève, en tout état de cause, de la compétence du tribunal saisi puisqu'il s'agit d'une question de fait (arrêts des 15 juin 1897, 12 mars 1910, 8 mai 1913, 26 janvier 1933 et 1^{er} juin 1936). »

³ Et le juge ajoutait que cette conclusion s'imposait plus nettement encore si l'on considérait « qu'il ne s'agit pas d'un retard accidentel, mais au contraire d'un retard chronique, car onze années et demie représentent une période si longue qu'elle constitue une situation irrégulière et déficitaire de cette société ».

que la cessation de paiements de la *Barcelona Traction* n'était ni sporadique, ni simple, ni isolée, puisqu'elle durait depuis onze ans et demi. D'après le même arrêt, la cessation de paiements doit être définitive, générale et totale; or on doit bien admettre qu'il est difficile de trouver une cessation de paiements aussi définitive que celle qui dure depuis plus de onze ans; aussi générale que celle qui affectait les obligations *First Mortgage* et *Prior Lien* de la *Barcelona Traction* qui étaient, de loin, les deux émissions d'obligations les plus importantes de la *Barcelona Traction* circulant sur le marché; et aussi totale par l'importance de son montant qui était de près de dix millions de dollars canadiens, uniquement en intérêts dus, et qui atteignait des chiffres astronomiques du fait que le non-paiement des intérêts entraînait l'exigibilité du capital¹.

Personne ne peut donc contester raisonnablement et objectivement l'application correcte du droit espagnol à un état de fait établi par une documentation provenant de la société faillie elle-même.

171. Dans la *Réplique* (V, par. 22 et 497), le Gouvernement belge conteste l'importance de la dette inscrite au bilan de la *Barcelona Traction*. Il conteste également que le Plan d'arrangement ait démontré l'incapacité de payer de la *Barcelona Traction*.

En ce qui concerne le premier point, le Gouvernement belge ne conteste pas la constatation du juge de Reus aux termes de laquelle les intérêts impayés depuis 1936 atteignaient d'après le bilan de la *Barcelona Traction*, un chiffre très voisin de dix millions de dollars canadiens. C'est pourtant là la seule objection qui aurait pu avoir un sens. Le Gouvernement belge se contente de reprocher au juge de ne pas avoir tenu compte du rapport du conseil d'administration qui indiquait, d'après le Gouvernement belge, que l'on procédait au paiement des obligations en pesetas, que la situation financière du groupe était « fondamentalement » saine² et que le non-paiement des obligations en livres résultait des restrictions en matière de change³.

Quant au rapport annuel joint au bilan, on ne pouvait évidemment demander à une société qui, comme la *Barcelona Traction*, était en état de faillite depuis tant d'années et qui le montrait dans son bilan, de faire avouer à son conseil d'administration, dans le rapport annuel, qu'elle ne pouvait pas payer. Le conseil d'administration dut donc avoir recours à des explications plus ou moins heureuses et plus ou moins exactes pour dissimuler la situation véritable résultant du bilan.

Le tableau statistique joint au rapport du conseil d'administration révélait que les ressources de la *Barcelona Traction* et de ses filiales se soldaient par un déficit de près

¹ Le capital des obligations en pesetas était de 61.895.500 pesetas et celui des obligations *Prior Lien* de 2.684.900 livres sterling, tandis que celui des *First Mortgage* atteignait 1.561.920 livres sterling. Les intérêts impayés représentaient en décembre 1946 1.832.444-5-0 livres sterling pour les obligations *Prior Lien* et 22.550.220 pesetas (équivalant à plus d'un demi-million de livres sterling) pour les *First Mortgage*. Il faut souligner que le bilan de la *Barcelona Traction* comptabilisait les intérêts impayés des obligations *First Mortgage* en pesetas seulement et non, par conséquent, en livres sterling.

² La *Réplique* ne parle pas de la situation financière saine de la *Barcelona Traction* ou de son groupe, mais de la situation « fondamentalement » saine, ce qui constitue une réserve évidente.

³ Le bilan de la *Barcelona Traction* révélait non seulement le non-paiement des intérêts des obligations en livres sterling, mais également la suspension de leur amortissement et la suspension, dès 1936 également, de l'amortissement des obligations en pesetas.

de cinq millions de dollars canadiens. Ce résultat se trouve en contradiction totale avec la thèse belge de la santé économique du groupe de la *Barcelona Traction*¹.

172. Quant à l'argument fondé sur le fait que le rapport du conseil d'administration joint au bilan expliquait le non-paiement des intérêts des obligations en livres par les restrictions de change espagnoles, il est sans pertinence, car le juge n'avait pas à tenir compte des causes de la cessation de paiements. Même si elles avaient été réelles, ces restrictions n'auraient pu par conséquent avoir aucune incidence sur la déclaration de faillite mais seulement sur sa qualification². C'est peut-être pour cette raison que la thèse exposée dans la *Réplique* n'est appuyée par la citation d'aucune loi, d'aucun arrêt et d'aucun auteur.

Dans la documentation présentée au juge par les demandeurs à la faillite, à savoir dans le rapport du conseil d'administration de la *Barcelona Traction*, il était fait allusion au Plan d'arrangement dont la dernière prorogation avait pris fin le 14 décembre 1946. On y faisait état de ce que les Gouvernements britannique et espagnol n'avaient pas accordé les autorisations nécessaires, sans pour autant mettre en cause le bien-fondé de leur attitude³.

¹ En effet, les ressources du groupe *Barcelona Traction* au 31.12.46, d'après le tableau statistique mentionné, révèle un déficit de 4.706.328,18 dollars canadiens.

Au rapport du conseil d'administration est joint le bilan de la *Barcelona Traction* au 31 décembre 1946. Ces deux documents et le tableau statistique permettent de calculer le montant des intérêts arriérés depuis le 1^{er} juin 1936 sur les obligations de la *Barcelona Traction* en circulation. Ces documents révèlent également l'état financier dans lequel se trouvait la *Barcelona Traction*, puisque ses disponibilités et son actif réalisable atteignaient *fr. 211.341,67 face à un passif déjà échû ou exigible à court terme de fr. 9.906.776,62*.

Ce montant et celui de *fr. 4.706.328,18*, représentant le déficit du groupe, auraient dû être plus importants encore, comme cela résulte des notes qui figurent au bilan de la *Barcelona Traction* de 1946 (A.C.M., n° 7, VII, p. 49). On aurait en effet dû leur ajouter les sommes correspondant aux pensions et aux impôts pour lesquels aucune provision n'avait été comptabilisée, les frais relatifs au Plan d'arrangement non encore comptabilisés lors de la clôture du bilan, les sommes correspondant à l'amortissement suspendu en 1936 de toutes les obligations, en pesetas et en livres, et les charges éventuelles concernant les sociétés subsidiaires et affiliées et même celles concernant la *National Trust*.

² Cf. *Contre-mémoire*, p. 264.

Pour ce qui est du droit espagnol en la matière, on peut consulter l'*A.D.*, 65 où la thèse selon laquelle la cause ou le motif de la cessation de paiements est irrelevant est dûment motivée.

En Espagne, la situation est la même qu'en Belgique, mais comme on l'a déjà dit, la *Réplique* a également ignoré l'important jugement rendu par le Tribunal de commerce d'Anvers, en date du 8 février 1962 (C.M., IV, Chap. IV, n° 236, p. 560) et qui déclare que la faillite doit être prononcée sans tenir compte de la cause de la cessation de paiements.

³ « It was hoped that the extension to the 14th December, 1946, would provide the time necessary to procure these approvals. However, despite every effort, your Company by that date had been unsuccessful in procuring the required governmental approvals and your Directors, after long and careful consideration, reached the conclusion that in the circumstances a further extension would not be justified.

Your Company has been in default since 1936 in the payment of interest upon its *Prior Lien and First Mortgage Bonds* solely by reason of its inability to procure from Spain the sterling exchange necessary to service such issues, since it has in its subsidiaries in Spain resources sufficient for that purpose. In propounding the Plan of Compromise your Directors considered that it was in the interests of both classes of bondholders as well as of the shareholders and they feel that its favourable reception by the bondholders justified this view. However, without the governmental approvals required in Spain and in the United Kingdom your Company could not carry out the Plan.

Your Board regrets that, despite every effort that has been made, your Company has so far been unable to procure a transfer of funds from Spain either for the purpose of paying current interest on its sterling bond issues or making a payment toward liquidation of the accumulated arrears. It is to be hoped, however, that the recent Anglo-Spanish financial agreement and the general progress of post war recovery may result in due course in an easing of the peseta-sterling exchange restrictions and enable your Company to resume its current sterling interest payments and to liquidate the accumulated arrears. Bearing in mind the British interests involved, your Board trusts that the British Treasury will cooperate in achieving this end ». (Les italiques ne figurent pas dans le texte.)

Le juge avait aussi sous les yeux l'exemplaire du *Bulletin* des Cortès espagnoles du 12 décembre 1946 (A.C.M., n° 9, VII, p. 75).

En vérité, si le juge avait eu l'obligation d'examiner la cause de la cessation générale des paiements de la *Barcelona Traction*, il n'aurait disposé, contrairement à ce que prétend le Gouvernement belge, d'aucun élément d'appréciation lui permettant d'admettre l'existence d'une raison de force majeure. Bien au contraire, les éléments à sa disposition démontraient que la conduite de la société en faillite était typiquement celle d'un débiteur de mauvaise foi qui tente d'obtenir une importante remise sur le montant de sa dette envers ses obligataires et qui, pour y parvenir, va jusqu'à offrir d'importants « excédents bruts »¹ (euphémisme qui dissimule une offre honteuse de participation à des bénéfices illicites aux dépens des créanciers) aux autorités qui doivent autoriser le Plan².

173. Au par. 23 de la *Réplique*, V, le Gouvernement belge essaie de réfuter le syllogisme implicite contenu dans la première partie du quatrième attendu du jugement du 12 février 1948. Présumant la bonne foi de la *Barcelona Traction*, le juge concluait qu'en consacrant une réduction très importante des droits des créanciers, le Plan d'arrangement démontrait, dans le meilleur des cas, que la société était incapable de payer. Si la *Barcelona Traction* avait pu payer, le Plan d'arrangement aurait en effet constitué une duperie et une fraude aux créanciers.

Le Gouvernement belge affirme que le syllogisme était entaché d'un vice radical puisqu'il n'y avait pas remise de dette mais dation en paiement, comme le démontrait l'accueil favorable reçu par le Plan.

L'argument belge ne résiste pas à l'examen :

a) En ce qui concerne les prétendues majorités qui ont approuvé le Plan, il faut rappeler que lors des assemblées du 19 octobre 1945³, d'importants groupes d'obligataires s'opposèrent ouvertement au Plan, tandis qu'à peine plus de 12% des obligataires *First Mortgage* et moins de 48% des obligataires *Prior Lien* l'approuvèrent⁴.

¹ Comme on le sait, ces « excédents » s'élevaient à 137 millions de pesetas.

² La *Réplique* critique durement (p. 6) le fait que les demandeurs à la faillite aient joint à leur requête le *Bulletin Officiel* des Cortès espagnoles du 12 décembre 1946, où était citée la réponse du ministre de l'Industrie et du Commerce, à une interpellation dont il avait été l'objet aux Cortès.

Du moment que le rapport annuel du conseil d'administration de la *Barcelona Traction* désignait de prétendues difficultés de transfert de devises comme étant la cause de l'impossibilité de payer les intérêts des obligations en livres et que ce même rapport faisait état du Plan d'arrangement, il était parfaitement naturel que les requérants procurent au juge l'explication autorisée qui avait été publiquement donnée à cet égard.

Les explications données dans la *Réplique* aux pages mentionnées sont dépourvues de toute pertinence.

Une autre preuve de la « rigueur » de la *Réplique* est apportée par la note 1 de la page 6, où il est dit que l'interpellateur, M. Lamata, était un « procureur syndical » et que de ce fait « 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 ». Il est évident que la conclusion à laquelle aboutit le Gouvernement belge est non seulement fautive et injurieuse, mais encore dépourvue de bon sens.

Il convient enfin de rappeler l'A.C.M., n° 6, VI, p. 348. Il s'agit d'une note du 8 janvier 1947, que M. Menschaert a adressée à M. Lawton, en soulignant l'importance du discours du ministre de l'Industrie et du Commerce sans pour a tant considérer que les déclarations du ministre soient injustes ou arbitraires.

³ Cf. *Exceptions Préliminaires 1963*, I, p. 44.

⁴ La façon tendancieuse dont le Plan avait été exposé aux obligataires dans la circulaire du conseil d'administration de *Barcelona Traction* du 14 août 1945 a déjà été clairement expliquée dans le *Contre-mémoire* (IV, pp. 111 à 118). Il est probable que sans cet exposé tendancieux le Plan n'aurait même pas obtenu les pourcentages indiqués.

b) La dation en paiement suppose, en principe, le remplacement d'une valeur en espèces par une valeur identique en nature; mais si la valeur réelle en nature est inférieure, l'opération réellement conclue est un accord extrajudiciaire aux termes duquel le créancier, pour quelque raison que ce soit, accepte de considérer sa créance soldée contre versement en nature, dation en paiement, d'une chose de moindre valeur. Or, cela implique une remise de dette. L'essentiel est que le Plan d'arrangement était une convention extrajudiciaire qui impliquait une remise de dette. La façon dont la dette une fois réduite devait être acquittée est par contre sans importance¹.

174. Le Gouvernement belge affirme dans la *Réplique* (V, par. 24) qu'il n'était pas exact que la dette de la *Barcelona Traction* dépassât trente millions de dollars canadiens en date du 31 décembre 1946, comme l'affirmaient les demandeurs à la faillite. D'après le Gouvernement belge, seuls étaient dus les intérêts et les amortissements, mais non le capital des obligations, car ce dernier ne pouvait devenir exigible que si la *National Trust* décidait d'en demander le paiement.

Ainsi que l'auraient démontré les demandeurs de la faillite (A.C.M., n° 2, VII, p. 14) il était toutefois évident que le texte de l'acte d'émission des obligations permettait de considérer le capital comme exigible (indépendamment de la question de savoir qui pouvait demander l'exécution). Il était en outre clair que le défaut de paiement des intérêts et la suspension des amortissements rendaient le capital exigible en application de l'art. 1124 du Code civil. La déclaration de faillite demandée devait enfin rendre le capital exigible conformément à l'art. 883 du Code de commerce.

175. Au par. 497 de la *Réplique*, le Gouvernement belge conteste le bien-fondé du dernier argument exposé par le juge (considérant numéro quatre « in fine » du jugement du 12 février 1948). Comme on le sait, cet argument tire les conséquences juridiques du fait que la *Barcelona Traction* ne s'était pas déclarée en état de suspension de paiements dans le délai de quarante-huit heures prévu par l'art. 871 du Code de commerce. Le juge invoque à ce sujet l'arrêt du Tribunal Suprême du 14 mars 1928.

Le Gouvernement belge se borne à contester cet argument, sans cependant justifier sa thèse et sans réfuter la jurisprudence espagnole citée par le juge. Il ajoute que l'art. 871 n'impose aucune obligation au débiteur, mais lui donne une simple faculté.

Le Gouvernement belge oublie non seulement l'arrêt cité mais encore l'interprétation authentique de l'Exposé des motifs du Code de commerce qui, comme nous l'avons vu, indique exactement le contraire de ce que le Gouvernement belge prétend maintenant. Quoi qu'il en soit, il est clair que la faillite est inévitable si le débiteur ne s'est pas déclaré en état de suspension de paiements (cf. A.D., 65).

¹ Cf. *Contre-mémoire* (IV, pp. 118, 119 et ss.).

Le Gouvernement belge s'étonne dans la *Réplique* de ce que le juge ne se soit pas inquiété de savoir si la proposition du Plan d'arrangement avait été approuvée par le trustee et acceptée par les obligataires et n'ait pas cherché à connaître la raison pour laquelle il n'avait pas pu être mis à exécution. Cette objection est dénuée de fondement puisque le juge savait, grâce aux documents versés par les demandeurs, que le Plan approuvé par les obligataires n'avait pas pu être mis à exécution en raison du refus des autorisations nécessaires par les autorités britanniques et espagnoles. Quant aux raisons de ce refus, elles résultaient clairement des déclarations du ministre de l'Industrie et du Commerce. Le bien-fondé de ce refus devait être confirmé plus tard de façon incontestable par la Déclaration conjointe du 11 juin 1951, signée par les Gouvernements britannique, canadien et espagnol (A.C.M., n° 1, doc. 1, Vol. VI, p. 5).

Et il est curieux de constater que l'auteur espagnol Ramirez, si abondamment cité dans la *Réplique*, dit à ce sujet : « ... Mais, par contre, nous considérons que lorsque le commerçant cesse de payer ses obligations échues 'ne serait-ce même qu'une seule', sans se prévaloir de la suspension des paiements, il peut être déclaré en faillite »¹.

5. Réfutation des autres arguments de la *Réplique*.

176. Au par. 22 de la *Réplique*, V, le Gouvernement belge accuse le juge espagnol de ne pas avoir relevé le fait que les demandeurs à la faillite n'avaient pas prétendu avoir demandé le paiement des intérêts des obligations qu'ils possédaient et de ce qu'aucun autre obligataire ne l'avait demandé non plus.

L'argument est sans pertinence. Le juge devait seulement constater l'existence des titres de créance et ce n'est que plus tard, au cours de la procédure d'opposition, que la faillite aurait pu, le cas échéant, démontrer qu'elle avait payé ou qu'elle avait inutilement tenté de payer, cas où il y aurait eu une « mora accipiendi »².

Mais il y a plus, la faillite elle-même avait déclaré publiquement, depuis des années, qu'elle ne pouvait pas payer les intérêts de ses obligations en livres ni procéder à l'amortissement d'aucune de ses obligations, pas même de celles émises en pesetas³.

Il n'est pas exact non plus qu'aucun obligataire n'avait tenté de toucher son dû; le Gouvernement belge oublie que M. Montañés avait depuis longtemps essayé de se faire payer en pesetas les intérêts de ses obligations *First Mortgage* (cf. A.C.M., N° 24, VII, p. 135) et que *Barcelona Traction* s'y était refusée.

177. La *Réplique* reprend (par. 498) la thèse selon laquelle « il n'y avait donc pas cessation de paiements en Espagne ».

Le *Contre-mémoire* (IV, p. 263) a exposé clairement que les obligations *First Mortgage* produites par les demandeurs à la faillite portaient, imprimée sur leurs titres et sur leurs coupons, l'indication que les intérêts échus étaient payables en pesetas⁴ et que les titres

¹ *La Quiebra*, vol. 1, p. 609. A la même page est cité l'arrêt du 2 octobre 1934 dans lequel le Tribunal Suprême a admis que le non-paiement d'une seule obligation permettait la mise en faillite. A la page 610, l'auteur indique :

« ...
b) Que les conditions indispensables pour que le commerçant puisse se déclarer en état de suspension de paiements sont qu'il possède des biens suffisants pour couvrir tout son passif et que la déclaration intervienne dans les quarante-huit heures qui suivent l'échéance d'une obligation inexécutée (arrêts des 27 février 1889, 13 décembre 1889, 11 février 1895, 18 février et 3 mai 1897, 4 juillet 1901, 10 janvier 1908, 5 octobre 1914).

c) Et que lorsque le commerçant n'a pas demandé, dans les délais, à bénéficier de la suspension des paiements, ses créanciers peuvent s'y opposer et demander et obtenir sa faillite, même s'il l'obtient par la suite (arrêts des 13 décembre 1889, 1^{er} octobre 1895, 18 février et 3 mai 1897, 4 juillet 1901, 10 janvier 1908, 5 octobre 1914, 16 novembre 1918) ».

² Comme on l'a déjà exposé dans le *Contre-mémoire* (note 3, p. 260), le paiement des coupons d'obligations échus est exigible en droit espagnol le lendemain de leur échéance. Il n'est pas nécessaire que le créancier ait exigé le paiement pour que la dette soit échue; la *Réplique* n'a pu contester ni cet argument, ni l'application de l'art. 61 du Code de commerce cité par le *Contre-mémoire*.

³ La circulaire adressée aux obligataires, en date du 14 août 1945, que les demandeurs à la faillite avaient produite avec le Plan d'arrangement, en apportait la preuve incontestable.

⁴ Les intérêts impayés sur les obligations *First Mortgage* étaient comptabilisés en pesetas dans le bilan de la *Barcelona Traction*.

étaient au porteur. Et dans le cas d'espèce, les porteurs étaient espagnols. On ne peut dès lors s'empêcher de répéter la question posée dans le *Contre-mémoire*: que faut-il de plus pour qu'il y ait cessation de paiements en Espagne?

Le Gouvernement belge ne contredit ni ne réfute aucune des explications données, sur ce point, dans le *Contre-mémoire*. Il se borne à alléguer que le Gouvernement espagnol admet le caractère territorial de la faillite et que ce n'est dès lors que dans la mesure où une dette reste impayée sur le territoire national que la faillite d'un débiteur « étranger » peut être prononcée¹.

Cette argumentation n'enlève évidemment rien aux explications données sur ce sujet par le *Contre-mémoire*. Aucune règle de droit interne espagnol n'exige que la cessation de paiements concerne une dette payable en Espagne. Cela est cependant sans importance dans le cas de la *Barcelona Traction*, puisque les intérêts des obligations *First Mortgage* étaient payables en Espagne et en pesetas.

Le Gouvernement belge prétend dans la *Réplique* (par. 499) que les intérêts échus des obligations *Prior Lien* étaient payables hors d'Espagne. Cela n'a cependant rien à voir avec le problème de la cessation de paiements pour la solution duquel il importe seulement de savoir si les intérêts des obligations *Prior Lien* étaient ou non payés. Or, il est évident qu'ils étaient impayés².

Le Gouvernement belge admet dans la *Réplique* que les intérêts des obligations *First Mortgage* étaient payables en pesetas. Il prétend cependant qu'il n'y avait pas eu cessation de paiements en Espagne du fait qu'aucun obligataire *First Mortgage* n'avait pris le soin de présenter ses coupons pour leur paiement en Espagne.

Cet argument est inexact et il ne constitue qu'une variante de l'argument déjà réfuté selon lequel ni les demandeurs à la faillite ni aucun obligataire n'avaient exigé le paiement des intérêts. Nous renvoyons à ce qui a été dit précédemment (par. 176).

Pour ce qui est des obligations en pesetas, le Gouvernement belge a dû admettre, à la suite des explications données dans le *Contre-mémoire*, que leur amortissement était effectivement suspendu depuis 1936. Il ajoute toutefois que cela n'impliquait pas une cessation de paiement puisque c'était envers le « trustee », la *Westminster Bank*, que la faillie avait pris des engagements concernant l'amortissement et non pas envers les obligataires qui n'avaient aucun droit individuel de demander l'amortissement.

¹ Le Gouvernement belge ajoute: « ... 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 ».

² De plus, d'après le Gouvernement belge lui-même, une partie importante de ces obligations se trouvaient entre les mains d'Espagnols. Le représentant autorisé de tous les porteurs d'obligations *Prior Lien*, à savoir le Comité des obligataires désigné à Londres le 8 avril 1948 avec l'accord de la *National Trust* (A.C.M. n° 118, doc. 9, II, p. 516, et doc. 10, pp. 517/9), a enfin comparu dans la faillite de la *Barcelona Traction* le 11 août 1948, selon un acte de la même date (A.C.M., n° 123, VIII, pp. 176 ss.) dans lequel il exprimait son adhésion au jugement universel de faillite et se déclarait pleinement d'accord avec le jugement du 12 février 1948.

Cette objection est dénuée de fondement, car la cessation de paiement est un fait objectif. Il est dès lors sans importance que l'engagement d'amortissement ait été contracté uniquement envers le « trustee » ou également envers les obligataires ¹.

Il faut en outre tenir compte de ce que la cessation générale de paiements de la *Barcelona Traction* était indiscutable, du moins en ce qui concerne le non-paiement des intérêts des obligations *First Mortgage* et *Prior Lien*. Cela suffisait pour justifier pleinement la déclaration de faillite de la *Barcelona Traction* qui, à son tour, rendait immédiatement exigible le capital de toutes les obligations, y compris celles payables en pesetas ².

Il est véritablement inadmissible que l'on puisse prétendre qu'il n'y a pas eu cessation de paiements en Espagne et que l'on ait encore l'audace de soutenir les tergiversations de la société faillie en affirmant :

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 qui posait l'absence de convertibilité de la monnaie espagnole et que le Plan d'arrangement avait précisément pour objectif de résoudre.

Ces mots sont vides de sens si l'on songe que la *Barcelona Traction* elle-même avait déclaré à de nombreuses reprises qu'il lui était impossible de payer les intérêts des obligations en livres; qu'elle s'était refusée à payer les intérêts des obligations *First Mortgage* en pesetas lorsque M. Montañés, obligataire, le lui avait demandé; et qu'elle s'était abstenue de consigner en pesetas le montant des sommes qu'elle devait.

Le Gouvernement belge oublie également que la *Barcelona Traction* aurait pu éviter la faillite en se déclarant en état de suspension de paiements et qu'une fois la faillite déclarée elle n'a pas fait la moindre offre de concordat pour payer ses créanciers.

Cette affirmation de la *Réplique* est d'autant plus étrange qu'elle se fonde pour l'essentiel sur la possibilité de payer en pesetas les intérêts des obligations *First Mortgage* et sur le fait que cela aurait permis de résoudre le problème de la convertibilité de la monnaie

¹ Le Gouvernement belge affirme dans la *Réplique* sans le prouver, que la *Westminster Bank* avait donné son accord à la suspension de l'amortissement des obligations en pesetas. En premier lieu, cela devrait être prouvé; il faudrait vérifier ensuite la véracité des informations données au « trustee » pour le convaincre d'accepter une telle suspension; enfin, même si l'on devait admettre que la *Westminster Bank* avait donné son accord en se fondant sur des informations véridiques, cela ne changerait rien au fait que la suspension de l'amortissement des obligations en pesetas constituait une cessation de paiements.

² La déclaration de faillite a entraîné de plein droit l'interruption du service des obligations en pesetas et l'exigibilité de leur capital.

Aucun doute n'est possible sur ce point comme on l'a déjà dit dans le *Contre-mémoire*. Les hommes de paille de la faillie, MM. Sagnier, Teixidor et Andreu, ont comparu en leur qualité d'obligataires en pesetas peu après la déclaration de faillite, et le premier d'entre eux a justifié sa qualité en disant que « comme les obligations en pesetas de la *Barcelona Traction* en circulation en Espagne ne sont ni hypothécaires ni gagistes, il est évident qu'elles cessent de produire des intérêts, du fait de la déclaration de faillite. »

Lorsqu'elle avait sollicité du Tribunal Suprême la désignation d'un juge spécial, le 26 février 1948 (A.C.M., 121, doc. 1, VIII, p. 166), *Riegos y Fuerza del Ebro* avait affirmé que jusqu'alors les détenteurs espagnols d'obligations en pesetas « ont perçu ponctuellement leurs intérêts et qu'ils cesseront de les percevoir en conséquence dudit jugement de déclaration de faillite, puisque ces obligations ne sont ni hypothécaires ni gagistes ».

espagnole. On ne comprend pas que la *Réplique*, dont tant de pages sont consacrées au problème de la cessation de paiements, ne fasse aucune allusion à l'affirmation contenue dans le *Contre-mémoire* (IV, p. 264), selon laquelle la *Barcelona Traction* aurait pu consigner en Espagne le montant de sa dette; cette observation avait d'ailleurs déjà été faite dans les *Exceptions préliminaires* (E.P., I, 1963, p. 47).

Le problème juridique est extrêmement simple: si la *Barcelona Traction* avait une situation financière saine en pesetas, elle pouvait et devait consigner ce qui lui permettait d'exclure toute possibilité de faillite. La *Barcelona Traction* ne l'a cependant pas fait. La signification évidente de cette abstention est aujourd'hui soulignée par le silence de la *Réplique* sur ce point ¹.

178. Le Gouvernement belge s'est vu obligé d'invoquer de nouveaux arguments pour ne pas répondre aux explications données dans le *Contre-mémoire*. Il affirme maintenant (R., V, par. 498) que la faillite n'est pas le seul moyen que la loi met à la disposition des créanciers et que ceux-ci auraient pu tenter judiciairement le recouvrement de leur créance, aussi bien dans le pays où le paiement devait être effectué que là où le débiteur avait son siège social. Le Gouvernement belge ajoute que la loi espagnole prévoit une procédure d'exécution rapide et particulièrement efficace.

Il semble élémentaire que le créancier est libre de choisir parmi les différentes procédures judiciaires que lui offre la loi celle qu'il estime la plus convenable. Naturellement cette possibilité existe pratiquement dans tous les systèmes juridiques du monde. Le Gouvernement belge ne cite à l'appui de sa thèse ni règle légale, ni décision judiciaire, ni aucune opinion doctrinale ².

179. Le Gouvernement belge soutient enfin au par. 500 de la *Réplique* que la cessation de paiements doit porter atteinte au crédit du débiteur et que l'on ne peut admettre qu'il en fût ainsi dans le cas de la *Barcelona Traction*, puisqu'aussi bien la *Westminster Bank* que la *National Trust* avaient décidé de ne pas réaliser leur garantie, nonobstant le fait que les conditions prévues par les « trust deeds » étaient « techniquement » réunies comme le précise curieusement la *Réplique*.

Le fait que les « trustees » ne soient pas intervenus, soit par négligence, soit parce que les renseignements qu'ils possédaient sur la situation patrimoniale de la *Barcelona Traction* étaient inexacts, soit pour toute autre raison, n'empêche pas que, économiquement et juridiquement, le non-paiement des intérêts des obligations en livres pendant plus de onze ans, avait gravement porté atteinte au crédit de la société.

Mais pour déterminer si la situation affectait ou non le crédit et l'existence de la société, on ne saurait mieux faire que de se référer aux passages significatifs de la lettre

¹ Le Gouvernement belge affirme encore: « Ceci fait apparaître de manière encore plus nette que la prétendue cessation de paiements ne fut qu'un prétexte destiné à servir les desseins du groupe March auprès des cours et tribunaux espagnols ».

Mais un prétexte fourni par qui? Car le fait objectif de ne pas payer les intérêts des obligations, de ne pas tenter d'en consigner la contre-valeur en pesetas et de ne pas même se déclarer en état de suspension de paiements sont des faits dont la responsabilité incombe exclusivement à la *Barcelona Traction*.

² Cette thèse du Gouvernement belge implique l'abandon implicite de la prétendue limitation résultant de la « no action clause »; s'il veut être conséquent avec lui-même, le Gouvernement belge ne peut en effet pas soutenir que les demandeurs à la faillite auraient dû avoir recours à la procédure d'exécution.

que M. Spéciael adressait, le 7 décembre 1946, au ministre espagnol, M. Suanzes (A.C.M., N° 6, doc. 2, VI, p. 328).

Faisant état de la crise extrêmement grave que subissait la *Barcelona Traction*, M. Spéciael pouvait facilement annoncer que l'entreprise tomberait aux mains d'un « receiver » ou curateur¹ pour être tôt ou tard vendue aux enchères publiques, après Dieu sait quelles longues difficultés.

180. Le Gouvernement belge n'hésite pas à qualifier d'inexacte l'affirmation contenue dans le *Contre-mémoire* (p. 444), selon laquelle la désignation du « receiver » canadien reposait sur la même cessation de paiements que le juge de Reus avait constaté, à savoir le non-paiement des intérêts des obligations en livres et le défaut d'amortissement de leur capital.

Cette « fausseté » résulterait de ce que l'expression « cessation générale de paiements » n'aurait pas du tout le même sens que le mot « default » prévu par les « *trust deeds* ».

Il est possible que le mot anglais « default » et l'expression espagnole « cesación de pagos » ne signifient pas la même chose. Il n'en reste pas moins que le juge espagnol et le juge canadien se sont fondés sur le même fait économique, à savoir le non-paiement depuis 1936 et jusqu'à la date de leurs décisions respectives, des intérêts des obligations *First Mortgage* et *Prior Lien*, ainsi que sur l'inexécution des paiements annuels qui devaient constituer le « Sinking Fund » des deux séries d'obligations².

181. Le dernier argument exposé dans la *Réplique* (V, par. 502) est le suivant : l'ensemble du groupe de la *Barcelona Traction* était solvable et il n'y avait pas eu cessation de paiements dans l'ensemble des opérations effectuées par les sociétés du groupe. Le Gouvernement belge ajoute qu'il n'est pas possible d'affirmer l'unité de l'entreprise lorsqu'il s'agit de justifier la compétence des tribunaux espagnols et la saisie des biens des filiales et de ne pas tenir compte de cette même unité pour juger de l'existence de la cessation générale de paiements.

Ce que certains obligataires de la *Barcelona Traction* demandèrent, ce fut la déclaration de faillite de cette société, et ce qui fut prouvé devant le juge, ce fut la cessation générale de paiements de la *Barcelona Traction*. C'était là la seule chose qui devait être

¹ A la note 3, p. 353 de la *Réplique*, V, le Gouvernement belge prétend que M. Spéciael ne faisait pas allusion à une cessation de paiements qui aurait pu entraîner la faillite en Espagne, mais uniquement au fait que le refus des autorités espagnoles aurait justifié, de la part du « trustee », la demande de désignation d'un « receiver » au Canada.

En réalité M. Spéciael déclarait qu'à la suite de l'échec du Plan d'arrangement, la *Barcelona Traction* devrait tomber aux mains d'un « receiver » ou curateur. Or le curateur, en espagnol, est la personne qui représente les intérêts d'une personne incapable, comme l'est le failli. M. Spéciael ne précisait en outre pas du tout s'il parlait du Canada ou de l'Espagne. Les deux interprétations sont donc aussi légitimes l'une que l'autre.

² L'argumentation de la *National Trust*, dans l'acte du 9 juillet 1948, par lequel elle sollicitait la désignation du « receiver », était le suivant :

« 8. Le défendeur (*Barcelona Traction*) est en défaut, en application des dispositions de *trust deeds* des obligations *Prior Lien*, pour le paiement des intérêts échus des obligations de *Prior Lien* 6½ % Consolidated, échues le 1^{er} décembre 1936, et pour les paiements annuels du « Sinking Fund » qui auraient dû être effectués le et depuis le 1^{er} juillet 1937.

10. Le défendeur est en défaut en application des dispositions du *Trust deed First Mortgage*, pour le paiement des intérêts échus des obligations 5½ % *First Mortgage* échues le 1^{er} décembre 1936, et pour les paiements annuels du fonds d'amortissement qui auraient dû être effectués le et depuis le 31 mai 1937 ».

prouvée; les filiales ne furent pas déclarées en faillite et la question de savoir si elles étaient en état de cessation de paiements ne s'est pas posée à leur propos.

Quant à la contradiction que le Gouvernement belge fait semblant de voir, elle n'existe pas. La compétence des tribunaux espagnols est en effet pleinement établie indépendamment de la notion d'unité d'entreprise. Quant à la saisie provisoire et conservatoire des biens des filiales, elle était absolument nécessaire, compte tenu de la structure juridique et économique de la *Barcelona Traction*, pour que la déclaration de faillite puisse déployer tous les effets prévus par la loi et imposés par l'ordre public. En outre, il n'est pas exact de dire que la situation financière du groupe ait été saine¹.

182. L'absence de fondement de l'argumentation développée dans la *Réplique* au sujet de ce que le Gouvernement belge qualifie gratuitement comme étant « Peut-être le plus grave déni de justice commis par les tribunaux espagnols... » est ainsi démontrée.

Il peut être utile d'aviser la Cour de ce qu'elle chercherait en vain dans les « disant » recours de la *Barcelona Traction* et de ses filiales, l'argumentation développée de fait et de droit dans la *Réplique* au sujet de la cessation générale des paiements².

Mais il est encore plus curieux de relever que l'on ne trouve aucune trace de l'argumentation aujourd'hui abondamment développée par le Gouvernement belge ni dans l'acte du 18 juin 1948 par lequel la *Barcelona Traction* annonçait tardivement son opposition à la faillite, ni dans l'incident de nullité d'actes de procédure soulevé le 5 juillet 1948 et complété le 31 du même mois³.

§ 3. LES DISPOSITIONS DU JUGEMENT DÉCLARATIF DE FAILLITE DU 12 FÉVRIER 1948 ÉTAIENT CONFORMES AU DROIT ESPAGNOL

A. Le jugement (auto) du 12 février 1948 n'a omis aucune des dispositions prévues par la loi.

183. Le Mémoire n'avait rien dit de prétendues omissions dont serait entaché le jugement déclaratif de faillite.

¹ Sur ce point il suffit de rappeler ce qui a été indiqué plus haut au sujet du tableau statistique joint au rapport du Conseil d'administration de la *Barcelona Traction* pour l'exercice 1946. Ce tableau révélait un déficit de près de cinq millions de dollars canadiens. On peut également rappeler les Annexes nos 932, 962, 978 et 1001, et autres, du chapitre I, qui sont cités dans le *Contre-mémoire* (p. 265, note 3), et qui démontrent que la trésorerie du groupe n'était certainement pas saine. Les membres britannique et canadien de la Commission internationale d'experts parvinrent à une conclusion identique.

La *Réplique* passe sous silence ces différents points.

² En effet, il n'est pas dit un seul mot à ce sujet dans le recours formé par *Riegos y Fuerza del Ebro* en date du 16 février 1948. L'argument n'est pas invoqué non plus dans le recours du 23 février 1948, par lequel on prétendait former l'opposition à la faillite prévue par l'art. 1028 du Code de commerce de 1829.

Rien n'est dit non plus à cet égard dans les recours d'opposition contre le jugement déclaratif de faillite formé par la *Barcelonesa*, le 19 février 1948. Rien n'est dit non plus dans un autre acte du 23 février 1948, par lequel la même société faisait, *ad cautelam*, opposition au jugement déclaratif de faillite dans la mesure où cette décision la concernait.

³ L'acte du 18 juin 1948 indique seulement: « 3. Le fait que *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.* n'a pas, d'une manière générale, cessé le paiement de ses obligations ». L'acte du 5 juillet 1948 fait seulement état de l'existence d'un prétendu cas de force majeure, mais rien de plus. L'acte du 30 juillet 1948 qui complète l'incident de nullité ne contient pas la moindre allusion à la question.

La *Réplique* prétend maintenant (V, p. 10), que le juge de Reus a omis d'ordonner l'inscription du jugement au Registre du commerce et au Registre de la propriété.

Il n'existe cependant en droit espagnol aucune disposition obligeant le juge à ordonner l'inscription sur ces registres des jugements déclarant la faillite d'une société anonyme, encore qu'il soit vrai qu'en pratique cette inscription soit souvent ordonnée par le juge¹.

La déclaration de faillite doit en principe se conformer aux dispositions de l'article 1044 du Code de commerce de 1829; or, cet article ne prévoit pas l'inscription du jugement déclaratif de faillite sur lesdits registres.

Dans le cas de la *Barcelona Traction*, l'inscription de mentions quelconques au Registre du commerce n'aurait eu aucun sens puisqu'il résultait de la demande même de faillite et des documents qui lui étaient annexés, que la *Barcelona Traction* n'avait pas de siège connu en Espagne. Le juge l'a d'ailleurs constaté dans le texte même du jugement déclaratif de faillite. L'inscription du jugement de faillite au Registre de la propriété n'aurait eu aucun sens non plus puisque la *Barcelona Traction* n'avait pas de biens immobiliers inscrits à son nom en Espagne. Le Gouvernement belge le reconnaît d'ailleurs dans la *Réplique*.

La *Barcelona Traction* avait certainement l'obligation de s'inscrire au Registre du commerce compétent. Il est toutefois paradoxal que le fait qu'elle ait violé cette obligation et ait ainsi rendu impossible *de facto* l'inscription du jugement déclaratif de faillite, serve aujourd'hui de prétexte à une nouvelle accusation².

184. Le Gouvernement belge prétend également dans la *Réplique* (p. 11) que le juge aurait dû ordonner la notification du jugement aux filiales. Une telle notification n'est cependant prévue par aucune disposition légale.

Les mesures ordonnées à l'égard des filiales par le jugement du 12 février 1948 n'exigeaient pas de notification³. Celle-ci devait cependant se produire automatiquement lors de l'exécution des mesures ordonnées. C'est ce qui se produisit en effet et qui n'a rien à voir avec l'affirmation inexacte de la *Réplique* selon laquelle le tribunal qui exécuta la commission rogatoire de saisie «...ne crut pas pouvoir se dispenser de procéder à une signification préalable» (A.D., 66)⁴.

¹ Le règlement du Registre du Commerce en vigueur en 1948 prescrivait uniquement l'inscription de la déclaration de faillite des commerçants individuels (art. 106) et de la dissolution, par suite de la faillite, des sociétés en nom collectif et en commandite (art. 114 et 145).

² Le *Contre-mémoire* a déjà signalé ce point (C.M., IV, p. 246). Cf. *supra* par. 131, et A.D., 53.

Le juge qui avait été chargé par voie de commission rogatoire des mesures de saisie consécutives à la faillite ordonna en revanche, à la demande du porteur de la commission rogatoire, l'inscription au Registre du Commerce de Barcelone, en ce qui concerne *Riegos* et *Barcelonesa*.

Il en fut de même pour les autres filiales et sous-filiales, l'inscription étant dans tous ces cas demandée en application de l'article 25 du Code de commerce de 1885.

³ Il ne s'agissait pas de la déclaration de faillite des filiales. Il n'est d'ailleurs même pas obligatoire de notifier le jugement au failli (A.C.M., n° 76, VII, pp. 399/401).

⁴ Le Gouvernement belge affirme dans la *Réplique* (note 2 de la page 10) que le juge a également omis de fixer la date à partir de laquelle le jugement de faillite devait rétroactivement produire ses effets et qu'il n'a pas non plus ordonné l'établissement de la liste des créanciers destinée à préparer la convocation de la première assemblée des créanciers. Le Gouvernement belge précise toutefois qu'il n'entend pas fonder de « griefs » sur ces omissions et il reconnaît qu'aucune règle légale n'impose l'insertion dans le jugement de faillite des dispositions qu'il signale. Il n'est dès lors pas nécessaire de réfuter ses élocubrations. Il est néanmoins utile de signaler qu'il n'est pas exact que le jugement déclaratif de faillite doive nécessairement fixer la date à laquelle il rétroagit. Si cette date n'est pas indiquée, elle est en effet réputée être celle du jugement déclaratif de faillite (arrêt du 19 avril 1905).

B. *La nomination, l'acceptation et les pouvoirs du commissaire et du séquestre-dépositaire.*

185. Le Gouvernement belge expose au par. 26 de la *Réplique* qu'«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) »¹.

Ces trois singularités sont dans l'ordre de gravité établi par le Gouvernement belge: 1) le fait que le séquestre-dépositaire et le commissaire aient accepté leur charge le jour même de la déclaration de faillite sans avoir été convoqués au préalable; 2) le fait que le commissaire se soit fait inscrire en qualité de commerçant à Reus trois jours avant la déclaration de faillite; et 3) le fait que le séquestre-dépositaire, M. Gambús, était un ancien collaborateur de M. March, qui fut ensuite nommé directeur général d'Ebros et plus tard directeur général de *Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S.A.*

186. D'après la *Réplique* (V, p. 18) le fait que le séquestre-dépositaire et le commissaire aient accepté leur charge le 12 février 1948, permet de tirer la stupéfiante conclusion que « les requérants ou leurs avoués ont eu avec le juge de Reus d'autres contacts que ceux prévus par le Code de procédure ».

Cette accusation malveillante, injurieuse et sans fondement est identique à celle qui a été formulée dans la *Réplique* à propos de l'absence de citation préalable des témoins.

Le Gouvernement espagnol doit appeler l'attention avec énergie contre le fait que le Gouvernement belge se permette d'utiliser des termes aussi graves, pour qualifier à l'intention de la Cour des faits tout à fait normaux qui se produisent journellement dans toutes les procédures de faillite instruites en Espagne et en d'autres pays avec un système juridique similaire².

La Cour se souviendra certainement de ce que le Gouvernement belge a invoqué dans la *Réplique* un certain nombre d'arrêts. Ainsi par exemple, l'arrêt du Tribunal Suprême du 27 février 1965 (concernant la faillite de la société *Zurro Hermanos, S.L.*); l'arrêt du Tribunal Suprême du 17 janvier 1912 concernant la faillite de la *Minera del Moncayo, S.A.* et le jugement déclarant la faillite de la société belge *Niel-on-Rupell* rendu par un tribunal de Barcelone le 12 avril 1934³.

¹ Il est par contre indiqué à la page 618 de la *Réplique*:

« Le Gouvernement belge n'a jamais soutenu et ne soutient pas, parce que, pas plus que *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... » Et dans les paragraphes suivants, le Gouvernement belge assure qu'il n'a jamais attribué à aucun magistrat espagnol une intention frauduleuse ou malhonnête.

Que faut-il croire? Quand il s'agit d'expliquer la faillite, on lance des accusations gratuites de collusion, et quand on veut expliquer la non-utilisation du recours en révision (prévu pour combattre la collusion, les machinations frauduleuses dans la procédure, etc.), on minimise l'importance et la gravité des accusations lancées.

² Voir A.D., 62.

³ Le premier de ces arrêts est cité au sujet de la cessation de paiements; les deux autres, au sujet de la publication.

Or:

a) la faillite de *Zurro Hermanos, S.L.* a été déclarée le 11 décembre 1959 et le séquestre-dépositaire ainsi que le commissaire ont accepté leur charge, prêté serment, pris possession de leur charge et commencé à agir dans la journée même du 11 décembre sans avoir été préalablement cités;

b) la faillite de la *Minera del Moncayo* a été prononcée par jugement du 31 août 1907 et le séquestre-dépositaire ainsi que le commissaire ont été désignés par le juge conformément aux suggestions faites par la société faillie elle-même dans l'acte par lequel elle avait demandé la déclaration de faillite. Il semble qu'ils aient accepté leurs charges le jour même de la déclaration de faillite;

c) la faillite de la société *Niel-on-Rupell* a été prononcée par jugement du 12 avril 1934; le même jour, le commissaire et le séquestre-dépositaire ont accepté leur charge et prêté serment sans avoir été préalablement cités. Les opérations de saisie commencèrent le même jour, 12 avril.

Est-il nécessaire d'en dire davantage? L'incroyable légèreté de la *Réplique* sur ce point comme sur d'autres, se passe de commentaires ¹.

La pratique qui veut que le séquestre-dépositaire et le commissaire acceptent leur charge, prêtent serment, entrent en fonction et se mettent immédiatement à l'œuvre, généralement le jour même de la déclaration de la faillite, est un usage judiciaire bien établi en Espagne ².

187. La *Réplique* accuse le juge de Reus d'avoir choisi pour exercer les fonctions de commissaire une personne étrangère au district de Reus, qui s'était fait inscrire au Registre du commerce en qualité de commerçant trois jours avant la déclaration de faillite.

L'art. 1333 du Code de procédure civil prévoit que le Commissaire doit être un commerçant inscrit sans préciser la catégorie du commerçant ni le temps depuis lequel il doit exercer son commerce. Ces questions sont laissées à la libre appréciation du juge qui doit fixer son choix en tenant compte du but visé par la loi en déterminant que le Commissaire doit être un commerçant. Ce but est évidemment d'assurer que le commissaire connaisse suffisamment bien la pratique commerciale pour pouvoir réaliser dûment sa fonction. En l'espèce il ne fait aucun doute que M. Fournier avait les qualités requises puisqu'il était un commerçant inscrit à Barcelone et hors de sa province depuis de nombreuses années et qu'il était en outre inscrit commerçant au Registre du Commerce de Reus au moment de la faillite. La nomination de M. Fournier répondait donc à toutes les exigences de la loi ³.

¹ Il semble résulter de la « receivership » canadienne que le premier « receiver », M. Clarkson, a accepté sa charge immédiatement après sa nomination.

² Cet usage est conforme aux prescriptions de l'article 1334 du Code de procédure civile et de l'article 876 du Code de commerce ainsi que d'autres articles concordants. La traduction de l'article 1334 du Code de procédure civile donnée dans la *Réplique* (V, p. 18, note 1) n'est pas exacte. Cet article n'emploie en effet pas le terme de « notifier », mais celui de « communiquer ».

³ Il ne faut pas oublier que le centre actif de l'entreprise se trouvait à Barcelone. Le Gouvernement belge affirme à la page 17 de la *Réplique* que la fonction était « destinée à être exercée pendant toute la durée de la procédure ». Il oublie par contre de signaler que le Commissaire pouvait être destitué et révoqué.

188. La dernière « singularité » alléguée par le Gouvernement belge est la nomination comme séquestre-dépositaire de M. Gambús, qui avait été, d'après la *Réplique*, le collaborateur de M. March pendant de longues années et qui fut nommé, par la suite, directeur général de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.*, puis de *Fuerzas Eléctricas de Cataluña*.

L'article 1049 du Code de commerce de 1829 prévoit que « la fonction de séquestre-dépositaire devra être attribuée à un commerçant jouissant d'un crédit notoire et d'une bonne réputation, qu'il soit ou non créancier de la faillite ». M. Gambús remplissait effectivement ces conditions car il jouissait depuis longtemps d'un très grand prestige dans toute la Catalogne, comme le démontrent les fonctions importantes qu'il a exercé pendant tout sa vie ¹.

Si le séquestre-dépositaire s'est acquitté honnêtement et avec compétence de ses fonctions, et rien ne permet de le mettre en doute, il n'y a d'autre part rien d'extraordinaire à ce qu'il soit choisi plus tard pour exercer d'autres fonctions. Cela est d'ailleurs sans rapport avec le présent litige.

189. Les fonctions de commissaire et de séquestre-dépositaire sont attribuées à des personnes qui méritent la confiance du juge. En faisant usage du pouvoir discrétionnaire que lui confère la loi pour attribuer ces fonctions ², le juge engage sa responsabilité. Il peut être tenu pour responsable s'il fait preuve de mauvaise foi lors des nominations ou si ayant désigné des personnes incapables ou impropres à leurs fonctions, il ne procède pas à leur destitution. La *Barcelona Traction* n'a cependant jamais prétendu que le juge aurait encouru une quelconque responsabilité et elle n'a jamais exercé aucune action dans ce sens.

Ni le commissaire, ni le séquestre-dépositaire ne sont inamovibles. Le juge peut librement les destituer à tout moment, soit de sa propre initiative, soit sur demande dûment motivée du failli ou des créanciers ³.

En réalité, le *Contre-mémoire* (IV, p. 314) a déjà répondu de façon complète sur ces différents points.

Le *Contre-mémoire* a aussi signalé que le Gouvernement belge n'avait pas fourni l'ombre d'une preuve à l'appui de son insinuation selon laquelle le juge aurait été guidé dans le choix du commissaire et du séquestre-dépositaire par la volonté de permettre ou de faciliter certaines illégalités ou manœuvres frauduleuses.

¹ Professeur à l'Ecole des Hautes Etudes Commerciales de Barcelone où il occupa pendant de nombreuses années la chaire d'« organisation d'entreprises »; directeur général de la *Banque Arnús*; président de l'établissement bancaire *Crédito y Doeks, S.A.*; vice-président pendant de nombreuses années de la Chambre officielle de commerce et de navigation de Barcelone; membre de l'Académie royale des Beaux-Arts de San Jorge, etc.

Son décès (survenu en juillet 1966) fut l'occasion d'une émouvante manifestation de deuil dans la ville de Barcelone dont la municipalité lui conféra, à titre posthume, la médaille d'or de la ville.

Les relations, réelles ou imaginaires, que M. Gambús aurait eues avec le groupe March ne peuvent rien changer au fait qu'il était un commerçant « de crédit notoire et de bonne réputation ».

² Ce pouvoir discrétionnaire est analogue à celui dont ont fait usage les tribunaux canadiens lorsque, le 15 juillet 1948, ils ont confié la charge de « receiver » à M. Geoffrey Teignmouth Clarkson, membre du Cabinet de *Auditors de la Barcelona Traction*. Cette nomination intervint conformément à une proposition faite par la *National Trust* et malgré l'opposition du Comité des porteurs d'obligations *Prior Lien*.

³ Voir RAMIREZ, *La quiebra*, éd. 1959, Vol. I, pp. 431 et 444.

Le Gouvernement belge demande dans la *Réplique* si le Gouvernement espagnol n'a pas lu les paragraphes 95 et 96 du *Mémoire* (I) ou s'il croit que la Cour ne prendra pas connaissance des documents qui y sont cités.

C'est précisément parce qu'on a lu avec attention les paragraphes et documents en question qu'on a pu formuler dans le *Contre-mémoire* cette affirmation qui est confirmée ici même en tous points. Ni la *Barcelona Traction* ni personne n'a récusé le commissaire ou demandé sa destitution; on n'a pas demandé non plus la destitution du séquestre-dépositaire¹.

190. La *Réplique* consacre son paragraphe 503 à dénier toute base légale aux pouvoirs que le jugement déclaratif de faillite conférerait au commissaire pour destituer le personnel des sociétés auxiliaires.

Le *Contre-mémoire* a consacré l'annexe 168² à expliquer le rôle que joue le commissaire dans la procédure de faillite, ainsi que la nature et la portée de ses fonctions. La *Réplique* n'a pas nié la pertinence de cette annexe.

Le jugement du 12 février 1948 a nommé M. Fournier commissaire « pour qu'il exerce les fonctions que lui confère le Code de procédure civile qui reprend l'article 1045 du Code de commerce de 1829 » en lui donnant pouvoir « au cas où il l'estimerait nécessaire, de destituer et de nommer le personnel, les employés et les dirigeants de tous ordres et de toutes catégories, y compris les dirigeants supérieurs, dans les sociétés dont le failli détient tout le capital-actions en qualité de propriétaire exclusif ».

La conclusion est évidente. Le juge octroie au commissaire les pouvoirs prévus par l'article 1045 et, précisant ces pouvoirs, il l'autorise à destituer et à nommer les employés et les dirigeants des sociétés qui remplissent la condition « d'appartenir totalement au failli »³.

Du seul fait des pouvoirs et des obligations que lui attribuait l'article 1045, le commissaire était en droit, avec ou sans autorisation spéciale, de procéder à des destitutions et à des nominations de personnel. Dans le cas d'espèce, en effet, l'obligation de « veiller au bon usage et à l'administration de tout ce qui lui appartient » (l'une des missions que l'art. 1045 attribue au commissaire) rendait indispensable que le commissaire disposât de ce droit, faute duquel le contenu économique des sociétés filiales aurait pu être vidé avec la plus grande facilité.

¹ Au sujet de ce dernier, le *Contre-mémoire* soulignait (IV, p. 314) qu'il avait rendu compte de sa gestion, et que cette dernière ayant été attaquée par la *Barcelona Traction*, l'action de cette société avait été rejetée par le tribunal et par la Cour d'appel. La *Réplique* ne répond rien sur ce point. Il faut néanmoins souligner que la *Barcelona Traction* n'avait pas prétendu dans son action que le séquestre-dépositaire aurait commis des actes frauduleux, malhonnêtes ou irréguliers dans l'exercice de ses fonctions. Le fait que la *Barcelona Traction* n'avait pas réellement attaqué la gestion du séquestre-dépositaire a été mis en évidence par diverses décisions jointes au *Contre-mémoire* (A.C.M., 51 et 52, VII, pp. 290 et 292). La *Réplique* ne fait aucun commentaire à leur sujet.

² A.C.M., IX, p. 31-33.

³ La *Réplique* (V, par. 69), consciente du sens et de la portée de l'article 1045 du Code de commerce, renvoie au paragraphe 503 de la *Réplique* en annonçant qu'il « montrera que ledit article ne prévoit rien de semblable et n'a jamais été interprété dans la pratique judiciaire espagnole comme couvrant pareille mesure ». Mais si l'on se reporte audit paragraphe 503, on constate qu'il ne contient que le texte de l'article sans la moindre référence à la pratique judiciaire, ni la moindre citation de doctrine ou de jurisprudence.

Le juge n'a pas accordé de pouvoirs illégaux, anormaux ou extraordinaires au commissaire; il s'est borné à énoncer certains pouvoirs spécifiques qui sont nécessairement compris dans les pouvoirs généraux conférés par la loi alors que cette précision des pouvoirs était amplement justifiée par les caractéristiques de l'affaire.

Des pouvoirs identiques étaient d'ailleurs prévus par les « trust deeds » pour le cas où la garantie serait réalisable, sans que pour autant le Gouvernement belge s'en étonne ¹.

191. Le *Contre-mémoire* a amplement démontré (IV, p. 323 et A.C.M. 73, VII, p. 376) que les mesures prises, à cet égard, par le commissaire étaient pleinement justifiées. Il a réfuté l'allégation du *Mémoire* selon laquelle les destitutions seraient intervenues uniquement parce que les employés visés avaient protesté au cours des opérations de saisie, ce que répète la *Réplique* (V, p. 38).

Dès les premières opérations de saisie (A.C.M., n° 80, VII, p. 417), les employés qui furent destitués le lendemain « ... déclarent estimer que leur devoir à l'égard des sociétés qu'ils représentent les empêche de mettre en possession les personnes désignées par le tribunal de Reus mais que, par ailleurs, ne voulant pas se rendre coupables de désobéissance envers l'autorité judiciaire, ils se bornent à assister au présent acte ». Il n'y a donc pas eu une simple protestation mais un véritable refus de transférer, conformément à l'ordre du tribunal, la possession des biens, papiers et documents de la *Barcelona Traction, Riegos y Fuerza del Ebro* et *Barcelonesa*.

Au sujet des opérations de saisie du lendemain 14 février (A.C.M., n° 69, VII, p. 351), le commissaire et le séquestre-dépositaire ont exposé « ... qu'en dépit de la possession qui leur a été conférée la veille, ils n'ont pu remplir leur mission, du fait de la résistance obstinée que leur ont opposée les employés de la compagnie auxquels ils se sont adressés et notamment les chefs de service ... ». Certains de ces derniers (MM. Cretchley, Clark et Puig Doménech) furent alors convoqués et invités à prêter au commissaire et au séquestre-dépositaire l'assistance que ceux-ci leur demanderaient dans l'exercice de leurs fonctions. Les intéressés répondirent « qu'ils doivent obéir aux ordres de leur président », ce qui revenait à confirmer leurs déclarations précédentes. Le commissaire constata également dans le procès-verbal de saisie que divers employés, destitués par la suite, avaient déclaré dans la journée de la veille « qu'il était de leur devoir de s'opposer au transfert de possession au commissaire et au séquestre-dépositaire ». Cela ne constitue pas non plus une simple protestation mais bien une manifestation flagrante d'hostilité.

C'est en raison de ces faits que le commissaire destitua, le 14 février 1948, MM. Menschaert, Hiernaux, Clark et Puig Doménech des charges et des fonctions qu'ils exerçaient dans *Riegos y Fuerza del Ebro* et dans *Barcelonesa*. Cette destitution fut opérée non pas en vertu des pouvoirs octroyés par le jugement du 12 février 1948, mais simplement en application de l'article 1045 du Code de commerce de 1829 ².

¹ Ainsi, par exemple, la clause 17 du « trust deed » du 1^{er} décembre 1911, octroie au fidéicommissaire les pouvoirs suivants: « A) Réaliser les affaires de la société avec les biens hypothéqués et les diriger et gérer comme il l'estimera convenable, sans qu'il soit responsable des pertes et des dommages, en ayant le pouvoir de nommer et de destituer des administrateurs, agents et employés ». Des pouvoirs semblables furent naturellement octroyés au « receiver » canadien le 15 juillet 1948.

² Le procès-verbal indique: « Que, usant des pouvoirs que lui confère l'article 1045 dudit Code, il décide de relever MM. Menschaert, Hiernaux, Cretchley, Clark et Puig Doménech de toutes les fonctions qu'ils exercent dans les compagnies affectées par la déclaration de faillite, particulièrement dans *Riegos y Fuerza del Ebro* et dans la *Compañía Barcelonesa de Electricidad* ». (A.C.M., n° 69, VII, p. 351.)

Le *Contre-mémoire* (IV, p. 323) faisait également état d'une certaine option d'achat à laquelle M. Puig Doménech avait renoncé, le 14 février 1948 ¹.

A propos de l'examen de la normalisation des filiales (*infra*, par. 309), la présente *Duplique* fera état de ce que, le 28 février 1948, M. Menschaert avait fait inscrire au Registre du Commerce par l'intermédiaire d'un tiers toute une série de pouvoirs. Cela signifie qu'un administrateur d'*Ebro*, révoqué de ses fonctions par les organes de la faillite, avait fait inscrire au Registre des pouvoirs en faveur de fonctionnaires ou d'administrateurs (MM. Clark, Puig Doménech, Cretchley et Lawrence) qui avaient été eux aussi révoqués par les organes de la faillite.

En présence de ces actes graves et précis entrepris dans le dessein évident d'entraver l'action des organes de la faillite, il est tout simplement absurde de discuter l'opportunité et le bien-fondé des mesures de destitution prises.

192. Le Gouvernement belge prétend dans la *Réplique* (V, par. 68) que le *Contre-mémoire* aurait commis une erreur flagrante en affirmant que les pouvoirs de destitution du commissaire résultaient non seulement de la saisie des biens, droits et propriétés de la *Barcelona Traction*, mais encore du dessaisissement du failli, qui entraînait corrélativement et automatiquement l'habilitation des organes de la faillite (C.M., p. 275).

Il n'y a pas là la moindre contradiction. La question juridique est en elle-même très simple: la *Barcelona Traction* pouvait, de fait et de droit, révoquer n'importe quel employé ou fonctionnaire de ses filiales; le dessaisissement résultant de la déclaration de faillite lui fit perdre ce droit qui passa de façon instantanée, automatique et sans solution de continuité aux organes de la faillite.

Cela signifie que le pouvoir de destitution du commissaire résultait non seulement des facultés que lui conférait l'article 1045 du Code de commerce de 1829, mais encore et en même temps du dessaisissement du failli ².

193. Il convient maintenant de dire quelques mots, fussent-ils brefs, de la façon dont la question a été soulevée devant les juges espagnols.

Dans l'acte du 18 juin 1948 par lequel elle annonçait son opposition, la *Barcelona Traction* ne disait mot de la nomination du commissaire et du séquestre-dépositaire.

¹ La *Réplique* (p. 39, note 1) affirme que l'allégation est infondée et qu'elle constitue une justification a posteriori. Elle renvoie le lecteur à son annexe 24. Dans cette annexe, on trouve mille explications qui ne parviennent pas à dissimuler l'aveu explicite que l'option d'achat à laquelle M. Puig Doménech avait renoncé, avait une valeur de 25.000.000 lors de sa constitution et de 75.000.000 de pesetas au moment de la renonciation, c'est donc incontestablement à juste titre que le *Contre-mémoire* a qualifié de gravement préjudiciable un comportement qui était en tout cas illégal et qui a obligé la société à introduire les actions judiciaires nécessaires (voir *infra*, par. 319, et A.C.M., Chap. III, N° 71, vol. VII, p. 361).

² Le *Contre-mémoire* (p. 276) a déjà eu l'occasion de faire état de l'article 1732 du Code civil en vertu duquel la faillite a pour conséquence juridique la révocation « ope legis » des pouvoirs que le failli peut avoir donnés à n'importe quel mandataire. L'interposition de la personnalité juridique des filiales faisait théoriquement obstacle, dans le cas de la *Barcelona Traction*, à l'application de cet article; la décision des organes de la faillite n'aurait évidemment pas été nécessaire si la *Barcelona Traction* avait exploité ses affaires en Espagne sans la couverture juridique formelle des sociétés interposées. La *Réplique* n'a pas jugé opportun de faire le moindre commentaire sur ce point.

L'acte du 5 juillet 1948 soulevant l'incident de nullité de procédure dénonçait comme vice de procédure le fait que M. Fournier « n'était pas commerçant inscrit à Reus », ce qui, comme on le sait, n'était pas exact; rien n'y était dit des pouvoirs octroyés à M. Fournier par le jugement du 12 février 1948. La légalité de ces pouvoirs n'était donc pas mise en cause. Aucune observation n'était faite au sujet de la personne du séquestre-dépositaire ¹.

Mais en réalité, aucun des arguments soulevés dans le *Mémoire* ou dans la *Réplique* n'avait été invoqué par la *Barcelona Traction* au cours des procédures mentionnées ci-dessus.

Il a déjà été précisé ci-dessus que seule la *Barcelona Traction* devait et pouvait légalement discuter ces questions tandis que ses filiales et les personnes physiques affectées n'avaient pas qualité pour le faire ².

C. La publication du jugement déclaratif de faillite a été effectuée correctement.

194. La *Réplique* traite longuement (pp. 19 à 21 et 359 à 369) de la question de la publication.

Le Gouvernement belge a abandonné sa thèse initiale selon laquelle il aurait été nécessaire que le jugement déclaratif de faillite soit signifié à la faillie; il admet, contrairement à ce qu'il soutenait auparavant, que le délai pour faire opposition à la déclaration de faillite est de huit jours à compter de la publication. La discussion porte désormais, pour l'essentiel, sur les points suivants:

a) Pour le Droit espagnol, la publication est un acte de « ius imperium » qui ne peut avoir lieu qu'en territoire espagnol. Selon lui la publication du jugement déclaratif de faillite de la *Barcelona Traction* au *Boletín Oficial* de la province de Tarragone et au *Boletín Oficial* de la province de Barcelone, effectuée le 14 février 1948 (A.C.M., n° 74 doc. n° 2, VII, p. 391) était correcte et suffisante pour que commençât à courir, à partir de, ladite date, le délai d'opposition à la déclaration de faillite.

b) Le Gouvernement belge, au contraire, soutient que la publication aurait dû être faite au siège de la faillie à Toronto et que, cette publication n'ayant pas eu lieu, le délai de recours n'a pas encore commencé à courir.

La thèse belge (*Réplique*, par. 505) se fonde sur une prétendue interprétation littérale de l'article 1044 du Code de commerce de 1829. Insistant sur la soi-disant nécessité d'une

¹ L'acte du 31 juillet 1948 qui développait ledit incident alléguait, comme motif de nullité des décisions prises par le commissaire, le fait que ces décisions avaient été « dûment contestées par voie de recours par les personnes intéressées, en dépit de quoi elles avaient été mises à exécution comme si elles avaient fait l'objet d'un acquiescement et avaient acquis force de chose jugée ».

² L'on sait fort bien, et le *Contre-mémoire* a fourni des explications suffisantes sur ce point, que les filiales et les employés destitués interjetèrent plusieurs recours. En ce qui concerne les recours des employés, il n'y a rien à ajouter aux explications données dans le *Contre-mémoire* (p. 454). Le défaut de qualité pour agir des filiales dans la procédure de faillite de la *Barcelona Traction*, et la justesse de la position du juge en droit espagnol sont bien connues.

Il convient toutefois de souligner que la décision de destituer certains membres du personnel de *Riegos y Fuerza del Ebro* et de *Barcelonesa* prise le 14 février 1948 par le commissaire ne fit l'objet d'aucun recours de ces sociétés. En revanche, lorsque décision fut prise de destituer MM. Menschaert et Puig Domènech des fonctions qu'ils exerçaient dans diverses sociétés auxiliaires, ces dernières interjetèrent, le 4 mars 1948, un recours en rétractation.

publication à Toronto, le Gouvernement belge prétend que l'argumentation espagnole a successivement soutenu depuis 1960 une série de thèses dépourvues de fondement et que, maintenant, « 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 ».

La Cour trouvera à l'*A.D.*, 66 la preuve que la thèse espagnole au sujet de la publication n'a pas varié depuis 1960. Le Gouvernement espagnol a toujours soutenu la même thèse et il a réfuté à chaque phase du litige les divers arguments invoqués par le Gouvernement belge à l'appui de ses thèses.

Dans les pages suivantes il sera une fois encore démontré que l'art. 1044 du Code de commerce de 1829 n'imposait pas la publication du jugement de faillite au Canada puisqu'il était un acte « *ius imperium* » qui n'avait et ne pouvait avoir que les effets purement territoriaux.

On examinera ensuite l'affirmation selon laquelle le Gouvernement belge « verse au débat, sous forme de deux décisions judiciaires espagnoles récemment découvertes, un argument décisif ». Les arrêts communiqués par le Gouvernement belge apportent la preuve incontestable de la justesse de la thèse espagnole sur la publication.

On examinera enfin la question de la connaissance immédiate du jugement de faillite par la *Barcelona Traction*, celle de la prétendue finalité tortueuse de la publication ainsi que d'autres accusations formulées dans la *Réplique*.

1. Le caractère territorial de la publication du jugement de faillite.

195. La présente *Duplicque* tient à confirmer intégralement les indications qui ont été données dans le *Contre-mémoire* (IV, pp. 326 à 332) et il s'avère nécessaire d'estimer que l'argumentation développée dans la *Réplique* (V, par. 508) n'enlève rien à la démonstration que le *Contre-mémoire* a faite du caractère territorial de la publication du jugement de faillite incontestablement établi par les dispositions de l'article 1044 du Code de commerce de 1829 et de l'article 1337 du Code de procédure civile.

Quiconque prend connaissance des dispositions de l'article 1044 du Code de commerce de 1829 ne saurait raisonnablement douter de ce caractère strictement territorial ¹.

¹ On avait déjà attiré l'attention sur ce point (Procédure orale, II, p. 288).

En effet:

a) L'art. 1044 prévoit la nomination d'un commissaire (art. 1044.1), qui doit être un commerçant inscrit.

b) Il faut procéder à la consignation à domicile du failli s'il verse une caution, faute de quoi il doit être incarcéré (art. 1044.2).

c) Il faut procéder à la saisie judiciaire, par les organes de la faillite, de tout ce qui appartient au failli et de ses livres, documents et papiers (art. 1044.3).

d) Il faut nommer un séquestre-dépositaire qui doit être une personne jouissant de la confiance du tribunal (art. 1044.4), et être un commerçant de « crédit notoire et bonne réputation » (art. 1049).

e) Il faut saisir la correspondance du failli (art. 1044.6), qui doit être ouverte par le commissaire qui décidera sa remise soit au failli, soit au séquestre-dépositaire (art. 1058).

f) Il faut convoquer l'assemblée générale des créanciers du failli qui, naturellement, doit être tenue au siège du tribunal.

Aucune de ces dispositions n'aurait de sens si l'on voulait les exécuter hors du territoire sur lequel s'exerce la souveraineté de l'Espagne.

La simple lecture de l'alinéa 5 de l'art. 1044 démontre également que le législateur ne songe qu'à une publication en Espagne. C'est en effet pour cette raison qu'il est prévu que la faillite sera publiée « par voie d'annonces judiciaires 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 »¹. Mais il n'est assurément pas question d'envoyer des commissions rogatoires à l'étranger pour y faire faire des publications.

Il faut signaler un dernier argument : le législateur de l'article 1044 est un législateur de l'année 1829 et il serait absurde de prétendre, étant donné les moyens de transport de l'époque, qu'il voulait imposer une publication à l'étranger en cas de déclaration de faillite d'une société étrangère. Il est en effet évident qu'après la publication du jugement de faillite, non seulement en Amérique mais même dans bien des pays d'Europe, il n'aurait pas été possible au failli de comparaître en justice en Espagne dans un délai de huit jours (délai imparti par l'article 1028 du même Code) pour faire opposition à la déclaration de faillite².

Le *Contre-mémoire* a consacré l'annexe 79 (A.C.M., VII, p. 414) à une démonstration détaillée du caractère territorial des règles régissant la publicité. La *Réplique* ne dit absolument rien à ce sujet.³

Le *Contre-mémoire* avait également signalé (CM, pp. 565 et 566) que le système de publication du jugement déclaratif de faillite en vigueur en Espagne était identique à celui en vigueur dans d'autres pays, notamment la Belgique. Il avait ajouté qu'il est impossible de soutenir en droit belge que la publication du jugement déclaratif de faillite doive s'effectuer dans un pays étranger en cas de faillite d'une société étrangère. De cela non plus la *Réplique* ne souffle mot.

Il est particulièrement significatif que le Gouvernement belge ne réussisse pas à réfuter les explications données dans le *Contre-mémoire* (par. 134 à 136, p. 328) au sujet de la nature de la publication et des différences essentielles qui la distinguent de la notification. La publication se distingue en effet de la notification par ses destinataires, par son objet, par ses effets, et parce qu'elle fixe le point de départ du délai d'opposition. Le

¹ C'est ce que confirme de façon incontestable l'art. 1337 du Code de procédure civile, qui prévoit : « Les annonces judiciaires publiant la faillite seront affichées par l'Actuario (auxiliaire du tribunal). La publication sera inscrite au dossier avec indication du jour et du lieu de l'affichage.

Pour qu'elles soient affichées dans les autres localités où le failli a des établissements commerciaux, les annonces judiciaires seront adressées aux autorités judiciaires respectives de chacune de ces localités qui devront retourner la pièce envoyée en communication avec la mention de l'affichage effectué. Toutes ces pièces doivent être versées au dossier.

En plus des journaux officiels de la localité ou de la province où elles devront être publiées, en application de la disposition 5 de l'article 1044 du Code, les annonces devront également être publiées dans la *Gaceta de Madrid*, lorsque le juge l'estimera opportun en raison des circonstances de la faillite ».

² Il faut tenir compte de ce que le Code de commerce prévoit, des délais spéciaux adaptés à l'époque, lorsqu'il traite de mesures devant être exécutées à l'étranger, par exemple aux articles 480, 481, 483 et 567.

³ Même la *Barcelona Traction* reconnaît le caractère territorial de l'article 1044 du Code de commerce de 1829, dans son acte du 11 avril 1953.

Gouvernement belge reconnaît expressément l'exactitude des explications espagnoles¹ en affirmant que le *Contre-mémoire* « ne fait qu'enfoncer des portes ouvertes » (*Réplique*, V, par. 508, p. 362), il refuse cependant d'en tirer la conséquence logique, à savoir qu'il s'agit d'un acte d'*imperium* qui ne saurait de ce fait être effectué par les juges d'un pays étranger saisis par voie de commission rogatoire. Pour le contester le Gouvernement belge n'a pas trouvé d'autre moyen que de qualifier l'*argumentation espagnole* de « *distinguo subtili* » qui n'avait jamais été utilisé auparavant et qu'elle ne trouvait aucun appui, ni dans le droit espagnol ... ni dans le droit canadien !

2. *Les décisions judiciaires invoquées dans la Réplique (Minera del Moncayo y Niel-on-Rupell).*

196. En réalité, la *Réplique* répond très superficiellement au *Contre-mémoire* et cela pour deux raisons : parce que nier le caractère territorial de la publication du jugement déclaratif de faillite est aussi difficile que de démontrer que le blanc est noir ; et parce que le Gouvernement belge a cru avoir trouvé deux décisions judiciaires qui contesteraient le caractère territorial de la publication.

Ces deux décisions judiciaires que la *Réplique* invoque sur un ton de triomphe solennel confirment en réalité de la façon la plus claire le caractère strictement territorial de la publication du jugement déclaratif de faillite.

197. Le premier cas cité par la *Réplique* (p. 363) est celui de la faillite de la société belge *Minera del Moncayo* sur lequel le Tribunal Suprême s'est prononcé le 17 janvier 1912 en affirmant la juridiction des tribunaux espagnols.

Dans cet arrêt, le Tribunal Suprême ne s'est pas prononcé sur le problème de la publication. Il est cependant vrai que, lors de cette faillite déclarée le 31 août 1907 par le tribunal de Soria, la publication du jugement dans le *Journal Officiel* de Bruxelles avait été ordonnée à la demande de la société faillie elle-même.

Le Gouvernement belge laisse entendre, sans l'affirmer, que la publication serait intervenue sur l'ordre de l'autorité judiciaire espagnole et aurait été exécutée par l'autorité correspondante belge². Cela n'est pas exact.

C'est en effet la société faillie qui, de sa propre initiative, avait fait publier en Belgique l'annonce de sa déclaration de faillite ; cela est assurément tout autre chose. En lisant attentivement l'annexe 92 de la *Réplique*, on constate que :

La *Société Minière de Moncayo*, dont le siège social est à Bruxelles, 28, rue de la Paille, porte à la connaissance des intéressés que sur sa demande la faillite de la société a été déclaré à Soria (Espagne), le 31 août 1907.

¹ On remarquera la contradiction flagrante entre le paragraphe 508 de la *Réplique*, où l'exactitude de l'exposé espagnol au sujet de la nature de la publication est reconnue, et les affirmations du paragraphe 33 (p. 21) de la même *Réplique* où il est affirmé que le Gouvernement belge « démontrera par ailleurs l'absence de fondement » du système de défense adopté par le *Contre-mémoire* en attribuant à la publication le caractère d'un acte d'*imperium*.

² La *Réplique* affirme avec aplomb :
« On notera que cette publication eut lieu dans le *Moniteur belge*, journal officiel, du 22 septembre 1907, page 5032 (Annexe 92 à la *Réplique*). »

La société faillie reproduisait en français et en espagnol un extrait de l'annonce judiciaire publiée au *Boletín Oficial* de la province de Soria N° 110.

Il n'y eut donc pas exécution d'une commission rogatoire quelconque par les autorités belges.

La *Réplique* (p. 363) cite un second exemple, celui de la faillite de la société belge *Niel-on-Rupell*. Le tribunal de première instance N° 12 de Barcelone, en déclarant la faillite de cette société, par jugement du 12 avril 1934, avait en effet ordonné que le jugement soit publié à Anvers, où se trouvait le siège social de la société.

Mais ce que la Réplique prend grand soin de ne pas dire, c'est que ce jugement n'a pas été publié en Belgique.

Pourquoi omettre ce « détail »? Les faits se chargent de répondre:

a) Le juge espagnol décerna une commission rogatoire aux fins d'obtenir que les autorités belges procèdent à la publication en Belgique.

b) Les autorités belges reçurent la commission rogatoire.

c) *Elles refusèrent cependant de publier le jugement déclaratif de faillite en Belgique, en affirmant « qu'il n'entre pas dans les attributions du pouvoir judiciaire d'assurer cette publication et que par conséquent aucun magistrat du royaume ne saurait donner suite à une commission rogatoire réclamant l'exécution d'une mesure de cette nature »*¹.

Telle est la raison fort simple pour laquelle le Gouvernement belge a eu grand soin de ne rien dire de ce qui s'était passé lors de la faillite de la société belge *Niel-on-Rupell*².

Les deux affaires citées dans la *Réplique* apportent la preuve pratique et indiscutable du caractère strictement territorial de la publication des jugements déclaratifs de faillite.

Il est donc manifeste que, contrairement à ce que prétend la *Réplique*, l'argumentation principale du *Contre-mémoire*, bien loin d'être détruite par les deux affaires invoquées, se trouve au contraire confirmée d'une façon particulièrement concluante.

¹ Le *Contre-mémoire* (IV, p. 329, note 3) faisait observer que si l'on avait essayé de faire publier la faillite au Canada, les autorités de ce pays auraient probablement refusé, pour des raisons de *ius imperium*, de procéder à cette publication. Il rappelait en outre ce qui était arrivé à deux autres commissions rogatoires (A.C.M., n° 78, docs. 2 et 3, VII, pp. 408 et 410).

Dans la *Réplique* (p. 362, note 1) le Gouvernement belge prétend que l'on ne saurait tirer de l'inexécution de ces commissions rogatoires les conclusions exposées par le *Contre-mémoire*. Or, la lecture des documents révèle que les autorités canadiennes ont dit au sujet de la première commission rogatoire que « ... cet ordre ne relève pas d'un tribunal de notre pays », et « ... vous pourriez obtenir l'information souhaitée par l'entremise de nos tribunaux... »; au sujet de la seconde commission, les mêmes autorités ont affirmé que « Le droit juridique pour obtenir un témoignage est conféré par la Loi de déclarations précitée qui prescrit que le mode d'obtenir ce témoignage est l'obtention d'un ordre comme celui que le tribunal espagnol obtint dans cette affaire ci. Mais je crois que le critère correct est que le droit juridique est l'obtention du témoignage ici pour l'utiliser devant un tribunal étranger ».

Il semble évident que l'observation du *Contre-mémoire* était pleinement justifiée.

Le Gouvernement belge affirme d'autre part lui-même (p. 434 de la *Réplique*), qu'une hypothétique demande d'exequatur se serait heurtée à une fin de non-recevoir du seul fait que le jugement déclaratif de faillite avait été rendu *inaudita parte debitoris*.

² Le texte complet de la communication peut être consulté à l'A.D., 67.

198. Le Gouvernement belge prétend dans la *Réplique* (V, p. 364, note 1) que l'affaire *Niel-on-Rupell* est intéressante parce qu'elle présente un « parallélisme frappant » avec diverses questions de procédure soulevées dans l'affaire de la *Barcelona Traction*.

Il est exact que cette affaire présente de l'intérêt. Mais les points importants ne sont pas ceux que signale la *Réplique* mais au contraire les suivants :

a) Les témoins déposent devant le juge sans citation préalable.

b) Le commissaire et le séquestre-dépositaire acceptent leurs charges le jour même où est rendu le jugement déclaratif de faillite; et les opérations de saisie commencent ce même jour.

c) Il est expressément indiqué que la société faillie ne faisait pas d'affaires en Espagne et qu'elle était une simple « holding » de nationalité étrangère.

d) Le juge et le commissaire saisissent des actions, propriété de la faillie, qui étaient déposées dans une banque de Barcelone au nom d'une tierce personne.

e) Dans sa décision (*auto*) du 30 décembre 1940, la Cour d'appel de Barcelone a rejeté les objections soulevées par la société faillie, au sujet de la saisie des actions mentionnée ci-dessus en constatant, dans son troisième considérant, « que cela est non seulement légal mais aussi parfaitement juste, car il serait sans cela fort aisé pour le failli de soustraire tous ses biens à la faillite en les déposant entre les mains de tierces personnes dès que s'approcherait le risque d'une déclaration de faillite »¹.

f) La Cour d'appel de Barcelone admit également la juridiction des tribunaux espagnols en se fondant sur l'article 51 du Code de procédure civile qui, d'après la *Réplique*, n'est pas applicable en la matière et concerne seulement la solution d'un ancien conflit de compétence *rationae materiae*.

Dans ces conditions, il est légitime de souligner l'importance de l'affaire².

¹ On remarquera la similitude avec ce que déclare la même Cour d'appel douze ans plus tard, dans la décision (*auto*) du 5 février 1952, par laquelle elle approuvait la décision de vente prise par le juge spécial; on lit au X^e considérant :

« ... que, si l'on n'admettait pas la possession civilissime, c'est-à-dire celle qui découle de la loi elle-même *ipso jure*, celle dont il est question à l'article 438 du Code civil précisément lorsqu'on y lit que la possession s'acquiert par les formalités légales établies pour acquérir ce droit, on aboutirait à une conclusion bien douloureuse, car alors dans le cas où le failli serait une société étrangère ayant ses titres à l'étranger et ses actions, ses obligations et ses biens en Espagne, les autorités et les citoyens espagnols n'auraient d'autre consolation que de se pencher à la frontière pour y contempler le failli et ses titres... » (A.C.M., n^o 153, doc. n^o 3, VIII, p. 332). (Les italiques ne figurent pas dans le texte.)

² Cela est encore plus vrai si l'on tient compte de ce que la *Barcelona Traction* (par l'intermédiaire d'*Ebro*) possédait jusqu'en 1948 un paquet important d'actions de la *Compania Asland* (qui demanda la faillite de *Niel-on-Rupell*) et que M. Lawton avait été administrateur d'*Asland* pendant bien des années et certainement à l'époque où fut déclarée cette faillite; mais il y a mieux, l'avocat des demandeurs à la faillite était Me Bertrán y Musitu, l'un des administrateurs de la *Barcelona Traction* qui la défendit en qualité d'avocat dans la faillite. (Annexe 102 ap. 3 et 4 de la *Réplique*.)

Cela signifie que les gens de la *Barcelona Traction* n'ignoraient pas quel était le droit applicable à des situations et à des problèmes qui avaient, précisément dans le cadre de la faillite, de très curieuses analogies avec ceux posés par la faillite de la *Barcelona Traction*, comme l'a mis en relief le Gouvernement belge.

199. Il est encore opportun de répondre à deux dernières affirmations inexactes formulées dans la *Réplique* (p. 364, note 1).

a) Le Gouvernement belge affirme que le juge espagnol a admis l'opposition de la société en faillite « Niel-on-Rupell » dix mois après la dernière publication effectuée dans la Gazette de Madrid. Ce n'est pas exact.

Le jugement déclaratif de faillite du 12 avril 1934 avait ordonné la publication dans trois journaux: la *Gaceta de Madrid*, le *Boletín oficial de la Generalidad de Cataluña* et le *Diario de Avisos de Barcelona*; le jugement fut publié dans les deux premiers journaux mais pas dans le troisième. Le délai n'avait de ce fait pas encore commencé à courir lorsque la société faillie comparut en justice, le 8 mai 1935, puisque le jugement déclaratif de faillite n'avait pas été publié dans les trois journaux espagnols ordonnés par le juge ¹.

b) La société faillie, dit aussi la *Réplique*, souleva le défaut de juridiction comme moyen d'opposition, sans toutefois présenter de *declinatoria*. Elle oublie cependant que le Tribunal n'a pas tranché la question de savoir si la faillie s'était soumise ou non à la juridiction des tribunaux espagnols en ne soulevant pas de déclinatorio. Comme les demandeurs n'avaient pas allégué la soumission le Tribunal avait rejeté l'exception en considérant que les tribunaux espagnols avaient de toute façon juridiction pour prononcer la faillite de la société. On ne peut donc tirer aucune conséquence de ce précédent et encore moins prétendre qu'il renverserait le principe posé par la doctrine et la jurisprudence constante du Tribunal Suprême (A.D., 48).

3. La Barcelona Traction a eu immédiatement connaissance du jugement de faillite.

200. Le *Mémoire* (I, p. 70) avait passé sous silence le fait que la *Barcelona Traction* avait eu immédiatement connaissance du jugement déclaratif de faillite. Le Gouvernement belge a par contre été obligé d'admettre dans les *Observations* (I, p. 234) que la *Barcelona Traction* avait eu une connaissance immédiate de la déclaration de sa faillite en Espagne. Il a confirmé cet aveu dans les plaidoiries (Procédure orale, III, p. 627).

Maintenant, la *Réplique* (p. 364) indique clairement:

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).

En présence des observations faites à ce propos dans le Contre-mémoire (pp. 331 et 332), le Gouvernement belge adopte une attitude dont le formalisme n'échappera pas à la Cour.

¹ Le Gouvernement belge, probablement conscient de ce fait, glisse dans son Annexe n° 102 l'affirmation que le *Diario de Avisos de Barcelona* n'existait pas! Cela n'est pas exact; le juge voulait évidemment parler du *Diario de Avisos y Noticias de Barcelona*, l'une des publications les plus anciennes d'Europe, dans laquelle la plupart des annonces judiciaires sont encore aujourd'hui publiées. La disposition du jugement qui prévoyait la publication aurait cependant dû être modifiée même si ce journal n'avait pas existé et du seul fait que la publication y était prévue. Faute de quoi le délai de recours contre le jugement déclaratif de faillite n'aurait pas commencé à courir tant qu'il n'aurait pas été publié dans les trois journaux prévus.

La discussion sur la question de savoir si le jugement déclaratif de faillite devait être publié seulement en Espagne — comme c'est effectivement le cas — ou s'il devait l'être également à Toronto n'aurait de signification que si le Gouvernement belge alléguait et prouvait que *Barcelona Traction* n'avait pas eu connaissance de la déclaration de sa faillite suffisamment à temps pour former recours dans le délai prescrit¹.

La *Barcelona Traction* a été déclarée en faillite le 12 février 1948. Elle en a tout aussitôt connaissance le 13, jour des premières opérations de saisie. Qu'a fait la société faillie? Elle n'a pas recouru, même pas « ad cautelam ».

Elle prend prétexte de l'absence de notification (encore que le jugement déclaratif de faillite ait été notifié le 13 février 1948 à plusieurs de ses administrateurs) et pousse ses filiales à formuler des recours, d'ailleurs inadéquats, qu'elles reconnaissent ne pas avoir qualité pour introduire. Pour pallier à ce défaut de qualité, les filiales invoquent une prétendue théorie de l'intérêt, tout en niant que toutes leurs actions soient la propriété de la *Barcelona Traction*.

Le fait que la *Barcelona Traction* ait eu immédiatement connaissance de la déclaration de faillite présente une importance primordiale au point de vue moral et au point de vue du droit. En réalité la *Réplique* ne peut y opposer que deux arguments.

a) Le premier consiste à dire que le *Contre-mémoire* ne soutient pas que le délai imparti pour faire opposition à la faillite parte du jour où la faillie a connaissance du jugement; et cela est exact car le *Contre-mémoire* a démontré que ce délai commence à courir le jour de la publication². Le fait que la *Barcelona Traction* ait eu immédiatement connaissance de la déclaration de faillite n'est pas un argument subsidiaire mais la preuve de l'efficacité de la publication.

La *Réplique* affirme prudemment que la *Barcelona Traction* aurait eu connaissance de la déclaration de faillite, mais non pas de la teneur du jugement. Cela n'est pas exact.

Le jugement a été signifié à Barcelone le 13 février 1948 (A.C.M., n° 80, VII, p. 417) à deux membres du conseil d'administration de *Barcelona Traction*. Le même jour, il a également été signifié aux représentants de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* et de *Barcelonesa*, qui étaient l'une et l'autre des *alter ego* reconnus de la faillie. Les actes déposés par les filiales et les hommes de paille de la *Barcelona Traction* pendant les premiers jours révèlent en

¹ Même alors sa réclamation n'aurait cependant de sens que s'il justifiait du fait que *Barcelona Traction* avait formé devant les tribunaux espagnols les recours pertinents par lesquels elle aurait prouvé qu'elle ignorait la déclaration de sa faillite.

Dans l'ordre juridique espagnol, l'absence d'opposition du failli en temps utile détermine l'irrévocabilité du jugement de faillite, sans que la connaissance que le failli peut en avoir affecte le moins du monde l'échéance du délai. Le législateur part de la présomption que le failli doit connaître le fait de la déclaration en temps utile pour s'y opposer, car le devoir du commissaire et l'intérêt des créanciers visent à ce que la saisie physique des biens du failli soit immédiatement réalisée. L'histoire judiciaire espagnole prouve la justesse d'une telle présomption.

Or, cela ne veut pas dire que dans le cas hypothétique et purement académique où le failli arriverait à connaître la déclaration de sa faillite, une fois écoulé le délai légal pour s'y opposer, il soit privé de son droit de défense. Si son ignorance avait été provoquée par une machination frauduleuse des créanciers il aurait la voie ouverte au recours en révision (*infra*, p. 925, par. 87); si une telle ignorance était due à des causes fortuites — hypothèse plus improbable encore — il pourrait attaquer l'irrévocabilité du jugement au moyen du recours d'audience concédé au plaideur contumace par l'article 777 du Code de procédure civile (E.P. 1960, pp. 401-402; et E.P., I, 1963, p. 253). C'est à ces recours que la Cour d'appel de Barcelone a pu faire allusion dans sa décision du 5 février 1952, lorsqu'elle a déclaré que le jugement de faillite devait être tenu pour irrévocable ainsi que l'ordonnance du 17 mars 1948, « tant que par la voie de l'incident de la nullité ou de tout autre recours il n'en sera pas dit autrement » (A.C.M., 153, doc. 3, VIII, p. 333) (*infra*, pp. 906 et ss., pars. 52 et ss.).

² Le Gouvernement belge soutient par contre que s'il y a eu notification, le délai d'opposition commence à courir le lendemain de cette notification.

outre une connaissance précise de la teneur du jugement, tout comme d'ailleurs les notes diplomatiques présentées le 23 février 1948 (A.E.P., 87, II, p. 920) par le Gouvernement britannique, le 27 mars 1948 (A.C.M., 11, IX, p. 353) par le Gouvernement canadien et le 27 mars 1948 (A.C.M., 121, doc. 3, VIII, p. 170) également par le Gouvernement belge lui-même. Le texte intégral du jugement déclaratif de faillite a enfin été inscrit au Registre du Commerce de Barcelone le 20 février 1948 dans l'inscription correspondant à *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.*

b) La seconde objection formulée dans la *Réplique* consiste à dire que même si elle avait été introduite avant le 18 juin 1948, l'opposition aurait été bloquée par les suspensions de procédure résultant des déclinatoires *García del Cid* et *Boter*, qui ont retardé pendant des années le jugement de l'opposition introduite par la *Barcelona Traction*.

Le *Contre-mémoire* ne discute pas ce qui aurait pu se passer dans la procédure d'opposition; il affirme tout simplement qu'elle n'a pas été introduite avant le 24 février 1948, date d'expiration du délai de 8 jours prévu par la loi, qui avait commencé légalement à courir le 14 février 1948, date de la publication du jugement déclaratif de faillite¹.

4. La publication du jugement déclaratif de faillite ne fut pas faite dans le dessein de faire obstacle à l'opposition de *Barcelona Traction*.

201. Le par. 510 de la *Réplique* s'achève par l'affirmation que la publication irrégulière du jugement déclaratif de faillite « ... fut conçue et utilisée aux fins de faire obstacle à l'opposition et comme moyen subsidiaire au cas où celui résultant de la suspension serait venu à manquer ou aurait cessé de porter ses fruits ».

Une fois de plus, on doit protester contre une accusation aussi offensante que dépourvue de bon sens.

Mais cette prétendue publication irrégulière ne pouvait pas servir les fins tortueuses décrites par la *Réplique*; nul ne pouvait, par le moyen d'une publication irrégulière ou par l'absence de toute publication, empêcher la *Barcelona Traction* de faire opposition à la déclaration de faillite. La publication a pour effet de déterminer le point de départ d'un délai de huit jours à l'expiration duquel il n'est plus licite de faire recours. Rien n'empêche par contre le failli de recourir avant la publication au moment où il le juge opportun, ce qu'un plaideur raisonnable et de bonne foi ne manque d'ailleurs pas de faire aussi vite que possible.

Et *Barcelona Traction* savait parfaitement bien que le délai de recours expirait le 24 février 1948².

¹ La signification, la portée et la responsabilité des retards provoqués par les déclinatoires *García del Cid* et *Boter* ont d'autre part déjà été clairement exposés dans le *Contre-mémoire* et seront réexaminés plus loin. Il importe toutefois de ne pas oublier qu'entre le 5 mars 1948 (A.C.M., 101, doc. 1 et 4, VIII, pp. 119 et 122), date où M. *García del Cid* s'est désisté de son déclinatoire, et le 30 mars 1948 (A.C.M., 117, doc. 1, VIII, p. 148), jour où M. *Boter* a soulevé un déclinatoire d'incompétence, il s'est écoulé un laps de temps durant lequel la procédure n'a pas été suspendue.

² C'est pourquoi, l'acte du 23 février 1948, par lequel *Ebro* aurait prétendument formé l'opposition prévue par l'article 1028 du Code de commerce de 1829, indique que « vu l'échéance prochaine de la fin du délai de huit jours signalé par l'article 1028 du Code de commerce de 1829 ». Encore que, d'après la thèse initiale de la faillite le délai courait depuis la notification et non depuis la publication.

Barcelonesa est plus explicite car dans son acte d'opposition du 23 février 1948 elle déclare qu'« elle se trouve devant l'éventualité où le tribunal pourrait en venir à estimer que le délai de huit jours que la loi impartit au failli pour faire opposition pourrait commencer à courir à partir du lendemain de la publication du jugement déclaratif de faillite (encore que cela n'ait même pas été fait en due forme dans la procédure actuelle) ».

L'attitude de *Barcelonesa* était logique car même si elle considérait que la publication était irrégulière elle devait recourir pour éviter que l'expiration du délai de recours n'entraîne sa forclusion de façon décisive et irrévocable.

Il est facile, en outre, de démontrer que le juge escomptait, comme il est naturel, que la société faillie se présenterait dans le délai légal.

En effet, un incident de procédure que le Gouvernement belge a grand soin de passer sous silence, donna lieu à une ordonnance du tribunal très significative.

Le 24 février 1948 (A.E.P., 1963, 181, II, p. 940) à 22 heures, c'est-à-dire deux heures avant que le jugement déclaratif de faillite ne passe en force de chose jugée (*et il est indiscutable que si l'acte fut présenté en dehors des heures d'audience c'est parce que l'on savait que l'on aurait été hors délai le lendemain*), un certain M. Teixidor se joignit à l'opposition à la faillite que pouvait avoir formulée le failli. Il va sans dire que cette personne était un homme de paille de la *Barcelona Traction*.

Le juge rendit, le 27 février 1948 (A.E.P., 1963, 181, II, p. 940), une ordonnance dans laquelle il indiqua qu'il statuerait sur la qualité et le droit éventuel de M. Teixidor « lorsqu'il serait statué sur l'opposition du failli au jugement de faillite »¹.

On voit, d'après la façon dont le juge s'exprime, qu'il ne doutait pas un instant de ce que la société faillie ferait opposition à la déclaration de faillite².

Le *Contre-mémoire* a établi (A.C.M., 79, VII, p. 414) que le jugement déclaratif de faillite avait été publié conformément à la loi espagnole; il a prouvé que la *Barcelona Traction* avait eu immédiatement connaissance du jugement et qu'elle savait parfaitement bien que les huit jours du délai de recours contre le jugement de faillite, c'est-à-dire les huit jours ouvrables consécutifs à la date de publication s'achevaient le 24 février 1948. Il a enfin mis en évidence que le juge lui-même, à en juger par les termes de l'ordonnance du 27 février 1948, s'attendait à ce que la faillie fit opposition, ce que nous savons qu'elle ne fit pas.

Est-il dans ces conditions admissible que la *Réplique* prétende que le jugement aurait été à dessein publié de façon irrégulière pour faire obstacle à une opposition de la *Barcelona Traction*?

5. Réfutation d'autres arguments de la *Réplique*.

202. Le *Contre-mémoire* (IV, p. 329) a signalé que le jugement déclaratif de faillite avait été publié non seulement au *Bulletin Officiel* de la province de Tarragone, dans laquelle se trouvait le tribunal qui avait déclaré la faillite, mais aussi au *Bulletin Officiel* de la province de Barcelone, ville où la *Barcelona Traction* exerçait réellement son activité³.

¹ Le 27 février 1948, le juge ne pouvait savoir si la faillite était ou non définitive car il ne connaissait pas les dates des publications dans les *Bulletins Officiels* des provinces de Barcelone et de Tarragone; c'est seulement le lendemain, 28 février, que l'avoué des demandeurs à la faillite lui communiqua les publications en question (A.C.M., 74, doc. n° 1, VII, p. 390).

² On reviendra plus loin sur cette étrange démarche de M. Teixidor, pion poussé par la société faillie; mais son jeu est plus surprenant encore si l'on songe que, le 5 mars 1948 (A.E.P. 1963, 181, II, p. 940), M. Teixidor se désista de l'opposition qu'il avait annoncée.

³ La *Réplique* (V, p. 20, note 3) soutient que, d'après la thèse espagnole, l'absence de publication à Lérida serait une irrégularité. Mais une chose est de dire que le jugement aurait pu être publié à Lérida et une autre chose, fort distincte, d'affirmer qu'il aurait dû y être publié. Cette dernière affirmation est formellement contestée.

La *Réplique* (V, p. 365) prétend que cette argumentation est erronée de fait et de droit.

De fait, parce que la *Barcelona Traction* n'aurait eu aucune activité en Espagne! Vraiment on se croit dispensé de démontrer ici l'inexactitude de cette assertion.

De droit, parce que les demandeurs à la faillite et le juge avaient dit que la *Barcelona Traction* n'avait pas de siège connu en Espagne. Mais il est évident qu'il n'y a pas là la moindre contradiction. Affirmer que la *Barcelona Traction* n'avait pas de siège en Espagne n'empêchait en effet pas de constater que la ville de Barcelone était la localité où elle exerçait réellement ses activités, celle où se trouvait le véritable centre de son exploitation.

Contrairement à ce que prétend la *Réplique* on chercherait en vain au paragraphe 137 du *Contre-mémoire* l'affirmation que la *Barcelona Traction* aurait eu un siège réel à Barcelone. Il y est question de la localité où la société exerçait ses activités et avait le centre de son exploitation, mais de rien de plus¹.

203. Le Gouvernement belge qui, dans ses Observations, avait renoncé à prétendre que la notification du jugement déclaratif de faillite était indispensable, thèse qui, dans les plaidoiries, est qualifiée de « secondaire »², prétend soulever à nouveau la question en alléguant que l'absence d'une notification « 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 » (I, p. 368).

On ne peut que confirmer intégralement tout ce que a été exposé au paragraphe 133 du *Contre-mémoire* et dans les annexes auxquelles renvoie ce paragraphe, car rien de tout cela n'a réellement été réfuté par la *Réplique*. Il est évident, et le Gouvernement belge ne saurait le nier, que la loi n'oblige absolument pas à notifier le jugement déclaratif de faillite et que le délai de recours commence à courir à partir de la publication et non pas à partir de la notification.

Mais le système adopté par la *Réplique* a parfois pour effet d'embrouiller le dialogue judiciaire. Nous n'en donnerons qu'un exemple: à l'*Annexe 77* (A.C.M., VII, p. 402), il a été démontré que les cinq arrêts invoqués par le Gouvernement belge dans ses Observations ne disaient pas du tout ce que prétendait leur faire dire le Gouvernement belge, mais tout le contraire; la *Réplique* ne réfute pas le moins du monde cette annexe mais elle invoque à nouveau, à la note 1 de la page 367, les mêmes arrêts!

Les deux arguments de la *Réplique* (p. 367) réellement nouveaux sur ce point sont: la citation du jugement de faillite du 12 avril 1934 concernant la société belge *Niel-on-Rupell*, d'une part, et la prétendue nécessité de la notification pour que le failli puisse connaître le texte du jugement de faillite d'autre part.

¹ La *Réplique* prétend que si la *Barcelona Traction* avait eu en Espagne le centre de ses activités, et, par conséquent son « domicile » réel, il serait incompréhensible que les tribunaux espagnols d'abord, et le *Contre-mémoire* ensuite, aient dû se livrer à d'in vraisemblables acrobaties pour découvrir un « lien de rattachement » aussi fantaisiste que celui qui résulte par exemple d'une hypothèque au profit de la *National Trust* sur les installations d'*Ebro*. A ce sujet voir *supra* par. 130 et A.D., 56.

² Procédure orale, III, p. 632.

La *Réplique* elle-même (p. 359) affirme que « le grief essentiel du Gouvernement belge consiste dans l'absence de publication légale de la faillite. »

En ce qui concerne le premier argument, il est exact que la notification personnelle en Belgique avait été ordonnée dans la faillite de *Niel-on-Rupell*. Il est cependant également exact que cette notification ne put être effectuée du fait que les autorités belges refusèrent d'exécuter la commission rogatoire. La faillie fit en outre opposition avant que toutes les publications ordonnées n'aient été effectuées.

Quant au second argument, il est tout simplement absurde. Le Code de procédure civile espagnol prévoit que l'on peut faire opposition au jugement déclaratif de faillite (il en va de même dans d'autres procédures telles que la procédure d'exécution) par le moyen d'une opposition formelle qui doit être déposée dans le délai légal. Conformément aux prescriptions de l'article 1326 du Code de procédure civile, cette opposition peut ensuite être développée. A cette fin, on communique au failli, pendant trois jours, le dossier objet de l'opposition, dans lequel figurent la requête demandant la faillite, les pièces justificatives remises par le créancier et la copie intégrale du jugement déclaratif de faillite ¹.

La *Réplique* prétend enfin minimiser l'importance de l'arrêt du 5 juillet 1957 (qu'elle cite d'ailleurs de façon erronée, comme s'il était du 5 avril 1957) mais en vain, car elle doit reconnaître, et c'est ce qui importe en définitive, que :

Il est exact que cet arrêt indique, dans une incidente, que le délai pour faire opposition commence à courir à partir de la publication...

Cet aveu était inévitable puisque le Tribunal Suprême indique, dans cet arrêt, « que le délai de recours contre les jugements de ce genre est de 8 jours à partir de leur publication au *Boletín Oficial* » et non pas à partir de la notification aux parties, en application d'une disposition impérative de l'article 1028 du Code de commerce ².

Il est également inadmissible d'invoquer, comme le fait la *Réplique* (V, note 2, p. 368), l'article 260 du Code de procédure civile en alléguant que la notification de toutes les décisions à la *Barcelona Traction* aurait dû être ordonnée en tout cas depuis le moment de son admission comme partie au litige (26 juin 1948) ³. L'analyse de cet article effectuée à l'annexe 76 du chapitre III du *Contre-mémoire* nous dispense d'insister sur ce point ⁴.

¹ L'article 1326 indique :

« Si le failli fait opposition au jugement déclaratif de faillite dans le délai imparti par l'article 1028 du Code de commerce, on ouvrira pour cette opposition un dossier distinct dont les premières pièces seront constituées par la demande et les pièces justificatives du créancier ainsi que par une copie intégrale du jugement de faillite.

Le failli pourra, au vu de ces pièces, développer l'argumentation de son opposition. S'il en a fait la demande dans l'acte d'opposition, le dossier lui sera remis à cette fin pendant trois jours ».

² La *Réplique* (p. 367, note 2) cite à nouveau le travail du Professeur PRIETO CASTRO, *Plazo y « dies a quo » para la impugnación del auto de quiebra*, sans réfuter les arguments exposés dans le *Contre-mémoire* (p. 347, note 1), ni même nier leur pertinence.

³ Le Gouvernement belge ne peut appuyer cette très nouvelle interprétation de l'article invoqué par aucune citation légale, doctrinale ou de jurisprudence. La raison en est simple : Lorsqu'un plaideur comparait dans un litige, à une phase plus ou moins avancée du procès, il n'existe aucune obligation de lui notifier les décisions judiciaires rendues avant sa comparution. Comme le plaideur a alors accès au dossier et qu'il peut sur demande connaître ces décisions judiciaires, les délais d'opposition aux décisions qui lui sont défavorables courent du moment précis où le Tribunal ou la Cour l'admet comme partie au procès. Cette règle ne s'applique naturellement pas lorsque le délai de recours est soumis à un mode de calcul spécifique et précis, comme c'est le cas pour le délai d'opposition au jugement de faillite, dont le jour « a quo » est déterminé par la publication et non par la notification ni par l'ordonnance qui confère la qualité de partie au procès au plaideur jusqu'alors défaillant.

⁴ Le Gouvernement belge prétend (note 1 de la p. 368 de la *Réplique*) que le fait que la *Barcelona Traction* ne se soit pas jointe à l'appel interjeté par Sagnier contre la décision rejetant la demande de

204. Avec une constance digne d'une meilleure cause, le Gouvernement belge (p. 19 de la *Réplique*) s'obstine à qualifier de « cynique contre-vérité » l'affirmation contenue d'après lui dans le jugement déclaratif de faillite, selon laquelle le domicile de la *Barcelona Traction* n'était pas connu.

Le *Contre-mémoire* a déjà indiqué (IV, par. 134) que le juge voulait évidemment dire que la *Barcelona Traction* n'avait pas de domicile ou de siège en Espagne. Au sixième considérant du jugement du 12 février 1948 (et non pas « dans un incident » comme le dit à tort la *Réplique*), le juge a en effet indiqué que la *Barcelona Traction* n'avait pas de domicile en Espagne¹.

Il est dès lors superflu d'insister sur ce point.

205. La *Réplique* (p. 19) fait état d'un nouvel argument jusqu'à maintenant inédit²: celui selon lequel il aurait été « matériellement impossible » à la *Barcelona Traction* de former un recours dans le délai légal parce qu'elle n'aurait pas eu de représentant en Espagne.

Cela est inexact.

Ce problème n'est plus de savoir si la *Barcelona Traction* avait des représentants en Espagne. Le Gouvernement belge a en effet expressément reconnu lors des plaidoiries par la bouche de l'un de ses conseils:

Bien entendu, il n'est jamais entré dans la pensée du Gouvernement belge de soutenir, comme le lui impute la Partie adverse, que la société n'aurait pu faire opposition dans les huit jours qui ont suivi la publication de la décision déclarant sa faillite. Le Gouvernement belge n'a jamais rien soutenu de semblable (Procédure orale, p. 627, c'est nous qui composons en italiques).

Peut-on imaginer une contradiction plus flagrante?

Il ne faut d'autre part pas oublier que la *Barcelona Traction* a avoué qu'elle avait eu connaissance du jugement déclaratif de faillite au Canada, le 14 février 1948 (A.C.M., 81, VIII, p. 5) alors que le délai de recours expirait le 24 février 1948. Dix jours étaient un délai largement suffisant pour permettre à la *Barcelona Traction* d'établir les procurations nécessaires au dépôt en temps utile de l'opposition au jugement déclaratif de faillite. La *Barcelona Traction* pouvait en outre avoir recours aux services des avocats et des avoués qu'elle fit agir au nom de Sagnier, Teixidor, Ebro, Barcelonesa, etc.

notification du jugement de faillite à la *Barcelona Traction* au Canada n'impliquait pas renonciation à la demande analogue faite par la *Barcelona Traction* elle-même dans son acte du 18 juin 1948. Rien n'est plus faux; il est élémentaire que les décisions judiciaires notifiées aux parties produisent à leur égard tous leurs effets. C'est donc à juste titre que la Cour d'appel a considéré dans son jugement (auto) du 4 juillet 1949 (A.C.M., 83, VIII, p. 21) que la notification ne pouvait pas être effectuée du moment que la *Barcelona Traction* ne s'était pas jointe à l'appel Sagnier. Cela a d'ailleurs déjà été exposé dans le *Contre-mémoire* à la note 3 de la page 353.

¹ Le Gouvernement belge prétend qu'il y a une différence entre dire qu'une société n'a pas de domicile en Espagne et affirmer que le domicile d'une société est inconnu; c'est là une querelle de mots sans intérêts, car ce qui a déterminé la décision du juge c'est le fait que la *Barcelona Traction* n'avait pas de domicile connu en Espagne.

² Il avait toutefois été utilisé par-devant les tribunaux anglais par *Sidro*.

Cela est si vrai que les procurations qui ont permis la comparution de la *Barcelona Traction* ont été établies le 9 mars 1948 (A.C.M., 194, IX, p. 276) conformément à une décision prise le même jour par le conseil d'administration de la *Barcelona Traction*. Ces procurations furent également légalisées le jour même par le vice-consul d'Espagne à Toronto ¹.

Mais il n'était pas nécessaire non plus d'établir les procurations au Canada et de les légaliser en Espagne. Le représentant légal de la *Barcelona Traction* pouvait se déplacer en Espagne et établir les procurations nécessaires devant un notaire espagnol ². C'est justement ce que fit la *National Trust*, dont le représentant établit des procurations devant un notaire de Madrid, le 23 novembre 1948 (A.D. N° 68).

La nouvelle argumentation inventée par le Gouvernement belge n'a donc aucun sens, et il est bien clair que si la *Barcelona Traction* ne s'est pas opposée à la déclaration de faillite dans le délai légal, c'est parce qu'elle ne voulait pas le faire.

206. La *Réplique* (V, p. 21) critique le *Contre-mémoire* espagnol d'avoir cité une version altérée de l'avis de déclaration de faillite publié dans le *Boletín Oficial* de Tarragone et dans celui de Barcelone.

Il y a eu en effet une erreur de traduction mais pas une altération. Il est en outre évident que cette erreur est dépourvue de toute importance.

Le Gouvernement belge prétend que c'est seulement grâce à ce texte inexact que le *Contre-mémoire* a pu affirmer à plusieurs reprises que le failli avait l'obligation de remettre aux organes de la faillite les biens qu'il avait en son pouvoir.

D'après le Gouvernement belge, en effet, aucune disposition du jugement de faillite, ni des avis qui l'ont publié, ni de la loi espagnole elle-même n'imposerait une telle obligation.

Cette théorie est insoutenable pour deux raisons. En premier lieu, le *Contre-mémoire* n'a pas fait état du texte des avis pour démontrer qu'ils entraînaient pour le failli l'obligation de faire remise de ses biens et appartenances. Le *Contre-mémoire* n'a cité les avis que pour montrer qu'ils produisaient d'eux-mêmes des effets à l'égard des tiers et qu'ils n'avaient pas pour objet de porter à la connaissance du failli le texte du jugement de faillite ³.

En second lieu, l'obligation qui est faite au failli de remettre les biens ou appartenances qui sont en son pouvoir ne résulte pas de la publication du jugement de faillite (*infra*, par. 295 y A.D., 85).

¹ La légalisation ultérieure par le ministère des Affaires étrangères se fait très rapidement; *Sidro* tarda trois jours à légaliser les procurations qu'elle avait établies à Bruxelles et qui permirent sa comparution en février 1953 devant un tribunal de Madrid.

² Cela est plus évident encore si l'on considère que le Président de la *Barcelona Traction* disait le 13 décembre 1948: « *Votre Président se rendit à Madrid en février pour tenter de se rendre compte sur place des faits et pour consulter les avocats. Les avocats espagnols de la Barcelona Traction, qui sont très connus et de haute réputation, firent savoir que la procédure suivie dans cette faillite espagnole était sans aucune validité et complètement inappropriée* » (Annexe 47 au *Mémoire* belge). (C'est nous qui composons en italiques.)

³ C'est tout ce qui est dit au Chapitre III, par. 136, page 328 du *Contre-mémoire*, IV. Comme on l'a déjà dit, le Gouvernement belge a expressément admis cet exposé à la page 362 de la *Réplique*.

La *Réplique* affirme enfin que l'avis publié dans les *Boletines Oficiales* de Tarragone et de Barcelone aurait dû comprendre la partie du dispositif du jugement du 12 février 1948 qui concernait les filiales. Cette objection est absurde.

En droit espagnol la publication intégrale du jugement déclaratif de faillite n'est pas nécessaire. La preuve en est rapportée par l'annexe 92 de la *Réplique* qui cite le texte de l'avis publié dans l'affaire de la société *Minera del Moncayo*. La publication du jugement de faillite n'est en pratique presque jamais intégrale¹.

207. Il est sensible d'avoir été obligé de traiter si longuement le problème de la publication. La qualité de défendeur du Gouvernement espagnol l'oblige cependant à répondre aux arguments du Gouvernement belge, quelque inexacts et infondés qu'ils puissent être.

¹ Le Gouvernement belge affirme dans la *Réplique* que c'est pour éviter un scandale dans les milieux judiciaires et dans le monde des affaires que le texte des annonces judiciaires ne comprenait pas la partie du dispositif qui concernait les filiales. Cette affirmation est puérile car la déclaration de faillite et la saisie provisoire et conservatoire du patrimoine des filiales furent aussitôt connues en Espagne et hors d'Espagne. Comme on l'a indiqué ci-dessus, la partie du jugement de faillite qui concernait les filiales fut en outre inscrite au Registre du commerce compétent. Peut-on souhaiter publicité plus efficace? Et ce furent précisément les demandeurs à la faillite qui prièrent le tribunal d'ordonner cette mesure.

SECTION III

LA SAISIE DES DROITS DE LA SOCIÉTÉ FAILLIE

208. La *Réplique* (V, pars. 70 à 104, pp. 40 à 61; et pars. 546 à 611, pp. 403 à 460) énonce, à propos des droits qu'avait la société faillie sur ses filiales et à propos de l'exercice que firent des droits saisis les organes de la faillite, un très grand nombre de griefs divers en apparence mais qui, en réalité, ne sont que des versions différentes d'un petit nombre d'accusations, et le talent des rédacteurs de la *Réplique*, si grand qu'il soit, ne parvient pas à masquer la fragilité de l'argumentation ni à dissimuler les contradictions dans lesquelles on tombe inmanquablement quand on veut donner plusieurs visages à un seul et même grief.

La construction qu'a échafaudée le Gouvernement belge est dépourvue de tout fondement juridique, car la partie adverse ne peut pas persuader qui que ce soit d'un non-sens comme celui qui consiste à dire que le seul et unique patrimoine de *Barcelona Traction* était constitué par quelques liasses de certificats et de récépissés sur lesquelles la faillite déclarée par un tribunal compétent eût été inapte à produire aucun effet, même pas *du point de vue* du droit espagnol.

209. *Barcelona Traction*, lorsqu'elle fut mise en faillite, avait le titre de propriété et exerçait le pouvoir absolu de domination sur ses filiales; ce pouvoir procédait de sa qualité de propriétaire de toutes les actions de ses filiales; grâce à ce pouvoir elle dirigeait et administrait une exploitation industrielle qui est indiscutablement située en territoire espagnol.

Le fait que ces actions fussent représentées par des documents déposés à Toronto ou fussent enregistrées en territoire canadien n'entraînait pas la conséquence que le pouvoir en question s'identifiât aux documents ou aux mentions portées aux registres, pas plus qu'il n'obligeait les tribunaux espagnols à considérer que ce pouvoir était situé au Canada.

Du fait de la déclaration de faillite, *Barcelona Traction* fut déchue (*inhabilitada*) de l'exercice de ce pouvoir et, simultanément, les organes de la faillite devinrent aptes à l'exercer, du moment qu'ils avaient la possession légitime des documents représentatifs dudit pouvoir.

Les tribunaux espagnols avaient donc le droit de saisir légitimement en Espagne les actions et le pouvoir que ces actions conféraient à la société faillie et d'en transférer l'exercice aux organes de la faillite; c'est en effet ce qu'ils firent en se conformant aux prescriptions de l'ordre juridique espagnol.

National Trust, elle, n'était titulaire d'aucun droit qui lui permît de gêner la saisie des droits de la société faillie ou l'exercice dudit droit par les organes de la faillite; la garantie qui avait été constituée à son nom, dans l'intérêt des obligataires, fut respectée par les tribunaux espagnols et par les organes de la faillite. On ne saurait donc faire grief au Gouvernement espagnol du fait que ses tribunaux n'aient pas toléré que ladite

garantie se transformât en un moyen de protéger le débiteur contre les obligataires mêmes en faveur desquels elle avait été constituée.

Enfin, *Barcelona Traction* et *National Trust*, en se concertant pour disposer des appartenances (*pertenencias*) de la société faillie qui se trouvaient situées en territoire canadien, ont enfreint — du point de vue du droit espagnol — l'obligation qui leur incom-
bait de faire apport desdits biens et avoirs à la masse de la faillite.

§ 1: LES DROITS DE LA « BARCELONA TRACTION » SUR SES FILIALES POUVAIENT ÊTRE
LÉGALEMENT SAISIS EN ESPAGNE ET EXERCÉS PAR LES ORGANES DE LA FAILLITE

210. La *Réplique* prétend que les droits de *Barcelona Traction* sur ses filiales ne pouvaient être légalement saisis en Espagne, ni valablement exercés par les organes de la faillite postérieurement à leur saisie.

Les points de divergence entre cette thèse et l'ordre juridique espagnol correctement exposés dans le *Contre-mémoire* sont:

a) *Quant à la possibilité de saisir les droits de la faillie*

Selon l'ordre juridique espagnol ces droits pouvaient être saisis sans la saisie matérielle des titres représentant les actions et obligations. Eu égard à leur nature incorporelle, les droits sont saisis par une décision judiciaire qui n'exige pas nécessairement l'appréhension physique d'un objet (C.M., IV, par. 49, p. 274). La possibilité légale de saisir les droits sans saisie physique des titres se présentait avec un caractère particulièrement aigu dans le cas de la *Barcelona Traction*, puisque les sociétés auxquelles se réfèrent les droits de la faillie étaient des sociétés à actionnaire unique sur lesquelles *Barcelona Traction* détenait un pouvoir absolu de domination (C.M., par. 40, p. 267 et par. 43, p. 269).

Selon la thèse de la partie adverse au contraire les droits de la faillie, du fait qu'ils étaient incorporés à un titre, ne pouvaient être légalement saisis sans l'appréhension physique du document (R., pars. 553 à 557, pp. 410 à 414 et par. 564, p. 420). Le pouvoir de domination de *Barcelona Traction* sur ses filiales n'était pas susceptible de saisie indépendamment des actions (R., par. 573, pp. 428 et 429).

b) *Quant aux certificats — récipissés représentatifs des droits*

Selon l'ordre juridique espagnol, la déclaration de faillite a conféré aux organes de celle-ci la possession légitime de ces documents. Cette possession était civilissime quant au mode d'acquisition et médiate quant à la manière de l'exercer (C.M., pars. 55 à 67, pp. 278 à 286). Cette mise en possession des organes de la faillite n'excluait pas la saisie physique ultérieure au moyen d'actes de saisie matérielle et ne libérait absolument pas la faillie ou un tiers de l'obligation de remettre les documents aux organes de la faillite (C.M., par. 50, p. 276).

Le Gouvernement belge prétend au contraire que la déclaration de faillite n'attribuait aux organes de celle-ci aucun genre de possession sur des documents, la possession étant

un état de fait. Le seul droit des organes de la faillite consistait en un *jus possessionis*, considéré non comme un *droit de possession* mais comme un *droit à la possession* (R., V, par. 564, p. 420 et pars. 550 à 552, pp. 406 à 409).

c) *Quant à l'exercice des droits saisis*

Pour l'ordre juridique espagnol, la déclaration de faillite entraîne l'incapacité (*inhabilitación*) du failli à administrer ses biens avec, comme conséquence, la nullité radicale et irrémédiable des actes de disposition que le failli pourrait réaliser, et, simultanément, habilite les organes de la faillite —, séquestre-dépositaire ou syndics —, à exercer les droits du failli (C.M., IV, pars. 49 et 50, pp. 275 et 276).

Selon le Gouvernement belge, les droits de la société faillie ne pouvaient être exercés par les organes de la faillite que si ceux-ci obtenaient la saisie matérielle des titres, des actions au porteur ou l'inscription au Registre des actions nominatives (R., par. 564, p. 421 et pars. 588 et 589, pp. 442 et 443). Bien que le Gouvernement belge admette que la déclaration de faillite prive le failli de l'administration de ses biens et qu'elle comporte la nullité de ses actes (R., par. 549, p. 406), il prétend que le seul droit des organes de la faillite était de s'opposer éventuellement à l'exercice des droits d'actionnaire par toute autre personne y compris par la société faillie (R., par. 564, p. 421).

d) *Quant à la situation des droits*

Selon l'ordre juridique espagnol, le pouvoir de domination de la *Barcelona Traction* sur ses filiales était situé en Espagne si bien qu'aucun obstacle territorial ne découlait du fait que les titres aient pu se trouver en territoire canadien (C.M., pars. 51 et 52, pp. 276 et 277). Même le lieu de situation matérielle des titres n'empêchait pas que, *au point de vue* du droit espagnol, la déclaration de faillite ait attribué aux organes de la faillite la possession légitime des certificats ou récépissés (C.M., par. 67, p. 490).

Selon le Gouvernement belge, les droits saisis à la *Barcelona Traction* se trouvaient au Canada (R., pars. 565 à 572, pp. 421 à 427) si bien que la déclaration de faillite ne pouvait étendre ses effets à ceux-ci (R., pars. 574 à 579, pp. 430 à 434)¹.

Pour chacun de ces points de divergence, la présente *Duplique* maintient fermement tout ce qui a été exposé dans le *Contre-mémoire*.

A. *Les droits de la faillie sur ses filiales pouvaient être saisis et vendus sans l'appréhension matérielle des titres*

211. Selon le Gouvernement belge la *Barcelona Traction* ne possédait pas de biens en Espagne. Son unique patrimoine se trouvait incorporé dans des titres ou documents, paquets d'actions et d'obligations, susceptibles d'être déposés dans les coffres de la société ou d'un *trustee* complaisant, évidemment hors d'Espagne.

Pour fonder cette manière de voir, contraire à l'évidence découlant des faits, la *Réplique* se fonde une théorie des titres-values construite pour les besoins de la cause

¹ Cette dernière thèse a été largement réfutée à la Section I, par. 118, de ce chapitre.

et qui suppose un abus des formes juridiques pour remplir des buts totalement différents et contraires de ceux qui étaient prévus par le législateur.

De plus, pour renforcer sa position, la partie adverse prétend que le *Contre-mémoire* ne contient aucune référence à la doctrine ou à la jurisprudence qui puisse démontrer qu'en cas de faillite les droits d'actionnaires peuvent être saisis sans saisie matérielle des titres¹.

La soi-disant identité entre les droits et les titres est inadmissible d'une manière générale et en particulier dans le cas de la *Barcelona Traction*. L'incorporation du droit au titre, qui n'est rien d'autre qu'une métaphore, est invoquée par la *Réplique* avec une grossière déformation de la signification qu'elle revêt dans l'ordre juridique espagnol de même que dans beaucoup d'autres systèmes juridiques. Elle ne peut en conséquence servir de base à une accusation d'injustice comme celle que l'on adresse aux tribunaux espagnols.

En outre, les tribunaux espagnols ont invoqué des dispositions légales et une jurisprudence qui justifiaient les mesures adoptées à l'égard de la *Barcelona Traction*. Ces fondements juridiques ont été exposés dans le *Contre-mémoire* et n'ont suscité de la part de la *Réplique* que quelques maigres références qui ne diminuent en rien leur signification et leur portée.

1. *Les droits de Barcelona Traction sur les filiales n'étaient pas matériellement identifiés aux titres et certificats émis par des sociétés à actionnaire unique créées à dessein en tant que telles par la société faillie*

a) *Dans les actions des sociétés anonymes, l'incorporation des droits à un titre ne suppose pas l'identification des uns à l'autre*

212. La *Réplique* (par. 559, p. 415) est forcée de reconnaître que les droits d'actionnaire d'une société anonyme naissent avec la création de celle-ci et sont antérieurs à l'existence ou à l'émission d'un titre et que de la même façon il se peut que le titre disparaisse ou soit détruit sans que le droit ne s'éteigne pour autant. Mais elle soutient par contre qu'une fois que le titre est émis le droit s'incorpore au titre et s'identifie désormais à lui, les deux choses se transformant en un bien meuble unique. Sa manière de voir se résume schématiquement par les mots: « Le titre... est le droit » (R., par. 554, p. 412).

Pour arriver à cette conclusion le Gouvernement belge établit des prémisses qui prétend-il ont été contestées dans le *Contre-mémoire*: a) le droit espagnol reconnaît aux actions d'une société anonyme le caractère de titre-valeur, b) dans les titres-valeurs le droit s'incorpore au titre.

Le *Contre-mémoire* au contraire de ce que l'on soutient², n'a jamais contesté l'une ou l'autre de ces prémisses de sorte qu'il est inutile de tenter de réfuter ce qui n'a pas

¹ Une fois de plus le Gouvernement belge oublie que c'est à lui qu'il appartient de prouver que les tribunaux espagnols ont violé le droit espagnol. Quant à cette partie, il lui suffit d'expliquer le sens des décisions des tribunaux et d'exposer l'interprétation que ceux-ci ont donnée des principes et de la jurisprudence appliquée au cas de la *Barcelona Traction*. C'est la partie adverse qui doit prouver, et elle ne l'a pas fait, qu'il existerait des infractions notoires et grossières à l'ordre juridique (cf. *supra*, par. 36).

² Au sujet de position du *Contre-mémoire* quant à la qualification des actions comme papiers-valeurs, cf. A.D. 70 (N^{os} 3 et 8) et quant à l'incorporation du droit au titre, cf. A.D. 70 (N^o 4).

été contesté. Le *Contre-mémoire* a contesté et la *Duplique* conteste aujourd'hui que la qualification des actions comme titres-valeurs et l'incorporation du droit au titre entraînent la conséquence que le droit et le titre se fondent en un seul bien corporel de nature mobilière.

213. Le but que poursuit la *Réplique* en attribuant au Gouvernement espagnol des affirmations qu'il n'a pas faites est évident: au lieu de traiter le véritable problème qui est celui de savoir si les droits de la faillie pouvaient ou non être saisis sans l'appréhension matérielle des titres, il élabore ce qu'il prétend être une théorie générale des titres-valeurs en invoquant des dispositions légales, une doctrine et une jurisprudence inapplicables au cas d'espèce et au moyen de constructions doctrinales prétendant tenir pour établi ce qui est l'objet de la discussion ¹.

Il n'est pas nécessaire d'entamer une discussion académique au sujet des titres-valeurs dans le cadre du droit privé, ni de discuter la théorie des actions des sociétés anonymes dans l'ordre juridique espagnol ². Il suffit de donner pour constant le fait que, comme cela est indiqué dans le *Contre-mémoire*, le terme « incorporation » n'est rien d'autre qu'une métaphore ³, une image par laquelle on cherche à indiquer avec plus ou moins de succès quelques-unes des institutions de la discipline générale des titres-valeurs. Le droit et le titre continuent à être deux choses distinctes, bien qu'ils se montrent au trafic commercial comme s'ils n'étaient qu'une seule chose; et le fait qu'ils suivent le même sort et, à partir de cette considération, que l'on traite le titre et le droit incorporé comme s'il s'agissait d'un bien ou d'une chose meuble ne permet pas, sans une déformation notoire, de conclure que le titre et le droit se sont fondus ou ont été identifiés ⁴. Pour cela le *Contre-mémoire* disait, reprenant les paroles du Professeur Garrigues, que « les conséquences rigoureuses de la théorie de l'incorporation aboutiraient à nier la possibilité de l'amortissement des titres-valeurs ».

¹ Il n'est un secret pour personne que la notion de titre-valeur surgit d'une construction doctrinale et que les auteurs eux-mêmes conscients de l'abstraction qu'elle suppose attirent l'attention sur la nécessité d'établir des distinctions entre les diverses sortes de titres offertes en évitant des généralisations erronées et dangereuses. L'artifice du Gouvernement belge consiste précisément en ceci, c'est-à-dire à utiliser des généralisations sur les titres-valeurs en passant sous silence la nature spéciale des actions en tant que titres. De cette façon il prétend avoir résolu la question de savoir si la saisie des actions des filiales fut ou non régulière. C'est ici que surgit un mythe, le mythe des papiers-valeurs comme protection naturelle de la faillie en face de ses créanciers.

La présente *Duplique* ne conteste pas, ce qui serait absurde, l'intérêt que présente la notion de titre-valeur, mais dénonce le procédé suivi par la partie adverse de présenter cette notion comme une catégorie légale homogène et indiscutable et non comme une notion abstraite qui recouvre les plus divers procédés techniques d'incorporation de droits à des documents (cf. A.D. 69).

² A la différence de ce que fait le Gouvernement belge dans la *Réplique* (à savoir, masquer derrière une discussion doctrinale la réalité des faits), le *Contre-mémoire* se limite à apporter aux débats la notion juridique indispensable pour démontrer que la nature des actions d'une société anonyme, nominatives ou au porteur, n'empêche pas que le tribunal puisse ordonner la saisie des droits de l'actionnaire débiteur lorsque celui-ci cherche à l'empêcher en soustrayant ou en cachant les titres ou documents auxquels les droits sont incorporés.

³ Ainsi s'exprime le Professeur GARRIGUES (Joaquin), *Curso de derecho mercantil*, Madrid, 1962, I, p. 542, au par. reproduit littéralement (C.M., IV, p. 270, note 1). La tentative de la *Réplique* (V, par. 559, p. 415) pour affaiblir ce texte est dépourvue de sens car le Gouvernement espagnol ne l'a pas cité pour contester l'existence d'une incorporation du droit au titre mais pour exprimer ce que signifie cette incorporation.

⁴ Quand LANGLE (Emilio) affirme dans son *Manual de Derecho mercantil*, Barcelona 1954, II, p. 79, que « Le document constitue une sorte de véhicule pour le droit » il utilise également une métaphore qui ne peut qu'être prise comme telle.

Sans réfuter chacune des affirmations contenues dans la *Réplique*¹, il est nécessaire de signaler les inconséquences dans lesquelles doit tomber la partie adverse pour maintenir sa thèse.

214. Appliquant aux actions au porteur une règle que la doctrine a établie pour les titres-valeurs en général, le Gouvernement belge a allégué dans la *Réplique* (V, par. 556, p. 414) que « le droit est l'accessoire du titre; qui a le titre, est également titulaire du droit ». Cette détention ne peut être dans l'esprit des auteurs de la *Réplique* que physique et matérielle, car ils ne conçoivent pas d'autre possession que celle qui résulte de la détention physique de l'objet².

Si cette théorie était exacte, on ne pourrait alors pas comprendre le gage sur les actions, prévu par la loi espagnole sur le statut juridique des sociétés anonymes, et ceci quels que soient les efforts dialectiques déployés dans la *Réplique* à ce sujet (par. 562, p. 418). La partie adverse affirme que la remise matérielle du titre au créancier gagiste est une condition de la constitution de gage et que la garantie porte à la fois sur le titre et sur le droit. Le Gouvernement belge reconnaît toutefois que le créancier ne devient pas le propriétaire du titre ni du droit qui lui est incorporé malgré cette remise matérielle. Le créancier doit par conséquent, si le débiteur le lui demande, déposer les titres de façon à ce que ce dernier puisse participer à l'Assemblée générale et exercer les droits dont il continue à être titulaire. Le Gouvernement belge conclut enfin en disant que: « 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. »

On doit alors se demander: Si le droit est l'accessoire du titre et si seul peut être titulaire du droit celui qui possède physiquement le titre (de telle sorte que celui qui détient physiquement le titre est également titulaire du droit) comment peut-on expliquer que le débiteur puisse rester propriétaire de l'action et titulaire du droit alors que le titre a été matériellement remis au créancier-gagiste?³

Le Gouvernement belge devrait se rendre compte des contradictions dans lesquelles il tombe en cherchant à identifier dans la *Réplique* le droit avec le titre et la possession avec la détention car si l'on laisse de côté ces exagérations formelles, qui ne répondent qu'aux besoins de la cause, le phénomène est parfaitement explicable. Certes, la remise matérielle du titre fait évidemment acquérir un droit de gage aussi bien sur le droit que sur le titre puisque le droit est incorporé au titre. Le débiteur continue cependant à en être le propriétaire parce que la remise matérielle du titre ne lui en a pas fait perdre la possession légitime qu'il conserve à titre médiate. Comme le droit ne se confond pas avec le titre et que la possession ne peut pas être réduite en droit espagnol à un simple « état de fait », il est parfaitement possible que le débiteur continue à être propriétaire, titulaire du droit, et qu'il puisse en cette qualité demander au créancier de déposer les titres.

¹ Cf. A.D. 70 où l'interprétation erronée de la *Réplique* à propos des normes légales, opinions doctrinales et jurisprudentielles invoquées est démontrée, de même que l'inanité de la réfutation que la *Réplique* (pars 558 à 563, p. 415 à 419) tente d'opposer aux objections du Gouvernement espagnol.

² Le Gouvernement belge (R., pars. 564, pp. 420) affirme ainsi que: « la possession est essentiellement un fait, un état de fait ».

³ On peut d'ailleurs se demander quelle est la base juridique de ce droit qui permet d'exiger du créancier-gagiste le dépôt des titres. D'après la *Réplique* en effet (par. 554, p. 411) il n'existe pas 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 ».

Cela éclaire totalement une autre question que le Gouvernement belge s'est efforcé d'embrouiller. Lorsque le Gouvernement espagnol faisait état dans le *Contre-mémoire* d'une possibilité de dissociation entre le droit et le titre dans le cours des affaires, il n'alléguait en aucune manière que le titre cessât de remplir sa fonction d'instrument de transmission du droit et de justificatif de la qualité pour exercer les droits d'actionnaire. En cas de négociation des actions, il est possible de transférer la propriété du titre sans transmission physique. Les droits de l'actionnaire à l'égard de la société peuvent également être exercés sans qu'il soit matériellement en possession du titre s'il est en mesure d'établir la légitimité de sa possession¹.

215. Le Gouvernement belge (R., V, par. 567, p. 424) fait au sujet de la localisation des actions des affirmations totalement dénuées de pertinence qui révèlent que toute la construction qu'il a échafaudée repose sur une erreur fondamentale. Il prétend en résumé que lorsqu'une loi, une décision ou un auteur affirmant dans un cas particulier, qu'un droit subjectif est situé à un endroit, leur affirmation ne peut pas être invoquée à l'égard d'autres cas pour lesquels il est parfaitement possible d'admettre que le droit était situé ailleurs².

La partie adverse devrait avoir ce principe présent à l'esprit, car il est applicable non seulement à la localisation mais également à la disposition du droit. Il ne suffit pas qu'une loi, un tribunal ou un auteur indiquent que la disposition d'un droit est soumise à des conditions déterminées dans les affaires commerciales ordinaires pour que l'on puisse conclure que tout acte de disposition, même réalisé avec la participation des autorités judiciaires, doit être nécessairement soumis aux mêmes règles. La *Réplique* ne cite que des dispositions légales de la jurisprudence et des auteurs³ qui concernent la transmission du droit et du titre dans les affaires ordinaires. Faisant ensuite un saut dans le vide, elle part de là pour tenter de démontrer que la saisie et la vente judiciaire des actions doivent être régies par des dispositions identiques en oubliant le caractère public de la saisie et de la vente judiciaire. Le Gouvernement belge aurait dû démontrer et il n'a pas pu le faire⁴, que les formes privées de transfert sont applicables en matière de droit public et notamment aux exécutions forcées et aux faillites. Le Gouvernement espagnol peut par conséquent faire à juste titre à sa partie adverse le reproche de « manque de rigueur (*Sorglosigkeit*) » qu'elle a gratuitement formulée à l'égard du *Contre-mémoire*.

¹ Il en va ainsi lorsque les titres sont déposés dans un établissement bancaire.

² La *Réplique* indique à l'endroit cité: « 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 ».

La partie adverse fait sienne l'opinion de WENGLER (Wilhelm) d'après laquelle: « 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. »

Elle termine en indiquant que: « L'auteur critique sévèrement le manque de rigueur (*Sorglosigkeit*) dont font preuve ceux qui considèrent que... 'lorsqu'une loi, une décision ou un auteur ont une fois déclaré qu'une catégorie donnée de droits subjectifs est situé 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' ».

³ En dénaturant en outre leur signification et leur portée comme on peut le voir dans A.D. 70.

⁴ De toutes les citations faites à ce sujet dans la *Réplique*, seules les opinions qui sont attribuées au Professeur CARRERAS LLANSANA et à M. RAMIREZ avec une déformation notoire de leur pensée (cf. A.D. 73) concernent le séquestre et la saisie des actions. L'arrêt du Tribunal Suprême du 22 juin 1946 également dénaturé, concerne un cas de vente judiciaire de titres correspondant à des emprunts publics et non d'actions au porteur. L'état de fait à la base de cet arrêt est en outre totalement différent du cas des droits de la *Barcelona Traction* sur les filiales (cf. A.D. 72)

216. Une preuve particulièrement frappante de l'inconséquence de toute la thèse adverse est apportée au sujet des actions nominatives. Pour étayer la thèse de la matérialisation de la qualité d'actionnaire, le Gouvernement belge soutient d'une part que les actions doivent être considérées comme des titres-valeurs. Face à la difficulté de supposer que les droits des actionnaires s'étaient matérialisés dans quelques certificats ou récipissés, il prétend cependant, d'autre part, que conformément au droit de l'Ontario la matérialisation du droit se réalise au moyen de l'incorporation de ce droit dans l'inscription au registre tenu par la *National Trust*. Que prétend le Gouvernement belge au moyen d'une pareille construction? Ou bien on admet qu'en matière d'action nominative le droit est incorporé aux titres émis par la société et remis aux actionnaires (de la même façon que pour les actions au porteur) et dans ce cas on peut les qualifier de titres-valeurs, ou bien le transfert et l'exercice du droit dépendent de l'inscription au registre des actions et alors la qualification de titres-valeurs est absolument inadmissible. Si la *Réplique* elle-même (par. 554, pp. 411-2) affirme que les actions sont des titres négociables, des valeurs en circulation (*Wertpapier*) qu'elles soient nominatives ou au porteur, elle ne peut affirmer ensuite sans contradiction flagrante qu'en matière d'action nominative, le droit est incorporé * dans l'inscription au registre * (R., par. 555, p. 412). (Au sujet de cette contradiction, cf. A.D. 70, N^{os} 8-10.)

Par ailleurs, on peut se demander comment le Gouvernement belge ose soutenir que le juge de Reus avait l'obligation de connaître et d'appliquer d'office le droit commercial en vigueur « dans le province de l'Ontario » alors que personne n'avait invoqué ni prouvé le contenu de ce droit. Comment d'autre part le juge de Reus aurait-il pu tenir compte du droit de l'Ontario concernant les actions nominatives au moment de la saisie puisqu'*Ebro* lors de sa comparution et en formant ses recours irrecevables avait laissé clairement entendre que ses actions étaient au porteur? (*infra*, par. 437).

b) *Les droits de la faillite sur les filiales conféraient à la société-mère un droit de domination absolu du fait que les filiales étaient des sociétés à actionnaire unique conçues comme telles*

217. Même si l'on faisait abstraction des faits concrets auxquels elle doit être appliquée, la thèse soutenue par la *Réplique* attribue aux titres-valeurs des caractéristiques que peut en réalité seulement présenter du papier-monnaie ayant cours obligatoire. Mais dans la faillite de la *Barcelona Traction*, les juges espagnols n'ont pas eu à trancher une controverse juridique sur la saisissabilité des actions et des obligations *in abstracto*. Ils ont eu au contraire à se prononcer sur la saisie de droits concrets et déterminés qui étaient ceux de la *Barcelona Traction* sur ses filiales.

Les mesures prises dans la faillite de la *Barcelona Traction* — parfaitement légales et normales — avaient en outre pour objet des droits de la faillite sur des sociétés *anormales*¹. Les règles qui gouvernent la société anonyme et ses actions ont un but déterminé et elles ne peuvent être utilisées comme couverture au-delà de ce but².

¹ La *Réplique* (par. 88, p. 52) se plaint de ce que les tribunaux n'aient pas appliqué ce qu'elle appelle les règles *normales* concernant la fonction des titres. Le *Contre-mémoire* signalait le caractère anormal de la situation créée par la faillite de sociétés à actionnaire unique. La *Réplique* (par. 564, p. 420) prétend déduire de cette indication rien de moins que l'aveu de ce que l'on aurait procédé illégalement.

² Cf. GIRON TENA (José), *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952, pp. 74 et 75 (A.D. 75). Le Gouvernement belge ne pourrait en aucun cas invoquer l'application de règles qui, si elles existaient, pourraient seulement protéger ceux qui ont utilisé les formes juridiques d'une façon normale et conformément à leur but.

Le Gouvernement belge cherche à présenter dans la *Réplique* la société anonyme à actionnaire unique (*one man company*) comme un phénomène absolument normal dans l'ordre juridique espagnol, aussi bien dans le cas où l'existence d'un seul actionnaire est transitoire que s'il s'agit de sociétés à un seul actionnaire qui ont été conçues comme telles, soit dès leur création, soit au moyen de la réunion de toutes les actions en une seule main postérieurement. Rien n'est plus inexact. La doctrine espagnole continue à discuter l'admissibilité de la société à actionnaire unique et même les auteurs et la jurisprudence qui admettent ce phénomène le considèrent comme *anormal* et *transitoire*. Ils considèrent qu'il ne peut être admis, comme l'a exposé le législateur lui-même en 1951, que dans l'attente du rétablissement de la situation normale (*spes refectionis*)¹.

Le caractère *anormal* des sociétés influence naturellement la nature même des droits de l'actionnaire unique. La titularité de toutes les actions dénature *nécessairement* les droits de l'actionnaire. Ces droits ne sont plus ceux normalement prévus par la loi, mais se transforment en un pouvoir de domination absolue et totale de la société contrôlée qui ne peut être comparé qu'au droit de propriété défini par les lois civiles.

Mais en outre, si la société a été préconçue comme unipersonnelle, la fonction que l'ordre juridique attribue au titre représentant les actions sociales est également dénaturée².

218. La *Réplique* (V, par. 573, pp. 428-9) prétend que le contrôle de la *Barcelona Traction* sur les filiales était une situation de fait sans signification juridique. Cette affirmation est erronée, puisque le détournement des droits de l'actionnaire unique provient de causes juridiques. Quant aux droits sociaux, il est absurde de soutenir que dans les sociétés à un actionnaire unique la volonté sociale est exprimée par l'assemblée générale des actionnaires. L'actionnaire unique peut imposer sa volonté à n'importe quel moment et les assemblées générales, pour autant qu'elles aient lieu en fait, deviennent quand même une simple formalité. Les droits économiques sont transformés de la même manière puisque l'actionnaire unique dispose du patrimoine social sans autre limitation que le droit des créanciers à ce que ledit patrimoine garantisse leurs créances (A.D. 75).

Dans le cas de la *Barcelona Traction* on ne peut prétendre sérieusement que le gouvernement et l'administration des sociétés filiales étaient réalisés dans les assemblées générales d'actionnaires. Dans la mesure où ces assemblées étaient réellement réunies, l'actionnaire unique, la *Barcelona Traction* n'y assistait jamais, et seuls étaient présents des employés des filiales elles-mêmes. Les dirigeants de la *Barcelona Traction* imposaient leur volonté d'une manière constante aux filiales et le seul objet des prétendues assemblées

¹ La *Réplique* traite des sociétés à actionnaire unique dans l'ordre juridique espagnol à propos de la saisie des filiales (pars. 517 et ss., pp. 371 ss.). Les erreurs commises et les déformations apportées aux sources de droit espagnols cités seront examinées à propos de cette saisie (*infra.*, pars. 359 ss.). Pour une analyse détaillée du problème, cf. A.D. 74.

² Surtout si l'anomalie est double, c'est-à-dire si la société à actionnaire unique est combinée avec un autre phénomène anormal, celui de la personnalité anonyme *sans indépendance effective* malgré une personnalité juridique propre. GIRON TENA (José) *op. cit.*, p. 80. Dans les pages 77 et ss., cet auteur montre que la société à actionnaire unique est une situation anormale *per se* même lorsqu'elle conserve toute son autonomie. Il ajoute que l'on se trouve en présence d'une autre situation anormale, qu'il s'agisse ou non d'un actionnaire unique, lorsqu'une société n'a pas d'indépendance effective et qu'elle se trouve sous le contrôle absolu d'une autre. C'est le cas des groupes de sociétés dans lesquelles plusieurs sociétés ne sont que des membres de la société-mère ou dominatrice.

générales était de prendre acte formellement des décisions de l'actionnaire unique sur le registre des procès-verbaux ¹.

Les actes de disposition de la *Barcelona Traction* sur les affaires et le patrimoine de ses filiales ont été constants jusqu'à sa faillite. Elle a totalement dirigé la vie de ses filiales depuis les actes les plus importants jusqu'aux détails les plus minimes.

Malgré toutes ses explications, le Gouvernement belge ne pourra jamais nier que la *Barcelona Traction* a disposé du patrimoine de ses filiales comme du sien propre (C.M., IV, par. 91, pp. 300-1) en l'offrant en garantie de l'exécution de ses propres obligations dans les contrats de *trust*. Il est également incontestable que l'*Ebro* a effectué une série d'opérations nuisibles pour elle-même et avantageuses pour la société mère qui ne s'expliquent que parce que cette dernière s'imposait constamment aux organes et disposait du patrimoine de ses filiales ².

Les droits de la *Barcelona Traction* sur les filiales dont elle possédait toutes les actions ne ressemblaient en rien à ceux d'un actionnaire sur une société normale. Lorsque le Gouvernement belge affirme dans la *Réplique* (V, par. 573, p. 428 et par. 589, p. 443) que le Gouvernement espagnol oublie de signaler le support juridique de ce pouvoir de domination, il ne se rend pas compte que ce support résulte de la nature même de la société d'actionnaire unique surtout dans le cas où elle a été créée comme telle.

219. La doctrine citée dans la *Réplique* pour démontrer que le pouvoir de domination est un simple fait économique démontre le contraire de ce que le Gouvernement belge voudrait prouver. Les auteurs cités ne traitent pas du pouvoir de domination résultant de la réunion de toutes les actions en une seule main mais de la transmission *mortis causa* ou *inter vivos* d'un paquet d'actions majoritaire. Le contrôle d'une société par la possession d'une majorité d'actions n'altère ni ne dénature les droits de l'actionnaire en raison de la présence des autres associés. Il est inadmissible que l'on utilise la doctrine en dehors de

¹ Le Gouvernement belge lui-même a dû reconnaître que les assemblées générales des filiales n'étaient qu'une formalité. Il a indiqué que les participants aux assemblées, pourvus de procurations délivrées par la *National Trust* votaient « conformément aux instructions » de la *Barcelona Traction* (R., p. 417, note 1). Le Gouvernement belge prétend aussi — quoique sans aucune preuve — que la *National Trust* ne délivrait de telles procurations qu'après s'être assurée qu'aucune décision susceptible de léser le prétendu droit de gage du *trustee* (R., par. 591, p. 444) ne serait prise. Peut-on reconnaître plus complètement ce que le Gouvernement espagnol a affirmé?

Si les participants votaient conformément à des instructions reçues et si les décisions devaient être soumises d'avance à la *National Trust*, on ne peut plus prétendre que les droits sociaux de l'actionnaire unique étaient exercés dans les assemblées générales qui étaient constituées d'employés et d'hommes de paille qui ne pouvaient que faire prendre acte dans les formes des décisions prises d'avance.

Le caractère simulé de ces assemblées générales a déjà été démontré (C.M., par. 138 ss., pp. 91 à 93 et A.C.M. N° 107, II, pp. 117 et ss.). La tentative faite par le Gouvernement belge pour démontrer le contraire est vaine et elle met en évidence les inexactitudes de toute nature dont se rend coupable la partie adverse.

Comme le Gouvernement belge fonde sa démonstration à ce sujet essentiellement lorsqu'il traite de l'exercice des droits saisis par les organes de la faillite (R., par. 588 ss., pp. 442 et ss. et A.R. 106, pp. 528 et ss.) les arguments et la documentation fournis seront examinés à ce propos (*infra*, pars. 302-304 et A.D. 86). On peut cependant indiquer dès maintenant que l'existence de telles « procurations » n'a nullement été démontrée.

² Comment pourrait-on s'expliquer sans cela la proposition d'*Ebro* d'augmenter le taux d'intérêt de ses propres dettes envers la société-mère, ou l'émission de bons et d'obligations qui ont été remis à la *Barcelona Traction* avec un escompte de 50%, ou l'achat à cette société des actions de la *Barcelonesa* à un prix incroyablement élevé? La domination s'étendait aux activités les plus minimes. L'achat du matériel et des pièces de remplacement devait se faire conformément aux ordres de la société-mère et de ses dirigeants dans des conditions défavorables aux filiales, ce qui provoquait des plaintes de leurs dirigeants comme le révèle la correspondance qu'ils ont échangée entre eux.

l'hypothèse concrète et précise dans laquelle elle se place. La distinction entre le contrôle de l'actionnaire majoritaire et le pouvoir de domination de l'actionnaire unique est cependant clairement faite même dans cette hypothèse (A.D. 75) ¹.

220. En réponse aux explications données dans le *Contre-mémoire* (IV, par. 42, p. 269) la *Réplique* objecte que « le pouvoir de domination » de la *Barcelona Traction* sur ses filiales n'était pas un droit autonome et indépendant que les organes de la faillite pouvaient saisir et exercer « indépendamment des actions par l'intermédiaire desquelles ils s'exerçaient ». Il suffit de lire le texte en question du *Contre-mémoire* ² pour constater que l'argument ne répond pas au problème en question puisqu'il n'a jamais défendu la thèse qui lui est attribuée.

Le pouvoir de domination n'est pas un droit autonome distinct ou indépendant des actions de l'actionnaire unique. Il ne s'agit pas d'un supplément, d'un plus quantitatif, mais de la *transformation qualitative* que subissent les droits de l'actionnaire lorsqu'ils lui donnent la domination et le contrôle absolu de la personne juridique. Cette transformation est la conséquence du caractère fondamentalement *anormal* de la société anonyme à actionnaire unique. C'est à cela que le Gouvernement belge aurait dû répondre et qu'il n'a pas répondu (A.D. 75).

La présente *Duplique* est par contre en désaccord avec la *Réplique* lorsque celle-ci utilise le terme « action » comme synonyme de « titre » en affirmant que le pouvoir de domination « n'était pas susceptible d'appréhension indépendamment des actions » ³. Si le droit espagnol permet la saisie des actions d'une société normale sans appréhension physique des titres (*infra*, par. 222), il était *a fortiori* parfaitement possible de saisir le pouvoir de domination qu'elle tirait de la possession de toutes les actions ⁴, puisque les titres ne remplissaient plus les fonctions que leur assigne le droit espagnol et qui justifie leur existence même.

221. Les titres ou certificats représentatifs des droits de la *Barcelona Traction* sur les filiales ne remplissaient aucune des fonctions normales des titres. Les caractères de « négociabilité » et de « titre de légitimation » que présentent les actions d'une société anonyme normale disparaissent lorsqu'une société-mère réalise l'exploitation qui constitue son but par l'intermédiaire d'une série de sociétés dépendantes dont elle contrôle toutes les actions. Les titres ou certificats d'actions ne remplissaient ni en fait ni en droit leurs fonctions de titres de légitimation permettant l'exercice des droits sociaux. L'actionnaire unique n'avait en effet pas à établir envers lui-même sa propre légitimité. La partie adverse n'osera pas

¹ C'est pourquoi l'argument de la *Réplique* selon lequel on aurait également dû saisir le pouvoir de la *Barcelona Traction* sur les sociétés dans lesquelles elle avait une participation majoritaire si le pouvoir de domination était susceptible de saisie n'a aucun sens. Le Gouvernement belge oublie que la *Barcelona Traction* ne détenait un paquet d'actions majoritaires dans aucune société. La société *Productora de Fuerzas Motrices S.A.* dominée par le groupe n'était en effet pas une filiale directe de la faillite. Il est en tous cas certain que la dite société *Productora* était normale et que les droits de ses actionnaires étaient normaux puisqu'il y avait plusieurs actionnaires (cf. A. D. 81).

² On disait que la *Barcelona Traction* avait sur ses filiales un pouvoir de domination « inhérent à la propriété de la totalité des actions de celle-ci, avec les pouvoirs qui en découlaient de direction et de gestion ».

³ En ce qui concerne le fait que le pouvoir de domination de l'actionnaire unique constitue une *appartenance* de ce dernier, cf. A.D. 75. On démontre dans la même annexe que le *Contre-mémoire* ne s'est pas contredit en appliquant cette qualification aux filiales et à leur patrimoine. L'A.R. N° 101, II, p. 510 traite du concept de *appartenance* en affirmant que le Gouvernement espagnol en a fait un usage abusif. La réfutation de ces affirmations se trouve dans l'A.D. 76.

⁴ C'est ce qu'indique le titre de la sous-section qui traite du pouvoir de domination (R., V, p. 428).

prétendre que les actions des filiales de la *Barcelona Traction* étaient destinées à être transmises. Dès que les actions auraient été mises en circulation la société aurait en effet perdu son caractère de société à un seul actionnaire que la faillie tenait à lui conserver à tout prix comme l'a reconnu le Gouvernement belge. La société-mère ne pouvait pas mettre en circulation les titres des filiales ni les introduire sur le marché des valeurs sans détruire sa propre organisation (cf. A.D. 75).

Malgré ses efforts, la partie adverse n'a pas pu démontrer que les titres ou certificats représentatifs des actions des filiales avaient rempli l'une quelconque de leurs fonctions normales. Comme l'a reconnu la *Réplique* (V, par. 25, p. 16, note 1), il semble donc que leur seul but ait été de servir de « protection naturelle » à la faillie contre les mesures que pourraient prendre les créanciers¹. Le Gouvernement belge dénonce en définitive comme une injustice manifeste le fait que les tribunaux espagnols aient empêché l'abus de droit que la faillie voulait commettre et n'aient pas toléré qu'elle utilise les règles qui régissent les actions de la société anonyme pour couvrir cet abus.

2) La saisie des actions dans le cadre de l'ordre juridique espagnol

a) Les droits d'un actionnaire sont susceptibles de saisie (embargo) dans une exécution singulière, sans l'appréhension des titres

222. Le Tribunal Suprême espagnol, dans un arrêt du 17 avril 1917², eut l'occasion de se prononcer sur la validité et les effets d'un embargo, pratiqué dans une exécution singulière, sur les droits d'un actionnaire dont les titres avaient été cachés par le débiteur avec la complicité de la société émettrice.

De cette décision³ il ressort avec clarté que:

a) Les droits de l'actionnaire purent être saisis sans l'appréhension physique des titres et vendus postérieurement aux enchères publiques, malgré le fait que les titres en question étaient toujours cachés.

b) En vertu de l'acte judiciaire d'adjudication, les adjudicataires devinrent les « propriétaires desdites valeurs, avec les mêmes droits qu'avaient les débiteurs exécutés, savoir les droits des possesseurs à titre de propriétaires ».

c) A cela ne s'opposait point, « s'agissant de biens mobiliers », « l'absence de détention matérielle » des titres; et les adjudicataires avaient pu obtenir « la propriété et la possession à laquelle on peut parvenir sans la détention matérielle » des titres en question.

d) Les droits étant identifiés comme appartenant au débiteur sans que figurassent de nouvelles transmissions, on ne pouvait invalider leur saisie et vente en invoquant les droits

¹ Il va sans dire que la doctrine espagnole ou étrangère si abondamment citée (R., pars. 553 à 563, pp. 410 et ss., et A.R., 94, II, pp. 489-490) ne fait aucune allusion au fait que l'une des fonctions des titres soit d'offrir au débiteur une « protection naturelle » contre ses créanciers.

² Cet arrêt, invoqué par la Cour d'appel de Barcelone dans sa décision du 5 février 1952 (A.C.M., 153, VIII, pp. 332 ss.) fut cité par le *Contre-mémoire* (C.M., IV, par. 46, p. 271; et par. 165, p. 529; et A.C.M., 10, IX, p. 352). Le Gouvernement belge transcrit l'arrêt complet (A.R. 98, II, pp. 499 et ss.), dans une traduction imparfaite mais intelligible.

³ On peut voir à l'A.D. 72 un exposé et commentaire de l'hypothèse de fait et de la doctrine légale contenue dans cet arrêt.

de tiers hypothétiques, « qui ne peuvent être acceptés comme existants par simple supposition ».

223. Il est absolument inexplicable qu'après cet arrêt aussi clair, le Gouvernement belge continue de prétendre que, en droit espagnol, « les droits incorporés dans des titres-valeurs ne sont pas susceptibles d'être saisis indépendamment des titres qui les constatent », rapportant cette affirmation aux actions d'une société anonyme.

Même en partant de l'idée que par l'effet de l'incorporation du droit au titre, il s'agit de biens assimilés à des meubles, on ne saurait établir l'affirmation que le Gouvernement belge avance d'une manière aussi dogmatique.

Et la raison se trouve exposée avec une clarté absolue par le Tribunal suprême; si, à supposer que la propriété de certaines actions soit établie par d'autres moyens, on ne pouvait saisir ces actions à moins de saisir physiquement les titres, n'importe quel débiteur pourrait détourner les biens et les dissimuler, surtout s'il comptait sur la complicité des organes de l'administration de la société émettrice des titres.

Or il se trouve que le même Tribunal suprême a signalé le danger que l'on court dans l'exécution singulière si l'on ne réussit pas à saisir physiquement les titres. Etant donné que l'exécuté n'est ni déchu ni incapable de disposer de ses biens, s'il vend à un tiers les actions et transmet physiquement les titres avec les formalités requises pour qu'ils ne puissent être revendiqués, l'acquéreur pourra discuter de la validité de la saisie et de la vente successive et s'opposer à ce que l'on remette des duplicata de titres avec annulation des titres antérieurs¹.

Il peut arriver ainsi que, les actions une fois saisies, le débiteur soit en mesure de détruire l'efficacité de la saisie et de la vente qui pourrait être faite éventuellement au cours de l'exécution, en soustrayant juridiquement les droits au moyen d'un transfert qui ne pourrait être annulé le cas échéant qu'au moyen d'une action révocatoire ou paulienne, laquelle demande, pour réussir, la démonstration du *consilium fraudis* entre le débiteur et le tiers acquéreur².

Pour cette même raison, les auteurs affirment que, lorsque l'on saisit les actions d'une société anonyme, il y a lieu de procéder au dépôt du titre afin que le transfert à un tiers ne soit pas possible et valable de la part du débiteur. Le dépôt du titre est par conséquent la mesure de garantie de la saisie envisagée³.

¹ Mais il faut bien comprendre: seul le tiers acquéreur qui fait la preuve de l'existence de l'acquisition, et non la société sur la base d'une transmission hypothétique.

² Il en est de même si l'on saisit un bien immobilier et si l'entrave n'est pas notée préventivement au Registre de la Propriété; si avant la vente le débiteur vend l'immobilier et le tiers inscrit son droit au Registre, l'immobilier en question demeure soustrait à la saisie.

³ C'est clairement dans ce sens que s'exprime CARRERAS (Jorge): *El embargo de bienes*, 1957, p. 489, que la *Réplique* cite (V, par. 552, pp. 408 et 409, et par. 556, p. 414), en altérant totalement sa signification. L'auteur en question explique, dans le chapitre consacré à la « garantie du rattachement des biens et des droits », que la saisie des actions des sociétés anonymes et celle des parts sociales dans les sociétés à responsabilité limitée jouissent d'un traitement différent, étant donné que, pour ce qui est des premières il faut admettre que le débiteur transmette à un tiers l'action moyennant la remise du titre, tandis que pour les secondes cela n'est pas possible. Et il affirme textuellement que: « Comme conséquence de cette diversité, la garantie lorsqu'elle est adoptée doit être forcément différente pour éviter la soustraction à l'exécution du bien ou du droit intéressé; s'agissant d'actions, il suffira que l'on procède au dépôt du titre ou de l'action pour que le transfert ne soit plus possible » (les italiques ne figurent pas dans l'original). C'est-à-dire que selon le Professeur Carreras, le dépôt survient lorsque les actions ont déjà été saisies et afin de prévenir la soustraction, au moyen d'un acte de disposition de la part du débiteur, qui frustrerait la saisie (voir A D 73).

Mais le fait que le dépôt des titres soit possible et à conseiller, en tant que mesure visant à éviter des actes de disposition de nature *frauduleuse de la part du débiteur*, ne signifie absolument pas, comme le prétend le Gouvernement belge, que la saisie n'existe que lorsque le dépôt ou la saisie physique des titres est possible¹. Le Gouvernement belge ne peut citer aucun auteur qui soutienne une telle affirmation, bien qu'il veuille le faire croire au moyen de citations tronquées².

224. Dans l'arrêt du 17 avril 1917 on met également très clairement en relief que les actions d'une société anonyme peuvent être vendues aux enchères publiques et remises à l'adjudicataire, même sans la détention matérielle des titres.

Le Gouvernement belge veut opposer à ce principe d'autres arrêts du Tribunal Suprême (R., V. par. 557, p. 414). Or il suffit de lire le propre texte de la *Réplique* pour se rendre compte du fait que les arrêts invoqués ne se rapportent absolument pas au problème de savoir si les droits d'un actionnaire peuvent être ou non saisis et vendus sans la saisie physique des titres.

Certains de ces arrêts³ se réfèrent à la qualification des actions en tant que titres-valeurs et à leur transmission normale dans le cadre des échanges commerciaux, en marge de toute exécution singulière ou universelle.

Le seul arrêt qui se rattache à une hypothèse de saisie et d'exécution de titres-valeurs — qui n'étaient pas des actions d'une société anonyme⁴ —, concerne une situation de fait entièrement différente de celle tranchée dans l'arrêt du 17 avril 1917. Certains titres du débiteur, déposés à la Banque d'Espagne, avaient été saisis comme appartenant au débiteur alors qu'en réalité ils appartenaient à des tiers. Il est clair que puisque l'on avait saisi dans ce cas les titres moyennant l'apprehension physique des documents, le Gouvernement belge ne peut prétendre que le Tribunal suprême ait tranché la question de savoir si les droits d'un actionnaire sont saisissables ou non sans l'apprehension des titres.

Lorsqu'on saisit les droits d'un actionnaire, deux cas peuvent se produire: a) les titres ne sont pas soustraits et peuvent être saisis physiquement; dans ce cas leur vente judiciaire s'adapte aux normes sur la transmission des biens meubles; b) les titres ayant été soustraits, les droits peuvent être identifiés, en dépit de cela comme appartenant au débiteur et, dans ce cas, nous avons déjà vu que leur saisie et vente judiciaire sont possibles et s'adaptent aux normes sur la vente des droits incorporels⁵.

¹ Lorsqu'il s'agit de biens immeubles, la différence est également notoire; si la saisie n'est pas annotée préventivement au Registre de la Propriété, elle est malgré tout valable, d'où il résulte que si, vendus aux enchères publiques les biens continuent à appartenir au débiteur lorsque l'écriture est dressée par le Juge, la vente est parfaite et doit être inscrite au Registre. C'est dans ce sens que s'est prononcée la Direction Générale des Registres dans un arrêt du 22 novembre 1929, reprenant l'ancienne doctrine défendue par le Tribunal Suprême dans ses arrêts du 1^{er} mai 1884, du 12 mai 1886 et du 10 octobre 1889.

² On ne peut mettre en doute que la citation doctrinale relative à l'ouvrage *El embargo de bienes* est tronquée. Sur ce point, cf. A.D. 73, Ap. N° 2.

³ Il s'agit des jugements du 30 mai 1895 et du 5 juillet 1945.

⁴ Il s'agit du jugement du 26 juin 1946, dont le Gouvernement belge fait *grand cas* (R., par 551, p. 408; et par. 557, p. 414); et du fait qu'il ne résout pas une situation de fait analogue, il est cité dans la *Réplique* en mutilant délibérément le texte (cf. A.D. 72, Ap. N° 2).

⁵ C'est ainsi que s'exprime l'arrêt du 17 avril 1917 (cf. A.D. 72, Ap. 1).

Les deux cas étant différents et incompatibles, il n'est pas licite d'invoquer des citations doctrinales ou jurisprudentielles se rapportant au premier dans le but de prétendre que grâce à elles on a tranché le second¹.

225. On conçoit aisément que la *Réplique* consacre à l'arrêt du 17 avril 1917 quelques lignes (R., V, par. 563, p. 419). Le Gouvernement belge se voit contraint de reconnaître qu'un créancier peut se faire adjuger en paiement « la participation du débiteur dans une société anonyme », ce qui demande nécessairement une saisie antérieure valable. Or il s'efforce immédiatement après de dénaturer cette reconnaissance en affirmant que l'adjudicataire ne pouvait percevoir les dividendes ni exercer les droits sociaux attachés aux actions tant qu'il n'avait pas la possession matérielle des titres et que de ce fait il aurait du recourir à un deuxième procès afin d'obtenir que ces derniers lui soient remis par la société.

Au moyen de ces affirmations si ambiguës, il semble que le Gouvernement belge prétend soutenir que ce qui fut saisi et vendu ce ne furent point les actions, mais un simple droit vis-à-vis de la société, afin que celle-ci procède à la remise des duplicata des titres. Si c'est là effectivement l'explication fournie par la *Réplique*, et il semble qu'il n'y en ait pas d'autre, elle s'avère fautive aussi bien de fait que de droit.

De fait, parce que le Tribunal suprême condamna la société à remettre les nouveaux titres aux adjudicataires puisque ces derniers étaient les *propriétaires et possesseurs* des actions, sans avoir jamais eu matériellement les titres en leur pouvoir, et du simple fait qu'on leur avait remis une attestation de l'adjudication. Et parce que la demande d'expédition de nouveaux titres ne fut pas formulée en un second procès, mais au moyen d'une demande incidente formulée lors de l'exécution proprement dite.

De droit, parce que étant les *propriétaires et possesseurs* des actions, ils étaient de véritables membres de la société et comme tels ils *pouvaient* percevoir les dividendes et exercer les droits sociaux attachés aux actions. Tout autre est le fait que l'autre actionnaire de la société, complice du débiteur, qui dirigeait la compagnie, n'ait pas permis que les adjudicataires exercent les droits économiques et sociaux attachés aux actions sous prétexte qu'ils n'étaient pas des associés parce qu'ils ne possédaient pas matériellement les titres; c'est ce qui rendit nécessaire la demande contre la société.

Il est donc évident que les adjudicataires devinrent des associés non pas lorsque les titres leur furent remis, mais bien lorsque les droits leur furent adjugés; et que la remise des titres devait s'opérer du fait qu'ils étaient déjà des associés et qu'ils avaient la propriété et la possession des actions².

¹ Le Gouvernement belge, conscient de la faiblesse de son argumentation, s'en remet *in extremis* à l'article 1.482 de la Loi de procédure civile, bien que reléguant son invocation à une annexe (A.R., 94, II, p. 492). Comme on le verra à l'A.D. 71, ce précepte ne prête nul appui à la thèse belge; et, en outre, son invocation suppose un grave « oubli » de la partie adverse, car il suppose le fait de reconnaître que les actions sont des « effets de commerce », bien qu'ensuite la Partie adverse nie une telle qualification (*infra*, par. 602).

² Si le Gouvernement belge ose affirmer le contraire, il entre en contradiction manifeste avec sa propre thèse selon laquelle il n'y a pas deux droits différents, l'un sur la condition abstraite d'associé et l'autre sur le titre, chacun « avec sa propre destinée ».

b) *La déclaration de faillite exige la saisie de tous les droits du failli, qu'ils soient ou non incorporés à des titres-valeurs, indépendamment du fait que l'on puisse ou non saisir matériellement les titres*

226. Le Gouvernement belge ne peut nier que la déclaration de faillite provoque en droit espagnol la perte pour le failli de la disposition et de l'administration de son patrimoine, et que les actes de disposition qu'il réalise après la déclaration de faillite ou après la date à laquelle rétroagissent les effets de celle-ci sont nuls (art. 878 du Code de commerce)¹.

Au moment où se produit la déchéance du failli, les organes de la faillite se trouvent habilités pour exercer ses droits. C'est là une chose admise par la doctrine et affirmée par la jurisprudence sans aucune hésitation.

La conséquence de la déchéance du failli et de l'habilitation simultanée des organes de la faillite ne peut être que la suivante, savoir que par la déclaration de faillite et l'ordre de saisie générale des droits et actions du failli tous les droits de celui-ci se trouvent être *de jure* saisis et intégrés à la masse de la faillite.

Dans la conception juridique espagnole (C.M., IV, pars. 49 et 50, p. 275), les droits ne peuvent se trouver sans sujet habilité pour les exercer. Le droit, comme la nature, a horreur du vide.

Il est absolument indispensable, lorsque le failli possède des droits dans son patrimoine, que lesdits droits soient intégrés à la masse de la faillite afin qu'ils puissent être exercés par les organes de celle-ci, tout exercice desdits droits de la part du failli étant radicalement nul². Si l'on attendait que les titres soient saisis matériellement, il se produirait un vide que le droit ne saurait tolérer.

Dans l'exécution singulière, la saisie (*embargo*) et la vente judiciaire des droits de l'actionnaire sont possibles même lorsque les titres ne peuvent être saisis. Il ne s'agit point qu'ils puissent l'être également et à fortiori dans la faillite. Le caractère d'universalité de celle-ci produit bien au contraire la saisie *ipso facto* et *ope legis*, conséquence inéluctable de la déclaration de faillite³.

Le Gouvernement belge s'est abstenu de contester ce principe fondamental de la faillite en Espagne. Il s'est contenté d'affirmer qu'aucune base juridique n'avait été invoquée dans le *Contre-mémoire* pour justifier le fait que les droits sont saisis même sans main-mise sur les titres qui les représentent. Le fondement juridique correspondant n'est ni plus ni moins que l'article 878 du Code de commerce correctement interprété. La *Réplique* devait démontrer la non-applicabilité de cette disposition ou l'inexactitude de l'interprétation qu'en donne le *Contre-mémoire*, et il est évident qu'elle n'a même pas cherché à le faire.

¹ La *Réplique* le reconnaît (V, par. 549, p. 406), bien qu'elle donne ensuite à cette disposition une interprétation qui est celle de la doctrine française et belge, interprétation totalement incompatible avec celle des tribunaux espagnols (cf. *infra*, pars. 243 ss., et A.D. 77).

² Ainsi qu'on le verra par la suite (cf. *infra* par. 243 et A.D. N° 77), la sanction à l'égard des actes du failli est la nullité radicale et non la simple non-opposabilité comme le croit le Gouvernement belge.

³ Cf., au sujet des différences existant entre l'*embargo* (saisie dans l'exécution singulière) et la *ocupación* (saisie dans la faillite), l'A.D. 79.

227. Que les droits puissent *en fait* être exercés par les organes de la faillite dès l'instant de la déclaration de la faillite est quelque chose de tout à fait distinct. L'exercice en question ne dépend pas de la saisie matérielle des titres, mais de l'identification par ce moyen ou par tout autre, des droits concrets comme appartenant au failli.

Les déclarations judiciaires relatives à la saisie concrète de certains droits n'ajoutent à la déclaration de faillite aucun effet autre que celui d'identifier les droits qui appartenaient au failli et se sont trouvés à ce titre englobés dans la masse à compter de la date de déclaration de la faillite ¹.

228. Dans l'exécution singulière les droits d'actionnaire du débiteur saisis peuvent, comme nous l'avons dit, être vendus même en l'absence d'une saisie matérielle des titres. La remise d'un certificat d'adjudication suffit à transférer à l'acheteur la *propriété* et la *possession* des actions vendues. Ce qui est possible dans l'exécution particulière est obligatoire dans la faillite. La *Réplique* reconnaît (V, par. 563, p. 419) que l'adjudicataire des participations d'un débiteur dans une société anonyme a le droit, à tout le moins, d'intenter une action contre la société pour que celle-ci annule les titres et lui en remette de nouveaux. Cet aveu est très significatif et doit être retenu par la Cour.

Cela veut dire que même dans le cas où les actions appartenant à la *Barcelona Traction* n'auraient pas été des actions de sociétés à membre unique, l'adjudicataire aurait acquis du fait de la vente la propriété et la possession des actions vendues, qu'il aurait pu exercer contre l'*Ebro* et autres filiales les actions judiciaires opportunes pour leur faire annuler les titres ou certificats et leur faire émettre d'autres titres sous forme de duplicatas.

Les choses étant ainsi, et la partie adverse le reconnaissant, il est bien évident qu'une condamnation des sociétés filiales par les tribunaux espagnols ne pouvait provenir que de l'inaccomplissement par celles-ci de leur obligation d'émettre effectivement les duplicatas. Si les tribunaux condamnent, ils le font parce qu'il préexiste une obligation à la charge du condamné. Lorsque la société à laquelle les actions saisies et vendues appartiennent émet ensuite des duplicatas et les remet à l'adjudicataire, elle ne fait que remplir son obligation et éviter une condamnation judiciaire.

Dès lors parler de fausseté des nouveaux titres, de brutale annulation des titres, etc., ne constitue qu'une absurdité. C'est à la lumière de la jurisprudence résultant de l'arrêt du 17 avril 1917 et de cet aveu de la partie adverse qu'il faut juger l'ensemble de la question des titres des filiales, question sur laquelle le Gouvernement belge insiste tant.

B. La déclaration de faillite de la *Barcelona Traction* a conféré aux organes de cette faillite la possession légitime des titres

229. La *Réplique* (par. 564, p. 420) admet expressément que la déclaration de faillite en Espagne produit le dessaisissement du failli, et que de ce fait naît pour les organes de la faillite le droit de se faire remettre les biens appartenant au failli, soit par celui-ci, soit par un tiers lorsqu'il s'agit de biens qui ne se trouvent pas au pouvoir du failli. Elle ajoute à ce sujet :

¹ Comme nous le verrons par la suite, les déclarations du Juge de Reus sur la possession médiate et civilissime des titres n'ont apporté aucune virtualité juridique à la déclaration de faillite (C.M., IV, par. 70, p. 287). Mais elles ont servi à identifier quels étaient les droits détenus par le failli qui devaient à ce titre être considérés comme saisis et intégrés à la masse de la faillite (cf. *infra*, pars. 269 ss.).

* Ce droit, qu'on l'appelle *jus possessionis*, possession médiata et civilissime, ou de tout autre nom, existe aussi bien à l'égard des titres négociables qu'à l'égard des autres biens »¹.

Le désaccord naît donc au sujet de la nature et de la portée du *dessaisissement*.

Le dessaisissement entraîne, dans le système juridique espagnol, la *mise en possession* des organes de la faillite pour tous les biens et avoirs du failli, quelle que soit leur nature. Le pouvoir détenu par les organes de la faillite de saisir matériellement ces biens et avoirs, leur droit à se les faire remettre par le failli et par les tiers, naissent du fait qu'ils sont les véritables possesseurs. Le *jus possessionis* est un *droit de possession* et non un *droit à la possession*, une possession réelle et légitime et non une simple vocation à posséder.

La *Réplique* cherche à combattre cette doctrine constante du droit espagnol en invoquant les arguments suivants :

1. La possession est un « état de fait » (R., par. 564, p. 420). Il ne peut par conséquent y avoir possession proprement dite sans acte de prise de possession effective (R., par. 550, p. 406);

2. Les actes de prise de possession doivent avoir lieu conformément aux dispositions des articles 1334 et 1335 de la Loi de procédure civile en rapport avec l'art. 1046 du Code de commerce de 1829, lesquels disposent « comment la saisie doit matériellement s'effectuer ». S'il n'en était point ainsi, ces dispositions manqueraient, d'après le Gouvernement belge, d'utilité (R., par. 550, pp. 406 et 407);

3. La possession matérielle des biens est nécessaire pour que ceux-ci puissent être vendus, puisque la vente « n'est pas possible » lorsque les biens aliénés ne peuvent être remis matériellement à l'acheteur (R., par. 551, pp. 407 et 408);

4. Les auteurs espagnols nient la thèse suivant laquelle les organes de la faillite seraient dispensés de prendre matériellement possession des biens composant le patrimoine du débiteur (R., par. 552, pp. 408 et 409).

Autant d'affirmations, autant de choses fausses.

1. *La possession n'exige point la détention matérielle du bien en tant que seul mode d'exercice, non plus que l'appréhension matérielle en tant que seul mode d'acquisition*

230. Le Gouvernement belge joue continuellement sur les mots équivoques en leur attribuant le sens qui lui convient le mieux en fonction des circonstances. Il parle ainsi souvent de possession « effective » et d'actes de « prise de possession » sans indiquer ce qu'il entend exactement par là. Il passe ensuite, sans fournir la moindre démonstration, aux expressions de possession *matérielle* et de prise de possession *matérielle* des biens. Il est donc clair que pour la *Réplique* il n'existe d'autre possession que la détention matérielle d'un bien, et que la possession ne peut s'acquérir que par des actes d'appréhension matérielle des biens.

¹ Elle ajoute encore : « Sur ces points, le Gouvernement belge est d'accord avec ce qui est dit dans le *Contre-mémoire*. »

Or cette thèse se trouve être en contradiction manifeste avec la reconnaissance qu'il est obligé de faire du fait qu'en droit espagnol (R., V, par. 549, p. 406), il existe une possession médiante et une possession civilissime. La possession médiante, par définition, ne constitue pas un état de fait qui suppose la détention matérielle ou physique du bien puisque c'est le possesseur immédiat qui est détenteur. Dans la possession civilissime, par définition également, la possession s'acquiert¹ sans aucun acte d'appréhension matérielle ou physique. On ne peut donc pas affirmer que la possession soit en droit espagnol un « état de fait » et qu'il n'y existe point de possession sans saisie matérielle.

231. L'article 438 du Code civil distingue les divers modes d'acquisition de la possession. Ces modes sont : l'appréhension matérielle de la chose ou du droit possédé ; leur soumission à notre volonté ; et les actes propres et les formalités légales établies pour l'acquisition de ce droit².

Il existe donc une disposition légale explicite qui dispose que l'appréhension matérielle ou physique ne constitue que l'un des moyens d'acquérir la possession, mais non le seul et unique. Le Gouvernement belge ne souffle mot au sujet de ce que soutient le *Contre-mémoire* (IV, par. 57, p. 279)³.

Dans tous les cas où un sujet de droit acquiert la possession, et non la propriété, par un mode d'acquisition autre que l'appréhension matérielle du bien, il devient en droit espagnol un possesseur « effectif », c'est-à-dire légitime, et non un simple titulaire d'une vocation à la possession⁴.

232. La *Réplique* a dû manifestement battre en retraite au sujet des positions qu'avait prises le Gouvernement belge antérieurement. Elle s'est vue contrainte de reconnaître qu'il existe une possession médiante sans la limiter comme auparavant au propriétaire d'un bien par rapport à un tiers possesseur immédiat⁵ ; que la possession civilissime ne constitue ni une conception magique, ni une pure invention créée, pour les besoins de la cause, dans la faillite de la *Barcelona Traction*⁶ ; qu'une possession peut

¹ L'exemple classique est celui de l'art. 440 du Code civil qui consacre le principe « le mort saisit le vif ».

² « La possession s'acquiert par l'appréhension matérielle de la chose ou du droit possédé, ou par le fait qu'ils sont soumis à l'action de notre volonté, ou par des actes propres et formalités légales établies pour l'acquisition de ce droit » (art. 438 du Code civil).

³ Mais comme cette disposition le gêne, et pour cause, il affirme plus loin, avec sa légèreté caractéristique, que l'art. 438 du Code civil « traite des modes d'acquisition de la propriété » (R., p. 423, note 1). A quoi donc prétend parvenir le Gouvernement belge en faisant des affirmations dont la fausseté est aussi facilement vérifiable ? Le deuxième Livre du Code civil espagnol traite « Des biens, de la propriété et de ses modifications ». Le troisième Livre est consacré aux règles concernant « Les divers modes d'acquisition de la propriété ». Or l'article 438 du Code se trouve compris dans le titre V du deuxième Livre, intitulé « De la possession », et constitue la première disposition du Chapitre II dudit titre, sous le chapeau « De l'acquisition de la possession ».

⁴ Le Gouvernement belge continue à jouer avec les mots. Lorsque le *Contre-mémoire* a affirmé que celui qui acquiert la possession de façon civilissime acquiert un *ius possessionis*, il a exprimé de façon fort claire qu'il s'agissait d'un « droit de possession ». Celui qui n'a droit qu'à la remise du bien sans en avoir encore acquis la possession n'a qu'un « jus possidendi », ou « droit à la possession », ce qui est fort différent. (Cf. A.D. 78)

⁵ Cette limitation défendue devant la Cour (*Procédure orale*, III, p. 619) a été réfutée de façon si convaincante (C.M. par. 63, p. 284), que le Gouvernement belge n'a pas osé insister. Son silence constitue un aveu.

⁶ *Contre-mémoire*, par. 62, p. 283, et A.C.M. 37, VII, pp. 197 ss. La *Réplique* le reconnaît (p. 406, note 1), sans que sa restriction possède la moindre valeur.

fort bien être médiate quant au mode d'exercice, et civilissime quant au mode d'acquisition¹.

Mais elle veut ensuite, avec une inconséquence manifeste, continuer à soutenir que la possession est un « état de fait » consistant en la détention matérielle, et qu'elle ne peut s'acquérir que par l'appréhension matérielle. Tout commentaire serait superflu.

2. *La possession conférée par la déclaration de faillite aux organes de la faillite n'ôte point leur sens aux mesures de saisie prévues par la loi*

233. Le système juridique espagnol ne contient pas, en matière de faillite, de règles spéciales régissant la possession des organes de la faillite. On applique dans cette procédure particulière les règles de caractère général, et sur cette base il faut déterminer si les organes de la faillite sont possesseurs du fait de la déclaration, ou s'ils ne possèdent qu'un droit à la possession.

En droit espagnol n'est pas possesseur seulement celui qui détient matériellement le bien, ce qui fait que la possession matérielle ne peut servir de critère, contrairement à ce que prétend la *Réplique*, pour déterminer si un sujet de droit s'est vu ou non attribuer la possession.

Le possesseur médiat ou immédiat, détenteur matériel ou non, est celui qui est qualifié pour faire valoir sa position privilégiée à l'égard d'un bien au moyen de l'exercice des actions possessoires qu'accorde le droit en faisant abstraction du fait que le sujet de droit soit ou non propriétaire. Celui qui a qualité pour exercer les actions accordées au possesseur détient la possession. Celui à qui l'exercice de ces actions est interdit ne la détient point.

Or à partir du moment même où la faillite est déclarée, le failli ne peut utiliser aucune action possessoire. Les organes de la faillite acquièrent au contraire la qualité pour exercer en leur propre nom les actions possessoires nécessaires pour protéger les biens qui se trouvent dans la masse de la faillite et pour y faire réintégrer les biens qui en sont indûment sortis.

234. Il est absolument indéniable que le failli n'a pas la capacité nécessaire pour exercer lesdites actions possessoires. Il peut en fait continuer à détenir matériellement les biens puisqu'une déclaration judiciaire ne saurait lui faire perdre la détention lorsqu'elle n'est point suivie d'une appréhension matérielle desdits biens mais, en droit, il cesse d'être considéré comme possesseur puisqu'il ne peut plus prétendre protéger la possession, que ce soit à l'égard des organes de la faillite ou à l'égard des tiers.

¹ Le Gouvernement belge a nié le fait que la possession puisse être à la fois « médiate et civilissime » (M., I, p. 48, note 1). Face à la réponse contondante du *Contre-mémoire* (C.M., IV, par. 65, p. 285), la *Réplique* n'a pas trouvé d'argument à opposer. Pour masquer son silence, elle prétend tout simplement que le Gouvernement espagnol a avoué, en se référant à la possession civilissime en tant que mode d'acquisition, que les organes de la faillite n'acquièrent pas une possession actuelle, mais une vocation à la possession (R., V, par. 549, p. 406). Cela représente une déformation notoire de la notion de possession civilissime en droit espagnol, notion exposée dans le *Contre-mémoire* (C.M. par. 61, p. 283, et A.C.M., 37, VII, pp. 197 et ss.). La possession civilissime est celle qui s'acquiert par l'effet de la loi et est qualifiée par le mode d'acquisition. Elle est donc parfaitement compatible avec la possession médiate, laquelle est qualifiée par le mode d'exercice.

Lorsque, avant ou après la déclaration de faillite, un tiers soustrait un bien qui était en possession du failli, ce dernier ne peut, se trouvant déchu par l'effet de la déclaration de faillite¹, exercer l'action possessoire dite *réintégrande* (*interdicto de recobrar la posesión*)². Lorsqu'un tiers réalise des actes qui constituent une menace de dépouillement à l'égard de biens qui se trouvent encore détenus matériellement par le failli, ce dernier ne peut, se trouvant déchu, exercer l'action possessoire dite *complainte* (*interdicto de retener la posesión*)³. Enfin lorsqu'un fonds ou immeuble appartenant au failli est possédé à titre immédiat par un tiers sans titre, ou en vertu d'un titre devenu non valable, par exemple un bail susceptible d'être résolu pour une cause légale, le failli ne peut, une fois déchu, exercer l'action possessoire dite *procédure de congé* (*juicio de desahucio*)⁴.

La raison de cette impossibilité pour le failli d'exercer les actions réside dans sa déchéance et son dessaisissement. L'incapacité du failli n'intervient pas seulement dans le domaine commercial, elle s'étend également au domaine de la procédure. Le failli n'a pas la qualité requise pour exercer toutes les actions judiciaires, y compris les actions possessoires (A.C.M., N° 36, VII, pp. 192 ss.).

235. Parallèlement à cette dépossession du failli, les organes de la faillite acquièrent la qualité requise pour exercer les actions possessoires nécessaires pour protéger la masse. Ils peuvent au moyen de la réintégrande (*interdicto de recobrar*) récupérer ce que le failli a perdu avant ou après la déclaration de faillite et, au moyen de la complainte (*interdicto de retener*), ils peuvent faire face aux menaces ou risques imminents de dépouillement provenant d'un tiers.

Nier cela reviendrait à admettre la chose absurde que les biens de la masse ne pourraient être protégés ni par le failli, ni par les organes de la faillite au moyen des actions possessoires, ce qui fait que n'importe qui pourrait se les approprier tant que les organes de la faillite ne seraient pas parvenus à obtenir l'appréhension matérielle desdits biens. Il se produirait ainsi le vide juridique que le droit ne saurait tolérer.

C'est pour cela que le droit accorde auxdits organes la représentation de la faillite, dans la procédure et hors de celle-ci, leur permettant ainsi de défendre leurs

¹ N'oublions pas que la déchéance équivaut à l'incapacité (A.D. N° 77).

² La nature de la réintégrande (*interdicto de recobrar*) en tant qu'action possessoire est reconnue par le Gouvernement belge lui-même (*Réplique*, V, par. 550, p. 407) lorsqu'il dit que cet «interdicto» est «une action possessoire analogue à la réintégrande du droit français».

³ La complainte (*interdicto de retener*) est une autre action possessoire accordée par la Loi de procédure civile pour protéger la possession, conjointement avec la réintégrande (*interdicto de recobrar*). Le droit espagnol prévoit divers *interdictos* et, parmi ceux-ci seuls la réintégrande et la complainte sont unanimement considérés par la doctrine comme étant des actions possessoires. Nous ne dresserons pas ici une liste interminable d'auteurs, le fait que le Gouvernement belge l'ait reconnu dans la note antérieure nous en dispensant. On ne pourrait nier le caractère possessoire de la complainte après avoir reconnu ce caractère à la réintégrande.

⁴ La nature possessoire de la procédure de congé (*juicio de desahucio*), procédure qui peut être engagée contre le détenteur à titre précaire qui jouit de l'immeuble sans verser de rente ou de participation, ou contre le locataire dont le bail est venu à terme, ou est susceptible d'être résolu pour une cause légale, est absolument indiscutable. L'art. 1564 du Code de procédure civile dispose que seront qualifiés à engager la procédure de congé (*juicio de desahucio*) tous ceux qui détiendront la *possession réelle* de la propriété à titre de propriétaires, d'usufruitiers ou à tout autre titre leur donnant droit à en jouir, ainsi que leurs ayants cause» (c'est nous qui composons en italiques). On remarquera que le terme *possession réelle* est ici forcément synonyme de *possession médiate*, puisque avec cette action on cherche précisément à obtenir la possession immédiate ou jouissance matérielle du fonds ou de l'immeuble.

droits et d'exercer les actions et exceptions qui leur reviennent (arts. 1181 et 1218, 1^o du Code de procédure civile). Les actions possessoires sont donc attribuées au séquestre-dépositaire ou aux syndics, selon les cas.

L'exercice de ces actions est réalisé par les organes de la faillite pour leur propre compte et non au nom et dans l'intérêt du failli. Le séquestre-dépositaire ou les syndics sont chargés de protéger les intérêts des créanciers. Ils agissent en leur propre nom et dans l'intérêt de ceux-ci¹ en sorte que la réintégration des biens à la masse au moyen de la réintégrande (*interdicto de recobrar*) n'est pas destinée à permettre au failli de détenir à nouveau matériellement le bien, mais à faire passer la détention aux organes de la faillite et au profit des créanciers.

236. Logiquement désireux de simplifier les arguments, le *Contre-mémoire* (IV, par. 64, pp. 284-285) a eu directement recours à l'art. 1375 du Code de procédure civile, lequel stipule que les syndics, dans des cas déterminés, rapporteront à la masse les biens dont a disposé le failli au cours des trente jours qui ont précédé la déclaration de faillite, au moyen de l'action possessoire dite réintégrande (*interdicto de recobrar*).

La *Réplique* soutient au paragraphe 550, page 407, V, que ladite disposition ne confère pas une action possessoire aux syndics² et qu'elle ne se réfère à la réintégrande (*interdicto de recobrar*) « uniquement quant à la procédure à suivre »³.

Cette affirmation est erronée. Par la déclaration de faillite certains contrats réalisés par le failli sont radicalement nuls et les biens qui sont sortis du patrimoine du débiteur par suite de ces contrats reviennent *ipso jure* dans ledit patrimoine. Le tiers, au point de vue juridique, retient matériellement ces biens, mais la possession légitime est passée à la masse et aux organes de la faillite. C'est pour cela que les syndics détiennent l'action possessoire ou ad-interdicta laquelle, naturellement, est exercée par le moyen de la réintégrande (*interdicto de recobrar*)⁴.

237. Le *Contre-mémoire* a démontré (A.C.M., 35, VII, pp. 187 à 191) que les organes de la faillite détiennent, ainsi que le reconnaît la jurisprudence, la possession réelle et médiate des biens de la masse⁵, et qu'ils peuvent exercer à ce titre l'action possessoire dite procédure de congé (*juicio de desahucio*) afin d'obtenir l'expulsion

¹ Les organes de la faillite se différencient en cela des représentants légaux d'un mineur ou d'un incapable. Le père ou le tuteur qui exerce les actions possessoires contre celui qui dépouille ou trouble la possession du mineur, agit pour le compte et dans l'intérêt de ce dernier. Le mineur continue à être le possesseur, et non point son représentant légal. Les organes de la faillite agissent par contre en nom propre et pour sauvegarder les intérêts des créanciers.

² D'après le Gouvernement belge « on conçoit mal, en effet, comment les syndics pourraient se prévaloir d'une possession quelconque à l'égard des biens qui ne se trouvent pas dans le patrimoine du débiteur, et dont celui-ci, lui-même, n'avait donc pas la possession ».

³ La doctrine espagnole ne fournit aucun appui à cette thèse. RIVES Y MARTI (Francisco de P.) par exemple *Teoría y práctica de actuaciones judiciales en materia de concurso de acreedores y quiebras*, Madrid 1954, II, p. 518, affirme que l'art. 1375 établit une action ad-interdicta fondée sur la présomption que la masse des créanciers a été dépouillée frauduleusement des biens dont il s'agit; et RAMIREZ (José A.), *La quiebra*, Barcelone 1959, II, p. 122, affirme que ladite disposition concerne « un cas très spécial d'interdit possessoire « récupérateur » (*interdicto posesorio recuperatorio*) ». Il ne s'agit donc point d'une procédure coïncidant avec l'action en possession, mais d'une action ad-interdicta destinée à porter remède à un dépouillement subi par la masse des créanciers.

⁴ On peut trouver une démonstration complète à A.D. 78.

⁵ L'administrateur judiciaire des fruits et rentes saisis dans une exécution particulière détient la même possession réelle et médiate sur les biens objet du séquestre.

à caractère comminatoire du détenteur à titre précaire ou du locataire dont le droit à posséder s'est éteint par suite d'une cause légale. La procédure de congé (*desahucio*) peut être engagée même contre le failli lorsque c'est lui qui occupe un fonds ou un immeuble lui appartenant ¹.

Les organes de la faillite n'ont pas, comme de bien entendu, pu acquérir la qualité de possesseurs médiats au moyen de l'appréhension matérielle du bien puisque cette action tend précisément à placer ledit bien en leur pouvoir matériel. Leur possession est donc *médiate* quant au mode d'exercice, et *civilissime* quant au mode d'acquisition.

L'affirmation de la *Réplique* (V, par. 549, p. 406) qu'il n'y a pas de précédent montrant que les notions de possession médiate et civilissime aient été appliquées à la faillite constitue une nouvelle erreur ².

238. Il est vrai que l'article 1046 du Code de commerce de 1829 prévoit l'adoption par les organes de la faillite d'une série de mesures de saisie des biens. Le caractère obligatoire de ces mesures n'est absolument pas incompatible avec le fait que les organes de la faillite acquièrent la possession par le dessaisissement du failli, et l'on ne peut pas dire pour autant que la mise en possession desdits organes priverait de sens les art. 1046 et autres.

Il y aurait incompatibilité si la possession acquise par les organes de la faillite consistait en une détention matérielle, mais c'est là une chose que le Gouvernement espagnol n'a jamais prétendue ³.

Le fait que la déclaration de faillite implique une prise de possession réelle et effective par les organes de celle-ci à l'égard de la totalité des biens et avoirs du failli ne suffit pas pour assurer l'intangibilité du patrimoine de ce dernier. Tant que celui-ci détiendra matériellement les biens, il pourra les distraire matériellement de la masse et en disposer au préjudice des créanciers.

Lorsque d'autre part le failli ne possède pas matériellement ou de façon immédiate le bien du fait qu'il l'a transmis à un tiers à un titre qui n'enlève pas la possibilité de le revendiquer, disons par exemple le dépôt, les organes de la faillite doivent veiller à ce que les biens dont ils ont la possession médiate ne soient pas soustraits par le détenteur matériel. Pour ce faire, ils doivent attacher le bien audit tiers afin que celui-ci ne puisse pas, par la suite, remettre ladite possession matérielle au failli, et soit contraint de laisser le bien à la disposition des organes de la faillite.

¹ Lorsque le failli occupe un logement dont il est propriétaire, les organes de la faillite ne peuvent pratiquer l'expulsion à titre comminatoire (*lanzamiento*) en tant que mesure de saisie. Ils doivent recourir à l'action que la loi accorde aux possesseurs réels ou médiats, à savoir la procédure de congé (*desahucio*), puisque le failli n'est plus réputé possesseur, mais simple détenteur ou détenteur matériel.

² Le Gouvernement belge a soutenu la même affirmation dans la *Mémoire* (I, par. 93, p. 48). Il prétend dans la *Réplique* que le Gouvernement espagnol « n'est pas parvenu à démontrer le contraire ». Si la partie adverse a lu l'arrêt du Tribunal suprême du 30 octobre 1885 (A.C.M., 35, VII, pp. 190 et 191), arrêt dont la jurisprudence a été reprise par de nombreux arrêts postérieurs, elle a pu se rendre compte que la jurisprudence espagnole a appliqué à la procédure de faillite la notion de possession réelle ou médiate qui n'a pu être acquise que de façon civilissime. Le Gouvernement espagnol « est par conséquent parvenu à démontrer le contraire ».

³ C.M., IV, pars. 58 et 59, p. 281; par. 67, p. 285. Il est affirmé à de nombreuses reprises que la possession médiate accordée aux organes de la faillite coexiste avec la possession ou détention matérielle du failli « tant que les biens n'ont pas été matériellement saisis ».

Les mesures de saisie prévues par l'art. 1334 du Code de procédure civile et par les arts. 1046 et autres du Code de commerce de 1829 répondent à ce but élémentaire. Elles jouent donc un rôle de garantie à l'égard des biens déjà possédés de façon médiate par les organes de la faillite, et ce pour empêcher leur destruction ou soustraction *de fait* du patrimoine du failli ¹.

239. La thèse du Gouvernement belge selon laquelle la possession est acquise matériellement par les organes de la faillite au moyen des mesures prévues par les articles 1046 et autres exigerait en outre que toutes ces mesures soient des actes d'appréhension matérielle des biens. Ce n'est qu'ainsi que l'on pourrait parvenir à cet « état de fait » imaginé par la *Réplique*.

Le *Contre-mémoire* (IV, par. 63, pp. 283-284, et A.C.M., 37, VII, p. 212, par. 57, p. 280), a déjà démontré que toutes les mesures de conservation des biens ne comportent pas l'appréhension matérielle de ceux-ci et que les dispositions qu'invoque le Gouvernement belge, notamment les art. 1335 du Code de procédure civile et 1079 de l'ancien Code de commerce, prouvent que les organes de la faillite obtiennent la possession sans l'appréhension matérielle des biens de la masse. La *Réplique* n'a pas contredit ce qui y est exposé (A.D. 78) ².

3. L'appréhension matérielle des récépissés ou certificats ne constitue pas une condition nécessaire pour la vente des droits d'actionnaire saisis

240. La *Réplique* cherche à démontrer que le dessaisissement n'implique pas la « mise en possession ». Elle recourt pour cela à l'argument qui consiste à affirmer que la vente publique des biens requiert la remise matérielle de ceux-ci, et que cette notion « rejette la possibilité d'une vente par laquelle les biens vendus ne pourraient être délivrés matériellement à l'adjudicataire » (R., par. 551, pp. 407 et 408).

Tant les prémisses que la conclusion que l'on veut en retirer sont fausses en droit espagnol ³.

Les prémisses sont fausses puisque les droits d'actionnaire saisis dans une faillite ou dans une exécution singulière peuvent être vendus même sans la détention physique des documents ou titres. Le Tribunal suprême a admis que la propriété et la possession des actions avaient été valablement transmises par la remise d'une copie de l'acte d'adjudication, et ce bien que les titres soient demeurés cachés et aient été soustraits par le débiteur à l'exécution ⁴.

¹ La même chose se produit *mutatis mutandis* pour la saisie dans l'exécution particulière, mais il n'est pas permis de retenir comme étant absolument synonymes la saisie (*ocupación*) dans la faillite, et la saisie (*embargo*) dans l'exécution singulière, l'incapacité du débiteur n'existant pas dans cette dernière. Cf. à ce sujet A.D. 79.

² On montrera dans ladite *Annexe* la contradiction dans laquelle tombe la *Réplique* lorsqu'elle prétend d'une part qu'il n'y a pas possession ni saisie sans saisie matérielle, et d'autre part que la saisie a été étendue à l'ensemble du patrimoine des filiales bien que l'on n'ait saisi que leurs papiers et argent (R., pars. 38 ss., pp. 24 ss.).

³ Sans compter d'autres erreurs mises à jour sous A.D. 71, notamment le fait que la vente des biens de toute nature est valable et possible même sans la tradition matérielle des biens, la *Réplique* invoque un fois de plus des arrêts qui n'ont rien à voir avec le cas d'espèce, les plus appropriés se trouvant en outre être tronqués.

⁴ Tel est le cas de l'arrêt du 17 avril 1917 (cf. *supra*, par. 222 et A.D. 72).

Les droits d'actionnaire ayant été saisis, du fait de la dissimulation des titres, la vente et la tradition se trouvent être régies par les règles relatives aux droits et biens incorporels. La *traditio* s'effectue, dans la vente privée comme dans la vente judiciaire, conformément aux dispositions des articles 1464 et 1462, 2^o, du Code civil. La remise des biens vendus peut être faite au moyen d'une remise par acte authentique ou, comme en l'espèce, au moyen d'une copie de l'acte d'adjudication ¹.

241 La conclusion du Gouvernement belge est en outre fautive. Si ses prémisses étaient vraies, la seule conclusion valable serait que les organes de la faillite auraient besoin, pour pouvoir vendre les biens, de réaliser l'appréhension matérielle des biens et avoirs du failli, et ce *avant la vente*. Mais cela n'impliquerait jamais qu'ils n'aient pas acquis la possession médiata, véritable possession en droit espagnol, du fait du jugement déclaratif de faillite ².

4. *Les organes de la faillite ne sont point dispensés de la mise en possession matérielle des biens du failli lorsque cela se trouve être possible*

242. La *Réplique* met un point final à la sous-section destinée à montrer que « le droit espagnol exige la saisie effective des biens du débiteur failli » (V, pars. 549 à 552, pp. 406 à 409), en affirmant ce qui suit :

« 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 ».

Les efforts réalisés pour parvenir à cette conclusion sont dignes de « la montagne en travail ». On est complètement d'accord avec cette affirmation de la *Réplique*, car le *Contre-mémoire* n'a jamais prétendu défendre la thèse dont le Gouvernement belge affirme avoir démontré la fausseté ³.

Sur le terrain du droit, l'obligation qu'ont les organes de la faillite de satisfaire aux prescriptions de l'article 1046 et autres de l'ancien Code de commerce, n'a rien à voir avec le fait de savoir si le dessaisissement confère ou non la possession légitime auxdits organes. En effet la dépossession et les mesures de saisie poursuivent, comme nous l'avons vu, un but différent (cf. *supra*, par. 238).

Sur le terrain des faits, les organes de la faillite ont requis la *Barcelona Traction* et la *National Trust* de remettre les titres des actions, lesquels n'étaient nécessaires ni pour la saisie, ni pour la vente des droits de la société faillie. Les deux sociétés se sont refusées à donner suite à cette requête en invoquant des arguments inacceptables au point de vue du droit espagnol et en insistant, quant à la société faillie, à de multiples reprises, sur le fait que ces titres se trouvaient au Canada. Le Gouvernement belge ne prétendra point que les organes de la faillite devaient exécuter au

¹ On peut voir le texte et l'application jurisprudentielle desdites dispositions sous A.D. 71.

² Le seul auteur espagnol qui soutienne jusqu'à un certain point la thèse suivant laquelle la vente requiert la remise matérielle des biens est RAMIREZ (José A.). Cet auteur s'abstient néanmoins de formuler la conclusion fautive à laquelle parvient le Gouvernement belge. Il affirme que la déclaration de faillite provoque la dépossession du failli et la mise en possession du séquestre-dépositaire (*La quiebra*, vol. II, pp. 116 et 117). On peut voir le point de vue de cet auteur et sa critique sous A.D. 73...

³ On doit néanmoins protester avec énergie contre la méthode si souvent employée par la *Réplique*, qui consiste à lui attribuer des thèses qu'on n'a jamais soutenues pour donner ainsi l'impression d'avoir réfuté les affirmations contenues dans le *Contre-mémoire*.

Canada les mesures prévues par l'article 1046 du Code de commerce, car c'est alors que l'on aurait pu accuser les tribunaux espagnols de tolérer une usurpation de compétence¹.

C. *Les organes de la faillite pouvaient exercer valablement les droits de la société faillie sur les filiales*

243. La *Réplique* affirme (par. 564, p. 421) que tant que les organes de la faillite ne sont pas parvenus à saisir matériellement les titres d'actions au porteur :

a) les droits d'actionnaire peuvent continuer à être exercés par les détenteurs des titres, « notamment par le failli lui-même » ;

b) les organes de la faillite n'ont d'autre pouvoir que celui de s'opposer éventuellement audit exercice.

Ces deux affirmations sont inadmissibles dans le système juridique espagnol de la faillite. Elles se heurtent à l'article 878 du Code de commerce, lequel doit être interprété et appliqué en fonction de la jurisprudence du Tribunal Suprême².

Cet article contient deux dispositions fondamentales :

1. Une fois la faillite déclarée, le failli est déchu (*inhabilitado*) de l'administration de ses biens. Cette déchéance équivaut, dans le système juridique espagnol, à une incapacité patrimoniale, le failli ne conservant que la capacité d'agir dans le domaine de ses droits personnels sans incidence sur le terrain patrimonial ;

2. Tous les actes de disposition et d'administration du failli postérieurs à la date à laquelle remontent les effets de la faillite sont radicalement nuls. La nullité qui entache ces actes doit être entendue comme une nullité absolue *ipso legis potestate et auctoritate*, malgré les dispositions de la loi hypothécaire et sans tenir compte de la bonne ou mauvaise foi de l'acquéreur. Il n'existe donc aucune possibilité de réparation, et il n'est même pas besoin que les organes de la faillite exercent une action judiciaire indépendante pour obtenir une déclaration judiciaire de nullité.

Les droits inhérents à la qualité d'associé d'une société anonyme revêtent un caractère patrimonial indiscutable. Lorsque le failli est propriétaire d'actions, l'art. 878 leur est également applicable.

244 Le Code de commerce belge prévoit également, dans son article 444, un désaisissement du failli à la suite de la déclaration de faillite. Il stipule aussi que les actes réalisés par le failli après la déclaration de faillite sont nuls de plein droit. Mais l'interprétation que la doctrine et la jurisprudence belges ont donnée à cette disposition

¹ La réponse serait évidente si l'on prétendait que les organes de la faillite devaient demander l'*exequatur*, et le Gouvernement belge lui-même a pris la responsabilité de dire que les autorités canadiennes l'auraient refusé, la faillite ayant été prononcée « sur simple requête » (A.D. N° 60, vol. II, p. 511). Personne ne peut rendre les organes de la faillite responsables de ne pas avoir réalisé un acte parfaitement inutile.

² Cette interprétation a déjà été fournie quant à l'essentiel (A.C.M., num. 27 et 36, VII, pp. 149 et 193 respectivement). Sans doute influencé par son propre système juridique de la faillite, le Gouvernement belge persiste à fournir une interprétation autre que celle du Tribunal Suprême d'Espagne. Nous ferons connaître succinctement l'interprétation correcte en droit espagnol, et renvoyons la Cour à A.D. 77, pour un développement plus complet.

est différente de celle donnée par les auteurs et tribunaux espagnols à l'art. 878 du Code espagnol en vigueur.

Le dessaisissement en droit belge (et la solution est la même en ce qui concerne le droit français) comporte une privation du pouvoir d'administrer le patrimoine, mais « le failli n'est pas non plus frappé d'une incapacité. Les actes juridiques qu'il passe après la faillite sont seulement inopposables à la masse. Ni le failli, ni le tiers avec qui il a traité, ni même le curateur, ne peuvent les faire annuler »¹.

La déclaration légale selon laquelle les actes du failli postérieurs à la déclaration de faillite sont « nuls de droit » n'implique pas, comme en droit espagnol, une nullité absolue et irrémédiable, mais il faut tout simplement « entendre par là qu'ils sont inopposables à la masse »².

245. Il est donc clair que le failli peut, en droit belge, réaliser des actes de disposition sur ses biens même après la déclaration de faillite, et que les organes de cette dernière n'ont que le pouvoir de s'opposer éventuellement auxdits actes dans la mesure où ils sont préjudiciables à la masse.

Mais les tribunaux espagnols doivent appliquer les règles juridiques en vigueur en Espagne conformément à l'interprétation jurisprudentielle de leurs propres tribunaux, en particulier du Tribunal Suprême. Les actes d'exercice des droits incorporés à des actions au porteur réalisés par le failli sont radicalement nuls sans qu'il soit besoin d'une déclaration judiciaire, et non pas seulement inopposables à la masse de la faillite.

Il n'en faut pas plus pour démontrer l'origine de l'erreur du Gouvernement belge. Le manque d'information dont fait preuve la *Réplique* à l'égard du droit espagnol est toujours inexcusable.

246. L'incapacité du failli d'administrer et de disposer de son patrimoine et la sanction de nullité radicale des actes qu'il réalise font que les titres des actions au porteur ne produisent plus, à son égard, la fonction de « légitimation » propre aux titres-valeurs, de sorte qu'il ne peut exercer aucun des droits de l'associé (perception de dividendes, souscription de nouvelles actions, votes aux Assemblées générales, etc.). La vente des actions serait radicalement nulle, même réalisée par la tradition matérielle des documents, ce qui fait que le titre perd son caractère négociable tant que dure la faillite.

247. Ce qui se passe pour les actions au porteur se passe également pour les actions nominatives. Bien que le failli soit inscrit au registre social, il est affecté de la même incapacité et se voit atteint de la même sanction de nullité de ses actes. La société ne peut permettre au failli d'exercer ses droits, puisque si on lui versait des dividendes ou l'autorisait par le moyen de ses droits sociaux à porter tort à la masse, on deviendrait son complice, conformément aux dispositions de l'alinéa 4^o de l'article 893 du Code de commerce.

Lorsque la société inscrit à son registre des actionnaires un transfert effectué par le failli après la déclaration de faillite de celui-ci, non seulement cette inscription n'a aucune

¹ Jean van RYN et Jacques HELENEN, *Principes de Droit commercial*, IV, pp. 229 et 230.

² *Ibid.*, IV, p. 242.

valeur face à la sanction de nullité ¹, mais encore la société devient complice d'un détournement de biens (art. 893, 1^o, du Code de commerce).

248. En Espagne les organes de la faillite acquièrent précisément du fait de la déclaration de celle-ci la capacité d'exercer *tous* les droits du failli. En matière d'actions, que celles-ci soient au porteur ou nominatives, les droits économiques et sociaux de l'associé se trouvent compris dans cette règle générale, que la saisie matérielle des titres ait lieu ou non au même instant, ou que l'on inscrive ou non la déclaration de faillite dans le registre social.

Il n'existe à l'application de cette règle aucun obstacle du droit des sociétés ². Les organes de la faillite sont investis dans la possession, même s'ils ne détiennent pas matériellement les documents ou ne sont pas inscrits dans les registres, et ce du fait de l'acte d'autorité qu'est la déclaration judiciaire de la faillite.

Tant la société qui a émis les titres au porteur, une fois que le juge a déterminé que ceux-ci appartiennent au failli, que la société qui a inscrit le failli en tant qu'associé nominatif, sont obligées de reconnaître les organes de la faillite comme possesseurs légitimes des actions, et de leur permettre d'exercer les droits de l'actionnaire. Si elles ne consentaient point à ce qu'ils exercent ces droits, les organes de la faillite pourraient exercer les actions judiciaires opportunes pour obtenir la reconnaissance de leur droit. Mais le droit existe avant que l'action judiciaire soit exercée et que jugement soit rendu, le jugement ne créant pas les droits des organes de la faillite, mais se limitant à déclarer que ces droits leur ont été conférés *de jure* du fait de la déclaration de faillite.

249. Telle est la doctrine générale, applicable aux sociétés normales. Mais dans le cas de la *Barcelona Traction*, société dont les filiales étaient toutes des sociétés à un seul actionnaire, le phénomène revêt un caractère particulier.

Le Gouvernement belge indique que les titres des actions des filiales espagnoles, à savoir l'*Unión Eléctrica de Cataluña* et l'*Electricista Catalana*, étaient au porteur et se trouvaient entre les mains de *National Trust*; que les filiales de statut canadiens avaient des actions nominatives, et que leurs registres et les certificats se trouvaient également au pouvoir de *National Trust*. Le Gouvernement belge estime que les organes de la faillite ne pouvaient en conséquence exercer les droits des actionnaires, à moins de posséder une procuration ou un mandat du trustee (R., V, pars. 588 et 589, pp. 442-443).

Admettre cette thèse reviendrait à consacrer la logique des fraudeurs.

¹ Le Gouvernement belge ne peut prétendre que l'inscription sur un registre privé tenu par la société ou par une autre personne pour le compte de celle-ci, puisse prévaloir contre la sanction de nullité radicale des actes de disposition du failli lorsque le Tribunal suprême d'Espagne a déclaré, comme il l'a fait de façon réitérée, que vis-à-vis de cette sanction sont inefficaces même les inscriptions au Registre de la Propriété. Cf. à ce sujet l'arrêt du 17 mars 1958 (A.C.M., 27, VIII, pp. 149 et 150), dont la jurisprudence a été confirmée par les arrêts des 21 mai et 21 juin 1960, et 29 octobre 1962.

² La doctrine affirme que les organes de la faillite ont pouvoir pour exercer les droits des actions saisies, à la seule exception de GARRIGUES (Joaquin), et ce précisément dans la consultation qu'il a fournie sur la demande des personnes que défend le Gouvernement belge. On peut consulter à ce sujet, l'opinion de RAMIREZ (José A.), *La quiebra*, II, pp. 556 ss., lequel analyse et rejette l'opinion de GARRIGUES et déclare qu'il se joint à la thèse générale de PROVINCIALI, POLO Y BALLBE, GARCIA VALDECASAS et autres, à savoir que les organes de la faillite peuvent exercer les droits de l'associé même lorsqu'ils ne détiennent pas la possession matérielle des actions. (A.D. 80).

Les actions des filiales, tant espagnoles que canadiennes, appartenait intégralement en propre à la *Barcelona Traction*. La société-mère avait un pouvoir de domination absolu sur ses filiales. Conditionner l'exercice des droits par les organes de la faillite au fait que les filiales reconnaissent la légitimité de cet exercice sous prétexte qu'un mandat ou une procuration inutiles font défaut, revient à laisser au libre arbitre du failli les effets de la déclaration de faillite et à accorder une prime à la fraude et à la mauvaise foi¹.

D. *Les droits de la faillite sur les filiales devaient être considérés comme localisés en Espagne du point de vue de leur saisie dans la faillite*

1) *La localisation des droits dans l'ordre juridique espagnol.*

250. Le Gouvernement belge prétend dans la *Réplique* (V, pars. 565/72, pp. 421/7) que les droits de la faillite étaient situés au Canada. Le Gouvernement espagnol n'est pas d'accord avec cette thèse. Il accepte néanmoins de prendre pour point de départ la thèse de la *Réplique* au sujet du caractère relatif de la notion de *situs* des droits subjectifs (pars. 567/8, p. 424). On ne peut en effet admettre que les droits subjectifs soient situés en un même lieu « à quelque point de vue qu'on l'envisage » (*supra*, par. 215)². Les droits de la *Barcelona Traction* sur ses filiales devaient être par conséquent localisés au point de vue de leur saisissabilité dans une faillite déclarée sur territoire espagnol.

En application des principes du droit international privé espagnol, il s'agit par conséquent d'une question régie par la *lex fori*³. Contrairement à ce que prétend la partie adverse, il ne faut cependant pas appliquer les règles de droit espagnol qui concernent la négociation des valeurs commerciales dans les affaires commerciales⁴. Il faut au contraire appliquer les règles qui concernent la possibilité de saisir et de vendre judiciairement les droits des actionnaires sans l'appréhension matérielle des titres (*supra*, pars. 222 et ss.).

La *Réplique* a reconnu explicitement (par. 563, p. 419) que l'adjudicataire des actions dans une vente judiciaire était en droit d'exiger de la société la remise d'un duplicata des titres si ceux-ci lui avaient été remis d'une manière symbolique parce qu'ils n'avaient pas pu être saisis. Si la société n'obtempère pas, il peut obtenir sa condamnation en introduisant les actions judiciaires nécessaires devant les tribunaux espagnols. Les déci-

¹ La Cour d'appel de Barcelone, dans sa décision du 5 février 1952 (A.C.M., 153, VIII, p. 335), a déjà répondu de la façon la plus formelle à cette assertion (développée dans la *Réplique*, page 421, note 1) qui consiste à dire que le « simple fait que les titres se trouvent dans un autre pays » suffisait pour servir de « protection » à la société faillie. Le fondement de cette réponse repose sur les déclarations du Tribunal suprême (arrêt du 17 avril 1917 déjà commenté).

² Il est faux que le principe de la relativité du *situs* ait été contesté dans le *Contre-mémoire*. Le Gouvernement espagnol s'était en effet contenté d'indiquer les règles de localisation qui étaient applicables dans le cas de la faillite de la *Barcelona Traction*.

³ L'examen de la doctrine et de la jurisprudence non espagnoles, auquel procède le Gouvernement belge, est par conséquent sans pertinence. L'A.D. 44 démontre néanmoins les erreurs qui ont été commises par la *Réplique* même dans ce domaine.

⁴ Le décret espagnol du 19 septembre 1936 dont la *Réplique* (par. 565 p. 422) veut tirer on ne sait trop quelle règle concernant la localisation des actions ne signifie absolument rien à ce sujet. Ce décret est en effet sans rapport avec la saisie judiciaire de droits.

sions de ceux-ci seront effectives non seulement si la société est soumise à la juridiction espagnole en raison de l'existence d'un point de rattachement mais également si les tribunaux ont la possibilité d'exercer sur le territoire de leur juridiction l'activité exécutive nécessaire pour imposer leurs décisions aux sociétés éventuellement condamnées.

Le droit et la qualité d'actionnaire sont par conséquent localisés dans un pays du point de vue de la saisie et de la vente judiciaire lorsque l'adjudicataire peut obtenir des tribunaux un jugement reconnaissant sa qualité d'actionnaire et qu'il peut en outre contraindre la société à reconnaître ses droits en lui remettant le cas échéant un duplicata des titres. Toute autre théorie n'est qu'une fuite devant la réalité, fondée sur une abstraction doctrinale au sujet d'une localisation particulière des actions dans des hypothèses totalement distinctes de celles de la faillite examinées ici¹.

251. La *Réplique* (par. 565, p. 421 et par. 569, p. 425) affirme que les articles 547 à 566 du Code de commerce qui concernent la « dépossession involontaire de titres au porteur » consacrent le principe que le droit est localisé là où se trouve le titre. Les auteurs de la *Réplique* ont-ils lu les articles qu'ils citent? Le Gouvernement espagnol a peine à le croire. Ces dispositions traitent du cas où le propriétaire possesseur légitime de titres, de créances ou d'effets au porteur en est dépossédé par brigandage, vol ou perte. Parmi ces diverses dispositions, seul l'article 548 présente un intérêt pour la question débattue. Le propriétaire dépossédé « quelle qu'en soit la raison » peut s'adresser au juge ou au tribunal compétent pour empêcher que ses droits ne soient exercés ou que le titre soit transféré à un tiers ou enfin pour obtenir qu'on lui remette un duplicata. Après avoir accordé ces droits au propriétaire dépossédé le même article ajoute: « sera compétent le juge ou le tribunal qui exercera sa juridiction dans le district où se trouve l'établissement ou la personne du débiteur ».

Contrairement à ce que prétend le Gouvernement belge la règle citée ne donne pas compétence pour « interdire la négociation du titre » et « limiter ou paralyser la négociation du droit » aux juges ou tribunaux du lieu où les titres ont été apportés par leurs porteurs. La règle établit au contraire la compétence des juges et des tribunaux du lieu où se trouve l'établissement ou la personne du débiteur².

Quant à l'application de cette règle à la faillite, le Gouvernement espagnol admet « volontiers » que les situations sont identiques et que, comme l'affirme la *Réplique*

¹ Dans le cadre du droit espagnol le *Contre-mémoire* (IV, par. 51 p. 277) a signalé que l'art. 438 du Code civil indiquait clairement que les droits étaient possédés dans le lieu où ils sont « soumis à l'action de notre volonté ». La *Réplique* affirme (p. 423, note 1) que « cet article n'a absolument rien à voir avec le problème de la localisation des droits ». Pour étayer cette affirmation incontestablement fautive, le Gouvernement belge a dû affirmer que l'art. 438 traitait des modes d'acquisition de la propriété. On a déjà démontré plus haut (*supra*, par. 231) la gravité de l'erreur commise par le Gouvernement belge sur ce point élémentaire. Il est en effet évident que la règle concerne les modes d'acquisition de la possession. Ce qu'il importe de signaler c'est que le législateur considère qu'un droit est possédé en territoire espagnol toutes les fois qu'il est possible de le soumettre à la volonté d'une personne à l'intérieur du territoire espagnol, soit pacifiquement, soit grâce à une intervention des tribunaux. Les droits inhérents à la qualité d'actionnaire peuvent être soumis à l'action de la volonté des organes d'une faillite ou d'un adjudicataire même sans possession matérielle du titre et à condition que la société puisse être obligée par les tribunaux à reconnaître la qualité de sociétaire et la possession médiate des actions. Si les actions peuvent être possédées sur le territoire espagnol lorsque la société est soumise à la juridiction des tribunaux espagnols, c'est parce que les droits sont localisés en Espagne. Contester l'étroite relation qui existe entre les modes d'acquisition de la possession et la localisation des droits et des biens possédés revient à nier l'évidence.

² En établissant la compétence des juges ou tribunaux du lieu de l'établissement on évite la fraude que pourrait facilement commettre le détenteur, si les tribunaux du lieu de situation des titres étaient compétents, en dissimulant les titres ou en les emportant à l'étranger.

(V, par. 569, p. 425) elles doivent recevoir la même solution. Or cette solution est exactement le contraire de ce que prétend la partie adverse.

252. Conscient de ce que les règles du droit espagnol sont contraires à sa thèse, le Gouvernement belge (R. 571, p. 427) a recours à certains arguments *ad hominem*.

Il prétend tout d'abord que d'après la théorie espagnole, il serait impossible aux organes de la faillite d'un actionnaire de saisir et d'aliéner les actions de ce dernier si la société dont il détient les actions a son siège dans un pays étranger. Du fait que les droits peuvent être considérés comme étant localisés dans des endroits distincts selon l'hypothèse dans laquelle on se place et le droit positif qu'il convient d'appliquer, il est cependant parfaitement possible que les titres soient saisis et aliénés dans un autre pays que celui où la société a son siège. Ceci naturellement à condition que le droit de ce pays autorise la saisie du droit lorsque l'appréhension du titre est matériellement impossible¹.

Le Gouvernement belge se demande en outre comment les tiers — qui acquièrent les titres du failli dans le pays du siège de la société — peuvent savoir que l'aliénation est nulle dans ce pays et qu'aucun bien ne leur est transféré. La question même touche au cynisme. Lorsqu'un débiteur est déclaré en faillite et qu'il sait que les actions dont il est propriétaire ont été saisies dans le pays du siège de la société, l'honnêteté la plus élémentaire lui interdit de transmettre les titres à des tiers à titre onéreux. S'il le fait il se rend coupable d'un acte d'escroquerie sanctionné dans tous les droits puisqu'il prétend avoir un bien qu'il n'a pas. Si un tiers est victime d'une telle escroquerie, il devra s'adresser aux tribunaux du pays où le délit aura été commis. Il ne pourra par contre jamais prétendre que les tribunaux qui ont ordonné la faillite et qui ont saisi les actions conformément à leur droit lui ont causé un préjudice².

2. La localisation des droits de la faillite

253. Les Tribunaux espagnols auraient été en droit de saisir et de vendre les droits de la société faillie sur les filiales de la *Barcelona Traction* même si ces filiales avaient été des sociétés normales. Les filiales étaient cependant des sociétés *anormales* créées

¹ Si celui qui achète les titres dans un pays fait valoir ses droits sur la société située dans un autre pays et que les organes de cette société reconnaissent la validité de ce transfert, il n'y aura eu ni litige ni conflit entre le droit du lieu de situation des titres et celui du siège de la société.

Mais si la société se refuse à reconnaître la validité du transfert il est évident qu'il ne pourra être rendu effectif que si l'adjudicataire s'adresse aux tribunaux du pays du siège de la société en demandant l'*exequatur* ou en introduisant les actions déclaratives nécessaires. Le pays où la société a son siège pourra reconnaître la validité du transfert si aucune règle de son propre droit ne s'y oppose et si le débiteur n'a pas été déclaré en faillite sur son territoire.

Le *Contre-mémoire* n'a par exemple jamais contesté que, dans la mesure où le droit canadien les y autorisait, les tribunaux canadiens auraient pu ordonner l'aliénation du porte-feuille de la *Barcelona Traction* sans commettre aucune usurpation de compétence. On doit cependant également rappeler que si les hommes de paille de la faillite qui administraient les filiales domiciliées et constituées en Espagne avaient refusé de reconnaître la validité de ce transfert, l'adjudicataire n'aurait pu faire valoir son droit qu'en s'adressant aux tribunaux espagnols (C.M., IV, par. 51, p. 277).

L'argument est si incontestable que le Gouvernement belge a préféré l'ignorer et ne pas y répondre.

² Sous cet angle il est absurde, comme nous le verrons plus loin, que le Gouvernement belge prétende que ni la *Barcelona Traction*, ni la *National Trust* n'avaient l'obligation de remettre les titres aux organes espagnols de la faillite. Le Gouvernement espagnol peut cependant signaler à la Cour que la *National Trust*, malgré son prétendu droit de gage, et la prétendue absence de toute obligation de remettre les titres, s'est abstenue de les aliéner. Si elle avait été en droit de disposer des titres et si elle avait pu effectivement les vendre à un tiers, elle n'aurait pas plaidé mais aurait fait usage de cette possibilité comme le *Receiver* qui a aliéné les actions de la *Canadian* qui se trouvaient en main de la *Barcelona Traction*.

comme telles (*supra*, pars. 217 et ss.) et personne ne peut contester que le pouvoir de domination de la faillite s'exerçait en Espagne et qu'il n'était effectif que sur le territoire espagnol. Les titres ou certificats ne remplissaient aucune des fonctions qui sont normalement celles de titres ou d'actions. Dans ces conditions, l'invocation de la *lex cartae sitae* par la *Réplique* constitue une tentative de protéger devant une Cour internationale ceux qui ont voulu utiliser ce principe pour couvrir une fraude¹.

C'est également en vain que la *Réplique* allègue que la *lex societatis* dont les tribunaux auraient dû tenir compte en ce qui concerne l'*Ebro* et *Catalonian* était le droit de la province d'Ontario. Les deux sociétés avaient établi leur siège en Espagne avec tout leur capital. Elles avaient adopté des raisons sociales espagnoles, elles s'étaient soumises à la juridiction des tribunaux espagnols et elles avaient en Espagne tout leur patrimoine. Les tribunaux espagnols étaient dès lors évidemment en droit d'ordonner impérativement aux deux filiales d'exécuter leurs décisions concernant l'exercice des droits d'actionnaire par l'acheteur de ces droits dans une vente judiciaire².

Contrairement à ce qu'affirme la *Réplique* (par. 553, p. 411) il est encore plus vain d'invoquer un jugement rendu par un juge canadien pour démontrer que les tribunaux espagnols se seraient rendus coupables d'usurpation de compétence. L'argument est d'autant plus inadmissible que, comme l'indique expressément la *Réplique* elle-même (A.R. N° 134, ap. 4, II, pp. 844-5), le Tribunal d'Ontario avait fondé sa décision exclusivement sur le droit canadien. Les raisons données par le juge Schroeder au point de vue du droit canadien ne peuvent pas être opposées aux tribunaux espagnols pour contester la légalité de leurs décisions au point de vue du droit espagnol³.

§ 2: DÉCISIONS JUDICIAIRES CONCERNANT LA SAISIE DES DROITS DE LA « BARCELONA TRACTION » SUR SES FILIALES

254. La *Réplique* a fait état des décisions judiciaires concernant la saisie des droits de la *Barcelona Traction* sur ses filiales en examinant les faits de la faillite (par. 25, pp. 16 et 17 et pars. 70 à 78, pp. 40 à 45). Loin de procéder à un exposé ordonné et cohérent des diverses décisions et de leur dispositif, le Gouvernement belge s'est en réalité livré à une interprétation fondée sur des notions juridiques dont on a déjà démontré qu'elles étaient étrangères au droit espagnol.

¹ Si, comme ce fut le cas, les créanciers s'adressaient aux tribunaux espagnols, on pouvait prétendre que le patrimoine était situé au Canada et invoquer la *lex cartae sitae* et la localisation des droits au lieu de situation des titres. Si les créanciers s'étaient au contraire adressés aux tribunaux du Canada et avaient obtenu la saisie des titres dans ce pays, rien n'aurait empêché les administrateurs des filiales de contester la validité du transfert effectué au Canada. Les créanciers auraient alors dû demander l'*exequatur* du jugement canadien ou introduire des actions judiciaires devant les tribunaux espagnols pour faire admettre la validité du transfert. Vu le caractère douteux des perspectives qui étaient offertes aux acheteurs au Canada, il est évident que seule une société du groupe — qui savait pouvoir compter d'avance sur la complaisance des administrateurs des filiales — pouvait prendre le risque d'acheter les titres à bas prix.

² Quant à l'*International Utilities* elle n'était qu'un mécanisme comptable. Si on veut la considérer comme une personne juridique, il faut constater qu'elle avait tous ses biens en Espagne du point de vue du droit espagnol puisque les sociétés dont elle était créancière à la suite d'un jeu de comptes et de manipulations comptables avaient leur siège en Espagne.

³ Il est encore plus faux de prétendre que le juge canadien se serait prononcé sur le droit espagnol. Il résulte en effet du texte cité que le juge s'est contenté de prendre note des opinions des conseils espagnols de la faillite en indiquant clairement que « déterminer le sens de cette phrase (possession médiate et civile) relève de la pure spéculation ». Il est en tous cas certain que le juge canadien n'avait aucune espèce de qualité pour porter un jugement sur les décisions des tribunaux espagnols. Ces décisions ne relevaient en effet pas de sa compétence et il n'était en outre renseigné que de façon partielle sur la faillite de la *Barcelona Traction* en Espagne (à ce sujet voir *infra*, pars. 705 ss.).

L'exposé est complété par un prétendu résumé des explications données dans le *Contre-mémoire* qui n'est en fait qu'une suite de citations tronquées de façon à dénaturer leur signification.

S'il voulait répondre à toutes les insinuations, accusations infondées et erreurs de fait qui émaillent cet exposé, le Gouvernement espagnol se verrait obligé à des rectifications et précisions constantes qui rendraient ces explications filandreuses et peu claires. Ces explications seraient d'autre part en grande partie superflues car elles ont déjà été données dans les pages précédentes.

Le présent paragraphe sera consacré à un exposé succinct de la procédure de faillite telle qu'elle s'est réellement déroulée. Les différentes interprétations de cette procédure données par les deux parties seront ensuite confrontées.

A. Requête des demandeurs à la faillite en ce qui concerne la saisie des droits et décisions rendues à ce sujet par le Tribunal

255. Les demandeurs à la faillite ont allégué les faits suivants dans leur demande du 9 février 1948 (A.C.M. 2, VII, pp. 17 à 19):

1. La *Barcelona Traction* était propriétaire de 300.000 actions de l'*Ebro*. Ces actions, conformément à une attestation du Registre du commerce, représentaient la totalité du capital de l'*Ebro* et elles avaient été « hypothéquées ou gagées » à la *National Trust*.

2. Le 100% des actions de la *Barcelonesa de Electricidad* appartenait également à la *Barcelona Traction* soit directement, soit par l'intermédiaire de l'*Ebro*.

3. La *Barcelona Traction*, soit directement soit par l'intermédiaire de ses filiales, détenait la majorité absolue ou la totalité des actions de neuf autres sociétés du groupe.

Les demandeurs sollicitaient en conséquence la saisie des actions de l'*Ebro* en alléguant que, comme tous les biens hypothéqués ou gagés, elles devaient être incorporées dans la masse en faillite sans préjudice des privilèges et préférences des créanciers (conclusion N° 1). Les demandeurs ajoutaient que la saisie des actions devrait être une saisie médiate, la saisie immédiate correspondant à celui qui avait la possession physique qui aurait le caractère de *aliena nomine* (conclusion N° 5).

A la demande était notamment joint le *Trust Deed* du 29 novembre 1926 établi par la *National Trust* et la *Barcelona Traction* (A.C.M. 11, VII, pp. 93 et ss.) et qui prévoyait la mise en garantie des actions de l'*Ebro*. Le *Trust Deed* par lequel les actions de la *Barcelonesa* avaient été mises en garantie pour garantir les obligations *General Mortgage* de *Ebro* n'avait par contre pas été communiqué au juge.

256. La *Réplique* prétend (V, par. 25, p. 16) que le juge savait grâce aux documents joints à la demande que les actions de l'*Ebro* et de la *Barcelonesa* se trouvaient en possession de la *National Trust* pour avoir été remises en gage en faveur du *trustee*. Cette affirmation est fautive en ce qui concerne les actions de l'*Ebro* et encore plus en ce qui concerne celles de la *Barcelonesa*.

Le *Trust Deed* de 1926, constitué en garantie des obligations de la faillie, ne permet absolument pas de déduire que les actions de l'*Ebro* étaient en possession de la *National Trust* en conséquence d'un droit de gage. Les demandeurs s'étaient au contraire fondés sur ce document pour démontrer que la *Barcelona Traction* était en possession des dites actions¹.

Le juge ignorait totalement l'existence d'une garantie affectant les actions de la *Barcelonesa* en faveur des obligations *General Mortgage* de l'*Ebro* (R., p. 17. note 2), puisque les demandeurs à la faillite l'ignoraient eux-mêmes.

257. Le Tribunal s'est prononcé sur les demandes qui lui avaient été présentées en déclarant la faillite de la *Barcelona Traction* par jugement du 12 février 1948.

Immédiatement après avoir ordonné la faillite, le juge ordonnait, dans son jugement² la saisie de tous les biens, actions et droits de la société faillie (C.M., IV, par. 38, p. 266)³.

Dans le second prononcé de son jugement, le tribunal ordonnait la saisie des actifs de l'*Ebro* et de la *Barcelonesa* en disant textuellement que:

«... étant entendu que la saisie implique la possession médiate et civilissime pour ce qui concerne les actions de cette société (*Ebro*) qui seraient en la possession de la *Barcelona Traction*... »

«... étant entendu également que la saisie des actions qui se trouveraient en possession de la *Barcelona Traction, Light & Power Co., Ltd.* a aussi le caractère de médiate et civilissime ».

En ce qui concerne les autres sociétés du groupe dont il n'avait pas été prouvé qu'elles n'avaient qu'un actionnaire⁴, le juge ordonnait:

« Et pour ce qui concerne les autres sociétés subsidiaires, on saisira, avec leurs droits inhérents, toutes les actions qui seraient la propriété de la *Barcelona Traction, Light & Power Co., Ltd.*, de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* y de la *Compañía Barcelonesa de Electricidad, S.A.* ».

¹ La traduction espagnole de l'acte de *Trust* faite par un interprète juré, constatait que la *Barcelona Traction* possédait les actions de l'*Ebro* et que par ledit acte elle les « hypothéquait et grevait ». Cette déclaration impliquait l'existence d'un contrat de garantie indéterminé en droit espagnol. Puisqu'il s'agissait d'une hypothèque, il ne supposait aucun transfert de la possession et n'impliquait aucun droit de gage en faveur de la *National Trust* (par. 283).

² On doit donner une précision à ce sujet. L'original en espagnol du jugement de faillite contient l'expression « se decreta la ocupación » qui a été traduite en français par « est ordonné la saisie » (C.M., p. 266 et A.C.M., N° 30, VII, p. 168). Cette traduction permet au Gouvernement belge de parler maintenant de « ordre de saisie », terme qui prête à équivoque. Le fait que le juge ait décrété la saisie signifie qu'il l'a décidée avec tous les effets qui résultent de cette décision parmi lesquels figure le mandat donné aux autres organes de la faillite pour qu'ils agissent en conséquence. On peut au contraire considérer que l'ordre de saisie n'implique rien d'autre que ce mandat aux autres organes de la faillite. Le terme décret est plus large, et implique des conséquences plus importantes qu'un simple ordre donné à des tiers.

³ Le Gouvernement belge a dû reconnaître dans la *Réplique* (par. 25, pp. 16 et 17), qu'il y avait eu un ordre de saisie de « tous les biens... actions et droits, etc... de la société faillie » et que cet ordre « certes... ne s'éloignait pas dans la généralité de ses termes, de la formule habituellement utilisée dans toute déclaration de faillite ».

⁴ Les demandeurs (*supra*, par. 255) n'avaient pas pu préciser si la *Barcelona Traction* avait la totalité ou seulement la majorité absolue des actions.

Il est donc clair que la possession médiata et civilissime sur les actions n'a été admise qu'en ce qui concerne les sociétés filiales dont il avait été démontré qu'elles n'avaient qu'un actionnaire.

258. Le Gouvernement belge a dû reconnaître ces faits. Il a toutefois affirmé, pour la raison que l'on verra plus loin, que le tribunal avait limité la possession médiata et civilissime « aux seules actions de l'*Ebro* et de la *Barcelonesa qui seraient en la possession de la Barcelona Traction* » (R., V, par. 25, p. 16).

Le coup de pouce est bien visible. Les termes « aux seules actions » ne figurent pas dans le jugement de faillite. En l'utilisant, le Gouvernement belge a manifestement déformé les faits¹.

259. La saisie de la documentation de l'*Ebro* avait permis aux organes de la faillite de déterminer quelles étaient les sociétés du groupe qui n'avaient qu'un seul actionnaire (C.M., IV, pars. 78 ss., pp. 292 ss.). En date du 21 février 1948, l'exécution des saisies permit de découvrir dans les bureaux du groupe à Barcelone des documents d'une extrême importance que le Gouvernement belge essaye de passer sous silence et qu'il ne cite jamais².

a) Les huit sociétés du groupe³ étaient des sociétés à actionnaire unique en ce sens que la totalité de leurs actions était la propriété du groupe. Deux autres sociétés (*Productora de Fuerzas Motrices S.A.* et *Carbones de Berga S.A.*) ne présentaient pas ce caractère car la *Barcelona Traction* et son groupe possédaient certaines de leurs actions mais non pas la totalité.

b) La quasi-totalité des actions de ces sociétés était déposée à Barcelone dans le Banco de Londres y de Sud-América. 35.878 actions ordinaires de la *Barcelonesa*, 590 actions ordinaires de *Salto del Segre* et 39.450 actions de *Unión Eléctrica* étaient déposées au Canada, sans que l'on ait su quel était le bureau de la Banque de Toronto où elles étaient déposées ni au nom de qui le dépôt avait été effectué⁴.

260. Par jugement du 25 février 1948, le juge étendit la saisie aux actions des filiales à actionnaire unique comme il l'avait fait dans le jugement de faillite pour l'*Ebro* et la *Barcelonesa*. En ce qui concerne les sociétés normales dont le groupe ne possédait qu'un paquet d'actions (majoritaires ou minoritaires) le juge ordonna par contre que :

¹ Le fait que les italiques n'aient été utilisées que pour les mots qui figurent effectivement dans le texte ne peut servir d'excuse. Le Gouvernement belge peut interpréter les faits comme il lui plaît, il ne peut cependant pas faire passer son interprétation comme étant conforme à la vérité.

² Le premier document était un « tableau-inventaire » intitulé « Dépôts de valeurs constituées par nos sociétés au 31 décembre 1947 (données fournies avant la clôture définitive des livres) ». Le second document était une lettre du 16 janvier 1948 adressée à E. A. Graydon, Secrétaire de l'*Ebro*, par le Trésorier M. Clark (A.C.M., 43, VII, pp. 233 ss.).

La remise de ces pièces intervint avec d'autres documents et un graphique, selon acte du 23 février (A.C.M., 45, VII, pp. 259-261).

³ Il s'agissait des sociétés *Aplicaciones Eléctricas S.A.*, *Sociedad Española Hidráulica del Freser S.A.*, *Compañía General de Electricidad S.A.*, *Salto de Cataluña S.A.*, *Salto del Ebro S.A.*, *Energía Eléctrica de Cataluña S.A.*, *Salto del Segre S.A.* et *Unión Eléctrica de Cataluña S.A.*.

⁴ La saisie des titres qui avaient été déposés dans des banques de Barcelone fut effectuée en mars 1948. Les coffres furent ouverts et les titres furent ensuite laissés dans les mêmes banques. Les titres des actions de *Productora de Fuerzas Motrices* et de *Carbones de Berga* furent également saisis dans le cadre des mesures de saisie.

« l'on procède à leur saisie par la voie des pouvoirs statutaires réglementant la gestion de ces sociétés ». (C.M., par. 83, p. 295) ¹.

261. Par deux jugements du 27 mars 1948, le tribunal a étendu la saisie des actions « avec les mêmes conséquences et effets » à *Catalonian Land, Electricista Catalana et International Utilities*. Les deux décisions se fondent sur le fait que lesdites sociétés sont des sociétés à actionnaire unique (C.M., pars. 85 et 86, pp. 296-7).

Le jugement par lequel la saisie a été étendue à *International Utilities* présente un intérêt particulier. Il a été rendu à la suite d'une requête des demandeurs à la faillite à laquelle était joint un tableau montrant la constitution et la répartition du capital du groupe de sociétés de la *Barcelona Traction* ².

Le tableau en question constatait que les actions des filiales directes de la *Barcelona Traction* et leurs obligations étaient en possession de la faillite. Le dernier paragraphe de la requête, (A.C.M. 47, VII, pp. 266-7) signalait que l'*Ebro* avait émis des bons ou obligations qui étaient déposés auprès de la *National Trust*. A la suite de cette allégation, on demandait au tribunal de préciser que la saisie devait s'étendre aux valeurs qui étaient déposées auprès de la *National Trust* ou de toute autre entité analogue pour répondre du paiement des obligations de la faillite ³.

Le tribunal accéda à la requête et fit la déclaration demandée par les demandeurs (A.C.M., 40, doc. 2, VII, p. 226).

262. Le Gouvernement belge prétend que le jugement du 27 mars 1948 avait donné cette précision pour remédier à un abus commis par les organes de la faillite en exerçant les droits des actions que possédait la *National Trust* (R., par. 25, p. 16 et par. 77, pp. 44-45).

Cette thèse est contraire aux faits ⁴. La précision sollicitée par les demandeurs et accordée par le tribunal ne concernait pas *en fait* les actions de l'*Ebro* et de la *Barcelonosa* saisies le 12 février. Elle était motivée par le fait que les bons et obligations de l'*Ebro* étaient déposés auprès de la *National Trust*. Les actions aussi bien en date du

¹ La *Réplique* (par. 34, p. 22) reconnaît le fait en ce qui concerne les sociétés à actionnaire unique. Elle garde par contre un silence prudent en ce qui concerne la décision de saisie des actions de *Productora* et de *Carbones de Berga*.

² La requête était datée du 24 mars 1948 (A.C.M., 47, VII, pp. 264-267). Le tableau a été communiqué à la même date (A.C.M., 48, doc. 1, VII, pp. 270-271).

³ Le texte intégral de la deuxième conclusion était textuellement le suivant: « 2. Qu'en ce qui concerne la saisie des actions et obligations qui ne sont pas physiquement présentes quoi qu'étant en pouvoir de la *Barcelona Traction* et qui doivent par conséquent être saisies à titre de possession médiate et civilissime, il conviendrait de préciser que les saisies qui ont été effectuées et qui seront effectuées concernent et comprennent non seulement les valeurs, actions, obligations et bons qui se trouveront dans les coffres particuliers du domicile de la société faillite, mais également ceux qui pourraient se trouver à la suite d'un dépôt effectué par celles-ci à titre de garanties pignoratives et hypothécaires ou à un autre titre quelconque en possession de la *National Trust Company* de Toronto (Canada) ou de toute autre société analogue pour garantir le paiement des obligations de la faillite ».

Le texte cité ne correspond pas exactement à celui qui figure au VII p. 267 du *Contre-mémoire*. La raison en est facile à comprendre: les traductions n'ont pas toujours été aussi parfaites que le Gouvernement espagnol l'aurait voulu en raison de la quantité énorme des documents qu'il a fallu traduire d'espagnol en français. Chaque fois qu'il s'en aperçoit, le Gouvernement espagnol corrige les erreurs commises. Le Gouvernement belge a relevé certaines erreurs de traduction en voulant y voir une preuve de mauvaise foi — inexistante comme on l'a démontré — du Gouvernement espagnol. En l'espèce le Gouvernement belge a cependant gardé le silence car il lui convenait de laisser subsister l'erreur de traduction.

⁴ En ce qui concerne l'inexactitude de cette allégation du point de vue juridique voir *infra*, pars. 265 et ss.

12 février que du 27 mars 1948 étaient considérées comme se trouvant en la possession de la *Barcelona Traction*¹.

Le tribunal n'a par conséquent pas du tout voulu rectifier une quelconque irrégularité prétendument commise par les organes de la faillite.

263. Au fur et à mesure que l'on découvrait l'organisation exacte du groupe et que les dispositions du jugement de faillite s'étendaient à chacune des sociétés à actionnaire unique, les droits inhérents aux actions saisies étaient exercés par le séquestre-dépositaire et par le syndic à l'égard des filiales directes de la *Barcelona Traction* et par les organes desdites filiales (sous le contrôle du séquestre-dépositaire et plus tard des syndics), en ce qui concerne les sous-filiales².

Les droits d'actionnaire ont été exercés dans les sociétés qui n'étaient pas à actionnaire unique conformément aux dispositions des jugements des 12 et 25 février. Les nouveaux administrateurs des filiales, accompagnés du séquestre-dépositaire administrateur ont pris part aux assemblées générales convoquées le moment venu par les sociétés *Productora de Fuerzas Motrices* et *Carbones de Berga*. Leur comparution à ces assemblées fut admise sans aucune protestation³ quoique l'avocat de la seconde société ait été M. Sepúlveda, avocat de la *Barcelona Traction* elle-même⁴. Une description de ce qui s'est produit lors de ces assemblées, avec la documentation complémentaire, peut être trouvée à l'A.D., 81 et 82.

B. La saisie décrétée le 12 février 1948 s'est étendue à toutes les actions dont la faillite était titulaire

264. Le Gouvernement belge n'a pas pu contester (*supra*, par. 257) que le décret de saisie contenu dans le jugement de faillite s'étendait à tous les biens, droits et actions de la faillite et qu'il était régulier.

¹ En « oubliant » ce qu'il avait affirmé antérieurement, le Gouvernement belge l'a expressément reconnu dans la *Réplique* en analysant la saisie des actions du point de vue juridique. Le Gouvernement belge affirme en effet dans ce passage (R., V, par. 565, p. 422) que « le jugement interprétatif du 27 mars 1948 » a ordonné la saisie « des obligations de l'*Ebro*, propriété de la *Barcelona Traction* ».

² On trouvera un exposé détaillé au § 5 (*infra*, pars. 298 et ss.).

³ Postérieurement à la réunion de l'assemblée générale et après que MM. Alegre et Gambus aient demandé la convocation d'une assemblée extraordinaire pour procéder à la nomination de nouveaux administrateurs de *Productora*, M. Puig Domènech a cherché à prétendre que ces deux Messieurs n'avaient pas qualité pour formuler une telle demande. Il proposa au conseil d'administration (qui était totalement étranger au groupe des créanciers espagnols de la *Barcelona Traction* et qui était plutôt lié aux dirigeants de la faillite) de demander un avis de droit à un avocat. Le conseil d'administration décida de demander une consultation à M. Coll Rodès, avocat et vice-président de la société. Ce dernier rédigea une consultation et affirma que les nouveaux administrateurs des filiales avaient qualité pour exercer les droits attachés aux actions de *Productora*.

⁴ Un fait significatif concernant la société *Carbones de Berga* démontre le caractère artificiel de la position que le Gouvernement belge a adoptée en faisant siennes les thèses des avocats de la faillite. Les nouveaux administrateurs des filiales avaient été autorisés à exercer leurs droits d'actionnaires de *Carbones de Berga* et M. Alegre et d'autres avaient même été nommés administrateurs de la société. En 1949, alors que M. Sepúlveda discutait à l'intérieur et à l'extérieur de la procédure de faillite de la qualité des syndics pour exercer les droits attachés aux actions de la faillite et de la qualité des organes des filiales pour exercer les droits attachés aux actions, dont elles étaient propriétaires, il fut nommé administrateur par l'assemblée des actionnaires de *Carbones de Berga*. La décision fut prise avec le vote de M. Alegre et d'autres administrateurs qui exerçaient les droits des filiales. Malgré cela, M. Sepúlveda ne refusa pas sa charge, il décida au contraire de l'accepter et de l'exercer.

Pour pallier aux conséquences fâcheuses de cet aveu, il objecte (R., V, par. 25, pp. 16-17 et par. 77, pp. 44-45) que :

1. L'ordre général de saisie ne pouvait empêcher les tiers de s'opposer à ce que les biens qu'ils possédaient soient inclus dans la masse de la faillite. Cela était si incontestable que le jugement de faillite lui-même limitait la saisie aux actions de l'*Ebro* et de la *Barcelonesa* « qui seraient en la possession de la *Barcelona Traction*. »

2. Les organes de la faillite ont ignoré cette limitation et ils ont exercé les droits inhérents aux actions en possession de la *National Trust*.

3. Cet abus a été réparé *a posteriori* par le Tribunal au moyen de son jugement interprétatif du 27 mars 1948.

265. Comme on l'a déjà démontré, les objections du Gouvernement belge reposent sur une déformation des faits. Le juge ignorait que les titres étaient déposés auprès de la *National Trust* et le jugement du 27 mars ne concernait pas les actions de l'*Ebro* et de la *Barcelonesa*. Cela suffit pour enlever toute base à l'argumentation de la partie adverse.

Par surabondance de droit on peut toutefois observer ce qui suit :

a) La saisie, dans le cas de la *Barcelona Traction* comme dans toutes les faillites, réservait le droit des tiers à faire valoir l'action *ex separatio domini*. Cette réserve implicite de droit démontre cependant le contraire de ce que prétend le Gouvernement belge. Les biens du failli font en effet partie de la masse tant qu'ils n'en ont pas été séparés par une décision judiciaire consécutive à une action exercée par un ayant droit ¹.

b) Le fait que les actions de l'*Ebro* aient été « hypothéquées ou grevées » en faveur de la *National Trust* en qualité de *trustee* ne donnait à cette société aucun droit d'exiger une séparation (*infra*, pars. 279 et ss.). Si le juge avait voulu exclure de la saisie les actions qui étaient affectées à cette garantie, il l'aurait indiqué dans son jugement. Dans ce cas il aurait dû nécessairement s'abstenir de toute décision au sujet des actions de l'*Ebro* ².

c) La *Barcelona Traction* avait la possession des actions même si les titres étaient déposés entre les mains de la *National Trust*. La *Réplique* confond à nouveau ici la possession avec la détention physique ou matérielle ³.

d) Les organes de la faillite n'ont commis aucun abus puisque les actions de l'*Ebro* et de la *Barcelonesa* avaient été saisies et qu'ils devaient exercer les droits attachés à ces actions tant que la saisie n'avait pas été annulée.

¹ Si la *National Trust* avait été en droit de demander que les droits inhérents aux actions des filiales qui avaient été offertes en garantie des droits des obligataires soient séparés de la masse en faillite elle aurait pu exercer une action en séparation. Dans la mesure où elle n'exerçait pas une telle action, les droits faisaient cependant partie de la masse.

² Du moment que les demandeurs à la faillite avaient indiqué que toutes les actions d'*Ebro* avaient été mises en garantie, ils devaient soit les comprendre toutes, soit les exclure toutes des mesures de saisie. La phrase « qui seraient en possession de *Barcelona Traction* » ne pouvait avoir aucune portée limitative puisqu'elle accompagnait la décision concernant la possession médiate et civilissime. Le Gouvernement belge le reconnaît lui-même dans la *Réplique* (par. 77, p. 45).

³ La phrase qui préoccupe tellement le Gouvernement belge n'est rien d'autre qu'une façon courante d'exprimer que l'on saisissait les actions dont la *Barcelona Traction* était propriétaire. Toute autre interprétation conduit à l'absurde.

C. *Sens des décisions relatives à la possession médiate et civilissime des titres des filiales*

1. *Position du Gouvernement demandeur*

266. Le Gouvernement belge, dès le début du débat devant la Cour ¹, comme naguère la faillie et ses alliés devant les tribunaux espagnols, anglais et canadiens, a voulu présenter les prononcés du jugement de faillite sur la possession médiate et civilissime comme un artifice utilisé pour dépouiller la faillie. La partie adverse sait parfaitement que, pour pouvoir soutenir son grief devant une instance internationale, il est nécessaire que les décisions des juges espagnols ne soient justifiées par aucune raison de fait ou considération de droit valables (*supra*, Chap. I, N° 39); il s'emploie donc à réduire à l'absurde les décisions judiciaires qu'il examine, quand bien même il lui fait pour cela dénaturer manifestement les textes et tomber dans toutes sortes d'apriorismes.

La *Réplique* (V, par. 71, pp. 40-41) insiste une fois de plus sur le fait que, les actifs des filiales ayant été saisis, il était inutile de saisir les actions, de façon médiate et civilissime ou de toute autre façon. La disposition relative à la possession médiate et civilissime des titres doit donc apparaître nécessairement comme une « fiction de possession de titres », totalement injustifiée, et qui ne pouvait avoir qu'une issue funeste.

Il suffit de constater que la prémisse est fautive pour que toute la thèse adverse s'effondre. La saisie des actifs des filiales et celle de leurs actions avaient des buts différents et étaient donc parfaitement compatibles. Le *Contre-mémoire* l'a clairement exposé (IV, pars. 69 ss., pp. 286 ss.)², mais la *Réplique* persiste dans son énoncé du grief comme si la réponse espagnole n'existait pas³.

Les fins que la *Réplique* attribue au prononcé sur la possession médiate et civilissime sont aussi arbitraires que la prémisse. Elle dit (p. 41) que la vente devait porter sur les actions des filiales, « seul actif véritable de la société faillie », parce que, si les actifs des filiales avaient été vendus, il aurait fallu recourir à la procédure spéciale prévue pour les sociétés de services publics; et elle ajoute que, pour faciliter la vente, l'émission de nouveaux titres, voire la révocation des procurations données aux avoués de *Ebro*, on a conféré aux organes de la faillite l'exercice des droits du failli au moyen de la possession médiate et civilissime⁴.

Il paraît évident que, si la société déclarée en faillite était la *Barcelona Traction*, parce que c'était elle la débitrice qui avait cessé le paiement de ses obligations, la vente devait porter sur « l'actif véritable » de la faillie et non sur l'actif de sociétés distinctes. Il est donc inconcevable que l'on accuse les tribunaux espagnols d'avoir autorisé que, dans la faillite d'un débiteur, les biens de celui-ci soient vendus, dès lors qu'il en est ainsi dans toutes les faillites et dans le monde entier.

¹ Voir *Mémoire* (I, par. 93, p. 48) et *Procédure orale*, III, pp. 991 ss.

² Le *Contre-mémoire*, pour résumer la réalité de ce qui s'était passé, disait ce qui suit: « L'une et l'autre mesure avait sa fin propre. La saisie des droits qu'avait la société faillie sur les filiales fut opérée pour accomplir la fin qui est propre à la faillite; la saisie des actifs des filiales, en revanche, ne fut qu'une mesure conservatoire et transitoire, tendant à assurer l'effectivité totale de la première. »

³ On trouvera la réfutation des objections faites dans la *Réplique* quant à la nature et aux caractéristiques de la saisie des filiales plus loin, pars. 367, 373 et 383.

⁴ Cette « explication » diffère de celle qui est donnée dans la *Procédure orale*, III, pages 991 et 992, et qui a été dûment réfutée dans le *Contre-mémoire*.

Les droits de la *Barcelona Traction* sur les filiales ont pu être saisis et vendus, même sans l'appréhension matérielle des titres; la possession médiante et civilissime n'avait rien à voir, par conséquent, avec la possibilité de la vente ¹.

267. La *Réplique* (par. 76, pp. 43-44) prétend que la saisie des actifs des filiales « 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 » ².

Pour justifier son assertion, la *Réplique* (par. 74, p. 42) signale que, dans le jugement de faillite, les dispositions relatives à la saisie de l'actif des filiales et à la possession médiante et civilissime des titres occupent une même « place », et que les deux choses s'y trouvent liées par le terme « implique ». Elle en déduit que la première « fait office de prétendue base juridique » de la seconde. L'argument est inacceptable. Si pour chaque société en particulier, l'ordre de saisir l'actif et la décision relative à la possession médiante et civilissime sont joints, c'est que les deux choses étaient conditionnées par la preuve que la société envisagée dans chaque cas était une société d'une seule personne (*supra*, pars. 257 ss.). Il ne s'agissait donc point de deux prononcés représentant une prémisse et une conclusion, et l'affirmer suppose tomber dans le vice logique énoncé dans les termes *propter hoc, post hoc* ³.

La *Réplique* a construit tout un édifice sur des fondations aussi faibles que celle de l'emploi par le juge d'un terme qui peut être interprété de plusieurs façons. Dans un tel cas, les règles de l'herméneutique exigent que l'on établisse un rapport entre ce qui est demandé et ce qui est décidé, entre des prononcés avec d'autres prononcés.

268. Le *Contre-mémoire* a démontré (pars. 68-75, pp. 286-290) qu'il n'existait aucun rapport de cause à effet entre la saisie des actifs et la possession médiante et civilissime des actions; que les deux mesures étaient la conséquence juridique de la déchéance du failli et de son dessaisissement et que la saisie de tous ses biens et droits était matérialisée aussitôt qu'était prouvé le caractère unipersonnel de chacune des filiales.

La *Réplique* objecte (par. 76, pp. 43-44) que, si cela était vrai, le juge aurait dû étendre la possession médiante et civilissime à toutes les actions propriété de la *Barcelona Traction*, et cela dans le jugement déclaratif de faillite même; qu'il n'aurait pas dû se borner aux actions des sociétés d'une seule personne, qu'il aurait dû par contre atteindre dans son prononcé les sociétés dans lesquelles la société faillie n'avait que la majorité

¹ Quant à savoir si la possession acquise par les organes de la faillite à la suite de la déclaration judiciaire est suffisante pour l'exercice des droits saisis, voir *supra*, par. 248, et *infra*, pars. 298 ss.

² Le Gouvernement espagnol transcrit textuellement le texte de la *Réplique* pour qu'on ne puisse pas l'accuser de fausser la thèse adverse. Mais il tient à signaler qu'il ne parvient pas à voir quelle différence il y a entre l'affirmation qu'il transcrit et celle qui lui est attribuée dans le *Contre-mémoire* (par. 69, p. 287) quand il dit, comme conclusion d'un raisonnement, que « l'on ne saurait dire que la saisie des actifs ait été l'instrument imaginé par le juge pour saisir les actions. »

³ Le terme « implique » qui, d'après la *Réplique*, servirait de lien entre les deux prononcés, a un sens très différent. Les faits suivants le démontrent:

1. Le terme est uniquement utilisé pour ce qui a trait aux actions de l'*Ebro*, mais non point dans le prononcé relatif aux actions de la *Barcelonesa* (*supra*, par. 257).

2. Le prononcé dans lequel elle est employée correspond à la requête présentée par les requérants au sujet des actions de l'*Ebro* (*supra*, par. 255). Or, dans ladite conclusion, il n'y a aucun rapport établi entre la saisie des actifs et celle des actions, lesquelles ne se trouvent pas à la même « place ».

ou même la minorité des actions. Elle veut en déduire que l'effet du dessaisissement ne se produit pas *ope legis*.

L'objection est totalement dépourvue de valeur. La disposition relative à la possession médiate et civilissime des titres s'est limitée, dans le jugement de faillite, aux actions de l'*Ebro* et de *Barcelonesa*, parce que c'est seulement de ces sociétés que le juge avait, à ce moment-là, la preuve qu'elles avaient un caractère unipersonnel; c'est seulement ainsi qu'il pouvait identifier les actions propriété du failli aux fins d'attribuer aux organes de la faillite l'exercice des droits saisis (*infra*, pars. 269 ss.). Quant aux autres sociétés filiales, l'identification des actions s'est faite ultérieurement, et c'est pourquoi l'attribution des droits a été postérieure.

Le juge n'a pas adopté la même formule à l'égard de *Productora de Fuerzas Motrices S.A.* et de *Carbones de Berga S.A.*, et ce pour une raison évidente. Il ressortait clairement de la documentation présentée au juge avant qu'il ne rende le jugement du 25 février, qu'un paquet majoritaire d'actions de la *Productora* appartenait aux sociétés du groupe susdites; il en était de même d'un paquet d'actions et de parts de fondateur de *Carbones de Berga* (A.C.M. 43, VII, pp. 240-243, 248-251). Mais il ressortait en même temps que les certificats correspondant à ces actions, actions dont les titres se trouvaient déposés au Banco de Londres y de América del Sur à Barcelone, se trouvaient entre les mains des filiales. La saisie de ces actions pouvant être réalisée par la prise de possession des titres eux-mêmes et par l'appréhension matérielle de ceux-ci s'il l'avait fallu, le juge n'a pas estimé nécessaire d'invoquer la possession médiate et civilissime.

D'autre part, en saisissant la totalité des actions d'une société, les organes de la faillite pouvaient déjà exercer les droits correspondants en toute liberté, tout comme le faisait la société faillie. Le droit de vote ne pouvait par contre être exercé, en ce qui concernait *Productora* et *Carbones de Berga* qu'à partir du moment où les conseils d'administration desdites sociétés auraient convoqué l'assemblée des actionnaires¹, chose qui s'est produite au bout de quelques mois, les organes de la faillite ayant été mis en possession des titres et ceux-ci, qui se trouvaient en dépôt à la banque sus-mentionnée, ayant été mis à leur disposition (A.D., 81 et 82).

2. Interprétation rationnelle du prononcé relatif à la possession médiate et civilissime

269. La déclaration de faillite, comme on l'a dit tant de fois, produit *ope legis* le dessaisissement du failli et la mise en possession des organes de la faillite. C'est pourquoi le *Contre-mémoire* (IV, par. 60, p. 281) affirmait que les prononcés relatifs à la possession médiate et civilissime n'ajoutaient aucun effet qui ne se soit déjà produit du fait de la loi².

¹ C'est pour cela que la décision prise par le juge dans le jugement du 25 février 1948 ordonnant que la saisie des actions de ces sociétés se fasse « par la voie des pouvoirs statutaires réglementant la gestion de ces sociétés » (*supra*, par. 260) est parfaitement sensée.

² La *Réplique* (V, par. 72, pp. 41-42) dénature ce passage du *Contre-mémoire*, en prétendant que le Gouvernement espagnol soutient que ces prononcés étaient « 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 »; partant de cette déformation, elle prétend voir une contradiction dans le *Contre-mémoire*. Il suffit de lire en entier le passage cité dans la *Réplique* (p. 41, note 2) pour constater que le Gouvernement espagnol n'a jamais dit que la formule employée par le juge « aurait été sans rapport » avec l'exercice des droits saisis de la société faillie.

Sur le plan *juridique*, tous les droits de la faillie, connus ou non des demandeurs, du juge ou du séquestre-dépositaire, ont été intégrés à la masse de la faillite, et les organes de la faillite ont acquis la qualité nécessaire pour les exercer. La faculté de ces derniers ne provenait donc pas du prononcé relatif à la possession médiate et civilissime, et il ne convient pas de déduire de celui-ci un effet *juridique* quelconque qui ne serait pas produit *ope legis*.

Mais, sur le terrain des *faits*, les organes de la faillite devaient connaître, avant de les exercer, les droits sur lesquels s'étaient produits les effets juridiques de la déclaration de faillite; cela était encore plus vrai, en l'espèce, de la *Barcelona Traction*, car, celle-ci étant en faillite et contrôlant ses filiales, on ne pouvait attendre d'aucune de ces dernières une collaboration quelconque pour parvenir à identifier les droits dont la société faillie était titulaire. Par conséquent, lorsque le juge doit fixer « 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 » (C.M., p. 281), il a précisé que les droits inhérents aux actions affectées par la possession médiate et civilissime pouvaient être exercés par le dépositaire et par les syndics, « tant que les organes de la faillite n'acquerraient pas la détention ou possession matérielle des titres » et « 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., pp. 285-286).

La *Réplique* ignore donc quelque chose de très élémentaire, à savoir qu'il ne suffit pas que les effets se produisent, mais qu'il faut encore identifier quels sont les objets sur lesquels ils s'exercent.

270. L'identification des actions se fait ordinairement par le numéro et la série des titres (ce qui fait qu'il faut savoir quels sont-ils et où ils se trouvent) ou en se reportant aux actes constitutifs de la société, ou encore aux livres-registres. Mais aucun de ces procédés ordinaires ne pouvait être employé dans le cas de la *Barcelona Traction*, et cela pour des motifs évidents. Les actions appartenant à la *Barcelona Traction* ne pouvaient être identifiées par le juge qu'au fur et à mesure qu'il se rendait compte que toutes les actions d'une filiale appartenaient à la société faillie.

Ainsi, sachant, en déclarant la faillite, que toutes les actions de l'*Ebro* et de la *Barcelonesa*¹ appartenaient à la *Barcelona Traction*, il pouvait parfaitement attribuer aux organes de la faillite l'exercice des droits correspondants sans risque d'erreur. Pour les autres sociétés, par contre, il ne savait point si la totalité des actions appartenait à la *Barcelona Traction*, ou la majorité de celles-ci et, dans ce dernier cas, quelles étaient celles appartenant à la société faillie et celles ne lui appartenant point. Il ne pouvait donc attribuer expressément aux organes de la faillite l'exercice des droits correspondant à ces actions, car, s'il l'avait fait, il courrait le risque de léser les droits de tiers.

L'identification a pu se faire par confrontation avec d'autres sociétés, le 25 février et le 27 mars 1948, au fur et à mesure qu'il était prouvé que les autres filiales et sous-filiales appartenaient à la société faillie ou à son groupe à cent pour cent.

¹ Le tribunal, ignorant alors que douze actions de la *Barcelonesa* avaient été égarées, a décrété la saisie de toutes les actions de cette société, sans apporter la moindre altération à la réalité juridique, comme il sera dit plus loin.

271. La *Réplique* (V, pars. 73 à 75, pp. 42-43) se trompe quand elle affirme que cette interprétation est contraire à la conception qui était celle du tribunal quand il a rendu le jugement de faillite. Elle objecte qu'il n'y a pas, dans le jugement, le moindre indice que le juge ait distingué entre les titres représentatifs des actions et les droits inhérents à celles-ci.

On doit rappeler ce qu'on a déjà exposé dans le *Contre-mémoire* (IV, par. 60, pp. 281-282) et à quoi le Gouvernement belge n'a donné aucune réponse; dans la doctrine de même que dans la loi, le terme « action » est employé tant pour désigner la position ou la qualité de l'associé, l'ensemble de droits qui lui confère cette qualité, que pour qualifier le titre représentant ces droits. Le juge, dans le jugement, n'a pas distingué de façon expresse les deux sens, mais, lorsqu'il a parlé dans deux prononcés, l'un principal et l'autre complémentaire, de la saisie des actions, la logique la plus élémentaire fait penser qu'il n'est pas besoin de donner un ordre double, mais que, comme le disait le Gouvernement espagnol (p. 282):

« une fois qu'avaient été saisies ces actions en tant que droits, il fallait dire quel était le statut juridique des récépissés qui étaient la preuve de ces droits ».

Outre cela, l'interprétation du *Contre-mémoire* se trouve renforcée par le texte même du jugement déclaratif de faillite. Lorsqu'il a précisé que la saisie des actions de l'*Ebro* et de la *Barcelonesa* « implique » ou « a » le caractère de médiate et civilissime, le juge n'a fait aucune référence aux droits. Par contre, lorsqu'il s'est référé à la saisie des actions des autres sociétés, sociétés (à l'égard desquelles il n'est pas fait mention de la possession médiate et civilissime), il a clairement précisé que les actions feraient l'objet d'une saisie « avec leurs droits inhérents » (*supra*, par. 257) ¹.

272. La partie adverse affirme que le dépositaire, d'abord, les syndics, ensuite, ont invoqué la possession médiate et civilissime des actions lorsqu'ils ont exercé le droit de vote inhérent à celles-ci.

L'argument démontre le contraire de ce qu'on voudrait lui faire dire. Il est évident que les organes de la faillite ont invoqué la possession médiate et civilissime, mais non parce que leur habilitation pour exercer les droits du failli en dérivait *in genere*, sinon parce que le juge avait défini quels droits pouvaient être exercés *en fait* par le dépositaire ou par les syndics au moyen de l'attribution de ladite possession ².

273. La *Réplique* objecte finalement que, lorsque les titres des filiales ont été vendus, le cahier des charges de la vente aux enchères a précisé que la remise 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 suivie ' ».

¹ L'interprétation systématique du jugement conduit donc à la conclusion que le terme *action*, dans les décisions relatives à la possession médiate et civilissime, n'a pas été utilisé pour désigner le droit incorporé, mais les titres ou documents probatoires. La logique de l'argument est si forte que la *Réplique* place par inadvertance les paragraphes 70 ss. sous la rubrique « la possession médiate et civilissime des titres des sociétés auxiliaires » (R., p. 40).

² La véritable position du *Contre-mémoire* étant exposée, la cohérence des agissements des organes de la faillite apparaît. Comme on l'a vu auparavant, il n'existait point deux droits et deux ordres de saisie, mais un droit, l'action, qui, étant juridiquement saisie et identifiée *en fait*, comportait l'habilitation du dépositaire et des syndics pour exercer les droits de sociétaire et la possession légitime des titres.

Pour pouvoir formuler cet argument, argument avec lequel on ne sait pas exactement ce que le Gouvernement belge entend démontrer, la *Réplique* déforme le contenu du cahier des charges.

Il suffit de rappeler, une fois de plus, que ce ne sont pas les titres qui ont été vendus lors de la vente aux enchères de 1952, mais le capital-actions et le capital-obligations des filiales, avec tous leurs droits et pouvoirs inhérents; et, par cet acte comportant intervention d'un courtier de commerce, il y a eu transfert à l'adjudicataire de la propriété et de la possession de toutes les actions et obligations vendues, avec la possession médiante des titres qui n'avaient pu être saisis matériellement¹.

§ 3: LA SAISIE DES ACTIONS N'A PAS LÉSÉ LES DROITS DE « NATIONAL TRUST »

274. La *Réplique* introduit un thème, qui n'a été abordé antérieurement que de façon très vague, celui de la prétendue « atteinte portée aux droits de *National Trust* ».

La position du *Contre-mémoire* est très claire, et elle est la suivante:

a) Les griefs formulés contre les tribunaux espagnols pour leur conduite envers la *National Trust* sont inadmissibles, cette société étant canadienne, et le fait que des intérêts belges s'y soient trouvés n'ayant même pas été allégués; l'éventuelle intervention de *National Trust* ne pouvait en outre n'avoir d'autre but que de protéger les obligataires de la *Barcelona Traction*, et, les obligations ayant été intégralement payées, on ne saurait affirmer sérieusement que la *National Trust* ou les obligataires aient subi un préjudice quelconque (C.M., pars. 167 et 168, pp. 530-531).

b) Le fait que la *National Trust* avait en son pouvoir les certificats ou récépissés des actions des filiales n'empêchait point la saisie desdites actions dans la mesure où elles demeuraient propriété de la *Barcelona Traction* et où les droits étaient exercés par cette société; de fait et de droit, la *Barcelona Traction* était titulaire de la « maîtrise » de l'exploitation industrielle (C.M., par. 47, p. 273).

c) La détention des documents par la *National Trust* n'empêchait pas la *Barcelona Traction* d'être le possesseur légitime des actions; elle en avait la possession médiante, qu'elle exerçait par l'intermédiaire du détenteur matériel, et c'était cette possession-là qu'avaient acquise les organes de la faillite (C.M., par. 75, p. 289); du fait que la *National Trust* avait en mains des avoirs de la société faillie, elle était obligée de les remettre aux organes de la faillite sur requête de ceux-ci (C.M., pars. 216 ss., pp. 384-385).

d) La conduite de *National Trust* devant les tribunaux espagnols a été équivoque. Elle n'a pas exercé les actions qui s'imposaient clairement selon le droit espagnol, et a par contre exercé toute une série d'actions inadmissibles, prétendant même être unique pro-

¹ La 10^{me} condition du Cahier des charges prend ainsi tout son sens. Elle ne contient point les termes que lui attribue la *Réplique*, mais dit textuellement:

* 10^{me} condition — *Délivrance des biens vendus.*

* En même temps que le jugement d'adjudication, seront remis 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. *

Au sujet de l'objet de la vente et de l'interprétation de la présente clause, voir *infra*, pars 584 et ss.

priétaire de tous les biens de la *Barcelona Traction* (C.M., IV, pars. 289 à 294, pp. 430-432; pars. 169 ss., p. 531).

275. La *Réplique* consacre quelques pages aux droits du *National Trust* (R., V, pars. 584 à 586, pp. 438 à 440) et reprend ensuite en plusieurs endroits les mêmes affirmations pour justifier de prétendus dommages dont les tribunaux espagnols seraient les responsables (R., par. 77, p. 45; pars. 590 à 592, p. 444; par. 604, pp. 454 à 456).

La position prise par la *Réplique* à l'égard du *Contre-mémoire* peut être résumée comme suit:

a) Le *National Trust* constituait une garantie essentielle du bon fonctionnement de tout le système, tant dans l'intérêt des obligataires que dans celui de la société débitrice, ce qui fait que l'on prétend simultanément que les intérêts de la société débitrice protégés par le *National Trust* ont été lésés du fait de la conduite des tribunaux espagnols à l'égard de cette société, et que le Gouvernement belge peut faire grief de cette conduite, même sans faire valoir les droits du *National Trust* lui-même (R., par. 584, pp. 438-439).

b) En vertu des *Trust deeds* passés entre la *Barcelona Traction* et le *National Trust*, cette dernière société avait un droit de gage sur les actions et obligations des filiales de la *Barcelona Traction*, qui lui conférerait un droit de séparation de la masse desdits biens (R., par. 585, pp. 433 et 439; par. 77, p. 44, et par. 604, p. 456). La saisie des actions et leur incorporation à la masse a donc représenté une lésion de ce droit de gage.

c) Le *National Trust* était titulaire du droit de vote inhérent aux actions des filiales de la société faillie (R., par. 586, p. 440, et pars. 590 à 592, p. 444); les droits du *National Trust* ont donc été lésés lorsque l'on a conféré aux organes de la faillite l'exercice de ce droit de vote et consenti qu'ils l'exercent en fait.

d) Etant créancier gagiste, le *National Trust* n'avait point l'obligation de remettre aux organes de la faillite les récépissés et certificats se trouvant en son pouvoir; lorsque l'on a émis de nouveaux titres et réformé les status des filiales, on a négligé, à la fois, le droit de gage et le droit de vote (R., par. 585, p. 439, et par. 604, pp. 454 à 456).

276. Cette confrontation des positions permet de faire remarquer que le Gouvernement belge a omis dans la *Réplique*¹ de fournir une explication quelconque des motifs pour lesquels le *National Trust* n'a pas fait valoir en Espagne les droits que le Gouvernement belge lui attribue aujourd'hui, notamment le droit de gage sur les actions; pourquoi il n'a pas non plus exercé les actions qui lui revenaient et pour lesquelles les tribunaux espagnols n'auraient fait aucune difficulté; pourquoi il a, au contraire, exercé des actions dans lesquelles il prétendait être titulaire de droits complètement différents de ceux qu'on lui attribue aujourd'hui, par exemple la propriété de toutes les actions et obligations des filiales de la *Barcelona Traction*.

¹ La *Réplique* ne prête que très peu d'attention aux agissements de *National Trust*, et pour cause (R., pars. 662 et 663, pp. 493-494). Pour camoufler cette omission, elle s'étend en considérations sur le fait que les tribunaux espagnols ont admis la comparaison du Comité des obligataires, admission qui, outre qu'elle a été régulière, ne constitue dans la faillite qu'un épisode banal et sans la moindre conséquence, puisque ledit Comité n'a réalisé aucun acte important (*infra*, par 470).

A. *Caractère inadmissible des prétendus dommages causés aux droits du National Trust.*

277. Les contrats de *Trust* passés entre la *Barcelona Traction* et le *National Trust* n'ont eu pour but que l'intérêt des obligataires et il est faux de dire qu'ils étaient destinés à protéger les intérêts de la société débitrice. On ne saurait donc affirmer (R., par. 584, p. 438) que le *National Trust* « 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 le *National Trust* lui-même qui affirme, de la façon la plus claire que « la seule obligation fiduciaire du *National Trust* en tant que *trustee* concerne les obligataires » (A.R. 31, I, doc. 2, par. 4, p. 110).

Pour employer l'expression classique en la matière, « The Trustee is the servant of all the beneficiaries », ce qui est conforme aux opinions les plus autorisées².

Quelles que soient donc les particularités de l'institution du *trust* en droit anglo-américain, les droits du *National Trust* n'étaient qu'un instrument destiné à assurer aux obligataires la perception de leurs créances respectives en principal et intérêts; les affirmations du *Contre-mémoire* selon lesquelles aucun préjudice n'a été causé au *National Trust* et selon lesquelles le Gouvernement belge n'a absolument pas de raison de s'estimer lésé par la conduite des tribunaux espagnols à l'égard de cette société, prennent donc toute leur force.

278. Si un préjudice quelconque avait découlé de la faillite espagnole pour les obligataires, si ceux-ci n'avaient pas touché une somme quelconque en tant que principal ou intérêts, c'est alors que le *National Trust* pourrait se sentir lésé dans ses droits. Mais, puisque les créanciers obligataires ont perçu dans la faillite espagnole la totalité de ce qui leur était dû en principal et intérêts et dans la monnaie convenue, il est hors de doute qu'aucun dommage n'a été causé à ces créanciers ni, par voie de conséquence, au *National Trust*.

C'est pour cette même raison que ladite société a conseillé aux obligataires qui se sont adressés à elle de présenter leurs titres pour encaissement à la société adjudicataire.

¹ La *Réplique* (note 2, p. 438) prétend tirer certaines conséquences d'un paragraphe du jugement du juge Danckwerts dans le procès de la *Sidro* contre le Comité des obligataires *Prior Lien*. Mais l'argumentation se fonde, une fois de plus, sur un texte mal traduit. Le juge britannique, dans son jugement du 25 juillet 1952, dit exactement ce qui suit :

« It should be added that it is not at all clear that the Committee, treating them as the agents of all the bondholders, are the only persons beneficially interested under the Trust Deed, for the Company and the *National Trust* itself are interested in the proceeds of the property charged, and there are questions of contract, as well as trust, involved in a deed of this kind. »

La note de la *Réplique* renvoie à l'*Annexe 134*, mais on chercherait en vain dans cette *annexe* quelque chose qui se rapporterait à cette citation.

Le fondement essentiel du jugement a, en outre, été l'absence dans le procès du *National Trust*, mais non celle de la *Barcelona Traction*, ce qui rend inadmissible, en tout état de cause, l'argument belge.

² « The trustee represents the bondholders only for the protection of their rights, and may not serve as a device for denying them restitution.

* ...

* ... the trustee is a representative of the bondholders individually in all matters relating to the enforcement of the security and the administration of the trust property under the terms of the trust, but his representation may serve only to protect the lien of the bonds and not to deny their rights. » (Mae CLEELAND et FISHER : *The law of Corporate mortgage bonds issues*, Chicago, 1937, p. 692.)

en vertu du cahier des charges, ainsi qu'il apparaît dans les documents produits par le Gouvernement belge lui-même; c'est pour cette raison également que la société elle-même a présenté pour encaissement les obligations qui étaient en son pouvoir.

Comme il n'y a ni lésion, ni résultat dommageable, on ne saurait présenter un grief quelconque devant la Cour internationale, et moins encore lorsqu'il s'agit d'un Gouvernement qui n'est pas qualifié pour le faire¹.

C'est pour cela que le Gouvernement belge s'est vu contraint à l'incroyable pirouette de prétendre qu'en lésant les droits du *National Trust* on a également lésé ceux de la *Barcelona Traction*; le Gouvernement espagnol reconnaît que l'on a en effet frustré l'espoir dont se nourrissait la société faillie d'utiliser le *National Trust* comme bouclier contre les réclamations des créanciers. Mais cet espoir de la société faillie, seul ignoré des tribunaux espagnols, n'était pas un droit, ne constituait pas un élément légalement reconnu et ne s'appuyait pas sur une base morale quelconque.

B. La garantie accordée au National Trust, en faveur des créances des obligataires, n'a point donné à cette société un droit quelconque à séparer de la masse les actions et obligations affectées

279. La *Réplique* base son affirmation contraire sur un syllogisme dont les prémisses sont fausses, comme, par conséquent, la conclusion qu'elle en tire.

La prémisse majeure est qu'« en vertu d'un principe universellement reconnu, également consacré par l'article 918 du Code de commerce », le créancier-gagiste n'était tenu « de remettre les biens donnés en gage à la masse que contre paiement intégral de la dette garantie par celui-ci » (R., V, par. 586, p. 440).

La prémisse mineure est que, de l'avis du Gouvernement belge², le *National Trust* avait un droit de gage sur les actions et obligations des filiales de la *Barcelona Traction*.

La conclusion, c'est qu'en incluant les biens touchés par la garantie dans la masse de la faillite et en concédant le droit de vote aux organes de la faillite, les tribunaux

¹ Du fait qu'il n'y a point eu de préjudice, tous les créanciers ayant été remboursés en principal et intérêts du montant de leurs obligations, la *Réplique* entend tirer une conséquence absolument inacceptable (p. 439, note 1). Elle estime que, si les créanciers obligataires ont pu être intégralement payés en 1952, c'est que la société était parfaitement solvable en 1948, ce qui prouverait que la faillite n'aurait eu d'autre but que de faire passer le patrimoine d'un groupe financier à celui d'un autre. Le Gouvernement belge oublie, une fois de plus, que le fait que l'actif suffit pour couvrir le passif n'indique pas la solvabilité aux termes du Code de commerce espagnol, ni n'empêche de déclarer la faillite lorsque le débiteur sursoit à ses paiements. Il est donc totalement arbitraire de vouloir conclure de ce fait à un détournement du but normal de la faillite, qui est d'assurer le paiement des créanciers, chose qui s'est effectivement produite. Si quelqu'un doit se montrer surpris, c'est bien le Gouvernement espagnol lorsqu'il constate qu'ayant un actif suffisant pour rembourser le passif en 1952, la société faillie voulait en 1945 rogner sur les droits des obligataires avec son fameux plan d'arrangement. Nous croyons que cela suffit largement pour démontrer en quoi consistait la prétendue solvabilité de la *Barcelona Traction*.

² On remarquera cependant que la *Réplique* ne contient aucun raisonnement qui tende à démontrer que ce gage existait. Elle dit simplement (par. 584, p. 438):

« En vertu de la clause 7 du contrat de *trust* régissant cette émission, la *Barcelona Traction* grevait d'un privilège fixe et spécifique (*as 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 garantie des obligations émises. »

Le privilège ainsi constitué est alors, sans plus, qualifié de gage.

espagnols « ont 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 ».

1. Sens et portée de l'article 918 du Code de commerce espagnol

280. On ne trouve pas une seule affirmation exacte dans la *Réplique* au sujet de la prémisse majeure. Il est faux qu'il existe un principe universellement reconnu sur la séparation absolue de la faillite par le créancier-gagiste, et il est également faux que l'article 918 du Code de commerce espagnol constitue une manifestation de ce principe.

Faire ici une étude de ce qui se produit dans d'autres législations n'aurait ni sens, ni intérêt, mais on peut tout de même dire, sans risque d'erreur, puisque les études les plus générales et les plus élémentaires l'affirment, que les systèmes juridiques européens montrent à cet égard une double tendance: une tendance favorable à la *liquidation unique*, sans préjudice de la reconnaissance d'une situation privilégiée au sujet du prix de vente pour les créanciers possédant une garantie réelle (système latin); et une tendance favorable à la *liquidation séparée* pour les créanciers jouissant d'une garantie réelle ou d'un droit de rétention (système germanique).

Aucun système juridique ne s'en tient rigoureusement à l'une de ces deux tendances. On peut toutefois affirmer, sans risque de se tromper non plus, que la majeure partie des systèmes latino-américains continuent à retenir le principe de l'*universalité* ou de la liquidation unique, à quelques exceptions près cependant (notamment pour certaines créances garanties par un gage), et que la possibilité de réaliser une *exécution séparée* pour un créancier-gagiste a été considérablement atténuée dans plusieurs systèmes juridiques particulièrement représentatifs, par exemple les systèmes italien et français, lesquels reconnaissent aux organes de la faillite le pouvoir de procéder à l'aliénation du gage, soit dans tous les cas, soit, lorsque le créancier-gagiste ne la réalise pas, dans un délai fixé¹.

Il existe enfin des ordres juridiques dans lesquels la doctrine la plus autorisée n'a pas hésité à censurer àprement la reconnaissance de ce droit de rétention du créancier-gagiste².

281. Il est également faux que le droit espagnol reconnaisse de façon absolue un droit de séparation et de rétention à tout créancier-gagiste.

Notre système juridique se fonde sur le principe de la *liquidation unique* ou absorption par la masse de tous les biens du failli; ce principe est tellement fort dans notre droit traditionnel en matière de faillite³ qu'il n'y est fait entorse, et fort timidement,

¹ Le décret français du 20 mai 1955 a grandement affaibli la position du créancier-gagiste au profit des autres créanciers puisqu'il a permis au syndic ou à l'administrateur d'imposer au créancier la réalisation du gage, et ce de telle façon que, comme l'a dit la doctrine (Cf. HONORAT: *Les innovations du décret du 20 mai 1955 relatif aux faillites et règlements judiciaires*, Paris, 1960, p. 154), « le droit de rétention traditionnel du créancier-gagiste s'est trouvé réduit à néant ».

² C'est ce qui se produit, par exemple, pour l'article 159 de la Loi mexicaine sur les faillites, àprement critiquée sur ce point par RODRIGUEZ (Joaquín): *La separación de bienes en la quiebra*, México, 1951, pp. 257 ss.

³ Pour une étude plus vaste de ce sujet en droit espagnol et pour se rendre compte de l'importance particulière qu'a revêtu et que revêt le principe de la liquidation unique dans ce droit dès les premières bases fournies par SALGADO DE SOMOZA, pour connaître enfin le sens tout à fait exceptionnel de l'article 918 dans le système instauré par le Code de commerce (voir A.D. 83).

que dans le Code en vigueur lorsqu'il accorde le droit de rétention pour le gage prévu à l'article 918¹.

Lorsque la faillite est prononcée, il n'est point d'hypothèque sur des biens meubles ou immeubles, à l'exception de l'hypothèque maritime, ou de gage non constitué conformément à l'article 918 du Code de commerce, qui confère au créancier un droit de séparation absolu. Seule une étude insuffisante ou une façon de procéder mal intentionnée peuvent expliquer que l'on cherche à combattre une réalité aussi indiscutable et à cacher l'importance évidente et notoire qu'à revêtu et que revêt, dans le droit espagnol de la faillite, le principe de l'absorption de tous les biens du failli.

282. L'exception de l'article 918 étant admise, elle ne peut être appliquée gratuitement à tous les cas de gage sans tenir compte des dispositions de ce texte et de la portée de la situation de fait.

Les conditions exigées par l'article 918 pour que la séparation absolue puisse se produire sont les suivantes:

1^o Que le gage soit mis à la disposition du créancier. L'article 1863 du Code civil établit, lorsqu'il définit le gage, comme condition nécessaire, que le créancier ou à son défaut un tiers, d'un commun accord, doit être mis en possession des choses à lui données en gage. Nonobstant cette double possibilité, l'exception prévue par l'article 918 ne joue que dans le cas où le gage aurait été mis à la disposition du créancier. Elle ne s'applique donc point au cas de la remise à un tiers d'un commun accord, et moins encore au cas où la remise est faite à un tiers sans accord entre le créancier et le débiteur, car, dans ce dernier cas, on ne saurait même pas parler d'un gage en tant que contrat typique de garantie.

2^o Qu'un transfert effectif de possession se soit effectivement produit. S'agissant d'actions nominatives dans lesquelles l'exercice du droit est lié à une inscription dans le livre-registre et non à la possession du titre, on ne peut parler que très difficilement d'un transfert de la possession des actions, surtout lorsque des certificats semblables à ceux de l'*Ebro* ou de la *Catalnian* son délivrés.

3^o Que le gage soit « constitué par acte authentique ou par une police signée par un courtier ou agent de commerce ». Une condition de forme particulière est donc exigée, et elle ne peut être remplacée par aucune autre. S'il s'agissait d'une simple formalité, on pourrait dire que la règle *locus regit actum* joue pour les contrats passés à l'étranger; mais il n'est pas fixé ici de condition de forme à laquelle ce principe puisse s'appliquer. Un contrat passé à l'étranger conformément aux formes légales du pays sera certainement valide en Espagne et, s'il réunit les conditions de fond nécessaires, il pourra même être considéré comme contrat de gage; mais il ne pourra être qualifié de gage au sens de ceux que prévoit l'article 918, parce qu'il lui manquera une condition spécifique établie par un texte qui consacre une exception à la règle générale².

¹ L'exception a été étendue par la suite à l'hypothèque maritime (art. 3, N^o 3, de la Loi du 21 août 1893), puis aux cas envisagés par la loi sur les hypothèques mobilières et gages sans transfert, en date du 16 décembre 1954.

² Il se peut, par conséquent, qu'en colloquant les créances dans la faillite, on lui reconnaisse la préférence voulue sur les créances communes, mais il est impossible de lui attribuer le droit à la séparation de la masse.

L'énumération de ces conditions suffit pour se rendre compte à quel point est erronée l'affirmation de la partie adverse que le *National Trust* pouvait invoquer l'article 918 du Code de commerce même dans l'hypothèse rejetée où les contrats de *trust* auraient établi un gage en faveur du *trustee*.

2. *La garantie établie par les Trust Deeds entre la Barcelona Traction et le National Trust ne constituait pas un gage.*

283. Le Gouvernement espagnol pourrait se borner à opposer l'exception suffisante en soi que le *National Trust*, titulaire de ce prétendu « droit de gage », n'a jamais invoqué devant les tribunaux espagnols l'article 918 du Code de commerce et exercé l'action précise qui appartient à un créancier-gagiste¹.

Cette allégation ne figurait pas non plus dans le *Mémoire*, à tel point que l'article 918 du Code de commerce n'est même pas transcrit dans l'*Annexe 54* dudit *Mémoire*, annexe où sont citées les dispositions de droit positif espagnol invoquées par le Gouvernement belge.

Mais le Gouvernement espagnol, fidèle au soin qu'il apporte à réfuter de façon intégrale les argumentations belges, peut ajouter quelque chose de plus pour mettre en évidence le caractère gratuit de cette thèse.

284. L'émission des obligations *First Mortgage* a été autorisée par acte passé à Toronto le 1^{er} décembre 1911 (A.C.M. 71, I, pp. 526 ss.) entre la *Barcelona Traction*, en tant que société émettrice, d'une part, et le *National Trust* agissant en tant que *trustee*, dans l'intérêt des futurs souscripteurs de titres, d'autre part. L'émission des obligations *Prior Lien* a été autorisée par acte passé également à Toronto, le 10 juillet 1915, par la *Barcelona Traction*, d'une part, et le *National Trust*, d'autre part.

On ne peut trouver un équivalent de l'institution du *trust* dans aucun système de droit européen. De nombreuses situations matérielles sont résolues en droit anglo-saxon par la constitution d'un *trust* et par la désignation d'un *trustee* dont le rôle est variable et adapté aux besoins de chaque espèce². Dans les droits d'inspiration romaine, par contre, les mêmes situations de fait sont résolues au moyen d'institutions distinctes³.

Le *trust deed* est un acte solennel et de forme rigoureuse, dont l'effet principal est de créer une charge particulière sur certains biens présents, acte moulé en fonction

¹ Voir A.D. 84 où il est fait une synthèse des divers actes de procédure réalisés par la *National Trust* en Espagne. Cette annexe est en outre utile parce qu'elle montre la multiplicité et la disparité de déclarations souvent contradictoires.

² L'institution du *trust* occupe une place d'une importance capitale en droit anglo-saxon. Tout ce système juridique est profondément marqué par elle. Il n'y a pas un seul point de détail de ce milieu juridique auquel le *trust* soit étranger. On la retrouve dans le droit des personnes, dans celui de la famille, dans le droit successoral, dans les droits réels, dans le droit commercial, dans la procédure d'exécution et de faillite, dans le droit administratif et, en général, dans le droit public lui-même.

³ MESSINA: *Negozi fiduciari*, vol. I des *Scritti giuridici*, Milan 1948, p. 183, déclare que le *trust* « envahit toute la vie juridique anglo-saxonne, et que celui qui voudrait ébaucher, ne serait-ce que sommairement, ses applications concrètes, en viendrait rapidement à déclarer que le *trust* revêt la même universalité et possède la même élasticité que le contrat, et que la grande liberté accordée aux parties pour le former rendrait une telle entreprise aussi vaine que de vouloir classer les contrats en fonction de leur contenu concret ».

des règles du *mortgage* et complété en règle générale par une garantie flottante, dite *floating charge*, sur le reste des biens de l'entreprise, présents et futurs. Ces garanties réelles, élément essentiel du *trust deed*, sont déclarées constituées dans l'intérêt des souscripteurs d'obligations (*bondholders*, *debentureholders*) et de leurs ayants cause, et en garantie du paiement ponctuel des intérêts et du remboursement du capital.

Le *mortgage* est une institution qui joue le rôle économique de l'hypothèque européenne, laquelle découle de la conception romaine; la *mortgage charge* représente simplement une affectation hypothécaire ou un privilège d'hypothèque. La *floating charge* est une charge sur tout le patrimoine ou actif d'une société, tant présent que futur (*charge on the undertaking*).

Ni une chose, ni l'autre, ne constitue naturellement un droit de gage. Le gage possessoire romain trouve un équivalent en droit anglo-saxon dans l'institution juridique du *pledge* ou *pawn*. On chercherait en vain ces expressions dans les *trust deeds* régissant l'émission des obligations en livres sterling de la *Barcelona Traction*¹.

Le « droit de gage », base du grief belge, n'existe tout simplement pas.

285. Les *Trust Deeds* de 1911 et de 1915 ont constitué, à titre de garantie des obligations *First Mortgage* et *Prior Lien*, un *mortgage* sur tous les biens appartenant à la *Barcelona Traction* au moment de la passation de chacun des actes, et une *floating charge* sur tous les biens futurs.

La constitution de ces charges a présupposé la création d'une garantie sans que la *Barcelona Traction* perde la propriété (*beneficial ownership*) des éléments de son patrimoine faisant l'objet de ladite garantie². C'est pour cela qu'ils ont toujours figuré dans ses livres d'inventaire et ses bilans en tant que biens lui appartenant à titre exclusif, et ce en pleine connaissance de cause de la part du *Trustee* qui l'approuvait. Après la passation desdits actes de *trust deeds*, la *Barcelona Traction* a pu vendre, et a vendu, des biens grevés par la charge constituée sur eux, en tant que véritable propriétaire des biens affectés³.

Si le *National Trust* détenait matériellement au Canada certains titres ou certificats d'actions, c'était uniquement en qualité de dépositaire et afin de rendre plus aisée,

¹ Ce n'est que dans la clause N° 30 du *Trust Deed* de 1911 qu'il est dit: « Should the Company pledge any bonds secured hereunder or otherwise deliver or deposit any bonds so as to entitle the Company redeem or get back the same and should the Company redeem or get back the bonds so pledged or otherwise delivered or deposited, then the Company may from time to time reissue the same . . . ». Cela n'a naturellement aucun rapport avec la nature de la garantie, mais prouve que seul le mot « *pledge* » peut être identifié au gage.

² La société peut disposer des biens affectés à titre de garantie « in the ordinary course of business », et exercer tous les pouvoirs lui revenant en tant que propriétaire de ceux-ci.

³ Les clauses 12 et 21 respectivement, et les clauses correspondantes des *trust deeds* des émissions *First Mortgage* et *Prior Lien*, reconnaissent explicitement que, nonobstant les charges constituées, la société continuera à avoir la possession et à jouir de la totalité des biens affectés à titre de garantie, et qu'elle pourra développer avec ceux-ci l'une quelconque de ses affaires, tout comme si les charges n'avaient pas été constituées, sans préjudice du fait que, si une infraction était commise rendant l'exécution des garanties possible, le *Trustee*, autrement dit le *National Trust*, serait autorisé à prendre possession, chose qui ne s'est jamais produite, des biens en question. Les mêmes clauses font également savoir que l'exercice du droit de vote découlant de la possession d'actions d'autres sociétés appartenant à la *Barcelona Traction* reviendra également à cette dernière société.

le cas échéant et en temps opportun, la réalisation de la garantie établie¹. En accord avec ce qui vient d'être exposé, le *National Trust* ne s'est jamais considéré créancier-gagiste, que ce soit en vertu des stipulations des *trust deeds*, ou en vertu du droit canadien².

286. A plus forte raison, quelle que soit l'interprétation que l'on puisse donner aux *trust deeds* selon le droit canadien, il est bien évident que les juges espagnols devaient s'en tenir à l'interprétation de leur propre système juridique. Dans la mesure où ils avaient connaissance des actes de *trust*, ils devaient en partir comme d'un fait et apprécier juridiquement leurs stipulations en fonction des règles du droit espagnol. Dans l'hypothèse rejetée où le juge espagnol aurait pu envisager le droit canadien, ce droit devait être allégué et prouvé de façon adéquate au juge espagnol au moment opportun de la procédure. Les décisions de la Direction générale des registres des 25 mars 1950 et 17 janvier 1951 ont établi avec clarté (conformément à de multiples arrêts du Tribunal suprême des 26 mai 1887, 11 décembre 1893, 28 octobre 1894 notamment) que la maxime « *jura novit curia* » ne joue point à l'égard des lois étrangères et que l'on ne pouvait, par conséquent, exiger des fonctionnaires espagnols qu'ils appliquent d'office un droit étranger déterminé³.

Mais, même au cas où le droit canadien applicable à cet égard aurait été convenablement invoqué et prouvé dans la faillite, le juge espagnol aurait dû en rejeter en tout état de cause l'application et se fonder sur le droit espagnol, et cela parce qu'en qualifiant les éléments de fait contenus dans les actes de *trust*, il aurait remarqué que, selon la qualifica-

¹ C'est pour cela qu'il est stipulé dans la clause N° 10 du *Trust Deed* de 1911, sous l'intitulé non équivoque de *Deposit of securities with Trustee*, que toutes les actions, titres, obligations et autres valeurs sur lesquelles une charge particulière a été constituée « seront déposées entre les mains du fiduciaire » afin d'être par lui conservées, de même que garanties et assujetties aux pouvoirs et stipulations contenues dans le *Trust Deed*. Au par. 11, sous le même titre de *Deposit of securities*, le caractère de simple dépositaire du *trustee* est confirmé par la mention du fait que le dépôt peut se faire au nom du fiduciaire « ou bien au nom de toute personne ou société autorisée par le Conseil d'administration de la société », le *National Trust* étant exempté de toute responsabilité en cas de détournement de fonds. Le *Trust Deed* du 10 juillet 1915 s'exprime de la même façon ou d'une façon semblable dans son paragraphe 20.

² Le *National Trust* a comparu (A.C.M., 122, doc. 1, VIII, p. 173) devant le tribunal spécial de la faillite de la *Barcelona Traction* le 27 novembre 1948. Il n'a certainement pas invoqué sa qualité de créancier-gagiste, son « droit de gage », et n'a fait aucune mention de l'art. 918 du Code de commerce espagnol. La question posée dans cet acte était celle de la compétence, question posée sous forme d'un déclinatoire en faveur du Tribunal Suprême d'Ontario. Les deux premiers paragraphes de l'acte cherchaient à expliquer la configuration du *National Trust*, et à rendre compte de la procédure canadienne pour la nomination du *Receiver*.

Le *National Trust* faisait allusion à la nécessité de faire connaître les droits dont il était titulaire, non sans ajouter « quelques commentaires sur les institutions du droit canadien inconnues en droit espagnol ». Puis il faisait allusion, dans l'acte même, à l'institution du *trustee* en tant « qu'institution inconnue en Espagne », et il insistait sur la même idée lorsqu'il déclarait que, « même s'il avait voulu se soumettre volontairement à la juridiction espagnole, il n'aurait pas pu poursuivre (la procédure) en Espagne, s'agissant d'une institution inconnue dans ce pays ».

Le *National Trust* décrivait lui-même ses droits d'une façon très différente de celle de la *Réplique*: « ... des droits de la force de tous les droits qui concernent les garanties réelles, les affectations de biens, les exécutions forcées, les saisies et prises de possession, l'octroi de pouvoirs de vente, ceux de changer certaines conditions des titres et de l'émission, et autres droits particuliers de non moins grande importance, sont créés exclusivement et particulièrement en faveur du *Trustee* en tant que titulaire propre de ces droits ... ».

³ L'arrêt du Tribunal suprême du 16 novembre 1960 (R. Jurispr. Aranzadi, 1960, N° 4097) — dont la doctrine a été confirmée par d'autres décisions, notamment l'arrêt du 29 septembre 1961 — établit avec clarté que « les tribunaux ne peuvent décliner l'application de nos lois, renoncer à leur empire, éliminer d'office le Code civil, appliquer un droit étranger qu'ils n'ont pas à connaître, et à l'égard duquel on doit comprendre que, n'ayant pas été invoqué par les intéressés, ils abandonnent son application ou y renoncent ».

tion en accord avec les conceptions propres du droit espagnol (qualification de *lege fori* obligatoire selon les principes du droit international privé propre), cette institution était, en principe, *inconnue*, ce qui le contraignait donc à la remplacer par celle qui découlait des principes du droit espagnol, fait qui aurait amené obligatoirement à l'application de ce dernier droit.

L'application de la *lex fori* est indiscutable¹, puisque les règles qui régissent la procédure de faillite sont essentiellement d'ordre public².

Le Gouvernement belge lui-même, lorsqu'il invoque l'article 918 du Code de commerce, reconnaît cette réalité; on ne peut estimer qu'une disposition du système juridique espagnol a été enfreinte sans admettre expressément que c'était bien là le système applicable³.

287. Il se trouve que, les *trust deeds* ayant été envisagés sous le jour du droit espagnol, leurs stipulations ne pouvaient en aucun cas constituer un droit de gage, et moins encore conférer au *National Trust* le droit prévu par l'article 918 du Code de commerce au profit de certains créanciers-gagistes.

Le Code civil espagnol définit à l'article 1857 les conditions essentielles que doivent remplir les contrats de gage et d'hypothèque; traitant particulièrement du gage, l'article 1863 stipule ce qui suit:

«Outre les conditions exigées par l'article 1857, il est nécessaire, pour constituer le contrat de gage, de mettre en possession du gage le créancier, ou un tiers d'un commun accord.»

Mais pour savoir quel est le créancier auquel se réfère cette disposition, il faut tenir compte du fait que le paragraphe 1 de l'article 1857 exige comme condition essentielle:

«Qu'il soit constitué pour assurer l'accomplissement d'une obligation principale.»

Pour les tribunaux espagnols, les créanciers de la *Barcelona Traction* ne pouvaient être ni n'étaient autres que les obligataires titulaires du rapport principal obligatoire. La possession des titres ou certificats donnés en *mortgage* n'a point été accordée aux créanciers, mais au *National Trust*, tierce personne dans le rapport principal; mais ce tiers n'a pas été désigné en vertu d'un accord intervenu entre le débiteur et les créanciers, sinon par un accord intervenu entre le débiteur et un tiers.

¹ L'arrêt du Tribunal suprême du 12 mai 1944 dispose que, «dans les conflits entre la loi étrangère applicable et l'ordre public national, c'est toujours et sans exception ce dernier qui doit prévaloir». C'est cette même doctrine qu'établit, entre autres, l'arrêt du 10 octobre 1960.

² Ce seul fait rend impérative l'application du dernier paragraphe de l'article 11 du Code civil, lequel stipule que les règles «qui ont pour objet l'ordre public et les bonnes mœurs ne peuvent rester sans effet du fait de lois ou arrêts rendus ou du fait de dispositions et conventions prises en pays étranger». On retrouve des dispositions analogues dans les Codes civils italien (arts. 26 et 31) et français (art. 6).

³ Mais le Gouvernement espagnol est convaincu que, si l'on avait appliqué, dans la faillite, le droit canadien, les choses ne se seraient pas passées d'une façon différente. Le droit de la *Barcelona Traction* sur les filiales à titre de *beneficial owner* aurait été incorporé à la masse de la faillite, et les organes de la faillite auraient exercé les droits qui revenaient à la société faillie, sans que cela suppose une diminution quelconque du *legal title* du *National Trust*.

En aliénant les actions grevées et payant effectivement tous les obligataires, l'adjudicataire aurait éteint tous les droits du *National Trust* par manque d'objet, et la propriété se serait trouvée consolidée en la personne de l'adjudicataire.

⁴ Le créancier est donc, selon la conception du Code civil, celui en faveur de qui l'obligation principale a été constituée. Pour qu'il y ait gage, il est indispensable qu'il y ait transfert de la possession du débiteur au créancier, ou bien remise de l'objet du gage à un tiers nommé par le créancier et le débiteur d'un commun accord.

Le gage ne suppose non plus aucune des caractéristiques du *mortgage*, avec scission entre la propriété de forme et le *beneficial owner*, cette scission étant totalement inconnue en droit espagnol. Cela fait que cette institution ne pouvait être qualifiée qu'en tant que contrat atypique de garantie, admissible et efficace en fonction du régime de la liberté des conventions en vigueur en droit espagnol, mais impossible à ranger dans une catégorie ou institution concrète.

288. S'agissant d'un contrat de garantie atypique, il est évident qu'il devait suivre la règle générale de non-séparation des biens de la masse de la faillite; les actions propriété de la *Barcelona Traction* sont donc rentrées dans la masse de la faillite de façon absolument correcte, et la meilleure preuve que les stipulations des *Trust Deeds* ont été respectées est qu'elles ont été saisies et aliénées avec la charge particulière qui grevait les droits saisis¹.

L'efficacité légale de cette charge a naturellement disparu lorsque les conditions des enchères à l'égard du paiement des obligations et intérêts en faveur duquel la garantie avait été constituée ont été remplies. Cela explique logiquement que le *National Trust* ait « conseillé aux obligataires de présenter leurs obligations et d'en recevoir le prix », et que le *National Trust* lui-même ait touché le montant des obligations qu'il détenait².

En fin de compte, le *National Trust* n'avait aucun droit de gage en sa faveur sur les actions, et moins encore un gage spécial constitué en vertu des conditions de l'article 918 du Code de commerce. Il manquait donc de tout droit à une rétention quelconque.

C. *Le National Trust n'était pas titulaire du droit de vote inhérent aux actions des filiales de la Barcelona Traction.*

289. La *Réplique* prétend que le *National Trust* était titulaire du droit de vote attaché aux actions des filiales³. Elle estime en conséquence que ses droits ont été lésés lorsque les organes de la faillite ont exercé le droit de vote; que, lorsqu'on a émis de nouveaux titres et réformé les statuts des filiales, on a à nouveau lésé les droits du *National Trust*, puisqu'on a attribué le droit de vote au propriétaire des actions au cas où un gage serait constitué sur elles (R., V, par. 604, p. 455).

L'affirmation de la *Réplique* est fautive à tous les points de vue. Le *National Trust* ne pouvait avoir ce droit de vote sous l'angle du système juridique espagnol, il ne l'avait pas en fait; et il n'a jamais prétendu devant les tribunaux espagnols qu'il ait un gage sur les actions qui le qualifie pour voter.

290. On lit dans la *Réplique* (par. 562, p. 418) ce qui suit:

« en droit espagnol, le créancier-gagiste ne devient pas propriétaire du titre ni titulaire du droit qui y est incorporé », et « il devra, si le débiteur le lui demande, déposer les titres en banque

¹ Lorsque les biens de la *Barcelona Traction* ont été mis aux enchères, il a été expressément fait constater dans le cahier des charges (A.C.M., 158, doc. 1, VIII, p. 351) qu'il existait des *Trust Deeds* et des charges en découlant. Les biens atteints par une *specific charge* en faveur du *National Trust* y ont été minutieusement désignés.

² A.R., 31, doc. 2, par. 18. Comme la logique le veut, le paiement de ces obligations a été fait conformément au cahier des charges, ce qui suppose l'acceptation de celui-ci.

³ Comme toujours, la *Réplique* se limite à faire des affirmations sans fournir de preuves. Ainsi (par. 586, p. 440), elle affirme qu'« il ne fait aucun doute que seule la *National Trust*... était titulaire du droit de vote afférent aux actions ».

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.»

Il se trouve donc que, même si les affirmations du Gouvernement belge au sujet de la qualité de créancier-gagiste qu'il attribue au *National Trust* étaient vraies, on ne pourrait prétendre que ladite société possédait le droit de vote dans l'ordre juridique espagnol.

La contradiction est flagrante. Et, à fortiori, quiconque, comme le *National Trust*, n'avait pas de gage sur les actions mais une simple garantie atypique, ne pouvait exercer le droit de vote sur la base de l'ordre juridique espagnol¹.

291. Les statuts des sociétés filiales de la *Barcelona Traction (Ebro, Catalanian, Unión Eléctrica et Electricista Catalana)* ne prévoyaient absolument pas de régime de vote au cas où il existerait un gage d'actions, et moins encore une garantie du genre de celle qui avait été attribuée au *National Trust*. Le prétendu droit de vote du *National Trust* ne pouvait donc dériver de dispositions statutaires.

La *Réplique* en vient à le reconnaître implicitement lorsqu'elle dit qu'avant la loi espagnole de 1951 « 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 » (R., V, p. 456).

Or il semble que, si le droit de vote était attribué au *National Trust* en vertu des contrats de *trust*, le Gouvernement belge devrait indiquer quelle est la stipulation concrète par laquelle ce droit se trouvait conféré. Il va sans dire que cette mention n'apparaît nulle part.

La raison est évidente. D'après les clauses des *trust deeds* (*supra*, par. 285), tant que le *National Trust* ne prendrait pas possession des biens faisant l'objet de la garantie et n'exécuterait pas celle-ci pour cause de non-paiement, tous les droits, y compris le droit de vote, continuaient à appartenir à la *Barcelona Traction* tout comme si la garantie n'existait point.

Lorsque la faillite a été déclarée et les biens incorporés à la masse du fait que le *National Trust* n'avait aucun droit à la séparation, la *Barcelona Traction* était titulaire du droit de vote correspondant aux actions; dès lors, seuls les organes de la faillite étaient habilités à exercer ce droit².

292. C'est pourquoi la *Réplique* veut faire découler le droit de vote du *National Trust* de prétendues procurations ou autorisations données, affirme-t-elle, par ladite société à ceux qui comparaissaient dans les assemblées générales d'employés et de

¹ Pour les raisons exprimées (*supra*, par. 286), tant que l'existence d'un autre droit n'était pas invoquée devant le juge et ne lui était pas prouvée, il ne pouvait même y avoir la possibilité de ne pas appliquer l'ordre espagnol.

² On ne peut pas dire que, lorsque le *National Trust* a cherché, plusieurs mois plus tard à réaliser l'exécution en engageant la *receivership*, il ait pris possession de la garantie et se soit attribué le droit de vote. Au point de vue du droit espagnol, la faillite étant déclarée en Espagne et les biens étant incorporés à la masse, le *National Trust* ne pouvait plus prendre possession desdits biens. Aucune décision émise en ce sens par les tribunaux canadiens ne pouvait non plus désormais être reconnue par les tribunaux espagnols (*supra*, Section I, § 2, et A.D. 58).

fonctionnaires. Elle cherche à faire croire que le *National Trust* exerçait en fait le droit de vote, puisqu'elle ne peut fournir aucune démonstration du fait qu'il était réellement titulaire de ce droit.

Cet argument ne saurait non plus convaincre personne, cela pour trois raisons :

1^o Il n'existe aucune preuve que ces procurations, autorisations ou billets d'assistance aient existé en réalité (*infra*, par. 303).

2^o S'ils avaient réellement existé, ils ne prouveraient point que le *National Trust* ait eu le droit de vote et qu'elle ait donné mandat à la *Barcelona Traction* pour l'exercer en son nom ¹. On pourrait tout au plus admettre que le *National Trust*, dépositaire des certificats et récépissés, remplissait l'obligation formelle de fournir aux mandataires des titulaires du droit la preuve de leur qualité, afin qu'ils puissent participer aux assemblées que l'on dit s'être tenues ².

3^o Enfin, ces documents qui, du fait du caractère unipersonnel des filiales, n'étaient que des formalités à usage interne du groupe, ne suffiraient pas à conférer un droit qui n'était pas attribué par la loi, par les statuts ou par les contrats de *trust*.

293. Lorsque le *National Trust* a comparu devant les tribunaux espagnols et a exercé des actions en nullité ou en revendication ³, non seulement il n'a pas invoqué le *mortgage* créé par les *trust deeds*, mais encore n'a pas même prétendu avoir le droit de vote sur toutes les actions des filiales, comme l'affirme la *Réplique*.

Dans les trois cas, il s'est présenté devant lesdits tribunaux en prétendant être détenteur et possesseur absolu de 990 actions de la *Catalonian* ⁴, et propriétaire absolu de 24.840 actions de l'*Ebro*.

Devant ce comportement, le Gouvernement espagnol se demande comment la partie adverse ose avancer que les tribunaux espagnols ont violé un droit de gage fondé sur l'article 918 du Code de commerce, alors qu'en fait le soi-disant titulaire du droit n'a jamais prétendu devant ces tribunaux être créancier-gagiste et a même adopté une attitude contraire à ce droit tout en n'invoquant la propriété que d'une fraction des actions.

¹ La *Réplique* parle de façon aussi vague du fait que le *National Trust* délivrait des « procurations », des « autorisations spéciales », des « billets personnels d'assistance », etc., parce qu'elle n'ose pas affirmer de façon formelle que ceux qui assistaient aux prétendues assemblées votaient comme mandataires du *National Trust*; c'est pour cette raison également qu'elle dit que les assistants votaient selon les instructions de par la *Barcelona Traction*, bien que, comme elle le prétend, le *National Trust* s'assurât avant les assemblées que rien ne serait décidé qui soit contraire aux contrats de *trust* (*infra*, par 304). Or elle prétend déduire de faits aussi peu concrets un droit qui n'est établi nulle part.

² Si, dans le cas du gage d'actions, le créancier est obligé de fournir les titres ou autorisations permettant au propriétaire d'exercer son droit de vote, on doit *a fortiori* en dire autant dans le cas où il s'agit d'un simple détenteur des titres en qualité de dépositaire.

³ Il s'agissait des requêtes des 17 novembre 1950 et 16 août 1951, présentées contre l'*Ebro* et la *Catalonian*, requérant la déclaration de nullité de la procédure, et de l'action en revendication (*tercería de dominio*) formée le 3 janvier 1952.

⁴ Dans les premières actions de nullité de la procédure, il n'indiquait pas ce chiffre, mais se référait vaguement à « un grand nombre d'actions du capital-actions de la *Catalonian Land* ».

§ 4: LA « BARCELONA TRACTION » ET LE « NATIONAL TRUST » AVAIENT L'OBLIGATION DE REMETTRE LES TITRES AUX ORGANES DE LA FAILLITE

294. La *Réplique* (V, par. 580, p. 435) prétend voir certaines confusions dans le *Contre-mémoire* à propos de l'infraction que la *Barcelona Traction* aurait commise à l'obligation qui lui incombait de remettre aux organes de la faillite les titres qui se trouvaient au Canada. Or la confusion, c'est bien le Gouvernement belge qui cherche à l'introduire. Le Gouvernement espagnol n'a jamais nié qu'un propriétaire d'entreprise individuel ou une société puisse transférer ses biens dans un pays plutôt que dans d'autres. Prétendre le contraire serait tout simplement absurde.

Ce que les tribunaux espagnols reprochent à la *Barcelona Traction*, c'est non pas d'avoir choisi un pays déterminé pour y déposer ses biens, mais d'avoir utilisé de façon abusive les formes juridiques pour lancer une exploitation en Espagne, exerçant ses droits en territoire espagnol, alors qu'elle plaçait au Canada des titres ou certificats dont elle ne parvient jamais à préciser comme il convient l'identité et la nature, et cela à seule fin d'obtenir des mesures de « protection naturelle » contre les réclamations des créanciers. Le Gouvernement espagnol peut, à cet égard, facilement montrer à la partie adverse quelle est sa position. Cette position ne peut être que celle qui consiste à invoquer le jugement rendu par le juge spécial le 27 janvier 1964, jugement par lequel il déclarait frauduleuse la faillite de la *Barcelona Traction* (A.C.M., 202, IX, pp. 292 et ss.).

Dans ce jugement, il est montré comment le caractère frauduleux de la faillite découle de la simple tentative faite par la *Barcelona Traction* pour détourner ses biens au détriment des créanciers, sans qu'il soit nécessaire, au moins en droit espagnol, que la tentative aboutisse. Il ne paraît point que le Gouvernement belge puisse nier l'existence de cette tentative, puisque c'est lui qui a esquissé devant la Cour la théorie de la « stérilisation » de la faillite espagnole, qui a invoqué le fait que les titres et que leur placement au Canada constituaient une « protection naturelle », qui a osé dire que, si les tribunaux espagnols n'avaient pas saisi les droits de la société faillie sur les filiales — chose que la société faillie cherchait précisément à éviter — la déclaration de faillite n'aurait été qu'une « mauvaise plaisanterie ». Le Gouvernement espagnol n'a pas besoin d'ajouter quoi que ce soit.

295. La *Réplique* prétend ensuite (pars. 581 à 583, pp. 436 et ss.) que la *Barcelona Traction* n'était pas obligée de remettre aux organes de la faillite les avoirs qu'elle avait en son pouvoir, quels qu'ils fussent. Ce qu'il importe de signaler, laissant de côté les arguments de pure forme qui manquent totalement d'efficacité¹, et bien que ce soit élémentaire, c'est qu'il existe un principe évident et universel, à savoir que le failli a le devoir de remettre à la masse tous ses avoirs.

Le système juridique espagnol, comme tant d'autres, ne formule pas ce principe parce que ce n'est pas nécessaire. Il se limite simplement à sanctionner pénalement le non-accomplissement de ce devoir et à qualifier de frauduleuse la faillite où il y a détournement de biens (art. 890, circ. 1 et 15 notamment, du Code de commerce); le détournement de biens se produit, comme la jurisprudence espagnole l'a maintes

¹ Pour l'appréciation que méritent ces prétendus arguments de forme, voir A.D. 85.

fois signalé¹, lorsque le failli cache ou soustrait les biens aux poursuites légitimes des créanciers, même lorsque la dissimulation échoue du fait de l'activité des tribunaux ou des organes de la faillite. Le Code pénal enfin sanctionne à l'article 520 les faillis déclarés insolvable frauduleusement conformément au Code de commerce. Si un système juridique sanctionne pénalement une conduite, c'est tout simplement parce qu'il estime que le sujet a le devoir d'adopter une attitude contraire à celle qui est sanctionnée.

296. Au lieu de chercher des excuses de pure forme pour éluder les requêtes qui lui ont été faites, la *Barcelona Traction* aurait pu s'abriter derrière le fait douteux qu'elle n'avait point en son pouvoir les titres ou certificats, et faire ce qu'elle n'a jamais fait, à savoir donner des explications claires, convaincantes et documentées aux autorités espagnoles. Elle a préféré s'abriter une fois de plus derrière des prétextes de pure forme, d'ailleurs parfaitement inadmissibles, pour maintenir un silence pudique sur ses affaires internes.

Mais il est évident que la *Barcelona Traction* avait entre les mains trois cents actions de la *Canadian*, sur lesquelles les mesures de saisie que pouvaient adopter les tribunaux espagnols étaient inefficaces. C'était un devoir inéluctable pour la société faillie de remettre ces actions aux organes de la faillite, et cette seule omission suffisait pour que ses hommes tombent dans le délit de faillite frauduleuse.

On cherche à trouver une excuse à cette conduite en invoquant le prétexte nouveau que les actions en question ont été vendues par le *Receiver*, lequel obéissait à des ordres reçus du tribunal d'Ontario. On prétend ensuite que le Gouvernement espagnol se contredit lorsqu'il reconnaît, d'une part, que la conduite du *Receiver* était correcte et, d'autre part, que la *Barcelona Traction* était obligée à remettre les titres (R., par. 580, p. 435).

Cette contradiction n'existe point. Le devoir de la *Barcelona Traction* envers les organes de la faillite espagnole est né dès la déclaration de faillite. Si la *Barcelona Traction* avait rempli ce devoir, la saisie serait devenue effective même à l'égard des actions de la *Canadian* et personne ne pourrait lui reprocher en Espagne d'avoir soustrait ses avoirs.

Mais sa conduite non seulement a fait que la vente des actions par le *Receiver*, qui s'est produite quelques mois plus tard, est devenue possible, mais encore l'a rendue facile et l'a inspirée. Face à la faillite et aux tribunaux espagnols, la société faillie répond donc du détournement, de la soustraction et de la dissimulation de ces actions au préjudice des créanciers légitimes.

Il n'y a aucune contradiction dans le fait que le Gouvernement espagnol ne reproche point, par contre, aux tribunaux canadiens ou au *Receiver* d'avoir réalisé la vente. Ils ont accompli leur devoir du point de vue du droit canadien, et le Gouvernement espagnol ne saurait donc rien leur reprocher. Mais, en revanche, il

¹ Arrêts de la deuxième Chambre du Tribunal suprême sanctionnant le délit de détournement de fonds des 10 juin 1885, 17 juin 1901, 4 juillet 1904, 15 juin 1907, 27 juin 1933, 25 juin 1934, 18 mai 1935 et 8 mai 1944.

reproche à la société faillie, *du point de vue* du droit espagnol, qu'ayant été déclarée en faillite en Espagne, elle n'ait pas rempli son devoir et ait adopté un comportement tel que les avoirs ont pu disparaître, même si cela s'est produit suite aux agissements des organes judiciaires canadiens ¹.

297. Nous passons enfin aux devoirs du *National Trust* « au point de vue » du droit espagnol. Suivant l'ordre juridique espagnol, les tiers qui détenaient des avoirs du failli doivent le faire savoir aux organes de la faillite (art. 1079 du Code de commerce de 1829); tous ceux qui, connaissant le fait de la faillite, ne remettent pas les biens du failli aux administrateurs légitimes de la masse, tombent automatiquement dans la catégorie pénale des complices de faillites frauduleuses (arts. 893 du Code de commerce et 522 du Code pénal).

Il est évident, au vu de ces dispositions et conformément au droit espagnol, que :

1^o Lorsque le *National Trust* a eu connaissance de la publication de la faillite de la *Barcelona Traction* par le juge espagnol, il avait le devoir de communiquer aux organes de la faillite quelles étaient les appartenances (*perenencias*) de la faillie qu'il avait en son pouvoir.

2^o Le fait de résider dans une nation distincte de celle du domicile du failli ne le dispensait pas de cette obligation; ce fait aurait pu lui servir à n'être pas déclaré complice d'une faillite frauduleuse, mais encore à la condition de prouver que l'on n'avait pas eu connaissance de la faillite à Toronto. Or ce fait ne pouvait être prouvé parce qu'il était manifestement faux.

3^o Lorsqu'il en fut légalement requis par son avoué, il devait se tenir pour notifié et exercer le droit de séparation du créancier-gagiste de l'article 918 du Code de commerce qu'il prétendait détenir, au lieu de s'abriter derrière un défaut de qualité de son représentant pour recevoir la sommation (A.D. 85). En ne le faisant pas, il a reconnu le défaut de ce désormais prétendu droit de séparation invoqué; s'il estimait réellement que les biens étaient en son pouvoir, la conclusion serait alors celle qu'a été

¹ Le Gouvernement belge prétend également (p. 435, note 1) que le *Contre-mémoire* a falsifié le texte de la *Procédure orale* à propos de cette question. L'accusation ne mérite pas de commentaire, mais toute cette affaire montre bien quelle est la position du Gouvernement demandeur. Après s'être référé aux titres qui n'appartenaient pas aux sociétés auxiliaires et qui avaient été saisis, le conseiller du Gouvernement belge a dit textuellement ce qui suit : « Le conseil d'administration ou le *Receiver* de la *Barcelona Traction* ont, au bout de quelques mois, pour se créer les réserves indispensables pour les premières dépenses judiciaires, vendu ces titres sans protestation de personne. Ces titres, Messieurs, faisaient l'objet d'un ordre de saisie d'un tribunal espagnol, et ils n'étaient pas affectés » (P.O., III, p. 617). Ce que cela prouve, ce n'est pas ce que le conseiller prétendait prouver, c'est le caractère effectivement platonique de la saisie des actions de la *Canadian*, et le fait que la création des personnes juridiques interposées a eu lieu en vue de rendre la faillite espagnole également platonique en tout état de cause. Cela prouve enfin qu'il y a eu détournement de biens de la part de la société faillie, ce qui semble apparemment tout naturel et parfaitement licite au Gouvernement belge, surtout si cela se fait « sans protestation de personne ».

Il est vrai, d'autre part, qu'il a été dit lors de la *Procédure orale* que la vente avait été ordonnée par le « conseil d'administration ou le *Receiver* de la *Barcelona Traction* ». Ce que cela prouve c'est que, pour le Gouvernement belge, la procédure du *receivership* ne constituait qu'une nouvelle mesure de « protection naturelle » de la *Barcelona Traction* à l'encontre de ses créanciers et que les actes du *Receiver* pouvaient être attribués au conseil d'administration de la *Barcelona Traction* ou vice versa.

indiquée, à savoir qu'il aurait commis un délit de complicité dans la faillite frauduleuse du fait qu'il n'avait pas remis aux organes de celle-ci les appartenances (*pertenencias*) du failli.

Telles sont, ni plus, ni moins, les conclusions auxquelles on arrive en appliquant les règles de l'ordre juridique espagnol; il est inconcevable que, devant une telle évidence et en présence de la rigueur avec laquelle la procédure a été menée, le Gouvernement belge s'obstine à faire des essais abstraits et contradictoires d'arguments, avec lesquels il cherche à envelopper d'un voile de confusion l'absence de bien-fondé de sa requête.

§ 5. : EXERCICE DES DROITS SAISIS: LA NORMALISATION DES FILIALES ¹

298. La partie adverse se sent particulièrement lésée par la normalisation des filiales opérée en Espagne, après la déclaration de faillite de la *Barcelona Traction*. Toujours soucieuse de la forme, elle cherche à dissimuler une réalité: la *Barcelona Traction*, bien qu'ayant interposé entre elle et l'exploitation hydro-électrique en Espagne la personnalité distincte des filiales, continuait à diriger complètement cette exploitation, grâce au pouvoir de contrôle que lui donnait la propriété de toutes les actions; si elle n'avait pas interposé ainsi la personnalité des filiales, elle aurait perdu — du fait d'être déclarée en faillite — la capacité d'administrer l'exploitation en Espagne et d'en disposer, sans qu'il soit possible d'élever le moindre grief à ce sujet; son conseil d'administration n'aurait été ni modifié ni dissous, mais les activités des administrateurs se seraient limitées à défendre les intérêts de la faillie dans le procès de faillite, sans qu'ils puissent adopter la moindre disposition sur l'affaire.

Que visait donc la *Barcelona Traction* en interposant les filiales? Elle voulait que quelques-uns des administrateurs de l'exploitation, prête-noms et hommes de confiance de la société, restent à la tête de l'exploitation, obéissant comme toujours aux ordres de la société, même une fois celle-ci déclarée en faillite et dessaisie de l'administration et de la disposition de ses biens. Elle pensait qu'il lui suffirait de placer hors d'Espagne les titres et certificats des actions des filiales pour empêcher que ses hommes de confiance puissent être destitués de leurs fonctions, et qu'elle tournerait ainsi la règle du dessaisissement.

Mais son espoir a été trompé, parce qu'elle n'a pas tenu compte de ce que, dans l'ordre espagnol, les droits de la faillie, du fait de la déclaration de faillite, étaient incorporés à la masse et désormais exercés par les organes de la faillite, quand bien même les certificats ou documents auraient été soustraits à la saisie. Si la *Barcelona Traction* avait géré l'exploitation directement, les organes de la faillite l'auraient remplacée dans cette activité; ayant obtenu formellement le pouvoir de contrôle sur les filiales, grâce à la possession de toutes leurs actions, les organes de la

¹ La *Réplique* traite de la normalisation dans la première partie (V, pars. 79 à 104, pp. 46 à 61) et dans la seconde (pars. 587 à 611, pp. 441 à 460); à part cette étude spécifique, elle traite de la régularisation et de ses problèmes dans d'autres passages, par exemple, lorsqu'elle nie que la saisie des actifs des filiales ait eu un caractère provisoire (pars. 48 à 55, pp. 28 à 33), lorsqu'elle affirme que, du fait du jugement de faillite, la personnalité distincte des filiales a disparu (pars. 56 à 64, pp. 34 à 37) et lorsqu'elle traite des pouvoirs accordés au commissaire à la faillite (pars. 66 à 69, pp. 38 à 39). Le Gouvernement espagnol réfute ici plus en détail les objections auxquelles il n'a pas encore répondu et qui ne sont pas plus à leur place ailleurs.

faillite se sont substitués à la faillie dans l'exercice de ce pouvoir et ont alors dominé les filiales dans la même mesure que la société mère le faisait auparavant.

Le premier soin du séquestre-dépositaire, en usant des droits de sociétaire unipersonnel des filiales, était logiquement d'éliminer de la direction de celles-ci ces quelques hommes de paille de la faillie; s'il avait eu la naïveté de laisser les hommes de la *Barcelona Traction* à la tête des filiales, la règle de dessaisissement du failli aurait été tournée et le séquestre-dépositaire aurait été responsable devant les créanciers. L'usage des droits saisis pour destituer les hommes de la faillie de leurs postes de commandement, et de les remplacer par des hommes indépendants de la *Barcelona Traction*, ayant la confiance du séquestre-dépositaire, a produit ce que l'on a appelé la *normalisation* des filiales. Celles-ci ont été *normalisées* au moment où il n'y avait plus à craindre que leurs administrateurs ne les dépouillent des éléments de leur patrimoine pour les remettre à la faillie, au préjudice des créanciers ¹.

La normalisation a eu une autre conséquence, que l'on ne saurait confondre avec le phénomène lui-même. La saisie des actifs des filiales a eu provisoirement le même résultat d'éviter les soustractions de biens de la part des administrateurs de ces filiales (*infra*, par. 373); une fois le danger écarté, les filiales ayant été normalisées, il n'a plus été nécessaire non plus de maintenir la saisie: de ce fait, les biens saisis ont été rendus aux filiales (à l'exception d'un solde de sept millions et demi de pesetas, qui a été versé à la caisse de la faillite) ².

299. Pendant toute la faillite, les filiales ont été administrées par leurs nouveaux conseils d'administration et par l'assemblée générale des actionnaires, constituée par les organes de la faillite. Les sous-filiales, de leur côté, sont demeurées, pendant la faillite, administrées par leurs conseils et par l'assemblée des actionnaires, mais, en ce cas, la situation formelle était distincte. Les actions des sous-filiales n'étaient pas propriété formelle de la faillie, mais des filiales au premier et au second degré; il est faux que ces assemblées d'actionnaires aient été aussi, comme le prétend la partie adverse, constituées par les organes de la faillite après la régularisation des conseils.

Immédiatement après la faillite et des mesures complémentaires de février et mars 1948, à mesure que les actifs des filiales et les actions des sous-filiales étaient attribués au séquestre-dépositaire, l'exercice des droits des sous-filiales passait à celui-ci. Mais, une fois la saisie levée, les actions des sous-filiales ont été rendues aux filiales du premier ou du second degré, selon le cas. Dès lors, les assemblées générales d'actionnaires ont été constituées par les représentants des filiales propriétaires des actions, et l'intervention du séquestre-dépositaire et des syndicats, après leur nomination, s'est limitée à des fonctions de surveillance et de contrôle.

Lorsque les actions des filiales directes de la faillie, après la vente, ont été adjudgées à la *Fecsa*, c'est celle-ci qui a évidemment exercé le droit de vote dans les assemblées générales et qui, par le moyen des filiales directes, a pris également le contrôle des sous-filiales.

¹ Il s'agissait, il ne faut pas l'oublier, des mêmes hommes qui, des années auparavant, avaient irrégulièrement soustrait de la caisse d'*Ebro* près de quarante millions de pesetas pour faire de la contrebande monétaire au bénéfice exclusif de la *Barcelona Traction*.

² Les objections de la *Réplique* concernant ce versement et son refus d'admettre que la normalisation ait réellement eu lieu seront réfutés dans la section suivante.

300. Les assemblées d'actionnaires et les conseils d'administration des filiales et des sous-filiales ont adopté, pendant la faillite, les décisions qui, dans chaque cas, leur paraissaient le mieux convenir aux intérêts des sociétés respectives. Si, dans l'exercice des droits saisis, ils ont réformé les statuts sociaux, c'est une question, à proprement parler, étrangère à la faillite, dans laquelle les tribunaux ne pouvaient intervenir. Les organes de la faillite étaient uniquement responsables de ce que l'exercice de ces droits ne cause pas de préjudice à la masse.

C'est dans cette perspective qu'il faut considérer tout ce qui a trait à l'émission de nouveaux titres et ce que l'on a appelé l'*hispanisation* des filiales.

A. Les organes de la faillite ont exercé régulièrement les droits de vote inhérents aux actions saisies

301. La *Réplique* affirme (V, pars. 588 à 593, pp. 442-445) que les organes de la faillite, lorsqu'ils ont exercé les droits de vote inhérents aux actions saisies des filiales, ont commis une triple irrégularité: a) usurpation de compétence dans le cas des actions dont les titres se trouvaient au Canada; b) méconnaissance du droit de gage du *National Trust*; c) exercice illégal du vote dans les assemblées des sous-filiales.

Le Gouvernement espagnol se bornera à examiner ici les questions de fait soulevées par la *Réplique*, puisque le fondement juridique des objections adverses n'est que la reproduction de griefs antérieurs¹ ou part d'une base matérielle fautive².

1. Inexactitudes de la Réplique au sujet de l'exercice des droits par la Barcelona Traction avant la déclaration de faillite

302. La partie adverse a donné des signes d'embarras devant la solidité de l'exposé espagnol; d'une part, elle a été affectée par l'argument que l'absence de possession matérielle des titres représentatifs des actions n'ait, dans le passé, fait obstacle à l'exercice, par la *Barcelona Traction*, des droits politiques correspondants (C.M., IV, pp. 324-325); d'autre part, et dans un effort désespéré pour réfuter cet exposé, il lui convenait de donner à entendre que les droits de quelques actions que l'on dit données en gage au *National Trust* revenaient, quant à leur exercice, au *trustee* et non à la *Barcelona Traction*, en sorte qu'ils n'ont pu être incorporés à la masse de la faillite.

A court de raisons juridiques pour combattre la position espagnole, la *Réplique* a prétendu alors les remplacer par le récit de quelques faits, qui, selon elle, devaient donner une explication à l'objection du *Contre-mémoire* et servir à faire entrer en scène un prétendu

¹ Pour ce qui est de la prétendue usurpation de compétence, elle n'existait pas du point de vue du droit international (*supra*, Chap. II, Section I); et, en ce qui concerne le droit interne, il a déjà été démontré que l'existence de certificats ou récépissés des actions au Canada ne faisait pas obstacle à ce que les organes de la faillite exercent les droits saisis (*supra*, pars. 243 et ss.); de même, le registre d'actions nominatives qui pouvait se trouver entre les mains du *National Trust* ne pouvait empêcher cet exercice (*supra*, par. 246). De même, on a démontré que le *National Trust* n'était pas titulaire d'un droit de gage ni du droit de vote inhérent aux actions des filiales (*supra*, par. 233).

² C'est le cas de l'objection relative aux sous-filiales, dont le fondement disparaît dès lors qu'il est prouvé que les organes de la faillite n'ont pas exercé les droits inhérents aux actions des sous-filiales après la normalisation.

droit de vote du *National Trust*, impossible à démontrer du point de vue juridique (*supra*, pars. 289 ss.). Cette narration (R., V, pp. 442 à 444, et A.R., 106, II, pp. 528 et ss.) ne mérite aucun crédit.

303. La partie adverse affirme que la *Barcelona Traction* a toujours exercé le droit de vote afférent aux actions, dont les titres étaient, paraît-il, déposés entre les mains du *National Trust*, en vertu « d'une procuration ou d'une autorisation spéciale » du *trustee*. Le Gouvernement espagnol se doit de faire observer que les documents présentés dans la *Réplique* (A.R. 106) ne prouvent pas suffisamment le fait. Si l'exercice du droit de vote provient « d'une procuration ou d'une autorisation spéciale », la preuve du fait ne peut se trouver que dans les procès-verbaux des assemblées tenues. Si celui qui assiste à une assemblée agit en tant que mandataire d'une autre personne, il doit le dire expressément à l'assemblée même et faire consigner, dans le procès-verbal, sa qualité de mandataire ¹.

Pourquoi ces procès-verbaux n'ont-ils pas été produits? Le Gouvernement espagnol n'a connaissance que du contenu de ceux qui ont trait aux assemblées générales des filiales espagnoles, et on n'y trouve pas trace de ces prétendues procurations ou autorisations spéciales du *National Trust* ².

Mais il y a plus. La comparaison entre les documents présentés par la *Réplique* (A.R. 106, app. 3) et les procès-verbaux des assemblées où ces documents devaient remplir leur objet supposé fait apparaître des divergences telles qu'elles leur retirent tout caractère probant et révèlent que l'explication a été faite pour les besoins de la cause ³.

Si l'existence des procurations est avérée, il faut convenir que la *Barcelona Traction* ne s'inquiétait réellement pas de l'assistance aux assemblées de personnes plus nombreuses que celles qui étaient autorisées par le *National Trust*. Et il est logique qu'il en soit ainsi, car la partie adverse ne peut dissimuler qu'à ces assemblées, s'il est vrai qu'elles avaient lieu, la *Barcelona Traction* — actionnaire unique — ne se faisait pas représenter par ses véritables dirigeants, c'est-à-dire par des personnes qui pouvaient délibérer et adopter des décisions. La *Barcelona Traction* faisait figurer, comme actionnaires, de simples hommes de paille qui s'y prêtaient du fait de leur condition d'employés et qui, en réalité, n'assistaient même pas aux prétendues assemblées ⁴; ils n'avaient pas connaissance de mandats ni de pouvoirs accordés par le *National Trust*, et ils ne connaissaient pas les *trust deeds* qui régissaient les émissions d'obligations en livres de la *Barcelona Traction* etc. ⁵

¹ Les documents présentés a posteriori et par des tiers intéressés, comme le *National Trust*, n'ont donc aucune valeur.

² Sur les procès-verbaux des réunions tenues le 27 mai 1947 par les assemblées d'*Unión Eléctrica de Cataluña*, *Electricista Catalana*, *Barcelonesa* et *Salto del Segre*, voir A.D. 86. — Les recueils de procès-verbaux d'*Ebro* et de *Catalonian* n'ont pu être consultés par le Gouvernement espagnol; mais la partie adverse aurait pu étayer ses affirmations en y joignant les procès-verbaux, ce qu'elle n'a pas fait.

³ Dans trois des quatre sociétés mentionnées, il y avait plus d'actionnaires présents que le *National Trust* n'en avait apparemment autorisés; et dans quelques cas — *Salto del Segre*, par exemple —, la disproportion, « entre actionnaires apparemment autorisés par le *National Trust* » et « actionnaires sans procuration ou autorisation » est telle qu'elle suppose le contrôle de l'assemblée par ceux-ci (A.D. 86).

⁴ Le Gouvernement espagnol se reporte ici à ce qui se trouve exposé dans le *Contre-mémoire* (pp. 91 à 93) et aux documents qui y sont joints (A.C.M. 107, II, pp. 117 ss) et qui prouvent le caractère totalement factice de ces assemblées.

⁵ La *Réplique* (p. 442) affirme explicitement que ceux qui assistaient aux assemblées étaient des représentants de la *Barcelona Traction*; les noms des participants aux assemblées des filiales, de 1940 à 1947, sont pratiquement toujours les mêmes: Espagnols, pour la plupart, résidant à Barcelone, et employés de *Ebro*. Selon la *Réplique*, c'étaient les authentiques représentants de la *Barcelona Traction* en Espagne et cela, pour remplir une fonction aussi délicate que l'exercice des droits politiques des actions propriété de la faillite.

304. Quant aux actions que l'on veut présenter comme objet d'un gage en faveur du *National Trust* et dont cette société prétendait posséder le droit de vote, on prétend qu'avant chaque assemblée générale la *Barcelona Traction* demandait au *National Trust* un pouvoir spécial pour assister à l'assemblée ou « des certificats personnels de présence libellés au nom de personnes que la faillie indiquait »; pour justifier ces étranges mandats, où les mandataires étaient désignés et obéissaient aux instructions de qui n'était pas mandant, la *Réplique* s'empresse d'ajouter que le *National Trust* ne délivrait ces jetons de présence qu'après avoir acquis la certitude que l'assemblée ne déciderait rien qui fût contraire aux clauses du *Trust Deed*. Mais ce n'est là qu'une simple affirmation, car dans les documents présentés (A.R. 106) on cherche en vain la formule selon laquelle le *National Trust* acquiescerait préalablement cette certitude.

Et toute la construction échafaudée est encore moins vraisemblable quand on constate les assertions vagues, les imprécisions et les contradictions de la partie adverse¹.

Les titres et certificats des actions de *Barcelonesa*, *Unión Eléctrica*, *Electricista* et *Salto del Segre*, ont été déposés à Londres jusqu'en 1947 selon la documentation présentée par le Gouvernement belge lui-même². En 1947 après une activité intense déployée entre les obligataires et la *Barcelona Traction*, les titres prennent le chemin de Toronto. C'est pourquoi, dans les assemblées de ces sociétés tenues entre 1940 et 1946, on ne trouve pas le *National Trust* dans le décompte des voix, et les documents montrent que les personnes physiques qui votaient devaient avoir déposé en leur nom dans une banque anglaise les titres des actions pour lesquelles elles exerçaient le droit de vote dans chaque assemblée (voir documentation déposée au Greffe).

Il n'en faut pas plus pour réduire à néant la véracité de cet exposé de la *Réplique*.

2. Les droits sur les sous-filiales ont été régulièrement exercés

305. La *Réplique* (par. 593, p. 445) reproche au séquestre-dépositaire d'avoir exercé le droit de vote auprès de sept sociétés sous-filiales, dont les actions appartenaient à diverses filiales (*Barcelonesa*, *Salto del Ebro*, *Salto del Segre*, *Energía Eléctrica de Cataluña*, *Salto de Cataluña*, *Sociedad Española Hidráulica del Freser* et *Compañía General de Electricidad*).

L'objection n'est pas pertinente. Une fois la faillite déclarée et jusqu'à ce que les filiales soient normalisées, le séquestre-dépositaire détenait la possession des actions des filiales, ainsi que des sous-filiales, et pouvait donc se constituer en assemblée générale des

¹ Prenons-en pour exemple les actions de *Salto del Segre*. La *Réplique* n'allègue pas que ces actions aient été objet du prétendu gage en faveur du *National Trust*; dans la liste d'actions que cette société a présentée à la *Receivership* en prétendant être détenteur des titres, on ne trouve pas celles de *Salto del Segre*. Et si le *National Trust* n'avait pas entre les mains les titres et s'ils n'étaient pas objet du prétendu gage qui servait de base juridique au prétendu droit de vote, comment la partie adverse explique-t-elle les délégations de vote que le *National Trust* a faites à propos de l'assemblée d'actionnaires de *Salto del Segre*, le 27 mai 1947, sous la forme expliquée dans l'Annexe 106. On pourrait faire la même remarque au sujet de la *Barcelonesa*, dont les actions n'apparaissent pas non plus détenues par le *National Trust* dans la déclaration qu'il a faite dans la *Receivership*.

² Voir A.R. 106, app. 3, doc. 1. Le 27 février 1947, M. Lawton s'adresse non pas au *National Trust*, mais à M. McMurtry — Directeur général de *Canadian* et ancien chef du Service juridique d'*Ebro* —, qui était administrateur de la *Barcelona Traction* et représentant de celle-ci à Londres; et M. McMurtry lui répond dans un télégramme que « toutes les actions se trouvent maintenant (*now*, dans l'original) à Toronto ».

unes et des autres, jusqu'à ce que les nouveaux conseils d'administration des filiales fussent nommés; dès lors, les représentants légaux des différentes filiales qui en détenaient les actions ont assisté aux assemblées générales des sous-filiales, toujours avec l'aide, bien entendu, d'abord du dépositaire, ensuite des syndics, conformément à la fonction de surveillance et de contrôle qu'ont assumé à tout moment les organes de la faillite, même après la normalisation des diverses filiales et sous-filiales.

Mais il n'est pas non plus exact que, dans toutes ces sous-filiales, les nouveaux Conseils d'administration fussent nommés à la suite d'assemblées générales constituées par le séquestre-dépositaire; dans la majorité des cas, ce sont les membres des conseils d'administration respectifs non révoqués qui ont désigné les nouveaux administrateurs, conformément aux statuts¹.

306. Dans le même ligne d'argumentation, le Gouvernement belge accuse les syndics d'avoir modifié les statuts de *Barcelonesa* et de *Salto del Segre*, exerçant ainsi des droits de vote qui ne leur appartenaient pas, puisque la première de ces sociétés était filiale d'*Ebro* et la deuxième, filiale d'*Unión Eléctrica*.

L'accusation va contre toute logique. Les documents joints à la *Réplique* (A.R., 18, doc. 1 et 2, I, pp. 42 et 45), révèlent que, le Conseil d'administration de *Barcelonesa*, dont le président agissait en même temps « en représentation de *Riegos y Fuerza del Ebro* en qualité de président du Conseil d'administration de cette dernière » a assisté à l'assemblée de *Barcelonesa*, et qu'ensuite les syndics y ont assisté « en tant que représentants légaux de cette société », qui ne peut être autre que *Riegos y Fuerza del Ebro*. Il n'est pas d'autre explication logique ou raisonnable à la présence, à une assemblée d'actionnaires de *Barcelonesa*, du représentant légal de *Riegos y Fuerza del Ebro* qui avait la propriété de ses actions.

Il en est exactement de même pour *Salto del Segre*².

B. Régularité de la révocation des administrateurs nommés par la société faillie et de la nomination de nouveaux administrateurs

307. La *Réplique* traite de ce point, comme de tant d'autres, à deux reprises (R., V, pars. 83 à 87, pp. 47 à 49; pars. 594 à 598, pp. 446 à 449).

Les inexactitudes de fait et de droit se trouvent tellement mêlées que le Gouvernement espagnol se voit dans l'obligation d'analyser et de réfuter un par un les griefs que l'on y peut relever.

Le séquestre-dépositaire a destitué les conseillers de l'*Ebro* et de la *Barcelonesa* le 20 février 1948, et le commissaire à la faillite a ratifié sa décision par ordonnance du même jour (A.C.M. 73, documents 1 et 2, VII, pp. 376 et 377).

¹ C'est le cas de *Barcelonesa*, *Salto del Segre*, *Salto de Cataluña*, *Hidráulica del Freser* et *Compañía General de Electricidad*. Ce n'est que pour les sociétés *Salto del Ebro* et *Energía Eléctrica de Cataluña* que les administrateurs ont été nommés directement par le dépositaire, constitué en assemblée universelle. Voir A.D. 87 (comprend les procès-verbaux respectifs des sociétés citées).

² Le Conseil d'administration assiste à l'assemblée et son président le fait simultanément « en représentation d'*Unión Eléctrica de Cataluña*, en qualité de Président du Conseil d'administration et cette dernière »; et ensuite les syndics y ont aussi assisté « en tant que représentants légaux des actions de cette société », qui ne peut être que *Unión Eléctrica de Cataluña*, sinon la présence à l'assemblée de son représentant légal ne peut avoir aucun sens.

Le Gouvernement belge dit que la décision du séquestre-dépositaire n'a pas été motivée, tout en reconnaissant qu'elle n'avait pas à l'être. Le séquestre-dépositaire a néanmoins invoqué une raison pertinente et efficace, à savoir qu'il s'était constitué en Assemblée générale de l'*Ebro* et de la *Barcelonesa* par suite de la saisie de la totalité des actions de ces sociétés.

Pour le Gouvernement belge les motifs invoqués par l'ordonnance du commissaire à la faillite n'étaient pas sérieux¹; il objecte que le Comité consultatif local se trouvait à proximité du centre des activités de la société². Or la dernière séance du Comité consultatif local avait eu lieu le 7 février 1947: il avait autrement dit cessé d'agir depuis plus d'un an³.

D'autre part, le motif le plus important allégué par le commissaire à la faillite était l'existence de la procédure de faillite et la saisie des actions des filiales et sous-filiales, laquelle obligeait les organes de la faillite à veiller à ce que la saisie fût effective et à ce que se matérialisât le dessaisissement du failli en révoquant les conseillers nommés par la *Barcelona Traction*, dont les fonctions devaient prendre fin par application analogique de l'art. 1732 du Code civil⁴.

308. La *Réplique* se plaint également (p. 49) de ce que les administrateurs n'aient été remplacés qu'un mois plus tard; il est certain que si cela s'était fait immédiatement, le Gouvernement belge aurait dénoncé une rapidité suspecte, un accord prémédité, etc.

En premier lieu, l'affirmation ne correspond pas à la réalité sous la forme générale avec laquelle elle est formulée. Sauf dans les cas de *Ebro* et de *Catalonian*, l'on n'a pas destitué tous les administrateurs des autres sociétés, si bien qu'elles ont conservé un Conseil, constitué de plus ou moins de membres, selon les cas⁵.

¹ Si on lit l'ordonnance, on constate, au contraire, que le commissaire a dit: «... compte tenu que *Riegos y Fuerza del Ebro S.A.* a son Conseil d'administration à l'étranger, comme il appert du livre des procès-verbaux des séances du Comité consultatif local, bien que la Catalogne soit le champ où elle mène toutes ses affaires, et où se trouvent ses concessions et exploitations de toutes sortes, y compris le lieu de ses bureaux; et que, en outre, son établissement en Espagne et ses statuts constitutifs passés par acte authentique du 14 décembre 1911 par-devant M^r Luis Rufasta, notaire de Barcelone, sont inscrits au Registre de commerce en date du 10 janvier 1912; compte tenu que l'action du Conseil d'administration près du centre des activités de la société est exercée dans l'intérêt social, et que celle du Comité consultatif local à un plus haut degré en raison de la situation de faillite qui affecte les actions de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.*: que le commissaire, conformément aux fonctions que lui confère l'art. 1045 du Code de commerce de 1829, en vigueur en cette manière, en harmonie avec les principes du Code de procédure civile, et avec les pouvoirs accordés par le jugement déclaratif de faillite, doit veiller à la bonne administration des appartenances (*pertinencias*) du failli ».

² Il était entré en crise à tel point que le procès-verbal du dernier conseil — février 1947 — stipule que les administrateurs Conde de Gamazo, M. Cirilo Tornos, M. José Navarro Reverter, M. Juan Ventosa Calvell, M. Domingo Sert et M. Mauricio Boek avaient renoncé à leur charge. Dans ces conditions, que la *Réplique* prétende parler de l'efficacité du Comité consultatif local d'*Ebro*, est, tout simplement, puéril.

³ (Cf. A.D. 77). C'est pour cela qu'il était absolument normal que le commissaire à la faillite invoque pour le cas de la *Barcelona Traction* des motifs analogues. Il faut en outre tenir compte du fait que toutes les filiales et sous-filiales étaient en réalité dirigées par *Riegos*, ce qui fait que les motifs invoqués par le commissaire à la faillite au sujet de cette société étaient en fin de compte applicables aux autres filiales et sous-filiales.

⁴ Bien plus, dans la majorité des filiales et sous-filiales, ce sont les administrateurs eux-mêmes qui, n'ayant pas été destitués de leur poste, ont désigné de nouveaux administrateurs, faisant usage des attributions que leur conféraient les statuts sociaux. C'est le cas de *Compañía Barcelonesa de Electricidad*, *Salto del Segre*, *Salto de Cataluña*, *Hidráulica del Freser* et *Compañía General de Electricidad*.

⁵ Dans le cas de *Barcelonesa*, pour citer un seul exemple, les administrateurs non destitués et nommés par les assemblées des actionnaires antérieures à la faillite de *Barcelona Traction*, MM. Maluquer, Oliveda et Senillosa, se sont réunis le 17 mars 1948 en Conseil d'administration de *Barcelonesa* et ayant pris acte de la destitution de leurs collègues du Conseil (le Marquis de Foronda, MM. Menschaert, Lawton et Puig Domènech), firent application de l'art. 17 des statuts et nommèrent MM. Alegre, Vilardell, Dualde, Roselló et Hernández Eserivá, pour remplacer les administrateurs révoqués.

Mais *Ebro* et *Catalonian* ne furent pas non plus démembrées ni privées de leur possibilité d'action, bien que leurs Conseils d'administration aient été destitués.

Les personnes qui occupaient les postes-clé de l'*Ebro* et, en réalité, de tout le groupe en Espagne,¹ demeurèrent en fonction; les personnes qui remplissaient ces charges n'ont pas été destituées et les pouvoirs respectifs que M. Menschaert, selon acte du 13 janvier 1948, avait répartis entre ces messieurs, pouvoirs qu'il détenait en tant que représentant légal de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.*, — ne leur ont pas été retirés à l'origine².

Mais le Gouvernement espagnol se demande l'importance que pourrait avoir le fait que, pendant un mois, les filiales et sous-filiales de *Barcelona Traction* auraient vécu et agi sans conseils, étant donné les fonctions remplies par le séquestre-dépositaire jusqu'à la normalisation des diverses sociétés du groupe. Et la *Réplique* ne peut indiquer aucun tort causé par ce prétendu fait.

309. La *Réplique* (V, p. 446) qualifie la décision de révoquer les administrateurs comme « un abus et un détournement de pouvoirs » commis par le séquestre-dépositaire. Laissant de côté la « nouveauté » que suppose l'application au séquestre-dépositaire d'une faillite du concept juridique établi par le droit administratif pour les fonctionnaires publics, il y a lieu de noter que la prudence exigeait cette décision de la part du séquestre-dépositaire, du seul fait que la possibilité existait que les hommes de paille de la faillie puissent disposer des biens des filiales au détriment de la masse. Le séquestre-dépositaire a l'obligation d'éviter les soustractions de biens et de ne pas attendre pour prendre les mesures nécessaires en vue d'empêcher que de telles soustractions se produisent.

Et les hommes de paille ont, en fait, soustrait des documents. Ils ont fait obstacle à l'activité du séquestre-dépositaire et ont commis des actes au détriment de la masse³: c'est pourquoi la décision a été une mesure de prévoyance et opportune.

Il ne suffit pas de dire, comme le fait la *Réplique*, que la saisie a empêché les administrateurs de disposer des biens des filiales; en fait, ils en ont disposé, en dépit

¹ Dans le cas d'*Ebro*, par exemple, le poste de Secrétaire général de la société, occupé par M. Maluquer, a été maintenu, et M. Maluquer n'a pas été destitué.

Subsistaient, également, nantis des pouvoirs de la société et de pouvoirs spéciaux, le poste de chef de Division des Concessions Electriques (occupé par M. Boixeda), le poste de Directeur Commercial (occupé par M. Oliveda), le poste de Chef des Concessions Hydrauliques (occupé par M. Santasusana), le poste de Chef de la Division juridique (occupé par M. Borrell de Zulueta), etc.

² Pour ne citer que des exemples concrets, entre le 16 février et le 23 mars 1948, agissant en tant que représentant de *Barcelonesa*, de *Riegos* et d'*Energia*, suivant les cas, M. Oliveda a signé des contrats importants de fourniture d'énergie (voir documentation déposée au Greffe).

Le 18 février 1948, M. Borrell de Zulueta donnait suite à plusieurs demandes du Fisc, en représentation de *Riegos*, de *Compañia de Aplicaciones Eléctricas*, *Electricista Catalana*, *Energia Eléctrica de Cataluña*, *Salto del Ebro* et *Salto del Segre* (voir documentation déposée au Greffe).

Lorsque les pouvoirs de ces employés ont été révoqués ensuite par les Conseils d'administration, ces mêmes Conseils leur en ont accordé immédiatement de nouveaux (cf. *Annexe*, A.D. 88).

³ Voyez C.M., IV, pp. 323 et 528, et A.C.M. 71, VII, pp. 361 et ss. En A.D., 89 est jointe la documentation démontrant que M. Menschaert, le 28 février 1948, alors qu'il était destitué, a fait inscrire au Registre du Commerce, une série de pouvoirs, entre autres ceux accordés à MM. Clark, Puig Domenech, Cretschley, et Lawrence, également destitués.

de la saisie; et *en droit*, les filiales ne pouvaient pas demeurer indéfiniment sans organe d'administration ¹.

310. L'art. 929 du Code de commerce prévoit que les sociétés déclarées en faillite seront représentées pendant la durée de celle-ci conformément à ce que prévoient les statuts et, à défaut, par le Conseil d'administration. La *Réplique* reconnaît que ce principe est applicable aux faillites mais stipule que la solution aurait dû être appliquée *a fortiori* aux filiales. L'argument est inadmissible.

L'art. 929 limite les compétences du Conseil d'administration à celles prévues par cet article: représenter la société dans la faillite et proposer un concordat aux créanciers. Le Conseil d'administration est privé de toute capacité de gestion et d'administration de l'entreprise, car sinon, l'incapacité du failli prévue par l'art. 878 du Code de commerce demeurerait sans effet.

Cette situation était totalement différente de celle des conseils des filiales et il n'y avait pas lieu, *a fortiori*, de faire application du principe; les conseils des filiales n'avaient pas à représenter la faillie ² ni à proposer de concordat, étant donné que ces activités incombaient au Conseil de la *Barcelona Traction*; par contre, les Conseils des filiales pouvaient administrer et disposer des biens de celles-ci pour autant qu'elles n'avaient pas été déclarées en faillite ni inaptes à agir. Comme il est dit dans le *Contre-mémoire*, le Conseil d'administration de la société faillie subsiste, pour autant que les actions de celle-ci n'entrent pas dans la masse de la faillite, car elles appartiennent aux actionnaires qui n'ont pas été déclarés en faillite; en revanche, les actions des filiales font partie de la masse, et pour cette raison, les conseils d'administration, même s'ils subsistent, sont composés conformément à ce que décide, à n'importe quel moment, le titulaire des droits.

311. La *Réplique* (p. 448) indique, comme une irrégularité, le fait que les assemblées d'*Ebro* et de *Catalonian* se soient réunies en Espagne et non pas au domicile social de la société.

Le Gouvernement belge oublie que les deux sociétés avaient eu leur résidence fixée à Barcelone, avec la totalité de leur capital, et c'est pourquoi, si la réalité des choses doit avoir le pas sur la fiction, rien n'empêchait la constitution d'une assemblée générale des actionnaires en Espagne ³.

Il semble difficile que l'on puisse soutenir que lorsque tous les actionnaires acceptent de se constituer en assemblée générale dans un lieu distinct de celui prévu par les statuts,

¹ Il y a lieu de relever, en outre, la contradiction dans laquelle tombe la *Réplique*: d'une part, elle allègue que les filiales sont demeurées sans administrateur pendant une certaine période; d'autre part, qu'il n'y avait pas besoin de désigner de nouveaux administrateurs, parce que l'*Ebro* avait des mandataires avec des pouvoirs suffisants. La saisie des filiales, est-il dit, a été irrégulière parce qu'elle a privé les administrateurs de *Ebro* de disposer de ses actifs; mais la *Réplique* considère qu'était inutile la révocation des administrateurs du fait de la saisie.

² Néanmoins, ils le tentèrent en cherchant à paralyser la faillite.

³ Dans la quatrième clause de l'acte (A.C.M. 7, doc. 2, I, pp. 73-74) d'établissement d'*Ebro* en Espagne (passé devant notaire espagnol le 14 décembre 1911), l'on peut lire ce qui suit: « pour toutes les opérations qu'elle réalise en Espagne, la société se soumet totalement aux lois espagnoles et désigne pour son domicile en Espagne, à toutes fins, la présente ville et le lieu où sont établis ses bureaux ». Une disposition analogue apparaît dans l'acte corrélatif de *Catalonian*. Et les deux sociétés s'étaient établies en Espagne avec tout leur capital.

une telle décision ne puisse l'emporter sur la lettre d'une disposition statutaire, surtout lorsque ladite disposition peut être normalement transformée ou adaptée par la volonté souveraine de l'assemblée.

D'autre part, s'il est vrai que les statuts d'*Ebro* et *Catalonian* fixent, comme norme générale que les assemblées doivent se tenir au Canada, il n'en est pas moins vrai que les statuts eux-mêmes font une exception pour le cas où il s'agit d'une assemblée à laquelle la *totalité* des actionnaires sont présents ¹.

Si *Barcelona Traction*, société faillie, était propriétaire de la totalité du capital-actions d'*Ebro* et de *Catalonian* qui a été saisi par le séquestre-dépositaire, l'on ne comprend pas comment ce dernier ne pourrait pas se constituer en assemblée générale en Espagne, et que pour le faire de façon valide, il aurait dû se déplacer rien de moins qu'à Toronto alors que cela n'aurait rien ajouté au fait de se constituer en assemblée générale ².

L'urgence inhérente à une procédure de faillite, surtout en ce qui concerne les mesures qui tendent directement ou indirectement à assurer l'intégrité du patrimoine du failli, rendait de plus superflue la réunion de l'assemblée à Toronto.

Mais, à qui la constitution de l'assemblée en Espagne portait-elle préjudice ? qui pouvait efficacement protester de ce chef ? Elle ne pouvait évidemment porter préjudice qu'aux actionnaires de la société, et il n'y avait qu'eux qui pussent protester de ce fait ou même l'attaquer en justice, mais le hasard veut que le seul actionnaire des deux sociétés, *Ebro* et *Catalonian*, était précisément *Barcelona Traction* ³.

312. Le Gouvernement belge prétend (R., V, p. 448) que les tribunaux canadiens, sur la demande de la *National Trust*, se sont prononcés sur l'inefficacité des assemblées d'*Ebro* et de *Catalonian* tenues en Espagne.

Il semble que le juge canadien, à qui un exposé unilatéral de la faillite a été seul présenté, n'a pu se poser exactement la question de savoir si *tous* les actionnaires de l'*Ebro* et de la *Catalonian* pouvaient se constituer valablement en assemblée générale en Espagne. Mais en tout état de cause la décision prise par les tribunaux canadiens *au point de vue* de leur droit n'est pas incompatible ni opposable à l'appréciation de ces faits *au point de vue* du système juridique espagnol.

313. La *Réplique* invoque également la circonstance suivante: 24.840 actions ordinaires d'*Ebro* étaient inscrites au nom de *National Trust* et 160 au nom de neuf

¹ A ce sujet, l'art. 17 des statuts d'*Ebro*, par exemple, stipule que:

« les assemblées des actionnaires peuvent se tenir à n'importe quel moment et en n'importe quel lieu, sans l'avis en question, au cas où tous les actionnaires assistent ou sont représentés par des délégués dûment nommés et ces assemblées peuvent décider de toute affaire qu'il appartienne à la compagnie de traiter dans ses assemblées annuelles ou extraordinaires... ».

L'art. 18 des statuts de *Catalonian* contient une disposition identique.

² Il n'y avait, évidemment, aucune nécessité de tenir, d'après les statuts, l'assemblée au siège social. On peut se demander quelle différence il y aurait eu à ce que le séquestre-dépositaire se fût constitué en assemblée dans la chambre d'un hôtel de Toronto.

³ Il y a lieu de se demander également comment on peut assimiler le fait qui nous occupe à un déni de justice, même au cas où la thèse de la *Réplique* serait défendable.

personnes physiques, et 125.000 actions ordinaires étaient inscrites au nom de *Barcelona Traction*¹.

La question est nette: le tribunal a ordonné la saisie de toutes les actions d'*Ebro* et celles-ci, du fait du jugement déclaratif de faillite, se sont trouvées juridiquement saisies et les droits de vote correspondants sont passés au séquestre-dépositaire.

Quelle que soit la valeur que l'on attribue au registre des actions en faveur du *National Trust*, le *Mémoire* n'a jamais nié que la totalité du capital-actions de l'*Ebro*² appartient à la *Barcelona Traction*.

Les experts anglais et canadien non plus³.

Mais si le Gouvernement belge entend mettre en doute — totalement ou partiellement — la propriété de *Barcelona Traction* sur les actions de ses filiales, qui ont fait l'objet de la vente du 4 janvier 1952, on comprendrait mal le fondement de la réclamation internationale dans la formulation où elle a été faite⁴.

314. La *Réplique* (p. 448) qualifie de prétendue irrégularité le fait que les assemblées tenues par les filiales et les sous-filiales n'aient pas été convoquées publiquement.

Le fait en lui-même est dépourvu de toute pertinence mais, de plus, il est élémentaire que les conditions concernant la convocation, prévues dans les statuts, ne sont pas applicables dans le cas d'assemblées dites universelles, c'est-à-dire lorsque la totalité des actionnaires y assiste; elles sont superflues⁵.

D'autre part, les statuts de *Catalonian* et d'*Ebro* eux-mêmes, comme nous l'avons vu précédemment, permettent de s'abstenir de toute convocation lorsque la totalité des actionnaires assistent à l'assemblée.

¹ La Cour ne manquera sûrement pas de s'apercevoir que la *Réplique* oublie ici d'alléguer qu'une partie des actions de *Catalonian* étaient inscrites au nom de *National Trust*. On peut voir dans cette omission inexplicable la confirmation de la légèreté avec laquelle les arguments sont invoqués au sujet des actions qui auraient pu être inscrites ou physiquement possédées par *National Trust*.

² Le par. 28 dit textuellement (à propos d'*Ebro*, *Catalonian*, *International*, *Electricista Catalana* et *Unión Eléctrica de Cataluña*) que «... la *Barcelona Traction* contrôlait directement cinq sociétés dont elle possédait, sous réserve des droits des trustees dont il sera question ultérieurement, la totalité des actions... »

³ A l'*Annexe A* de leur consultation, ils ont qualifié ces sociétés de filiales directes, dont le capital-actions appartenait intégralement à *Barcelona Traction*, sans émettre aucune réserve quant aux « trust deeds » existants.

⁴ Il convient également de souligner que le Gouvernement belge se préoccupe uniquement de faire état de l'inscription de certaines actions d'*Ebro* au nom de *National Trust*, mais il s'abstient d'ajouter que, du fait de cette inscription, le *National Trust* aurait été propriétaire des actions en question — seule circonstance qui aurait pu être pertinente pour étayer son argumentation.

Et même, à cet égard, le Gouvernement espagnol doit insister à nouveau sur le défaut de qualité pour agir, totale et absolue, du Gouvernement belge pour alléguer le prétendu tort qui aurait été causé aux droits de *National Trust*, inscrit comme titulaire de certaines actions d'*Ebro*.

⁵ Ce principe, adopté par de nombreuses législations, a motivé l'art. 55 de la loi espagnole sur les sociétés anonymes du 17 juillet 1951 qui stipule expressément que l'assemblée sera constituée valablement sans besoin de convocation, lorsque tout le capital libéré est représenté et que les assistants acceptent de tenir l'assemblée; ce principe légal n'est que l'application de ce qui se faisait dans la vie des sociétés commerciales espagnoles.

La thèse belge se heurte ici, de nouveau, au bon sens élémentaire: il est absurde de prétendre que le séquestre-dépositaire aurait dû convoquer des assemblées générales auxquelles lui seul pouvait assister, puisqu'il était le seul à posséder les actions.

315. Enfin, la *Réplique* fait observer (V, p. 449) que dans le cas de *Barcelonesa*, douze actions se trouvaient en mains du public; si bien que, pour cette société, le séquestre-dépositaire ne pouvait invoquer sa qualité de « représentant unique des actionnaires »¹.

Comme conséquence du jugement du 12 février 1948, toutes les actions de la *Barcelonesa* ont été saisies. Elles ont été légalement saisies avec tous effets juridiques et bien que ces douze actions se fussent trouvées entre les mains de tiers, cela n'affectait en rien la validité et l'efficacité de l'assemblée générale tenue par le séquestre-dépositaire².

316. La *Réplique* fait allusion (pp. 49 et ss.) à la désignation des nouveaux administrateurs et à l'annulation des pouvoirs donnés à plusieurs avoués par les anciens conseils d'administration³.

Aux dires du Gouvernement belge, la raison de nommer de nouveaux administrateurs aurait été de donner «...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... ».

Cela n'est pas exact.

Le 16 mars 1948 (A.C.M., 73, docs. 7 et 8, VII, pp. 382/3 et 384), le séquestre-dépositaire se constitue en assemblée universelle des actionnaires de *Riegos y Fuerza del Ebro* et décide:

1. De nommer les membres du nouveau Conseil d'administration de la société.
2. D'établir la nécessité de deux signatures conjointes entre les personnes désignées par le Conseil d'administration pour autoriser les paiements et pour tous autres documents commerciaux de la compagnie.
3. D'annuler les pouvoirs accordés aux avoués par *Riegos y Fuerza del Ebro*, le 15 février 1948, à M. José Ignacio Anzizu, avoué à Barcelone, et en général

¹ Il y avait de nombreuses années que ces douze actions avaient été perdues et que, *Barcelona Traction* était en fait propriétaire de la totalité du capital de *Barcelonesa*, au travers d'*Ebro* qui, elle, figurait comme actionnaire de cette société.

² L'oubli — dû au manque de logique — commis par la *Réplique*, qui s'abstient d'alléguer ici que le *National Trust* était prétendument propriétaire de 25.000 actions privilégiées de *Barcelonesa*, ne passera pas non plus ici inaperçu de la Cour. Comme nous le signalons précédemment à propos de *Catalonian*, le fait de jouer tranquillement avec des arguments fondés sur des faits ne correspondant pas à une authentique réalité provoque des amnésies momentanées hautement significatives.

³ La *Réplique* parle (note 2, p. 50) des destitutions et des désignations d'administrateurs qui eurent lieu le 9 avril 1948 simultanément pour *Electricista Catalana* et *Catalonian Land*, et en ce qui concerne les autres sociétés auxiliaires elle affirme qu'elles ont fait, sans aucun doute, l'objet de mesures semblables mais que «... le Gouvernement belge ne dispose pas des documents qui les relatent et que le Gouvernement espagnol n'a, lui-même, pas produits ».

Il est évidemment difficile de croire une telle assertion.

d'annuler les pouvoirs accordés jusqu'alors par le Conseil d'administration de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.*

4. Que le Conseil adoptera les décisions opportunes pour conférer la représentation ou les délégations convenables aux personnes qu'il désignera ¹.

A son tour, le Conseil d'administration nommé, dans sa première assemblée du 16 mars 1948, fait sienne cette décision ².

L'annulation des pouvoirs accordés par les anciens administrateurs était absolument logique et opportune, pour les raisons mêmes, que nous avons déjà expliquées, qui ont déterminé la révocation des Conseils d'administration ou de certains de leurs membres. Dans le cas d'*Ebro*, par exemple, il était dépourvu de sens et d'efficacité de révoquer le Conseil d'administration et de ne pas faire de même avec les pouvoirs pour ester en justice que celui-ci aurait accordés et qui auraient pu être utilisés par leurs titulaires, puisque le mandat accordé n'était pas formellement affecté par la destitution du mandant ³.

La révocation des anciens avoués, le remplacement de ceux-ci par d'autres avoués et enfin l'ordre que ces derniers reçurent des nouveaux Conseils d'administration de se désister des actions exercées par les filiales n'étaient que des mesures logiques puisque l'action de ces filiales était destinée à entraver le cours de la faillite et représentait le mode d'action choisi par *Barcelona Traction* — soit, ne l'oublions pas, la société faillie — pour combattre non pas la faillite, mais ses effets; c'était une action inspirée, dirigée et ordonnée par *Barcelona Traction* elle-même dans son propre intérêt, ce que le Gouvernement belge reconnaît à plusieurs reprises (M., I, par. 147, p. 70, et P.O., II, p. 627) ⁴.

¹ Dans la procédure de saisie du 16 mars 1948, le séquestre-dépositaire se borne à consigner les décisions prises dans l'assemblée en question, que le commissaire approuve dans une décision du 16 mars 1948 également.

A la note 3 de la p. 50, la *Réplique* met en relief que les deux ordonnances du commissaire des 16 et 18 mars 1948 (A.C.M., 73, docs. 8 et 9, VII, pp. 384-387), ont été traduites incorrectement et qu'il y a même dans la traduction des mots qui ne figurent pas dans l'original. L'observation est exacte; il y a une erreur de traduction évidente à cet égard et, même dans l'ordonnance du 18 mars 1948, l'omission d'une partie de son texte. Le Gouvernement espagnol reconnaît l'existence de cette erreur, mais désire faire observer que celle-ci est dépourvue d'importance dans la mesure où le Gouvernement espagnol n'a en aucune façon tiré arguments dans le *Contre-mémoire* de la traduction erronée et incomplète des ordonnances en question; c'est pourquoi le Gouvernement belge ne peut assurément pas démontrer l'intérêt que le Gouvernement espagnol pouvait tirer de ce fait. En outre, l'ordonnance du 16 mars 1948 avait déjà été jointe au *Mémoire*.

La *Réplique* veut compenser la faiblesse de ses arguments en mettant en relief les simples erreurs ou • lapsus • matériels que le Gouvernement espagnol a pu commettre, en les présentant, de plus, comme des • adultérations • de texte répondant, on ne sait exactement à quelle finalité.

² Ce Conseil confirme la destitution de MM. Menschaert, Clark, Cretchley et Puig Doménech des postes et emplois qu'ils occupaient à *Riegos y Fuerza del Ebro*; il décide également de désigner MM. Maluquer, Senillosa, Pinilla, Santasusana et Oliveda pour autoriser les paiements de la société, signer les documents commerciaux, et décide de leur accorder les pouvoirs nécessaires à cet effet; ces personnes avaient toutes été nommées à ces fins par les anciens Conseils.

³ Une bonne preuve en est, comme nous l'avons indiqué précédemment, que le 28 février 1948, M. Menschaert a encore ordonné et obtenu l'inscription au Registre du Commerce de Barcelone de pouvoirs accordés par lui le 13 janvier 1948.

⁴ Le Gouvernement espagnol désire mettre en évidence une circonstance passée sous silence par la partie adverse. Le 26 février 1948, soit 6 jours après la révocation du Conseil, les anciens administrateurs — s'attribuant un pouvoir de représentation dont ils étaient dépourvus — adressèrent une demande au

Si, comme l'affirme la *Réplique*, ces décisions avaient constitué une manœuvre tendant à obtenir le désistement des recours formés par les filiales, il aurait été alors logique que le même 20 février 1948, date à laquelle le Conseil d'*Ebro* a été destitué (filiale la plus importante et pièce maîtresse du groupe), les nouveaux administrateurs eussent été nommés et eussent accordé les pouvoirs à de nouveaux avoués pour leur donner l'ordre de se désister des actions exercées —, et ce, sans qu'il y ait solution de continuité¹. Cependant, dans le cas concret d'*Ebro*, les choses — nous le savons — ne se sont pas passées ainsi; ce n'est que le 16 mars 1948 que les nouveaux Conseils d'administration sont nommés et que décision est prise de révoquer les pouvoirs conférés aux avoués, la désignation des nouveaux avoués n'intervenant pas avant le 23 mars 1948.

317. Qui étaient les filiales et en faveur de qui agissaient-elles ? Les filiales étaient un *alter ego* de *Barcelona Traction* et elles agissaient exclusivement dans son intérêt.

Que prétendaient les filiales avec des recours dont les nouveaux conseils d'administration se sont désistés ? Que les seuls biens réels et tangibles susceptibles de servir à payer les créanciers de la faillite sortissent de la masse de la faillite de *Barcelona Traction*.

S'il en est ainsi, et il l'est en toute évidence, personne ne peut s'étonner que les nouveaux conseils d'administration aient ordonné le désistement des actions exercées dans la faillite par les filiales et sous-filiales.

Barcelona Traction a été la victime de sa stratégie juridique qui s'appuie sur le mécanisme des filiales. Elle aurait pu, à elle seule, attaquer le jugement déclaratif de faillite et, en formant recours contre lui, attaquer également la saisie dont les filiales firent l'objet, et personne n'aurait pu se substituer à elle dans l'exercice des actions judiciaires respectives.

Tribunal suprême pour qu'il désigne un juge spécial. (A.C.M. 121, doc. I, VIII, p. 166). Le nouveau conseil de *Ebro* aurait dû demander le désistement de cette requête, à partir du 17 mars; au lieu de cela, l'avoué de *Ebro* s'est limité à présenter un écrit qui stipulait que son mandant n'avait pas l'intention d'intervenir dans la faillite de *Barcelona Traction*, et que la requête présentée par l'avoué précédent avait constitué un excès de zèle ou une ingérence étrangère à *Riegos y Fuerza del Ebro S.A.* Le Tribunal suprême a décidé, le 7 avril 1948, de désigner un juge spécial, car il considérait que les conditions prévues par le Décret du 17 juillet 1947 étaient réunies. Il ne semble pas qu'il en aurait été ainsi si les demandeurs à la faillite et les tribunaux espagnols avaient été de connivence.

¹ La *Réplique* prétend (V, note 1, p. 50) que le 17 mars 1948 le juge de Reus avait déjà exprimé ses doutes au sujet des pouvoirs de *Riegos y Fuerza del Ebro*, et elle insinue à ce propos que la raison en était le fait que la veille on avait pris la décision de révoquer les pouvoirs.

L'accusation, comme à l'accoutumée, ne résiste pas à l'analyse.

L'attendu auquel la *Réplique* fait allusion dit textuellement :

• Qu'il n'appert pas c'où dérivent les pouvoirs de celui qui est intervenu au nom de *Riegos y Fuerza del Ebro S.A.*, ni quelles compétences possédait celui qui donna le pouvoir, qu'en outre, les termes « conciliation et procès » étant ambigus, il y a lieu d'en déduire une absence de pouvoirs suffisant pour représenter cette société ». Dans cet attendu, le Tribunal relevait un argument invoqué par les demandeurs à la faillite dans la solution du recours en opposition de *Riegos y Fuerza del Ebro S.A.* contre le jugement déclaratif de faillite, argument qui avait été allégué dans une écriture le 25 février 1948, soit plus de 20 jours avant les décisions de destitution des avoués. Et l'objection avait trait non pas à l'annulation des pouvoirs, qui n'avait pas eu lieu, mais à la défectuosité, de l'avis des demandeurs à la faillite, de ces pouvoirs, car il n'en ressortait pas que l'avoué de *Riegos y Fuerza del Ebro S.A.* agissait au nom de la Société; ces pouvoirs lui permettaient d'intervenir dans des conciliations et des procès, mais il ne possédait pas de pouvoirs particuliers permettant de comparaître dans les faillites; or, la faillite n'est ni une conciliation ni un procès.

318. La dernière accusation de la *Réplique* (V, p. 50) à ce sujet et que le *Contre-mémoire* n'a pas relaté est l'affirmation contenue dans le *Mémoire* sur les liens qui unissaient les nouveaux administrateurs des sociétés filiales et sous-filiales au groupe March.

Le *Contre-mémoire* (IV, p. 242, note 1), a déjà souligné que les allusions personnelles contenues dans le *Mémoire* étaient déplacées. Il faut cependant encore insister sur la non-pertinence de cet argument ¹.

Il faut tenir compte, en outre, de ce que lesdites personnes constituaient seulement une partie des administrateurs des différentes filiales et sous-filiales, car d'autres personnes occupèrent des postes identiques, au sujet desquelles ni le *Mémoire* ni la *Réplique* ne font la moindre allusion ².

Qui plus est, il y eut des administrateurs qui furent révoqués de leurs postes par le séquestre-dépositaire et qui furent de nouveau désignés pour les mêmes postes d'administrateurs, par la suite ³.

D'autres administrateurs de certaines sociétés, qui avaient rempli leurs fonctions avant la faillite, furent destitués d'une société, mais demeurèrent, en revanche, en fonction après la faillite dans d'autres sociétés filiales ⁴.

Le cas de « Productora de Fuerzas Motrices S.A. » est symptomatique. En 1947 il y avait treize administrateurs de ladite société ⁵. Des treize administrateurs qui existaient avant la faillite onze continuèrent d'exercer leur fonction (MM. Menschaert et Puig Domènech furent destitués), le nombre d'administrateurs augmentant de deux personnes ⁶.

¹ Le *Mémoire* (I, par. 105) avait fait certaines allusions personnelles se rapportant à quatre conseillers d'Ebro, MM. Alegre, Dualde, Vilardell et Maluquer. Au sujet des deux premiers l'on indique leur condition présumée d'avocats de M. March, ou, plutôt, en ce qui a trait au deuxième, le degré est déjà inférieur, puisqu'il est dit « fils d'un avocat de M. Juan March »; M. Vilardell est qualifié de médecin de M. March et quant à M. Maluquer, il est allégué qu'il avait été nommé pour recueillir les fruits des informations fournies à un homme du groupe March.

Aucune de ces affirmations n'est étayée par des preuves, mais, même si elles l'étaient, et, singulièrement quant aux trois premiers cas l'on ne voit certainement pas la pertinence de ces allégations. Quant au cas de M. Maluquer, celui-ci continua d'occuper, au lendemain de la faillite, les mêmes postes qu'il occupait précédemment, ce qui fait que l'on comprend mal qu'il ait recueilli des « fruits », de quelque nature que ce soit.

² Dans les différents Conseils des filiales et des sous-filiales nous trouvons en 1948 et 1949, outre les quatre personnes mentionnées dans le *Mémoire*, les noms suivants: M. Sebastian Roselló, M. Miguel Hernández, M. Federico Vélez, M. Ramón Grau, M. Andrés Arroyo, M. José Luis Anchástegui, M. José E. de Oltano et M. Antonio Zuloaga.

³ Tel est le cas de M. le comte de Figols, administrateur de *Energia Eléctrica de Cataluña, S.A.* (AD, 90).

⁴ Tel est le cas, par exemple, de l'administrateur M. Lamberto Franco, qui fut destitué de son poste d'administrateur de *Unión Eléctrica de Cataluña, S.A.* et, en revanche, il continua d'exercer sa fonction d'administrateur dans *Productora de Fuerzas Motrices, S.A.*

⁵ M. José Luis Grasset, M. Ramón Coll y Rodés, M. Guillermo Menschaert, M. Enrique MacLenan, M. José Costa Compte, M. Luis Creus Vidal, M. Angel Bernadas, M. José Valls Ibars, M. Lamberto Franco, M. Luis Desvalls, M. Luis Santasusana et M. José Puig Domènech et M. Pallarés, en tant que secrétaire.

⁶ Après que tous les administrateurs eussent présenté leur démission, les personnes ci-après furent élues nouveaux administrateurs: M. Juan Alegre, M. Andrés Arroyo, M. Angel Bernadas, M. Ramón Coll Rodés, M. José Costa Comte, M. Luis Creus Vidal, M. Luis Desvalls Trias, M. Lamberto Franco Jaumandreu, M. José Luis Grasser, M. Enrique MacLenan, M. Joaquin Maluquer, M. Francisco de P. Pallarés, M. Lorenzo Pomerol, M. Luis Santasusana et M. José Valls Ibars.

Le fait est révélateur, compte tenu de la domination pratiquement absolue que *Barcelona Traction* exerçait sur *Productora de Fuerzas Motrices, S.A.*

319. La *Réplique* prétend aussi (V, p. 51) que le rôle joué par les nouveaux conseils d'administration fut non seulement particulièrement « modeste » mais que même au début et dans les premières semaines il fut absolument nul. Et elle affirme que la situation ne changea pas après la normalisation des filiales, le 7 avril 1948, puisque ce fut le séquestre-dépositaire qui s'occupait de la direction véritable des sociétés filiales malgré la présence des administrateurs des filiales et l'indépendance apparente de celles-ci.

En guise d'unique preuve de cette assertion, la *Réplique* joint la copie d'une lettre du 28 janvier 1949, signée par le représentant de l'*Electro-Metalúrgica del Ebro S.A.* La lettre en elle-même n'apprend rien et l'intervention de M. Gambús dans l'affaire est logique étant donné le rôle de séquestre-dépositaire qu'il remplissait¹. Mais il vaut la peine de fournir quelques détails de plus que ceux figurant sous la *Réplique*.

La renonciation à une certaine option que M. Puig Doménech avait prise le 14 février 1948, après avoir été destitué de sa fonction (voir C.M., IV, p. 323) avait profité à *Electro-Metalúrgica del Ebro S.A.* et avait causé un préjudice évident à *Energía Eléctrica de Cataluña* aussi bien qu'à *Ebro*, en tant que propriétaire d'une grande partie des actions de celle-ci. C'est pour cela que les agissements malheureux et illégaux de M. Puig Doménech ont amené le Conseil d'administration de la *Energía Eléctrica de Cataluña* et non, par conséquent, le séquestre-dépositaire, à prendre le 23 mai 1949 la décision d'entreprendre une action judiciaire contre l'*Electro Metalúrgica del Ebro S.A.*².

La demande judiciaire fut effectivement présentée et l'affaire ne fut résolue qu'en 1951 par une transaction³.

¹ Il y a plus: le fait que le séquestre-dépositaire était intervenu directement dans la correspondance échangée au sujet de l'affaire est parfaitement explicable à la lumière du premier échange de lettres auquel se réfère le Conseil de *Energía* du 1^{er} septembre 1948 (A.D., 91) dans lequel le président de la société donnant lecture de la lettre adressée à *Electro-Metalúrgica del Ebro*, expliqua que « elle était signée par surabondance de droits, outre le Président, par Monsieur le Séquestre-dépositaire et par le Commissaire ».

² L'accord dit textuellement ce qui suit:

« M. le Président déclare au Conseil que le but principal de cette réunion est de lui rendre compte des différends existant avec la *Sociedad Electro Metalúrgica del Ebro S.A.* et croit que le moment est arrivé de proposer que l'on prenne la décision de formuler la demande judiciaire adéquate contre celle-ci, aux fins que soit déclarée la nullité de l'acte du 14 février 1948 et du contrat y contenu, autorisé par le Notaire de cette ville M. Ramón Faus et dressé par M. José Puig Doménech, qui affirma d'une manière erronée qu'il agissait avec autorisation d'*Energía Eléctrica de Cataluña, S.A.* et avec des pouvoirs qu'il ne possédait pas pour renoncer à un droit d'option d'achat, et par M. Francisco Ripoll en représentation de *Electro-Metalúrgica del Ebro, S.A.*; et pour que, aussi, l'on déclare la pleine vigueur des contrats passés entre *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* et ladite société le 25 juin 1926, le 24 octobre 1939 et le 10 juillet 1944.

Le Conseil, après avoir considéré en détail les différents aspects de l'affaire, décide à l'unanimité de formuler la demande judiciaire correspondante contre la *Sociedad Electro-Metalúrgica del Ebro, S.A.* dans les termes ci-dessus ».

³ Voir A.D. 91 où l'on trouve les références les plus intéressantes démontrant la pleine responsabilité du Conseil à l'égard des décisions prises dans cette affaire.

320. Le fait que le Gouvernement belge, pour défendre la thèse suivant laquelle le séquestre-dépositaire assurait la direction effective des filiales, n'ait pas pu présenter d'autre preuve que celle qui a été examinée, suffit en lui-même pour justifier des doutes très fondés sur la vraisemblance d'une telle affirmation ¹.

C. Régularité de la modification des statuts de certaines filiales de Barcelona Traction et émission de titres ²

1. Considérations générales sur les imputations contenues dans la Réplique.

321. La *Réplique* (p. 56) considère comme significatif le fait que le *Contre-mémoire* traite brièvement (pp. 385-387) le thème de la modification des statuts et de l'émission des titres des filiales.

¹ Dans l'*Annexe D. 92*, la Cour trouvera une série de documents qui prouve d'une manière concluante de quelle manière les filiales et les sous-filiales, après leur normalisation, le 7 avril 1948, tranchèrent leurs affaires d'une manière autonome et indépendante, sans autre contrôle et surveillance que ceux inhérents aux exigences de la faillite, ce qui supposait l'intervention permanente de surveillance des organes de la faillite — le séquestre-dépositaire d'abord et les syndic ensuite — dans les affaires des sociétés du groupe, et ceci pour des raisons préalablement expliquées. Il s'agit des actes concernant les pouvoirs octroyés aux postes exécutifs des différentes sociétés qui assumaient, dans la pratique, la direction sous la supervision des conseils d'administration respectifs; les lettres aux Banques qui réalisaient des opérations avec les différentes filiales et sous-filiales, où étaient désignées les personnes qui pouvaient disposer avec leur signature des comptes courants des filiales et des sous-filiales, avec l'intervention du séquestre-dépositaire d'abord, des syndic ensuite. On y trouvera aussi une série d'actes des différentes sociétés desquelles se dégage, sans qu'aucun doute ne soit possible, le travail effectif réalisé par les conseils respectifs, après la normalisation des filiales; on y trouvera, finalement, des actes de vente dressés par les fondés de pouvoir de la compagnie sans aucune intervention des organes de la faillite qui, naturellement, continuaient de posséder le contrôle nécessaire à travers l'autorisation des paiements correspondant aux achats réalisés.

La *Réplique* prétend justifier l'importance du rôle joué par M. Gambús, séquestre-dépositaire dans l'ensemble des sociétés du Groupe, en transcrivant une partie du procès-verbal du Conseil d'administration de *Energía Eléctrica de Cataluña, S.A.* du 14 octobre 1949.

Le Gouvernement espagnol désire faire remarquer que l'on pourrait citer, à côté de ce procès-verbal, d'autres analogues (par exemple, celui de *Barcelonesa* du 10 octobre 1949, celui d'*Ebro* du 6 octobre 1949, celui de *Salto del Ebro* du 14 octobre 1949 et celui de *Salto del Segre* du 10 octobre 1949, etc.); et tout cela par la raison toute simple que le séquestre-dépositaire, lorsqu'il acheva ses fonctions, fut désigné Directeur général de toutes les sociétés du groupe.

Lesdits procès-verbaux ont un contenu semblable mais ils ne constatent pas une intervention du séquestre-dépositaire dans la vie des sociétés de groupe, sauf celle inhérente à ses fonctions; c'est pour cela que l'on se rend compte de ce que les fonctions attribuées au séquestre-dépositaire M. Gambús sont terminées, lesquelles fonctions sont donc inhérentes au poste qu'il a, dit-on, occupé d'une manière très favorable pour les intérêts de la société.

M. Gambús était une personne de grand prestige dans le monde des affaires, comme on l'a fait observer au préalable; il était logique que, après vingt mois d'exercice des fonctions de séquestre-dépositaire (fonctions qui jusqu'au 7 avril 1948 supposèrent une administration et une direction des différentes entreprises et, après cette date, une intervention de contrôle et de surveillance tout aussi importante), les compagnies affectées aient eu un intérêt à disposer de ses services en tant que Directeur général.

En fin de compte, le problème est insignifiant et il manque de transcendance. Mais du procès-verbal qui constitue l'*annexe 27* de la *Réplique* l'on ne peut déduire ce que le Gouvernement belge prétend, et qui est, en outre, en contradiction avec la preuve fournie par le Gouvernement espagnol, à laquelle on a fait allusion plus haut (voir A.D. 92).

² La *Réplique* traite de cette question à deux reprises (pp. 52 et 61, et 450 à 457, répétant des affirmations sans preuve et des accusations sans fondement.

Cette observation n'est pas raisonnable; sur ce thème, comme sur tant d'autres, le *Contre-mémoire* a fourni la réponse qu'il a jugée adéquate, en tenant compte de l'importance et du développement que le *Mémoire* avait accordés au thème en question¹. La *Réplique* reproche également au Gouvernement espagnol d'avoir joint uniquement la documentation relative à *Ebro* et de s'être limité à affirmer, en ce qui concerne les autres sociétés, que les décisions étaient « analogues ou identiques ». Cette critique est injustifiée, car c'est le Gouvernement belge lui-même qui, dans son *Mémoire* (I, p. 181) a traité des décisions adoptées par *Ebro*, se bornant à se référer aux autres sociétés en parlant de « décisions semblables » et en joignant uniquement les procès-verbaux du Conseil et de l'Assemblée des actionnaires de *Ebro* (A.C.M., 163 et 164) alors que le *Contre-mémoire* avait joint cinq documents (A.C.M., 146, VIII, docs. 1 à 5, pp. 250 à 258).

Et toujours dans ce même sens, l'observation faite dans la *Réplique* selon laquelle les sociétés affectées par la modification des statuts furent six et non pas quatre, comme le disait le *Contre-mémoire*, est dépourvue de toute pertinence. La *Réplique* admet (p. 56, note 3) l'explication logique de ce fait, lorsqu'elle dit que le Gouvernement espagnol n'avait cité à cet égard uniquement que les sociétés *Ebro*, *Catalonian*, *Unión Eléctrica* et *Electricista Catalana*, parce que c'étaient les seules filiales directes de *Barcelona Traction* (y compris *International Utilities*).

Le *Mémoire* (par. 181) s'était également référé à la modification des statuts de la *Barcelonesa* et de *Saltos del Segre*. Le *Contre-mémoire* n'a jamais nié que cette affirmation soit véritable. Le fait que le Gouvernement espagnol se soit référé uniquement aux filiales de la *Barcelona Traction* est la conséquence du texte même du *Contre-mémoire*, lequel est reproduit fragmentairement par la *Réplique* afin de pouvoir faire une affirmation impressionnante, dans le corps même de la *Réplique*, affirmation démentie ensuite par une note en pied de page².

322. Après avoir répondu aux critiques formulées ci-dessus par la *Réplique*, il convient de mettre en évidence le manque de pertinence des accusations du Gouvernement belge relatives à la question de la modification des statuts et à l'émission des titres des filiales.

¹ Le *Mémoire* consacre à la question ses paragraphes 175 à 181, étant donné que les faits mentionnés aux paragraphes 146 et 341 ne contiennent aucun argument méritant d'être réfuté. Le *Contre-mémoire* (IV, pp. 385 à 387 et 496 et 497, A.C.M., 146, VIII, pp. 248 et 249) donne une réponse adéquate et le Gouvernement espagnol n'a rien à rectifier. Mais, en outre, et cela la *Réplique* l'oublie, le *Contre-mémoire* traite le thème également aux pp. 530 et 568, en donnant des explications sur le droit comparé que la partie adverse a préféré ignorer.

² En effet, à la page 385 du *Contre-mémoire* le Gouvernement espagnol a dit littéralement :

« Plusieurs filiales de *Barcelona Traction* dont les actions, du fait qu'elles appartenaient à la société faillie, firent l'objet de l'ordre de saisie rendu par le tribunal lors de la déclaration de faillite, n'avaient pas encore émis leurs titres définitifs; ces sociétés existaient depuis de longues années, mais il n'y avait encore que des simples certificats ou récépissés provisoires dont certains étaient collectifs au lieu des titres définitifs ». Et dans une note en bas de la page l'on précisait que ces filiales de *Barcelona Traction*, « dont les actions, du fait qu'elles appartenaient à la société faillie, firent l'objet de l'ordre de saisie », étaient *Ebro*, *Catalonian*, *Electricista* et *Unión Eléctrica*.

Les mots soulignés correspondent à ceux qui sont omis dans la transcription de la *Réplique*.

Aucun de ces faits n'a pu, ni ne pouvait, causer un préjudice quelconque à la société faillite ou à ses actionnaires, et pas davantage à ses créanciers.

On ne peut pas discuter sérieusement de griefs selon lesquels la masse en faillite aurait été victime d'une lésion quelconque du fait de la modification des statuts ou de l'émission de titres, ou de la prétendue « hispanisation » des filiales. Tant que les actions de ces dernières continuaient de faire partie intégrante de la masse en faillite, personne ne pouvait légitimement mettre en discussion les décisions prises par les syndicis agissant comme actionnaires de *Ebro, Catalanian, Unión Eléctrica et Electricista Catalana*.

Ensuite deux choses pouvaient arriver: ou bien on mettait fin à la faillite si un concordat était approuvé entre les créanciers et la société faillite; ou bien les biens passeraient au pouvoir d'un tiers au moment de leur aliénation par les syndicis, fin dernière et logique de toute procédure de faillite.

Si la première hypothèse avait eu lieu, *Barcelona Traction* aurait récupéré la pleine disposition et administration de son patrimoine, dont elle avait été dépossédée par suite de la faillite, et elle aurait alors reçu des syndicis les nouveaux titres émis et se serait trouvée devant les statuts modifiés de certaines sociétés. Si cette modification des statuts n'avait point été du goût de la *Barcelona Traction* ou si elle l'avait considérée comme illégale, elle n'aurait eu qu'à convoquer une assemblée générale pour décider de revenir aux anciennes normes statutaires, ou bien pour décider de maintenir seulement celles des modifications qu'elle aurait jugées opportunes. Et s'il lui avait été causé un préjudice tangible, elle aurait alors utilisé les voies légales pour exiger réparation des syndicis, pour autant que ceux-ci eussent agi avec une négligence inexcusable ou mauvaise foi.

Si les biens étaient adjugés, le nouvel acquéreur recevait les biens vendus, parmi eux le capital-actions de quatre sociétés avec des statuts donnés, et l'ensemble de documents mentionnés dans le cahier des charges, dont les nouveaux titres émis faisaient partie. Et, bien entendu, le nouveau propriétaire des actions des sociétés adoptait à leur sujet le comportement qu'il estimerait le plus opportun.

Il est opportun de signaler que, même si les décisions prises par les assemblées générales des sociétés en cause n'avaient pas eu lieu, le développement de la faillite n'aurait absolument pas changé. Le moment opportun arrivé, c'est-à-dire lorsque toutes les conditions établies par la loi pour vendre les biens de la société faillite se seraient trouvées réunies, ceux-ci auraient été vendus: avec ou sans la modification des statuts réalisée en décembre 1949, avec ou sans émission des nouveaux titres les choses se seraient passées de la même façon.

Cela démontre l'évidence que les décisions incriminées n'eurent sur la faillite aucune répercussion et, dès lors, qu'il est impossible de les alléguer dans le cadre du procès actuel.

323. En admettant, par pure hypothèse, que la masse aurait subi un dommage, ni le Gouvernement espagnol, ni les tribunaux ne pourraient encourir, de ce fait, une responsabilité quelconque. Les syndicis, en prenant leur décision, agissaient dans une sphère strictement privée en exerçant les droits attachés aux actions saisies dans

le cadre des sociétés respectives. Mais, même en admettant que c'est en leur qualité de syndics qu'ils auraient agi, il ne faudrait pas oublier que ceux-ci exerçaient des charges privées dans la mesure où ils représentaient les créanciers du failli; de ce fait, leur activité ne pouvait pas engager la responsabilité de l'Etat. C'est ce que le *Contre-mémoire* (IV, p. 496. *Affaire Venable*) a mentionné et la propre *Réplique* (V, p. 358) a admis cette thèse. Le Gouvernement belge a gardé, lors des négociations diplomatiques, un silence absolu pendant l'année 1950, ce qui est peu compréhensible si les décisions de 1949 concernant la modification des statuts et l'émission de nouveaux titres avaient réellement eu la signification et la portée que la *Réplique* leur attribue aujourd'hui, et ce, bien que ces mesures aient fait l'objet d'une publicité presque immédiate¹. Lorsque pour la première fois, en juillet 1951, le Gouvernement belge a fait allusion à ces décisions, il l'a fait en soulignant la responsabilité exclusive des syndics².

324. En tous les cas, la partie adverse n'est pas qualifiée pour présenter une réclamation au sujet de ce prétendu grief³, étant donné que, d'après la *Réplique* elle-même, la modification des statuts sous son double aspect suppose une infraction aux normes de droit canadien ou à des décisions rendues par les tribunaux du Canada. On doit répéter que les organes administratifs des filiales devaient être conformes au droit espagnol. D'autre part, les organes de la faillite ne pouvaient ni n'avaient besoin de prétendre que leurs décisions soient considérées comme valables par les tribunaux canadiens au point de vue du droit de cet Etat, pour le motif que les sociétés étaient des sociétés espagnoles ou avaient leur résidence en territoire espagnol, sur lequel elles possédaient leurs biens et patrimoine et exerçaient leurs activités industrielles⁴. Mais en prétendant que la loi canadienne a été violée, le Gouvernement belge démontre que ce n'est pas lui qui peut faire état de ce grief.

Dans la correspondance diplomatique échangée entre le Gouvernement belge et le Gouvernement espagnol, c'est en vain que l'on recherche une seule note dans laquelle le Gouvernement belge aurait invoqué le prétendu grief de changement de nationalité de *Ebro* et de *Catalonian*⁴.

¹ Indépendamment du fait que dans la plupart des cas, les assemblées tenues en décembre 1949 ont été annoncées dans la presse, les décisions qui y furent prises ont été inscrites immédiatement au Registre du commerce, ainsi celles relatives à *Ebro* ont été inscrites dans la première quinzaine du mois de février 1950.

² En effet, dans la note diplomatique du 13 juillet 1951, on lit, au sujet de l'émission de nouveaux titres décidée lors des assemblées de 1949: « Je ne doute pas que le Gouvernement espagnol soit en dehors de la décision intervenue, les syndics en étant les responsables, mais, la répercussion de cette mesure risquant de se faire sentir d'une manière extrêmement préjudiciable à l'épargne belge, j'ai été chargé par mon Gouvernement d'attirer d'urgence et tout spécialement l'attention de Votre Excellence sur cette situation. »

³ Défaut de légitimation qui est indépendant de celle qui a été dénoncée en son temps sous la forme de l'exception de défaut de « jus standi » aujourd'hui jointe au fond.

⁴ A supposer qu'il ait existé ce que le Gouvernement belge appelle l'« hispanisation » des Sociétés, personne n'a prétendu que les filiales eussent dû être tenues pour espagnoles au Canada et au point de vue du droit canadien. A supposer que les tribunaux espagnols eussent été appelés à trancher un litige posé dans ces mêmes termes, jamais ils n'auraient statué sur la nationalité de *Ebro* et de *Catalonian* en fonction du droit canadien, mais ils se seraient prononcés, le cas échéant, sur le point de savoir s'il y avait lieu de les considérer ou non comme des sociétés espagnoles en se plaçant au point de vue de la loi espagnole. Si le Gouvernement belge consultait la jurisprudence de ses propres tribunaux, il pourrait vérifier comment il est possible que ceux-ci attribuent la nationalité belge à une société alors que les tribunaux anglais la considèrent de nationalité britannique, chacun d'eux agissant dans la sphère de sa propre compétence.

⁵ En revanche, si on lit la correspondance échangée avec le Gouvernement canadien, c'est le contraire qui s'est passé. Le Gouvernement canadien, dans sa note du 22 décembre 1951 (A.C.M., I, VI, doc. 28,

325. La *Réplique* prétend que les assemblées où ont été prises les décisions de modification des statuts n'étaient pas valables. Selon la *Réplique* (p. 57, note 2), une des causes de la prétendue illégalité des assemblées provenait du fait que les assemblées de *Ebro* et de *Catalonian* s'étaient tenues à *Barcelone*. Il s'agit, comme on peut le remarquer, de la répétition d'un grief sans fondement, qui a été réfuté ci-dessus (*supra*, par. 311).

Le *Contre-mémoire* (A.C.M., 146, VIII, p. 248) a mentionné que la première des conditions de forme pour la validité des assemblées avait été remplie; il s'agit de celle concernant la qualité des assistants. La *Réplique* allègue que seuls pouvaient prendre part aux assemblées de *Ebro* et *Catalonian* ceux qui étaient inscrits comme actionnaires au registre social qui était tenu par le *National Trust*¹; en ce qui concerne les assemblées de l'*Union Eléctrica* et de *Electricista*, selon la *Réplique*, n'auraient pu y prendre part que les titulaires d'actions au porteur.

On peut se référer à ce qu'il a dit précédemment: les syndics en qualité de possesseurs légitimes des actions des filiales, qu'elles fussent nominatives ou au porteur, étaient seuls qualifiés à assister et à voter aux assemblées.

Le *Contre-mémoire* (A.C.M. cit.) avait relevé que la seconde condition de régularité quant à la forme avait également été rappelée.

S'agissant de la présence de la totalité des actions constituant le capital-social d'une société, l'assemblée générale universelle était souveraine pour prendre n'importe quelle décision; et la régularité formelle de sa constitution ne pouvait pas être discutée pour ce fait. Devant cet argument, la *Réplique* garde le silence.

Il a été également fait allusion au fait que les décisions des assemblées d'actionnaires concernant l'émission des titres remplissaient les conditions de régularité matérielle exigée par l'ordre juridique; il s'agissait d'affaires particulières qui pouvaient être soumises à l'assemblée et qui n'étaient contraires ni à la morale ni à l'ordre public, ni au but ni aux intérêts de l'entreprise.

Les décisions concernant les titres ne portaient pas non plus préjudice aux droits et intérêts qu'un tiers quelconque aurait pu avoir dans le capital-actions des sociétés,

p. 103) a posé le problème en déclarant que: « La décision en vertu de laquelle une société canadienne enregistrée en Espagne devrait être considérée comme espagnole constitue un empêchement pour cette société d'exercer ses droits et, par conséquent, est contraire aux dispositions de l'article XI du *Traité de Commerce et de navigation* signé à Madrid le 31 octobre 1922, entré en vigueur au Canada le 1^{er} août 1928; il en va de même des actes relatifs à ces sociétés tendant à ce qu'elles modifient leur constitution ou invalident leurs actions. » Et le Gouvernement du Canada ajoutait: « Le Gouvernement du Canada pense que les faits exposés posent une question concernant les droits des sociétés canadiennes en Espagne et des sociétés espagnoles au Canada qu'il est important de résoudre, non seulement en fonction du cas concret de la société canadienne en cause, mais en tant que question de principe général. »

Bien entendu, le Gouvernement espagnol conteste le bien-fondé des affirmations que formulait, à l'époque, le Gouvernement canadien, comme il n'avait pas manqué de le faire dans sa note du 3 janvier 1952.

¹ C'est-à-dire en ce qui concerne l'*Ebro*, la *Barcelona Traction* — qui était la faillite —, ses employés et administrateurs. L'unique fonction de ceux-ci dans la faillite espagnole pouvait être de représenter la société-mère dans la faillite, et de proposer un concordat à ses créanciers. Ceci est, en outre, en contradiction avec la propre thèse belge selon laquelle le *National Trust* avait le droit de vote de toutes les actions en sa prétendue qualité de créancier-gagiste.

étant donné qu'elles concernaient seulement des changements dans la forme externe et physique de la représentation des actions au moyen des titres.

Le Gouvernement belge (R., V, p. 455) considère que cette argumentation laisse sans réponse le grief d'usurpation de compétence; le Gouvernement espagnol se rapporte à ce qu'il a dit précédemment à ce sujet, où il a démontré qu'il n'est pas possible de parler d'usurpation de compétence de quelque espèce que ce soit (*supra*, Chap. II, Sec. 1).

326. La *Réplique* prétend également que les décisions auraient impliqué une lésion des droits du *National Trust*.

On ne voit pas quel préjudice aurait pu être causé aux véritables droits du *National Trust* à la suite des modifications des statuts des filiales, étant donné que, du point de vue de la loi espagnole, le *National Trust* n'avait pas le droit de retenir les appartenances (*pertenencias*) du failli dont il était dépositaire; son unique fonction juridique, même *au point de vue* du droit canadien, était de veiller à la protection des intérêts légitimes des obligataires. Enfin, quelle que soit l'hypothèse faite, le Gouvernement belge demeurerait dépourvu de légitimation pour prendre la protection de cette société canadienne.

Mais la partie adverse cite comme étant particulièrement dommageable la décision N° 11¹ prise par l'assemblée générale de *Ebro*; elle prétend que cette décision consiste à refuser à un tiers, le *National Trust*, le droit qu'il avait auparavant.

Avec le langage osé qui la caractérise, la partie adverse commente le fait que les nouveaux titres émis furent remis aux syndics, et elle va jusqu'à dire que le Gouvernement espagnol considère qu'une décision qui a pour but de s'approprier des actions au mépris de la personne à laquelle elles avaient été remises en gage est une action conforme à l'ordre public et à la morale.

On doit rappeler que le *National Trust* n'avait pas en gage les actions des filiales, ni *au point de vue* de la loi espagnole, ni à l'égard de la loi canadienne. Il répète que les décisions prises par les filiales ne privaient pas le *National Trust* de son droit de vote qui ne lui avait pas été accordé par la loi, ni par les statuts sociaux, ni par les *trusts deeds*; ces décisions ne portaient nullement atteinte à la garantie indéterminée que les actes constitutifs de *Trust* avaient constituée au nom de *National Trust*, dans l'intérêt de ses créanciers².

Le but de la décision, par conséquent, n'a jamais été celui que lui attribue la *Réplique*³; la disposition mentionnée est le reflet de la conception juridique domi-

¹ La décision en question avait stipulé que seul le propriétaire des actions a le droit d'exercer les droits d'actionnaire, et que le créancier gagiste, ou n'importe quel autre créancier disposant d'un titre distinct de la société, est obligé de faciliter l'exercice de ces droits; s'il n'accomplit pas cette obligation, la personne dont le nom est inscrit pourra faire usage de son droit, en justifiant avoir invité de bonne foi le détenteur des titres à agir.

² La charge et la garantie, comme nous le savons, ont été scrupuleusement respectées dans le cahier des charges qui a régi la vente aux enchères du 4 janvier 1952.

³ Pour la *Réplique*, il est conforme à la morale et à l'ordre public, à ce que l'on voit, que le débiteur failli et incapable puisse continuer de disposer de ses biens au détriment de ses créanciers et que le dépôt effectué en mains d'un tiers, puisse constituer une « protection naturelle » à l'encontre des actions de ses créanciers.

nante en Espagne qui a été légalement consacrée deux ans plus tard, par l'article 42 de la loi sur les sociétés anonymes ¹.

327. Relativement au *National Trust*, et dans l'intention de démontrer que les droits de celle-ci auraient été lésés, la *Réplique* (p. 53, note 1) tire argument du fait que les syndics se sont abstenus de retirer les 25.000 actions privilégiées de la *Barcelonesa*, qui étaient déposées au *Banco de Londres y de América del Sur*, à Barcelone; elle prétend que cette abstention a été due au fait que la *National Trust* ne pouvait pas être obligée de remettre de tels biens ².

On peut comprendre parfaitement que la partie adverse cherche à s'accrocher à des arguments de cette nature, étant donné qu'elle manque de motifs sérieux pour maintenir que le *National Trust* avait droit à retenir les biens de la *Barcelona Traction* ou, dans ce cas de l'*Ebro*. Ce qui importe uniquement à ce sujet, c'est de savoir si *Ebro* était ou non propriétaire de toutes les actions de la *Barcelonesa* (à l'exception des douze actions ordinaires qui avaient été perdues); or, au sujet de ce droit, aucun doute quelconque n'existait ³.

Les actions étant la propriété de *Ebro*, le séquestre-dépositaire a pu les saisir sans préjudice du dépôt fait au nom du *National Trust*, compte tenu du fait qu'il s'agissait d'un «dépôt libre» ⁴, dont il ne résultait pas qu'il pût surgir un droit quelconque de rétention en faveur du dépositaire ⁵.

Les actions ayant été rendues à *Ebro* en avril 1948, la société actionnaire a pu exercer ses droits sur la *Barcelonesa* d'une façon absolument normale. Et la *National Trust* n'exerça aucune action en alléguant un droit de rétention ou de vote qui aurait pu être lésé.

Il y a plus: le fait que les actions de *Barcelonesa* continuaient d'être déposées en mains de la société bancaire ci-dessus mentionnée, démontre à l'évidence le contraire de ce qu'affirme la *Réplique*; il apparaît plus logique d'admettre que la *National Trust* s'est abstenue de tenter de retirer les actions auxquelles il a été fait allusion, déposées en son nom à Barcelone, parce qu'elle savait que ces actions ne lui appartenaient pas.

¹ Si la décision en question avait le but que mentionne la *Réplique*, il est certain que l'on trouverait une disposition analogue dans chacune des modifications statutaires qui eurent lieu pour les six sociétés. Mais il n'en est pas ainsi: ces décisions se trouvent uniquement dans les statuts de *Ebro* et *Catalonian*, mais non dans ceux de *Salts del Segre*, ni de *Electricista*, ni de *Unión Eléctrica*, ni de *Barcelonesa*.

² L'exercice du droit de vote attaché aux actions de la *Barcelonesa* s'était effectué, selon la documentation qui se trouve dans les archives de la société, sans aucune intervention du *National Trust*, fait qui a suffi pour mettre en doute le droit accordé à cette société. (Voir documentation déposée au Greffe.)

³ En annexe A.D. 93, figure l'attestation des auditeurs de la *Barcelona Traction*, délivrée le 12 février 1949, à la demande du dépositaire, qui certifie que les actions étaient propriété de *Ebro*. Sous annexe A.D. 94, figure la lettre de la Bank of London du 17 janvier, dans laquelle il est mentionné que les actions auxquelles fait allusion la *Réplique* étaient propriété de *Ebro*.

⁴ C'est ce qu'a déclaré la Bank of London (A.D. 94).

⁵ Dans la faillite Niel-on-Ruppell, que la *Réplique* a invoquée, il s'agissait du cas d'une faillite qui avait à Barcelone quelques actions de la Société Asland, déposées au Banco Hispano-Americano à disposition de la Banque Centrale de la Dyle & Lymbourg, et malgré cela, ces actions ont été saisies. La Cour de Barcelone, dans son arrêt du 30 décembre 1940, a déclaré justifiée la saisie, la considérant comme légale et juste, «car autrement, il serait très facile pour le failli de soustraire à la faillite tous ses biens simplement en allant les déposer à la disposition de tierces personnes quand le danger d'une déclaration de faillite apparaît proche». Le même raisonnement s'applique à ces 25.000 actions de la *Barcelonesa*.

2. Décisions au sujet de l'émission de titres par certaines des sociétés filiales et sous-filiales

328. On a déjà démontré que toute la question relative à l'émission des titres doit être examinée en tenant particulièrement compte des deux principes suivants :

a) Lorsque la partie adverse parle de ces titres comme des faux et utilise le terme *contrefaçon* pour qualifier le comportement des organes des filiales, elle le fait alors qu'elle sait qu'elle n'a même jamais tenté de démontrer que les faits fussent constitutifs du délit qu'elle impute si gratuitement aux syndics et aux administrateurs (A.D. 57).

b) Les syndics, en tant que possesseurs légitimes des actions, avaient droit d'exiger des filiales — qu'ils exercent ou non leur contrôle — l'émission de duplicata des titres et, au cas où les sociétés ne donnaient pas suite à leur demande de délivrer ces duplicata, ils pouvaient alors exercer contre elles les actions judiciaires nécessaires¹.

Cela suffirait pour faire justice du grief allégué. Mais le Gouvernement espagnol désire donner une réponse complète à toutes les imputations de la *Réplique*.

329. La partie adverse répète les mêmes arguments à satiété, espérant convaincre la Cour à force de répétitions, à défaut de toute preuve. Et en cette matière, un grand nombre des arguments utilisés portent sur les intentions prêtées gratuitement aux syndics.

Les syndics, est-il dit, ne pouvaient vendre les actifs des filiales et se virent obligés d'aliéner les actions de celles-ci, mais il se heurtèrent à l'inconvénient que toutes² ces actions se trouvaient au Canada. Pour éviter l'obstacle, ils sommèrent la *Barcelona Traction* et le *National Trust* de leur remettre les titres, tout en sachant que leur démarche n'aboutirait à rien de pratique. C'est alors qu'ils décidèrent d'émettre de nouveaux titres, pour faciliter une vente qui devait avoir lieu... deux ans plus tard³.

On ne trouve aucun appui dans les faits. Il suffit de considérer que, dans la faillite d'un débiteur, il est normal que l'on vende ses biens; il est normal que les som-

¹ Le Gouvernement espagnol s'est déjà référé (*supra*, par. 222) au jugement du 17 avril 1917 et aux commentaires du Gouvernement belge sur ce jugement (voir aussi A.D. 72, app. 1); en définitive, la thèse adverse aboutit à la conclusion absurde de reprocher aux syndics de n'avoir pas entrepris une réclamation judiciaire contre les sociétés dont ils possédaient les actions (soit contre eux-mêmes) pour leur réclamer l'émission de duplicata; en d'autres termes, les syndics auraient dû entreprendre un véritable « procès contre eux-mêmes ».

² Certes, il n'est pas facile de contrôler combien de titres ou de certificats se trouvaient physiquement au Canada; on commence par dire qu'ils s'y trouvaient *tous* (R., V, p. 54), de même que s'y trouvaient *tous* les titres de *Ebro* et *Catalonian* et, en partie, ceux des autres filiales (R., pp. 59 et 444). Une même incertitude s'exprime devant les tribunaux espagnols; ainsi, alors que la *Réplique* affirme (p. 59) que les actions de *Salto del Segre* se trouvaient à Toronto, le *National Trust*, dans sa demande du 22 mars 1956 devant le tribunal de Madrid, ne fait pas mention de ces actions comme se trouvant en sa possession. Le *Contre-mémoire* avait déjà fait allusion à cette incertitude (p. 384), sans que la *Réplique* ait pu la dissiper.

³ La *Réplique* (p. 55, note 2), consciente de la force de l'argument, se borne à dire, sans grande conviction: « 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 ».

mations adressées à la faillite et au *National Trust* constituaient une activité obligatoire des organes de la faillite¹; il est normal que les actions aient pu être vendues sans qu'il soit nécessaire de produire les titres, il est normal que les actions de *International Utilities* aient été aliénées, bien qu'en ce qui concerne cette société, les titres n'aient pas été émis en Espagne², et que « l'interlude de deux ans » ait une signification très différente de celle que l'on voudrait lui prêter.

330. Les objections de la *Réplique* à propos des décisions adoptées en ce qui concerne l'émission des titres sont inacceptables. Elle déclare (V, p. 58) que, dans le cas de *Ebro* et *Catalonian*, les syndics, en prenant la décision de créer un registre des actions à Barcelone — conformément à l'article 162 du Code de commerce — ont introduit « un système hybride combinant l'action nominative et l'action au porteur ». Et elle signale que la décision d'émettre des titres était accompagnée d'une disposition consistant à autoriser les conseils d'administration respectifs à émettre en pratique des actions ordinaires et différées, au moment où ils le jugeraient opportun.

Supposons qu'il en soit exactement ainsi. Il n'en demeure pas moins que solutions hybrides ou pas, émission immédiate ou différée de titres, le Gouvernement espagnol se croit en droit de demander quel rapport a tout ceci avec un prétendu déni de justice³.

Ce qu'il faut mettre en relief, c'est que la première inscription effectuée dans les registres, met en évidence que *les syndics furent inscrits en tant que titulaires des actions des filiales, justement au nom de Barcelona Traction* (cf. A.D., — 95 —)⁴; et ceci, c'est justement ce que le Gouvernement belge ne dit pas.

Ensuite la *Réplique* se jette dans un argument compliqué au sujet des prétendues intentions des syndics pour éviter des actions du *National Trust* qui... ne se produisirent pas. De tels raisonnements manquent tout à fait de sérieux et de valeur.

Devant l'évidence de l'objection présentée dans le *Contre-mémoire* (IV, p. 386), selon laquelle ni le *National Trust* ni personne d'autre ne s'était présenté pour échanger les nouveaux titres, la *Réplique* affirme que les syndics modifièrent les articles 11 d'*Unión Eléctrica*, 8 d'*Electricista* et 12 de *Barcelonesa* pour l'empêcher⁵; la *Réplique* se trompe.

¹ Voir pour la réfutation des arguments adverses au sujet de ces sommations, annexe A.D. 85.

² La *Réplique* donne plus loin le motif pour lequel les titres n'ont pas été émis concernant les actions de *International Utilities*; selon la nouvelle version, c'est parce que les syndics n'auraient pu tout prévoir et qu'en émettant les titres, ils n'auraient pas eu conscience de l'utilité que leur détention pourrait leur apporter au moment de les vendre (!).

³ Dans cette même page 58, la *Réplique* dit qu'en ce qui concerne les quatre sociétés espagnoles (*Unión, Electricista, Barcelonesa* et *Saltos del Segre*) l'on arriva aussi à une solution hybride en combinant l'action nominative et l'action au porteur, puisque les actions continuaient d'être au porteur, mais l'on créait un registre des actions où tous les transferts d'actions et les droits réels les grevant devaient être inscrits, en stipulant que la société ne reconnaîtrait point d'autres titulaires que ceux inscrits sur lesdits registres.

Ceci est exact, mais, comme nous le disions auparavant, il est difficile de voir quel est l'intérêt de cette décision par rapport au litige en question.

⁴ Voir A.D. 95.

⁵ Dans lesdits articles, il était prévu qu'en cas de détérioration, perte ou destruction, le Conseil pouvait remettre à la personne intéressée un duplicata; la modification a consisté à ajouter aux cas prévus par les statuts celui de « détention indue », et à stipuler (pour les cas où un duplicata serait émis) que « le titre primitif demeurerait en ce cas sans valeur et sans effet ».

Il est vrai que l'article 11 des statuts d'*Unión Eléctrica* a fait l'objet des modifications auxquelles il est fait allusion. Cela n'est pas vrai, en revanche, dans les cas d'*Electricista Catalana* et de *Barcelonesa*¹. Il n'est pas vrai non plus que, dans le cas d'*Electricista*, la phrase « le titre primitif démeurera en ce cas sans valeur et sans effet », ait été ajoutée.

Selon la *Réplique* (V, p. 59) ces modifications de différents articles de même rédaction (!) ont constitué une « astuce » des syndics pour, en cas de besoin, informer les conseils d'administration de chacune des sociétés que les actions de *Barcelona Traction* étaient en la possession de *National Trust*, et de cette manière les conseils d'administration « à la dévotion de March » n'hésiteraient pas de décider qu'il s'agissait d'une détention induue et remettraient les duplicata 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 ».

Cependant, la *Réplique* oublie que les syndics n'ont jamais allégué une détention induue de titres de la part de la *National Trust* et ne se sont jamais fait expédier des duplicata des titres, ce qui fait que l'argument — si on peut l'appeler ainsi — se trouve réduit à néant.

Comme si ce n'était pas suffisant, une si parfaite « astuce » des syndics n'a pas été appliquée ni à *Ebro* ni à *Catalonian* ni à *Salto del Segre*², ce qui demeure incompréhensible si les buts tortueux, imaginés par le Gouvernement belge, correspondent à la réalité.

331. La *Réplique* prétend (p. 60) que le *Contre-mémoire* a invoqué des motifs différents de ceux qui figurent dans les procès-verbaux correspondant aux assemblées tenues en décembre 1949, qui ont décidé la modification des statuts. Une fois encore, l'affirmation belge ne correspond pas à la réalité.

Le *Contre-mémoire* a expliqué (IV, par. 219, p. 385) la cause de l'émission de nouveaux titres et non pas le motif de la modification des statuts qui apparaissait dans les procès-verbaux³; tous deux sont des problèmes liés mais indépendants. D'autre part, la *Réplique* donne uniquement les motifs qui furent exposés lors de la réunion du Conseil d'*Ebro* du 1^{er} décembre 1949, mais elle ne parle pas des autres sociétés⁴.

¹ L'article 8 des anciens statuts d'*Electricista* disait simplement : « la possession d'une ou plusieurs actions implique l'adhésion aux statuts et règlements de la société et aux décisions de ses assemblées générales ».

L'article 12 des anciens statuts de *Barcelonesa* disait : « En cas de vol, destruction ou perte de l'une des actions de la société, l'actionnaire n'aura pas le droit d'obtenir un duplicata s'il n'effectue pas un cautionnement égal à la valeur nominale de l'action en espèces ou en valeurs que le Conseil d'administration jugera admissibles. Le cautionnement sera rendu au bout de cinq années. »

² La *Réplique* ne donne pas d'explication à ce sujet en ce qui concerne *Ebro* et *Catalonian*. Il la donne, en revanche, à propos de *Salto del Segre*; il est dit que si la modification des statuts de *Salto del Segre* n'a pas été réalisée, c'est « certainement » parce que dans l'inventaire l'on a indiqué que les titres étaient « ... probablement au pouvoir de la *Barcelona Traction* et non, même pour partie, au pouvoir de la *National Trust* ». L'or ne saurait dire que l'argument soit d'une rigueur cartésienne!

³ Le *Contre-mémoire* n'a pas donné d'explication au sujet des motifs de la modification des statuts, mais il y a fait allusion à l'*Annexe 146* ainsi qu'il ressort de celle-ci.

⁴ Sur les dispositions prises lors de ce Conseil, voir *infra*, par 335.

Dans les réunions des conseils tenues par *Unión Eléctrica, Saltos del Segre, Electricista* et *Barcelonesa*, le 5 décembre 1949, l'on parle simplement de la convenance de modifier quelques-uns des articles des statuts sociaux respectifs. Dans les assemblées générales desdites sociétés, tenues le 14 décembre 1949 (à l'exception de *Barcelonesa* dont l'assemblée eut lieu le 17) on a exposé, dans toutes, pour justifier la modification, « les circonstances dans lesquelles se trouve actuellement la société ». Ces circonstances ne pouvaient être évidemment que celles ayant trait à l'existence de la faillite de *Barcelona Traction*.

Il y avait une série de problèmes sur lesquels les statuts gardaient le silence ou contenaient des dispositions contraaires à la conduite devant être logiquement adoptée; il en était ainsi, par exemple, de la possibilité de se passer de convocation lorsque tous les actionnaires se réunissent en assemblée universelle, ou du fait qu'il n'était pas nécessaire d'être actionnaire pour le poste d'administrateur.

Quant au premier problème, le fait que toutes les actions des filiales et des sous-filiales appartenant directement ou indirectement à la société faillie rendait évidemment superflue la convocation pour les assemblées à tenir. D'autre part, l'exigence statutaire selon laquelle les administrateurs devaient être actionnaires avait été remplie autrefois en recourant à des simulations, procédé irrégulier que les nouveaux organes de la société n'avaient pas à imiter¹.

L'on ne peut pas non plus mettre en doute le bon sens d'établir un registre d'actions de toutes les sociétés qui, dûment tenu, éliminerait à l'avenir toute discussion possible au sujet de celui qui devrait avoir, vis-à-vis de la société, la condition d'actionnaire. D'une manière semblable furent prises des décisions au sujet de la représentation des actionnaires à l'assemblée générale, le dépôt préalable des actions pour y assister, etc. C'est pour cela que les décisions des quatre sociétés mentionnées ne sont pas identiques, mais se ressemblent beaucoup².

¹ Dans l'assemblée générale d'actionnaires d'*Ebro*, du 30 novembre 1948, l'on a dit déjà que l'on prenait note, à la demande du Conseil, de l'impossibilité de s'en tenir à la disposition statutaire selon laquelle les administrateurs devaient déposer leurs titres d'actionnaire, car toutes les actions se trouvaient saisies par la faillite (A.D. 96).

² a) Ainsi, *Saltos del Segre S.A.* modifia les articles 6, 7, 10, 19, 21, 22 et 32, se rapportant respectivement : à la création du registre; à la constitution du Conseil; à ne pas exiger la condition d'actionnaire pour être administrateur; au dépôt préalable des actions pour assister à l'assemblée; à la représentation des actionnaires et au rôle de Secrétaire.

b) *Electricista Catalana* modifia les articles 6, 7, 8, 14, 16, 20, 22, 24 et 26, se rapportant respectivement : à la création du registre; aux titres simples ou multiples détachés du registre à souches et avec la signature du Président et de l'Administrateur; à la détention indue de titres; aux assemblées universelles; aux documents authentiques qui justifient la possession des actions; à la représentation du Président et du Secrétaire; à la signature des procès-verbaux; à ce que le Conseil fût composé de trois membres et à ne pas exiger la condition d'actionnaire pour être administrateur.

c) *Unión Eléctrica* modifia les articles 9, 11, 14, 27, 28, 29 et 31, se rapportant respectivement : à la création du registre; à la détention indue de titres; à ne pas exiger la condition d'actionnaire pour être administrateur; aux assemblées universelles; au dépôt des actions pour assister à l'assemblée ou à l'inscription dans le registre; au droit des actionnaires de se faire représenter dans les assemblées; à la représentation du Président et du Secrétaire de l'assemblée.

d) *Barcelonesa* modifia aussi les articles 4, 8, 11, 12, 16, 17, 19, 21, 22, 35, 36, 37, 38 et 41, se rapportant respectivement : à la décision du Conseil au sujet de la publication de nouvelles de la société et les annonces des assemblées générales, dans le *Journal officiel* de la province et dans un journal de la localité, sauf ce qui est prévu à l'article 35; à la représentation des actions par des titres simples ou multiples et leur dépôt à la Caisse sociale en échange d'un récépissé nominatif; à la réglementation de la copossession d'actions; à la création du registre; à la détention indue de titres; au fait que le Conseil serait composé de trois membres nommés par l'assemblée générale et rééligibles; au pouvoir d'augmenter le nombre

Après avoir décidé la modification des statuts, étant donné « les circonstances dans lesquelles se trouve actuellement la société », l'on faisait toujours allusion à la forme que revêtaient les titres respectifs et l'on décida d'en émettre de nouveaux.

Cependant on ne déclara pas la nullité de ceux qui existaient déjà, mais l'émission de titres nouveaux aux caractéristiques différentes¹ que l'on devait remettre à ceux qui prouveraient qu'ils y avaient droit.

332. Le *Contre-mémoire* (IV, p. 385) avait indiqué, en faisant allusion à l'émission de nouveaux titres, que beaucoup de filiales de *Barcelona Traction* (et il parlait, dans les mots substitués par des points dans la *Réplique*, uniquement des actions appartenant à la société faillie, qui firent l'objet de la saisie) (voir *supra*, par. 321), ne possédaient que de simples certificats ou récépissés provisoires, dont quelques-uns étaient collectifs, au lieu de titres définitifs. Et le Gouvernement espagnol citait les sociétés dont il parlait: *Riegos*, *Electricista*, *Unión Eléctrica* et *Catalonian Land*.

La *Réplique* prétend qu'une telle affirmation est fautive et que les quatre sociétés susdites avaient émis les titres définitifs. Ceci n'est point vrai. Le Gouvernement espagnol doit confirmer tout ce qu'il a dit dans le *Contre-mémoire* à ce sujet, et il ajoute, sous forme de synthèse², que:

1) En ce qui concerne les sociétés mentionnées dans le *Contre-mémoire* (*Ebro*, *Catalonian*, *Unión Eléctrica* et *Electricista*), uniquement *Electricista* avait émis des titres définitifs. L'affirmation du *Contre-mémoire* que « plusieurs filiales de *Barcelona Traction* » n'avaient pas encore émis leurs titres définitifs est bel et bien exacte.

2) Quant à *Barcelonesa*, elle avait émis des titres définitifs, mais pas *Saltos del Segre*. Ce qui fait que, si l'on considère les six sociétés incriminées, l'on trouve que quatre d'entre elles n'avaient pas émis des titres définitifs puisque ce n'était que *Barcelonesa* et *Electricista* qui l'avaient fait. L'affirmation selon laquelle « plusieurs filiales de *Barcelona Traction* » n'avaient pas émis des titres serait tout aussi vraie si on l'appliquait à ces six sociétés.

d'administrateurs et de pourvoir de façon provisoire les vacances; au fait de ne pas exiger la condition d'actionnaire pour être administrateur; à la nomination des postes de président, vice-président, et administrateur délégué, aux assemblées universelles; au dépôt d'actions pour l'assemblée ou inscription dans le registre; au droit des actionnaires à se faire représenter à l'assemblée; à ce que l'assemblée ordinaire ou extraordinaire exige la présence minimum du quart des actions et à la représentation du président et du secrétaire des assemblées.

¹ Dans le cas de *Saltos del Segre*, l'on émit uniquement des actions ordinaires, des titres des actions ordinaires de 10 actions. Dans *Electricista*, ils furent unifiés avec les nouveaux titres; les titres des actions se trouvaient groupés en des groupes de 1, 50 et 100 actions et l'on décida d'émettre de nouveaux titres de 50 actions. Dans *Unión Eléctrica*, il existait des titres de 50, 500, 1.000 et 5.000 actions; l'on décida d'émettre de nouveaux titres de 100 actions chacun. Dans la *Barcelonesa*, il existait deux séries d'actions aux mêmes caractéristiques avec une numération identique; l'on décida d'émettre de nouveaux titres d'une action chacun.

² Dans l'*Annexe A.D. 97*, on trouvera une analyse « in extenso » de cette question.

333. La *Réplique* souligne, avec allégresse, comme s'il s'agissait d'une négligence ou d'un faux pas, que dans la p. 385 du *Contre-mémoire* il est dit que « 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 ».

On confirme entièrement ces lignes, en ayant soin de signaler qu'il convient de les lire avec les dernières lignes du passage que la *Réplique* omet, et qui disent : « S'il ne fut pas possible d'effectuer l'échange matériel, il faut en chercher la raison dans le fait que le failli manqua à son devoir, qui était de mettre tous ses biens à la disposition des organes de la faillite. »

Il est parfaitement logique que les responsables des filiales aient décidé d'émettre de nouveaux titres en vue de remplacer des certificats provisoires, compte tenu de ce que l'on n'avait pas pu saisir matériellement les titres, la société faillite et le *National Trust* y faisant obstacle ¹.

Il est opportun d'appeler l'attention sur les termes inadmissibles employés par la *Réplique* dans le paragraphe 104; étant donné qu'entamer une polémique à ce sujet ne conduirait à rien de positif, car elle serait non seulement injustifiée et injuste, mais encore tout à fait déplacée ².

334. La *Réplique* (V, pp. 454-457), après avoir fait un résumé à sa façon de ce qui est exposé dans le Chapitre I au sujet de l'émission de nouveaux titres, affirme que « ... 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... ».

On cherchera en vain dans les procès-verbaux des assemblées générales tenues en décembre 1949 la décision d'annuler les titres ou les certificats existants; l'on ne trouvera nulle part la décision d'émettre de faux titres, qualificatif tout à fait absurde que le Gouvernement belge, à défaut d'arguments sérieux, aime à prodiguer; personne ne peut dire non plus que l'émission de nouveaux titres ait été faite au profit des syndics.

Les syndics, en adoptant les décisions mentionnées, mettaient en œuvre les droits politiques qui correspondaient avant la faillite à *Barcelona Traction*; ils agissaient légalement et à toutes fins en représentation de *Barcelona Traction* en vertu du dessaisissement que celle-ci avait souffert à partir de l'instant même où la faillite a été déclarée, par l'application inexorable de l'article 878 du Code de commerce espagnol. C'est pourquoi, dans la première inscription des registres des actionnaires, les syndics de la faillite de *Barcelona Traction*, « en représentation de *Barcelona Traction* », apparaissent comme titulaires de la totalité des actions des sociétés respectives (A.D. 95).

¹ Comme le disait le *Contre-mémoire* lui-même (IV, p. 497), même en supposant que les titres eussent été émis sur l'ordre des tribunaux espagnols et que la vente du patrimoine de *Barcelona Traction* eût eu comme objet non pas les droits saisis, mais les titres émis, il n'y aurait pas eu d'usurpation de compétence et, par conséquent, il n'y aurait pas eu non plus de violation du droit international.

² La fin ne justifie certainement pas les moyens; et personne, sauf, à ce que l'on voit, le Gouvernement belge, n'a jamais pensé que cet axiome pût devenir une partie des principes généraux du droit, reconnus par les nations civilisées. Ce qui est vrai, en revanche, c'est que *Barcelona Traction*, avant et après la faillite, a déployé en permanence une quantité fabuleuse de moyens frauduleux pour atteindre un seul but: ne pas payer ses créanciers.

Lorsque les nouveaux titres furent émis, on procéda à la publicité adéquate et l'on fixa un délai considérable pour que ceux qui croiraient avoir droit à l'échange des titres se présentassent pour le faire. Dans le cas d'*Ebro*, la décision de remise de titres datait du 2 août 1951 (A.C.M. 146, VIII, doc. 4 et 5, pp. 257/9) et le délai, rendu public pour l'échange, était de 30 jours; au cours de ce long délai personne, ni le *National Trust*, ni *Barcelona Traction*, ne se présentèrent pour échanger les titres et *National Trust* adressa uniquement un « requerimiento » aux conseils d'administration des sociétés qui annonçaient l'échange de titres, pour déclarer qu'il ne reconnaissait aucune valeur aux annonces publiées à ce sujet et qu'il contestait la légalité des assemblées qui avaient pris les décisions en cause ¹.

3. Décisions que la Réplique qualifie d'« hispanisation » des filiales

335. La partie adverse entend donner à la prétendue hispanisation des filiales une importance démesurée alors qu'en réalité il s'agit d'un fait dont la répercussion sur la faillite est complètement nulle. Fidèle à son système, la *Réplique* (V, p. 59) reproche au *Contre-mémoire* de n'avoir rien dit à ce sujet. Cela est inexact ².

Ce qui est exact, c'est que le Gouvernement espagnol n'a pas cru nécessaire de démontrer l'inexactitude d'affirmations qui n'avaient aucune incidence quelconque sur le déroulement de la faillite, mais devant l'insistance de la *Réplique*, l'on peut affirmer que les syndics n'ont pas changé la nationalité de l'*Ebro* et de *Catalonian*; ils se sont trouvés devant une situation de fait vraiment confuse, non seulement pour des commerçants mais également pour un juriste ³.

¹ Dans l'*Annexe* A.D. 98, le Gouvernement espagnol a joint tous les « requerimientos » faits par *National Trust* au sujet de cette question, identiques à ceux joints au *Contre-mémoire*. La Cour observera que l'affirmation d'après laquelle *National Trust* était créancier gagiste était encore dans le limbe des idées à naître; aucune mention à ce sujet n'est faite, et évidemment l'article 918 du Code du commerce n'est pas non plus invoqué.

Dans cette même annexe, l'on trouvera les textes des protestations faites par *Barcelona Traction* à ce sujet, au nom du « Receiver » canadien.

Dans cette même annexe figurent les annonces publiées pour annoncer l'échange de titres, concernant toutes les sociétés.

² Voir C.M., IV, pp. 385-7, 496-7 et 528-30; et A.C.M. 146, VIII, p. 248.

³ Dans A.C.M. 203, IX, pp. 296 ss., figure la consultation rédigée le 11 mai 1918 par un avocat espagnol à la demande de la *Barcelona Traction*, par son agent en Espagne *Arnús Gari*. Dans cette consultation qui, comme on l'a dit dans le *Contre-mémoire* (p. 459) constituait un diagnostic alarmant de la *Barcelona Traction*, l'avocat consultant écrivait ce qui suit sur *Riegos y Fuerza del Ebro S.A.*

« Nous avons dit plus haut et il convient de le rappeler ici que l'une des trois grandes sociétés subrogées dans les buts auxquels répond la dénomination de la Compagnie, est celle dont la dénomination est *Ebro Irrigation and Power Company, Limited*, constituée en même temps que la société-mère, le même 12 septembre 1911, conformément aux lois en vigueur au Canada, avec un capital autorisé de 2.500.000 dollars, divisé en 25.000 actions de 100 dollars chacune.

« Cette société (que, pour abrégé, nous appellerons désormais la *Ebro*) fut domiciliée en Espagne moyennant acte passé devant M^e Luis Rufasta y Banus, notaire, le 14 décembre 1911, sous la dénomination de *Riegos y Fuerza del Ebro, Sociedad Anónima*.

« Les objectifs de cette société sont si semblables à ceux de la Compagnie que leur énumération, dans le statut incorporé à l'acte, semble davantage une copie qu'une adaptation.

« Laisant de côté cette duplicité d'organisme pour la réalisation d'une même fin, le fait est que la *Ebro* est une compagnie espagnole, inscrite au Registre du commerce et, de ce fait, soumise aux lois en vigueur dans notre pays; et que cette société fut celle qui commença les travaux d'utilisation de l'énergie électrique latente en Catalogne, celle qui effectua les acquisitions, celle qui fit enregistrer les concessions et, en un mot, celle qui a essayé de développer les fins que sa dénomination suggère — à l'exception seulement du mot *Ebro*, puisque, jusqu'à présent, elle n'a rien réalisé de positif sur ce fleuve, hormis la sollicitude de concessions d'utilisation —, tout cela sous le contrôle de la Compagnie, seule propriétaire de la totalité des actions qui constituent le capital exigé de la *Ebro*, insuffisant pour développer les objectifs grandioses auxquels répondit sa constitution. »

Ebro et *Catalouian* étaient deux sociétés canadiennes à la forme puisqu'elles avaient été constituées au Canada, en vertu des patentes correspondantes. Immédiatement après avoir été créées au Canada, elles se sont établies en Espagne. Leurs représentants ont passé les actes notariés nécessaires et ont inscrit les sociétés au Registre du commerce de Barcelone. Les deux sociétés dont les noms, à eux seuls, soulignent que le but de leur constitution est de réaliser des affaires exclusivement en Espagne¹, utilisent indistinctement le nom espagnol et le nom anglais, le premier plus que le second.

Les deux sociétés ont fixé leur résidence en Espagne avec la totalité de leur capital. Les deux sociétés ont déclaré de façon probante que pour les « opérations » qu'elles réaliseront en Espagne, elles se soumettaient aux lois en vigueur en Espagne où elles fixaient leur siège².

Il n'avait pas été émis de titres des actions, et les certificats existants n'avaient pas été remis aux syndics par ceux qui les détenaient, bien qu'ils en aient été requis par eux.

Certains de ces points fondamentaux avaient des répercussions évidentes sur le cours de l'affaire, que le Conseil d'administration, nommé par le séquestre-dépositaire, devait résoudre sous sa responsabilité. Ce Conseil d'administration régissait et dirigeait une société qui était affectée essentiellement par une procédure de faillite, à savoir celle de la *Barcelona Traction*; les syndics commerçants nommés par les créanciers de la *Barcelona Traction* et eux-mêmes créanciers de la faillie, exerçaient les droits sociaux attachés au capital-actions des deux sociétés³.

Y a-t-il quelque chose d'étrange, dans ces conditions, à ce que le Conseil d'*Ebro* ait déclaré, à l'assemblée du 1^{er} décembre 1949, « qu'étant donné le caractère vague des statuts sociaux régissant cette société — manque de précision qui est toujours un inconvénient, qui s'accroît encore davantage dans les circonstances que la société connaît actuellement — il convient de préciser certains points et d'en développer d'autres, en faisant usage des autorisations qu'ils comportent »?

Dans ces conditions, y a-t-il quelque chose d'étrange à ce que les syndics aient adopté, lors des assemblées générales du 14 décembre 1949, les décisions qu'ils ont prises?

On peut peut-être discuter de la réussite ou de l'erreur des syndics dans l'adoption de ces décisions, ce qui, en définitive, dépend d'un point de vue subjectif, mais ce point de

¹ Il ne s'agissait pas de l'*Ontario Irrigation and Power Company* ni de *Toronto Land*; il s'agissait de l'*Ebro Irrigation* dénommée indistinctement *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* et de *Catalonian Land*, dénommée indistinctement aussi *Terrenos de Cataluña*, car *Ebro* c'est le nom du fleuve dont certaines concessions devaient être exploitées par la société et *Cataluña* est la région où la société avait l'intention d'acheter — ce qu'elle fit — des propriétés immobilières.

² Les syndics pouvaient se demander, dès lors, quelles étaient les opérations de la société qui ne furent pas réalisées en Espagne, puisqu'aussi bien toutes deux s'étaient établies en territoire espagnol avec tout leur capital.

³ Pour que la Cour puisse se rendre compte de la négligence étrange avec laquelle les affaires de l'*Ebro* avaient été conduites, il convient de remarquer que l'augmentation du capital d'*Ebro* décidée en 1926 et légalisée la même année par-devant les autorités consulaires espagnoles, ne fut inscrite en Espagne qu'en mars 1946, l'acte correspondant ayant été dressé le 29 janvier 1946 bien que l'impôt y relatif ait été payé en 1931. Ces procédés permettaient évidemment de jouer sur deux tableaux.

vue semble totalement raisonnable, comme émanant des créanciers de *Barcelona Traction*; et toute personne qui analysera la question sous l'angle de la procédure de faillite — en vertu de laquelle les syndics occupaient leur poste et les droits politiques des actions d'*Ebro* et de *Catalonian* appartenant à *Barcelona Traction*, en stricte exécution de leurs obligations — doit le trouver tout aussi raisonnable.

Si l'on joint à ces considérations le texte littéral des statuts d'*Ebro* ou de *Catalonian*, si insuffisants par rapport à ce qui est habituel dans la pratique commerciale espagnole et, en général, dans les pays de droit continental, l'on ne peut que comprendre, objectivement, que les syndics aient la préoccupation d'apporter ces modifications ou éclaircissements aux statuts, car ceux-ci étaient effectivement d'une imprécision indiscutable; il a été déclaré que ces mêmes statuts avaient été incorporés dans l'acte espagnol par le notaire par-devant lequel l'acte avait été passé, et ils ont été inclus dans les minutes avec l'acte de résidence ou de constitution en Espagne¹ et inscrits au Registre du commerce.

336. La thèse de la *Réplique* (V, par. 600, pp. 450 à 452) peut se résumer de la manière suivante: par l'acte de prise de résidence de l'*Ebro*, il a été déclaré que la société a « été créée conformément aux lois en vigueur au Canada » et qu'elle était domiciliée à Toronto, « mais avec faculté d'établir des succursales et d'effectuer des opérations » en tous pays que le Conseil jugerait opportun². Usant de cette faculté, elle s'est soumise à l'ordre espagnol pour toutes les opérations qu'elle réaliserait en Espagne. Les déclarations 4 et 5 contenues dans les décisions de l'Assemblée d'*Ebro* du 14 décembre 1949, comparées à l'acte, démontrent qu'aucun point n'a été précisé qui ne fût contenu dans ledit acte. La déclaration N° 3, en revanche, dans la mesure où elle soumettait la société à l'ordre espagnol pour tout ce qui avait trait à l'acquisition et au maintien de la personnalité juridique de la société, sa capacité d'agir, et les statuts devant la régir, n'apporte pas une précision et un éclaircissement à l'acte de 1911, mais constitue une disposition radicalement contraire à cet acte.

On doit relever que de tels raisonnements constituent une tentative de travestir le sens et la portée de l'exposé du *Contre-mémoire*. Si on lit entièrement le texte visé (C.M., IV, 166, p. 530), on comprend que le besoin d'éclaircir certains points de l'acte de 1911 ne provenait pas du contenu de l'acte lui-même considéré isolément, mais des réalités survenues postérieurement à l'acte lui-même; celles-ci n'étaient pas conformes aux déclarations contenues dans l'acte et allaient au-delà de ce qui avait été prévu. Les syndics, dès lors, devaient adapter l'acte de prise de résidence pour qu'il concorde avec les actions réalisées par les dirigeants de la société pendant plus de 30 ans.

¹ Non seulement le notaire a qualifié l'acte d'acte de constitution, sur la couverture, mais encore, sur les feuilles de liquidation d'impôts annexes dans la copie authentique de l'acte, il est dit que *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* a versé la somme de 27.150 pesetas pour la différence entre le montant de l'impôt d'enregistrement « correspondant à la grosse de l'acte de constitution » de 13.625.000 pesetas passé à Barcelone le 14 décembre 1911. Et dans la quittance N° 175 A, annexe également à la copie authentique de l'acte, il est dit que *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* a payé la somme de 69.510,50 pesetas, soit 0,50% de 13.625.000 pour constitution de société.

² Il y a dans cette citation une erreur de traduction des annexes au *Contre-mémoire*; la faculté n'était pas « d'établir des succursales » dans un autre pays, mais de *s'établir et de créer des succursales*, ce qui est très différent. *Ebro* ne s'est pas limitée à créer des succursales, mais elle s'est établie en Espagne. La partie adverse a cherché à s'emparer d'une erreur de traduction pour son argumentation.

Il est vrai que l'*Ebro* se présentait comme une société formellement canadienne établie en Espagne, mais la réalité démontre que son seul établissement réel et unique était en Espagne. Tant que la société était contrôlée par la *Barcelona Traction*, elle présentait pour le groupe l'utilité de continuer à jouer le double jeu d'un domicile fictif au Canada et d'un établissement unique soumis à l'ordre juridique espagnol; mais ni les syndics, ni n'importe quelle autre personne étrangère à la *Barcelona Traction* n'aurait pu avoir intérêt à maintenir la fiction que l'établissement de la société en Espagne n'aurait été qu'une succursale.

C'est pour cela que les syndics réunis en Assemblée générale de l'*Ebro*, ont confirmé ce qui résultait déjà de l'acte, afin que les points 4 et 5 demeurent clairs et sans équivoque, et ils ont adapté la situation réelle de la société à l'ordre juridique espagnol (point N° 3). De cela ont dû tenir compte les auteurs de la *Réplique*, embarrassés par la décision rendue par la Cour d'appel de Barcelone le 8 février 1950¹.

Il est donc évident que *Ebro* avait pris domicile en Espagne avec tout son capital, ce qui est particulièrement significatif comme l'a révélé la Cour d'appel. La *Réplique* se demande (p. 452, N° 1) si le Gouvernement espagnol invoquera ce fait et elle estime que sous cette forme interrogative, elle a vidé l'argument de sa force. Le Gouvernement espagnol, comme il est logique, répond affirmativement et fait observer qu'il n'y a dans la *Réplique* aucun argument valable pour contester la signification de ce fait.

337. La *Réplique* entend combattre les motifs donnés par la Cour d'appel au moyen d'un argument puéril: le domicile social de l'*Ebro* au Canada n'était pas fictif, car c'est dans ce pays que se tenaient les conseils d'administration et les assemblées générales d'actionnaires. *Ebro* n'était pas une société normale, mais une société d'une seule personne, dans laquelle les séances du conseil et surtout les assemblées d'actionnaires n'étaient qu'une pure fiction, une manière d'entériner des décisions adoptées en réalité par la société-mère antérieurement par ses conseils et assemblées. C'est pour cela que ces pseudo-séances d'employés et d'hommes de paille ne pouvaient s'y opposer, selon ce qu'a déclaré la

¹ La Cour de Barcelone, dans sa décision, a déclaré:

« Considérant qu'indépendamment de ce qui a été mentionné, un autre problème se pose, résultant de l'application à la société demanderesse du décret-loi du 17 juillet 1947, applicable selon Sr Lago et inapplicable, selon Sr Anzizu. Pour la solution de ce problème, il y a lieu de tenir compte que d'après l'acte constitutif de *Ebro Irrigation*, celle-ci a été créée le 12 septembre 1911 à Toronto avec un capital social de 2.500.000 dollars en fixant dans ladite ville son domicile, considérant que sur des bases si simples la solution serait facile. Mais le 14 décembre suivant, M. Edouard Dwight, dûment mandaté, par écriture publique, dressée à Barcelone, le 14 décembre 1911, par-devant le notaire Rufasta, la résidence de la société a été fixée en Espagne, où sont déposés également les 2.500.000 dollars, et Barcelone a été désigné comme lieu de domicile, ce qui signifie le transfert intégral de la société en Espagne, car si le capital social, dans sa totalité, a quitté le Canada et si le développement et les activités de la société se déroulent en Espagne, il ne subsiste plus rien à Toronto si ce n'est la fiction de la société domiciliée à Barcelone. Comme il n'est pas possible d'avoir plus d'un domicile, le domicile réel et effectif est à Barcelone où se trouve tout le capital social et où s'exercent toutes les activités de la société, alors qu'au Canada il n'existe plus qu'une simple entéléchie dépourvue de tout contenu. En conséquence, doit prévaloir le domicile espagnol, puisque entre un domicile réel et effectif résultant de la propre volonté — à teneur de l'acte passé devant le notaire Rufasta et inscrit au Registre du commerce le 10 janvier 1912 — et un domicile complètement fictif sans rapport à la réalité, il y a lieu obligatoirement d'admettre le premier et de la considérer comme une société espagnole, d'autant plus que les activités de la société sont celles d'un service public et que, dès lors, il y a lieu d'admettre que lui est applicable le décret-loi ci-dessus mentionné qui a invalidé également l'Assemblée des actionnaires de Toronto. »

Cour d'appel de Barcelone. Pour démontrer que le domicile social d'*Ebro* n'était pas un « fantôme », la *Réplique* n'a rien trouvé de mieux que de faire état d'autres assemblées qui n'étaient, en réalité, rien d'autre que d'autres « fantômes ».

Il en était à tel point ainsi que dans toutes les séances du Comité consultatif local d'*Ebro* (séances réelles bien que peu nombreuses et sans intérêt), le procès-verbal commence par les mots: « Au domicile de la Société, à Barcelone », qui est le lieu où réellement se trouvait le domicile social.

338. Les prétendues illégalités de la décision (R..V, par. 601, pp. 452 à 454), ne le sont pas. La présente *Duplicque* ne va pas examiner le point de savoir si une société canadienne, pour changer de nationalité, avec effet conforme à la loi et au système du Canada, doit ou non obtenir une décision législative, et cela pour le motif que les syndics n'eurent pas à décider qu'*Ebro* changerait de nationalité ni que ce changement serait effectif à l'égard de la loi canadienne. C'est une chose que les conditions nécessaires pour que le droit canadien reconnaisse qu'une société a changé de nationalité; et c'est une autre chose que les effets d'une décision qu'une assemblée de tous les actionnaires de la société peut prendre à ce sujet, conformément aux lois d'un autre pays où se trouvent tous les biens sociaux, où la Société exerce toutes ses activités et aux lois duquel elle s'est soumise. Il est possible que la soumission générale aux lois espagnoles que décidèrent les syndics dans l'acte du 14 décembre 1949, dans l'exercice des droits sociaux d'actionnaires de *Ebro* inhérents à la *Barcelona Traction* en faillite, ait des effets limités au Canada ou même nuls; mais en même temps et simultanément, cette même décision avait pleins effets en Espagne, comme elle les eut effectivement.

Lorsque la *Réplique* dénonce l'illégalité de la décision parce qu'il n'a pas été tenu compte des règles du droit canadien, elle méconnaît que la soumission d'une société étrangère à la législation de l'Etat où s'exerce l'objet unique ou principal de son activité — y compris celui concernant le maintien de sa personnalité juridique et de sa capacité d'agir — a été reconnue comme étant conforme au droit international par la Résolution de Varsovie sur les Sociétés Anonymes, de l'Institut de droit international (*Annuaire de l'Institut*, 1965, 1; vid. A.D. 43).

339. Enfin, la thèse selon laquelle la décision était illégale parce qu'elle aurait excédé les pouvoirs des syndics, qui tendent à la conservation et à la vente des biens saisis, est erronée. La *Réplique* prétend que les syndics pouvaient exercer les droits attachés aux actions appartenant à la *Barcelona Traction* pour administrer et conserver ces actions jusqu'à leur vente mais qu'il n'était pas en leurs pouvoirs de changer la nationalité.

Il ne s'agit là que d'une appréciation purement subjective des auteurs de la *Réplique*, qui cherchent des illégalités avec une obstination digne d'une meilleure cause. Pour qu'il y ait illégalité, il est nécessaire d'enfreindre une loi; or, il ne semble pas que le fait que les syndics aient décidé, en leur qualité d'assemblée d'actionnaires de *Ebro* et de *Catalonian*, une modification des statuts, quelle qu'ait été son importance, aient violé l'article 1218 du Code de procédure civile qui régleme la compétence des syndics. Pour conserver la valeur des actions, les syndics pouvaient comprendre qu'il était nécessaire que les sociétés soient régies par de nouveaux statuts; on pourra dire que la décision était logique ou non, on pourra mettre en doute que le changement favorisait ou portait préjudice aux filiales, mais elle ne peut pas servir de base pour justifier une violation d'une règle accordant aux syndics les plus larges compétences pour l'administration et la vente d'un bien.

Finalement, la *Réplique* contient un précieux aveu: après avoir fait grief aux organes de la faillite d'avoir exercé les droits de vote attachés aux actions saisies, en présentant le fait comme une usurpation intolérable, elle reconnaît que « 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 ».

SECTION IV

MESURES PRISES À L'ÉGARD DES SOCIÉTÉS FILIALES

§ 1: L'ORDRE DE SAISIE DES ACTIFS DES FILIALES
DE LA BARCELONA TRACTION

340. Les griefs formulés par la partie adverse concernant la saisie des actifs des filiales reviennent en somme à dire que le Juge de Reus, dans ses jugements des 12 février, 25 février et 27 mars 1948, a *méconnu* la personnalité juridique *distincte* des filiales unipersonnelles de la *Barcelona Traction* et a déclaré qu'elles étaient *inexistantes* ou *fictives* (M., I, pars. 338-339, pp. 168 ss.; R., V, par. 35, p. 23).

Devant cette appréciation des faits, le Gouvernement espagnol a déjà dit (C.M., IV, pars. 79 et 80, pp. 292-293) et tient à réitérer que le Tribunal de Reus n'a pas déclaré l'extinction de la personnalité juridique des filiales, qu'il ne l'a pas *méconnue* et qu'il l'a *respectée*.

La *Réplique* (par. 56, p. 34) tergiverse la position espagnole lorsqu'elle attribue au *Contre-mémoire* la défense de la *prétendue reconnaissance par le Juge de Reus de la « personnalité distincte des sociétés filiales »*; le Gouvernement espagnol n'affirme pas que le Juge de Reus ait *reconnu* cette personnalité, mais qu'il l'a *respectée* et qu'il ne l'a pas *méconnue*, ce qui est très différent. Il ne s'agit pas d'un jeu de mots; pour nier ou reconnaître la personnalité des filiales, il aurait fallu que les requérants à la faillite aient formulé par-devant le Tribunal une demande soit dans un sens affirmatif soit négatif et que celui-ci dans les prononcés de sa décision ait fait une déclaration expresse d'extinction ou de maintien de cette personnalité¹. Tel n'a pas été le cas.

341. Le Gouvernement belge prétend également (R., par. 65, pp. 37-38) que le seul fondement juridique imaginé par le Juge de Reus, pour justifier la saisie des actifs des filiales, a été précisément l'inexistence de leur personnalité juridique distincte; et que le *Contre-mémoire*, devant une position aussi indéfendable, a imaginé un nouveau fondement qui n'a jamais été dans la pensée du Juge de Reus: l'abus commis par la *Barcelona Traction* au moyen d'une pluralité apparente de personnes morales, mises au service d'une fraude à la loi.

¹ Les juges expriment leur volonté dans les prononcés de leurs décisions, et non dans la motivation donnée en tant que fondement. Pour que l'on puisse dire que le Juge de Reus a nié la personnalité juridique ou qu'il l'a déclarée éteinte — ce que le Gouvernement belge prétend — il aurait fallu que cette déclaration ait figuré dans les prononcés du jugement (*auto*) du 12 février, ou dans les jugements complémentaires. Il suffit de lire ces décisions pour constater qu'un tel prononcé n'a pas existé.

Une société conserve la personnalité juridique qui lui a été accordée tant qu'une déclaration judiciaire expresse ne la déclare pas éteinte.

Le Juge de Reus est parti de ce *fait* que cette personnalité existait, sans pour autant la reconnaître ni la déclarer éteinte.

Cette affirmation est doublement inexacte: *premièrement*, parce que l'idée de fraude a été prise en considération par le juge de Reus, de même que par d'autres juges et tribunaux espagnols, et qu'il n'est pas possible, en conséquence, de prétendre qu'elle a été introduite pour la première fois dans le *Contre-mémoire*; *deuxièmement*, parce que les fondements des mesures adoptées vis-à-vis des filiales, fournis par le *Contre-mémoire* ne sont pas distincts de ceux allégués par le Tribunal¹.

342. A ces erreurs initiales de fait contenues dans la *Réplique*, il faut ajouter celle qui a trait au fondement juridique objectif des mesures adoptées. La partie adverse prétend que la société anonyme, qu'elle soit unipersonnelle ou non a une personnalité juridique distincte de celle de la société mère et que par conséquent les mesures en question ne pouvaient être prises sans enfreindre le principe du respect de cette personnalité; et que la fraude non seulement n'existait pas, mais que même à la supposer établie, elle ne pouvait servir de base aux mesures ordonnées².

Le Gouvernement espagnol a déjà exposé que, dans son *ordre juridique*, le fait qu'il existe une personnalité distincte ne peut pas faire obstacle à ce que le juge prenne des mesures, pour prévenir et réprimer la fraude, si les personnes morales distinctes manquent d'autonomie et d'indépendance, vis-à-vis de l'associé unipersonnel (C.M., pars. 89 à 102, pp. 298 à 309).

A. Contenu des décisions qui ont ordonné la saisie

1. *Absence de toute déclaration judiciaire éteignant la personnalité juridique des sociétés filiales.*

343. La *Réplique* (par. 56, p. 34) prétend que le problème de savoir si le juge de Reus a nié ou reconnu une personnalité distincte aux sociétés filiales est une question qui ne présente qu'un intérêt secondaire, pour autant que l'on démontre que la saisie de leurs actifs a eu un caractère permanent; elle se borne à noter que le Tribunal est passé en deux mois d'une attitude de dénégation à une attitude de reconnaissance de la personnalité distincte des filiales, bien que sans en tirer les conséquences naturelles.

Il est significatif que le Gouvernement belge prétende maintenant minimiser cette question, alors que la prétendue annulation des filiales a été l'un des principaux griefs formulés dans le *Mémoire*. Loin d'être une question d'intérêt secondaire, l'application de l'ordre juridique espagnol dépend de l'attitude adoptée par le juge de Reus à cet égard. C'est précisément parce que ce juge est parti du fait que les sociétés filiales subsistaient en

¹ L'unipersonnalité des sociétés anonymes et la nécessité de réprimer l'abus qui pourrait être commis au moyen de la *one man company* sont des questions intimement mêlées, comme il est démontré en rappelant les fondements juridiques des mesures. Il est indiscutable, et le *Contre-mémoire* ne l'a pas nié (pars. 71 et ss., pp. 287 et ss.), que le Tribunal de Reus a fondé la saisie des filiales sur le fait de l'unipersonnalité de celles-ci. Si tout le développement sur la problématique de la société unipersonnelle n'a pas été fait à cette occasion, c'est parce que le Gouvernement espagnol a considéré comme suffisant le texte des décisions judiciaires et il ne lui est même pas venu à l'esprit que la *Réplique* viendrait porter la controverse sur ce terrain. C'est pourquoi il a insisté sur l'idée complémentaire de l'abus de la personnalité. Mais il n'y a point lieu de parler de deux motivations distinctes, l'une imaginée par le Tribunal de Reus, et l'autre par le *Contre-mémoire*.

² Pour tenter d'en faire la démonstration, la *Réplique* fait un gros effort (pars. 517 à 537, pp. 371 à 394).

tant que personnes morales *distinctes* que toutes les imputations du Gouvernement belge tombent d'elles-mêmes ¹.

Que la saisie ait été ou non permanente ² est précisément une question secondaire, puisque le fondement juridique de la mesure doit être recherché dans les règles juridiques et non pas dans le caractère permanent ou transitoire de la saisie.

Il en résulte donc que les décisions judiciaires, prises durant le délai de deux mois, en partant du fait que la personnalité morale des filiales subsistait, ont pu être différentes, sans être pour autant contradictoires. Il n'y avait pas là une volte-face du juge, mais l'application d'une même conception juridique, à des situations de fait différentes.

344. Les requérants à la faillite ont demandé dans la conclusion additionnelle (*otrosí*) de leur écrit du 9 février 1948, la saisie des actifs de toutes les filiales, en regard du droit patrimonial que la *Barcelona Traction* avait sur eux ³ (A.C.M., N° 2, vol. VII, pp. 17 à 19). Parmi les moyens de la demande, il était indiqué le manque d'autonomie des filiales et la nécessité de prévenir que la société mère ne puisse essayer de rechercher son insolvabilité sous le couvert de leur personnalité juridique; mais ils ne demandaient, aucunement, que cette personnalité juridique soit déclarée éteinte. Tant et si bien que, dans les moyens de leur demande, les requérants ne se ralliaient pas au courant doctrinal espagnol suivant lequel l'existence d'une société unipersonnelle serait illégitime et s'éteindrait par la réunion de toutes les actions en une seule main ⁴. Ils affirmaient que la société subsistait avec sa personnalité juridique distincte, mais qu'il s'agissait d'une situation exceptionnelle, eu égard à l'anomalie que supposait la réunion des actions dans une seule main, relativement à la direction et à l'administration des sociétés dominées, à l'absence d'autonomie de celles-ci et à l'inexistence d'un intérêt qui leur fût propre.

345. Le Tribunal ne satisfait pas entièrement à la demande des requérants. Certes, il ordonna la saisie des actifs d'*Ebro* et de *Barcelonesa*, seules sociétés qu'il savait être unipersonnelles; mais par contre, s'abstint d'ordonner la saisie des actifs des autres sociétés filiales ou sous-filiales, jusqu'à ce que, au cours de la procédure de saisie, les requérants lui eussent prouvé leur caractère unipersonnel. Les décisions du 25 février et du 27 mars 1948 ont été ainsi parfaitement cohérentes entre elles et avec le jugement de faillite (C.M., IV, pars. 78 et ss., pp. 292 et ss.).

346. A l'égard des filiales, il était également sollicité dans la demande que le séquestre-dépositaire et le commissaire fussent habilités à administrer ces sociétés à et nommer et destituer tous leurs employés et fondés de pouvoir. Le tribunal, toujours dans le même esprit, n'accorda les pouvoirs au commissaire qu'au fur et à mesure que l'unipersonnalité de chacune des sociétés était constatée.

¹ Sont donc justifiées les mesures qui furent prises, à savoir ne pas assigner les filiales avant de les prendre, et éviter aux requérants d'avoir à exercer une action préjudicielle.

² Le caractère transitoire de la saisie (*infra*, par. 404 et suivants) est un effet de la non extinction de la personnalité des filiales, mais non la question fondamentale.

³ La demande portait non seulement sur l'*Ebro* et *Barcelonesa*, dont le caractère unipersonnel leur était connu, mais encore sur toutes les autres filiales dont on ne pouvait préciser si elles étaient unipersonnelles ou simplement dominées par la faillie au moyen d'un paquet majoritaire d'actions (*supra*, par. 255).

⁴ Ils disaient textuellement: « On a soutenu qu'alors la société disparaît parce qu'elle ne peut être constituée par une seule personne. Nous n'allons pas jusque-là, car, comme l'a dit un célèbre commercialiste espagnol, il n'y a pas d'article dans le Code qui déclare cela ».

347. Le Gouvernement belge est libre de faire toutes les argumentations qu'il voudra, mais le texte des décisions judiciaires ne laisse place à aucun doute¹. Néanmoins, la *Réplique* (V, par. 57, p. 34) rappelle que le tribunal de Reus, pour justifier sa compétence, a affirmé que les biens d'*Ebro* étaient la propriété médiate de *Barcelona Traction*. Et elle en conclut qu'un bien ne peut pas appartenir, en pleine propriété, à deux patrimoines, de sorte que en reconnaissant à la faillite un droit de propriété sur les biens d'*Ebro*, il a dénié à celle-ci sa personnalité juridique autonome. La *Réplique* ajoute que, sans doute à cause de cette dénégation initiale, le tribunal omit d'ordonner de notifier à l'*Ebro* le jugement déclaratif de faillite.

La première de ces conclusions est erronée, ainsi que le Gouvernement espagnol le révèle lorsqu'il éclaire le sens dans lequel le juge a utilisé les termes « propriété médiate » (A.D., 75): le juge s'est en effet borné à constater une réalité économique, à savoir que la *Barcelona Traction* disposait en propre des biens d'*Ebro*.

La seconde conclusion est également inacceptable. Le jugement déclaratif de faillite — il faudra le répéter de nouveau — est publié pour que *tout le monde en ait connaissance*; il n'est pas obligatoire de le signifier au failli et encore bien moins aux tiers. Le fait que les filiales aient eu ou non de personnalité n'a donc rien à voir avec la notification du jugement déclaratif de faillite.

Cependant, le Gouvernement espagnol doit insister sur ce fait que le jugement a été effectivement notifié à l'*Ebro* et à *Barcelonesa*, ce même 13 février, lorsque les mesures de saisie prises par le Tribunal N° 4 de Barcelone allaient commencer². Si le Gouvernement espagnol procédait avec le même manque de logique que la partie adverse, on pourrait en conclure que les tribunaux espagnols avaient reconnu la personnalité d'*Ebro* et de *Barcelonesa*, mais la conclusion serait aussi fautive que celles qui viennent d'être exposées.

348. La *Réplique* (pars. 58 à 61, pp. 34-35; et par. 63, p. 36) analyse les termes employés par le tribunal de Reus dans ses différents jugements. Elle commente en premier lieu la déclaration judiciaire selon laquelle la *Barcelona Traction* étant l'unique possesseur des actions représentatives du capital des filiales, *c'est comme si la personnalité morale des filiales disparaissait*. D'après la partie adverse, le juge aurait affirmé que la personnalité juridique des filiales avait disparu; et elle ajoute: « c'est uniquement ce que veut dire le « *comme si* » et il est vain d'essayer de lui faire dire autre chose ».

Le Gouvernement espagnol se borne pour l'heure à préciser que le Juge n'a pas dit que la personnalité des filiales avait disparu, mais, *textuellement* « *c'est comme si la personnalité ... disparaissait* ». Le juge a dit ce qu'il a dit, et « il est vain d'essayer de lui faire dire autre chose ».

La phrase « *comme si la personnalité ... disparaissait* » n'est pas utilisée par occasion mais a été répétée à diverses reprises, ce qui laisse supposer qu'elle a été utilisée délibérément et dans un sens précis. Si le juge avait voulu dire que la personnalité n'existait pas,

¹ La *Réplique* (par. 34, p. 22) admet que les mesures de saisie des filiales et d'attribution de pouvoirs au commissaire pour révoquer, destituer et nommer les membres du personnel, employés et gérants, ont été adoptées dans les jugements des 12 février, 25 février et 27 mars 1948. Il est également expressément reconnu (R. par. 35, p. 23) que la cause de ces mesures a été l'unipersonnalité des sociétés affectées.

² Cf. « procès verbal », du 13 février 1948, dans ACM, n° 80. Vol. VII. p. 417.

il l'aurait dit; mais ce qu'il a dit, c'est qu'il devait prendre des mesures « *comme si* » elle avait disparu. La raison de la saisie des actifs se trouvait donc dans cette affirmation, et non pas dans cette prétendue formulation de l'inexistence de la personnalité.

Lorsque le jugement du 17 mars 1948 rejette la qualité de l'*Ebro* pour former recours contre le jugement de faillite, il n'est pas dit que l'on dénie cette qualité du fait de l'inexistence de la société; il est dit que la procédure de faillite a lieu entre deux parties — le failli et les créanciers — et que de ce fait l'*Ebro* peut seulement agir, le cas échéant, par voie d'une action en revendication dite *terceria*¹.

349. Si l'on se demandait quelle différence peut entraîner l'introduction des mots « *comme si* », la réponse peut être trouvée dans l'inopposabilité de certains actes à l'action des créanciers; cette inopposabilité n'est pas inconnue du droit belge des faillites, où, bien que frappés de nullité par la loi, il est des actes qui ont été interprétés par la doctrine et par la jurisprudence comme *inopposables* à la masse (*supra*, par. 243. et ss.

Lorsqu'un acte est valable, puisque « ni le failli, ni le tiers avec lequel il a traité, ni même le curateur ne peuvent les faire annuler », mais parce qu'étant ultérieur à la déclaration de faillite, il est en Belgique « inopposable à la masse »², il ne fait pas de doute que l'acte et son apparence subsistent formellement, mais c'est *comme s'il était nul* pour tout ce qui porte préjudice à la masse de la faillite.

De la même façon, la personnalité juridique distincte des filiales subsistant, c'est *comme si* elle n'existait pas aux fins des mesures conservatoires destinées à assurer l'intangibilité économique des biens de la masse. Le Juge, au lieu de décrire le phénomène, en utilisant le terme technique de l'« inopposabilité » a préféré utiliser la locution « *comme si* ».

Et que l'on ne vienne pas dire que lorsque le Gouvernement espagnol affirme que le juge a estimé *inopposable* la personnalité juridique des filiales (C.M., IV, pars. 92 et ss., pages 301 et ss.), il fait dire au juge une chose différente de celle qu'il a dite: il exprime avec un terme technique ce que le juge a dit en d'autres termes. C'est le Gouvernement belge qui prétend changer le texte, en faisant dire au juge de Reus que la personnalité était disparue, alors qu'il a dit que « c'est comme si elle disparaissait ».

350. La *Réplique* (V, par. 59, p. 35) fait allusion à la déclaration du juge au sujet des allégations faites par le représentant d'*Ebro* sur l'existence d'une personnalité juridique indépendante du failli en ce sens que ce n'étaient que des apparences juridiques; et elle feint délibérément d'ignorer la différence qui existe entre « personnalité juridique distincte » et « personnalité juridique autonome ou indépendante ».

Ce que le juge de Reus qualifie maintes fois de *fiction*, ce n'est pas la personnalité juridique des filiales — distincte de celle de la société-mère — mais l'*autonomie* ou l'*indépendance* de cette personnalité. Mais le Gouvernement belge pense-t-il sans doute qu'il

¹ Il est faux de dire, comme le fait la *Réplique* (par. 61) que le jugement du 17 mars se borne à répéter les termes du jugement du 25 février 1948. Le Gouvernement espagnol s'en remet au contenu entier du jugement (A.C.M., n° 46, vol. VII, p. 263) et ratifie ce qui est dit dans le *Contre-mémoire* (par. 84, p. 295). Nous reviendrons sur la signification de ce jugement.

² Les textes entre guillemets ont été pris de l'ouvrage de Jean VAN RYN et Jacques HEENEN, *Principes de Droit Commercial*, vol. IV, Bruxelles, 1965, p. 230.

n'existe qu'une alternative: ou bien la personnalité juridique est indépendante ou bien la personnalité juridique est inexistante.

Mais le Juge de Reus, bien évidemment, a serré de beaucoup plus près la réalité des choses et les concepts juridiques qui l'interprètent. Si une personne morale n'est pas *distincte* d'une autre, c'est qu'elle n'existe pas en tant que telle; en revanche, pour qu'une personne morale puisse être qualifiée de *dépendante* ou d'*indépendante*, la logique la plus élémentaire exige que cette personne existe comme *distincte*. Si une personne morale n'existe pas, elle ne peut pas être qualifiée d'autonome ni d'indépendante; c'est si elle existe en tant que sujet que l'on peut lui attribuer soit la *dépendance*, soit l'*autonomie*.

Et lorsque le Juge de Reus affirmait que les sociétés filiales manquaient d'indépendance, c'est-à-dire que les allégations selon lesquelles elles avaient une personnalité juridique *indépendante* étaient de simples apparences juridiques, il s'accordait parfaitement à la réalité. Le Gouvernement belge ne peut pas le nier, l'un de ses conseils ayant affirmé devant le Tribunal que la *Barcelona Traction* et l'*Ebro* étaient « blanc bonnet, bonnet blanc ».

351. La *Réplique* revient finalement (par. 62, pp. 35-36) sur la phrase utilisée par le Juge, selon laquelle la saisie des actifs devrait être faite « *sin detrimento de su función* », phrase que le *Contre-mémoire* a traduit par « sans préjudice de son fonctionnement ». Il est clair que l'interprétation du *Contre-mémoire* ne comporte le moindre contresens pour ce qui est du contexte des décisions mentionnées.

Le Gouvernement belge a souvent reproché injustement au Gouvernement espagnol de donner des explications « *ex post facto* » des décisions de juges espagnols. Dans ce cas, on peut très justement formuler le même reproche à l'égard du Gouvernement belge. Selon la *Réplique*, il faudrait distinguer entre « *fonction* » d'*Ebro*, en tant que concessionnaire d'un service public, et « *fonctionnement* » d'une société commerciale, par lequel on doit comprendre la continuation de la gestion par ses organes statutaires. Lorsque le Juge de Reus a utilisé le terme « fonction » (*función*), il a voulu dire, à en croire le Gouvernement belge, que le service public à charge d'*Ebro* ne devait pas souffrir de détriment ou de préjudice, mais non le « fonctionnement » (*funcionamiento*) de la société commerciale en tant que telle.

Cette distinction est une invention pure et simple de la partie adverse, née des besoins de la cause. A telle enseigne que sa fausseté va à l'encontre de la grammaire espagnole¹, de la terminologie utilisée par la doctrine juridique² et spécialement si l'on respecte l'interprétation qui a été donnée à cette phrase dans la procédure de faillite.

¹ Du point de vue grammatical, selon la *Real Academia*, les mots *función* et *funcionamiento* ont exactement la même signification. *Función* (fonction dans une traduction littérale comme celle qu'adopte le Gouvernement belge), c'est l'action et l'exercice d'un organe, emploi, faculté ou métier; « *funcionamiento* » (fonctionnement dans sa traduction littérale et adoptée par le Gouvernement espagnol), c'est l'action de fonctionner ou d'exécuter par un organe, emploi, faculté ou métier, les fonctions qui leur sont propres.

Prétendre donc qu'en traduisant on a voulu changer le terme *fonction* pour celui de *fonctionnement* alors que tous deux expriment exactement la même chose en espagnol, est une imputation aussi fautive que gratuite.

² Du point de vue du droit espagnol, la distinction que prétend faire le Gouvernement belge entre *función* et *funcionamiento* est absolument inédite. Le Gouvernement belge ne peut citer un seul auteur espagnol, ni invoquer aucun précepte légal, qui puisse rattacher le terme *función* à des concessionnaires

L'effort du Gouvernement belge pour trouver un texte sur lequel appuyer sa prétention comme quoi le terme « fonction » visait l'*Ebro* en tant que concessionnaire d'un service public est digne d'une meilleure cause. Les moyens utilisés à cette fin sont l'ordonnance du Commissaire du 23 février 1948 (A.C.M., N° 44, vol. VII, p. 258), et un acte de la procédure dans lequel figure une déclaration du dépositaire (A.R., N° 23, vol. I, p. 71).

Voyons la teneur de ces deux textes, ainsi que le reconnaît le Gouvernement belge lui-même: l'ordonnance du Commissaire parle de la « nécessité inéluctable de ne pas voir troublé le bon *fonctionnement* (*funcionamiento* dans l'original) ¹ du service public que les sociétés affectées assurent »; l'acte de la procédure quant à lui comporte une référence à « l'exigence du jugement déclaratif de faillite que l'on ne perturbe pas le bon *fonctionnement* (*funcionamiento* dans l'original) ² du service public des sociétés affectées. »

Il est significatif que, précisément dans les deux écrits, la référence au service public soit rattachée au terme « fonctionnement » et non à celui de « fonction », c'est-à-dire exactement le contraire de ce que prétend le Gouvernement belge, lorsqu'il cherche à asseoir sa pseudo-distinction ³.

Pour pallier cette contradiction évidente, qui réduit à néant toute la construction de la *Réplique*, elle a choisi de supprimer le mot « fonctionnement » dans le texte qui figure entre guillemets et en italiques à la note 1 de la page 36 ⁴.

La vérité, et la partie adverse en est parfaitement consciente, c'est que tout au long de la faillite, la phrase « sans préjudice de sa fonction » a été comprise comme synonyme de « sans préjudice de son fonctionnement »; et dans tous les cas, sauf dans ces deux références isolées au service public, la phrase — dans l'une ou l'autre de ses variantes — a été interprétée dans le sens que la saisie ne pouvait pas apporter de préjudice au fonctionnement des sociétés filiales en tant que personnes morales.

La décision du Juge spécial en date du 18 juin 1949 disait que les filiales avaient été saisies « sans préjudice de leur fonctionnement normal et du fonctionnement du service

des services publics et celui de *funcionamiento* à la gestion des sociétés commerciales par leurs organes statutaires.

La doctrine espagnole entend par fonction l'ensemble des fins attribuées à un sujet (personne morale, organe, etc.) et l'activité ou l'exercice de ce même sujet pour atteindre ces buts. C'est ainsi que l'on parle des fonctions de l'Etat (fonction politique, législative, juridictionnelle, etc.) et il est évident qu'ici le terme fonction ne s'applique pas à un concessionnaire de services publics.

Et fonctionnement ne peut être, par rapport à ces sujets, rien d'autre qu'une action de fonctionner ou d'exécuter des fonctions avec exactement la même acception que dans le sens grammatical.

¹ Les italiques ne figurent pas dans le texte original.

² Les italiques ne figurent pas dans le texte original.

³ S'il fallait s'attacher à ces deux textes, la distinction devrait se faire en tout cas à l'envers, c'est-à-dire en rattachant le mot « fonctionnement » à l'idée de service public et le mot « fonction » à la continuation de la société commerciale. On voit donc à quels extrêmes conduisent les excès imaginatifs de la partie adverse.

⁴ Nous reproduisons sur deux colonnes le texte de l'acte de la procédure tel qu'il figure à l'annexe 23 de la *Réplique* elle-même, et le texte qui figure dans la note 1 susvisée de la page 36 du texte:

«... l'exigence du jugement déclaratif de faillite que l'on ne perturbe pas le bon fonctionnement du service public des sociétés affectées... »

«... l'exigence figurant dans le jugement déclaratif de la faillite que l'on n'apporte pas de perturbation au service public des sociétés affectées... »

Il va sans dire que le texte correct est celui de l'annexe et non celui de la note en renvoi.

public dont elles sont chargées » (A.R., n° 17, p. 40), ce qui prouve qu'à l'époque le terme fonction était interprété dans un sens large, et non restrictif exclusivement appliqué au service public des filiales. Les témoignages pourraient être multipliés, mais il suffira d'indiquer que la faillie elle-même a donné au terme fonction un sens identique à celui du *Contre-mémoire*¹.

352. Ainsi qu'il a été dit dans le *Contre-mémoire*, pendant les deux premiers mois de la faillite, le Tribunal n'a pas déclaré éteinte à aucun moment, la personnalité juridique distincte des sociétés filiales; partant du fait que cette personnalité existait, il a adopté les mesures opportunes en estimant que les filiales devaient les supporter, car c'était *comme si* la personnalité juridique disparaissait, et que l'*indépendance* ou l'*autonomie* des personnes juridiques des filiales constituaient une apparence ou une fiction. Et la saisie, précisément parce que cette personnalité juridique distincte subsistait, devait se faire sans détriment de leur fonction, c'est-à-dire sans préjudice de l'activité des filiales dans la réalisation de leurs buts propres par l'intermédiaire des organes.

Il n'y a pas de contradiction entre ne pas déclarer éteinte la personnalité des filiales et accorder que la saisie se fasse sans détriment de leur fonction, d'une part, et de l'autre, ordonner la saisie et la transformer ensuite en une intervention et un contrôle des organes de la faillite.

Les mesures de saisie, premièrement, et l'intervention ou le contrôle des organes de la faillite, ensuite, supposent une négation de la personnalité *indépendante*, mais non de la personnalité *distincte*. Si les personnes juridiques des filiales avaient été déclarées éteintes, il n'aurait pas été nécessaire d'habiliter le commissaire pour destituer leur personnel; il n'aurait pas été nécessaire non plus que le séquestre-dépositaire révoque les nominations d'administrateurs et en fasse de nouvelles; et le contrôle et l'intervention ultérieurs n'auraient pas eu de sens.

La personne morale une fois éteinte, il n'y aurait pas d'employés ni d'administrateurs, ni d'activité à contrôler ou dans laquelle intervenir. Toutes les mesures, par conséquent, révèlent clairement que la personnalité distincte subsistait, bien que les patrimoines et les principaux administrateurs — des hommes de paille de la société faillie — aient eu nécessairement à subir la répercussion de la déclaration de faillite².

353. Reste le dernier argument avancé par le Gouvernement belge: il n'est pas permis de parler de *fonction* normale des filiales pendant les deux premiers mois de la faillite, puis-

¹ Ainsi, lorsque dans son écrit du 22 juin 1949, en attaquant différentes mesures judiciaires, *Barcelona Traction* réfutait l'argument selon lequel les filiales avaient été saisies « sans préjudice de leur fonctionnement normal » et affirmait que cet argument manquait de force et de conviction, elle disait textuellement que « rien que l'expression 'saisie sans préjudice de son fonctionnement normal' est incongrue et contradictoire dans ses termes mêmes, étant donné qu'une entreprise saisie ne fonctionne pas *normalement* ». — Elle indiquait ensuite que l'entreprise ne fonctionnait pas normalement, puisque les administrateurs avaient été nommés par le séquestre-dépositaire M. Gambus. C'est-à-dire qu'en attaquant les mesures prises par le Tribunal, *Barcelona Traction* n'a pas allégué ce que prétend aujourd'hui le Gouvernement belge, mais a discuté sur la base selon laquelle la phrase « fonctionnement normal », sans préjudice duquel la saisie avait été ordonnée, portait sur la normalité ou l'anormalité résultant de la gestion par les organes des filiales.

² Selon le Gouvernement belge, la *National Trust* exerçait avant la faillite un contrôle des filiales pour garantir les créanciers; et cependant, la personnalité juridique n'avait pas disparu. Le Gouvernement espagnol ne saisit pas pourquoi l'intervention et le contrôle présumés de la *National Trust* n'étaient pas incompatibles avec la personnalité juridique distincte des filiales, et que, en revanche, l'intervention et le contrôle des organes de la faillite devaient l'être.

que pendant cette période, elles ont été administrées par le dépositaire. La *Réplique* exprime cette objection en disant que, pendant deux mois, « le fonctionnement du conseil d'administration de cette société, à le supposer maintenu en fonctions, en était considérablement affecté » (V, par. 62, p. 36).

Le Gouvernement espagnol a démontré par des faits concluants (*supra*, par. 308) que les sociétés filiales, même pendant les deux premiers mois, ont continué à fonctionner normalement, soit au moyen de leurs conseils d'administration, soit grâce aux employés supérieurs techniques et administratifs qui n'avaient pas été destitués, n'étant pas des hommes de paille de la faillie. Les mesures de saisie — précisément parce que limitées à de l'argent et à des documents — et le remaniement — seulement appliqué à quelques personnages — n'ont signifié aucun obstacle pour le fonctionnement normal des sociétés filiales.

2) L'idée de fraude dans la motivation du Tribunal ayant pris la mesure

354. La *Réplique* prétend (par. 65, pp. 37-38) que l'idée d'abus ou fraude, en plus d'être une inanité absolue ¹ a été imaginée dans le *Contre-mémoire*.

L'accusation manque entièrement de base. L'unipersonnalité des filiales, l'abus ou la fraude de la part de l'actionnaire unique et l'inopposabilité de la personnalité morale de celles-là, sont des questions intimement liées et qui ne peuvent être séparées. L'ordre juridique espagnol (*infra*, pars. 359 et ss.) autorise les juges à prendre des mesures contre la société juridique unipersonnelle dès lors qu'il s'agit de prévenir ou de réprimer des abus ou des fraudes de l'actionnaire unique.

Comment peut-on dire par conséquent, que le Juge qui a pris des mesures contre des sociétés — mais seulement à mesure qu'il découvrait qu'elles étaient unipersonnelles — n'a pas pensé à la nécessité de prévenir la fraude?

La preuve la plus nette de ce que l'idée de fraude n'était pas étrangère à la motivation du Tribunal de Reus se trouve dans l'ordonnance du 9 mars 1948 ².

Dans cette ordonnance, il n'est pas dit, comme le prétend le Gouvernement belge, que les filiales n'ont pas une personnalité juridique distincte de celle de *Barcelona Traction*; ce qui est affirmé de façon textuelle, c'est que cette personnalité distincte « n'a pas la moindre importance » aux fins d'éviter la saisie. Nouvelle manière d'établir l'inopposabilité dont parlait le Gouvernement espagnol dans le *Contre-mémoire*.

¹ S'il fallait en croire le Gouvernement belge, ce n'est pas un abus que l'actionnaire unique des sociétés unipersonnelles reste sans payer ses créanciers pendant douze ans avec des excuses des plus spécieuses; ni qu'il prétende que le placement de certificats ou garanties dans un pays étranger constitue une « protection naturelle » face à des créanciers qu'il n'a pas payés depuis douze ans; ce n'est pas un abus non plus — d'après la *Réplique* — que l'on prétende que les sociétés unipersonnelles filiales de *Barcelona Traction* étaient des personnes morales indépendantes et que, de ce fait, leurs administrateurs n'étaient pas les hommes de paille de la société faillie; et ce n'est pas finalement un abus que le Gouvernement belge ait osé préconiser, devant la Cour internationale de Justice, toute une thèse de stérilisation de la faillite au préjudice des créanciers. Il ne s'agirait donc là que d'accusations vaines et incohérentes.

² Le Gouvernement espagnol n'a pas cru nécessaire de joindre le texte de cette ordonnance; et la *Réplique* s'est aventurée à le citer (par. 60, p. 35) pour prétendre que le Juge avait ignoré la personnalité juridique des filiales (A.R., N° 22, p. 70).

Et le juge d'ajouter ces paroles révélatrices par lesquelles il décrit dans des termes précis la réalité de la fraude que la *Barcelona Traction* essayait de commettre vis-à-vis de ses créanciers et comment cette fraude est le motif de l'inopposabilité de la personnalité juridique des filiales. Voici ce que disait le Juge de Reus :

« Si l'on admettait cette fiction cela reviendrait à laisser sans protection le crédit de la *Barcelona Traction*; celle-ci domine certaines sociétés commerciales parce que la totalité de leurs actions lui appartient; dans notre pays on ne lui reconnaît pas d'autre contenu économique que celui-là; on l'a déclarée en faillite parce qu'elle a sursis au paiement général de ses obligations, et lorsqu'arrive le moment de saisir ses biens, ces sociétés surgissent en invoquant leur personnalité juridique dans le but d'éviter cette saisie; d'où il résulte que si l'on omettait la réalité économique, cela reviendrait à les convertir en sociétés de protection de la faillie créant ainsi une couverture d'indemnité vis-à-vis de ses risques financiers »¹.

Soutenir après avoir lu ces paroles, que l'idée de la fraude a été imaginée dans le *Contre-mémoire* n'est qu'audace ou inconscience. Il n'est pas possible, en effet, de mieux décrire ce qui est techniquement connu comme fraude à la loi et répression judiciaire de la fraude.

355. La *Réplique* (p. 38, note 1) affirme que si le Juge de Reus avait pensé à la fraude, il aurait utilisé le moyen spécifique pour la combattre, c'est-à-dire la fixation rétroactive (*retroacción*) de la faillite².

Le Juge de Reus pouvait effectivement reporter les effets de la déclaration de faillite à 1936, date à laquelle la cessation des paiements s'était produite. Et cela aurait comporté la nullité radicale et irréparable de tous les actes réalisés par la *Barcelona Traction* — non par ses filiales — à partir de cette date. Si le Juge avait utilisé ce moyen, voici quelle aurait été la situation :

D'une part, il aurait été pris contre la faillie une mesure très lourde (très certainement taxée par le Gouvernement belge de nouvelle attaque et de persécution brutale) mais dont l'efficacité réelle aurait été on ne peut plus discutable. En effet, étant donné l'organisation particulière du groupe, on ne voit pas quel effet bénéfique aurait eu pour les créanciers la nullité des actes réalisés — non pas par les filiales — mais par la *Barcelona Traction* elle-même. Tous les actes par lesquels *Barcelona Traction* exerçait des droits inhérents aux actions des filiales seraient venus à manquer de valeur juridique en Espagne, ce qui aurait entraîné pour les filiales une grave altération dans leurs organes statutaires et de gestion, mais elles n'auraient pas moins continué à être dominées par les hommes de paille de la faillie, mis à leur tête bien avant 1936.

D'autre part, aucun des abus auxquels le Juge de Reus a voulu couper court ou prévenir au moyen des mesures prises vis-à-vis des filiales n'aurait été évité. Ce qui était essentiel, c'était que les hommes de paille de la faillie ne pussent pas disposer de l'argent, du patrimoine et de la documentation; qu'ils ne pussent pas diminuer la valeur du patrimoine de la faillie, intégré par les droits sur les filiales.

¹ Les italiques ne figurent pas dans le texte original.

² Les juges espagnols, en déclarant la faillite, peuvent fixer rétroactivement (*retroacción*) les effets de la déclaration en la reportant à la date à laquelle le débiteur a cessé ses paiements; et la nullité radicale et irréparable (non l'annulation comme le prétend la *Réplique*) affecte de plein droit les actes postérieurs à la date fixée (*retroacción*) (A.D., 77).

La mesure aurait donc été très lourde du point de vue théorique et inefficace du point de vue pratique ¹.

3) *Les pouvoirs donnés au commissaire visant à la révocation et à la nomination du personnel des filiales.*

356. La plupart des griefs formulés à ce sujet par la partie adverse (R., V, par. 66 à 69), pp. 38 à 40) ont déjà été formellement réfutés (*supra*, par. 307 et ss.). Mais il convient de revenir sur la contradiction dans laquelle tombe la *Réplique* lorsqu'elle prétend que les pouvoirs conférés au commissaire étaient incompatibles avec le maintien de la personnalité juridique des filiales.

La déclaration de l'inexistence de cette personnalité — si elle avait eu lieu — aurait rendu superflus ces pouvoirs. La raison en est très simple: une fois que la personnalité juridique de l'une des parties contractantes au contrat de travail ou de louage de services, est éteinte il se produit un fait qui entraîne nécessairement l'extinction de ces contrats. La décision judiciaire opère ici comme un acte extinctif ou résolutoire du contrat. Mais c'est précisément parce que les sociétés continuaient à exister comme personnes morales qu'il était absolument nécessaire d'user à l'égard du personnel dirigeant de ces sociétés des facultés prévues à l'article 1045 du Code de commerce de 1829. Cette décision fut prise par le Tribunal afin de prévenir l'abus ou la fraude qu'aurait permis l'unipersonnalité des sociétés filiales.

Ici aussi, la personnalité juridique des filiales était inopposable à l'exercice par le commissaire des facultés prévues par ledit article.

357. Le *Mémoire* et la *Réplique* veulent présenter les employés de filiales comme des victimes innocentes de la dureté des procédés dont aurait usé le commissaire. Il convient de ramener les choses à leurs justes termes.

Si le commissaire avait fait usage des facultés dont il vint d'être question, pour congédier ou destituer en masse les employés des filiales et les remplacer par des personnes qu'il aurait voulu favoriser, on pourrait peut-être l'accuser d'avoir dépassé les limites de sa charge, au détriment de personnes qui n'avaient rien à voir avec le non-paiement des obligations contractées par la *Barcelona Traction* envers les créanciers.

Mais le commissaire s'est borné, dans l'exercice de ses facultés ou pouvoirs, à destituer quelques rares employés et dirigeants des filiales. Et, qui étaient ces dirigeants? Il s'agissait de MM. Menschaert, Lawton, Puig Domenech, etc., qui unissaient à leur condition d'employés des filiales celle d'administrateurs des filiales elles-mêmes, et, pour certains d'entre eux tout au moins, celle d'administrateur de la faillite. Peut-on honnêtement penser que le Juge pouvait prescrire des mesures de précaution pour éviter le dépouillement des filiales, et laisser en revanche le commissaire pieds et poings liés, dans l'impuissance de révoquer ceux-là mêmes qui étaient les hommes de la faillite? Si

¹ Si le Juge de Reus avait substitué aux mesures de précaution vis-à-vis des filiales, une fixation rétroactive de la date de la faillite à 1936, mesure qui affectait la société mère, il n'y a pas de doute que la faillite et ses dirigeants auraient ressenti une « douce hilarité » et l'auraient prise comme une « mauvaise plaisanterie »; mais ils ne se seraient pas fait trop de souci. En tout cas, ils s'en seraient seulement servi pour formuler de nouvelles accusations contre les tribunaux espagnols.

l'on voulait prévenir l'abus découlant de l'unipersonnalité des filiales, il fallait certainement procéder à la destitution de ces personnages peu nombreux, dont les pouvoirs auraient automatiquement pris fin par le jeu de l'article 1732 du Code civil, au cas où Barcelona Traction n'aurait pas interposé la personnalité juridique — distincte mais non indépendante — des filiales.

358. Les employés destitués, s'ils avaient été seulement cela, ne seraient pas restés privés de tout recours ou garantie. Si un employé *normal* des filiales avait été congédié ou destitué par le commissaire, sans faculté légale ou pour des causes injustes, cet employé *normal* aurait saisi les tribunaux ordinaires pour être réadmis à son poste, ou, le cas échéant, indemnisé pour résiliation induite du contrat.

Le fait que le renvoi ou la résiliation aient découlé d'un acte d'autorité du commissaire, comme l'affirme la *Réplique* (par. 68, p. 39), n'altérerait pas ce fait juridique que le contrat de travail ou d'emploi était résolu. Cela ne transformait pas les employés en parties à la faillite, mais leur conférait les actions normales pour obtenir leur réadmission ou des dommages-intérêts ces actions ne pouvant pas être exercées contre le commissaire — puisqu'il n'était pas partie dans la relation juridique qui liait l'employé à la société — mais contre la partie ayant passé le contrat avec l'employé.

Pourquoi donc MM. Menschaert, Puig Domenech et consorts n'ont-ils pas intenté les actions qu'ils pouvaient exercer contre l'*Ebro*, Barcelonesa et les autres filiales? Parce qu'ils savaient que la réadmission qui pourrait se produire en gagnant le litige n'allait pas altérer la situation des faits (les nouveaux conseils d'administration ne manqueraient pas de révoquer leurs pouvoirs, et ils pourraient seulement obtenir que l'on continue à leur payer leurs traitements et qu'on les oblige à prêter les services convenant aux sociétés et non ceux pouvant leur convenir). Parce qu'ils n'avaient pas non plus d'intérêt à obtenir une indemnité pour renvoi ou résiliation induite du contrat.

S'ils avaient agi dans leur intérêt, les actions étaient ouvertes; mais comme ils agissaient dans l'intérêt de *Barcelona Traction*, dont ils étaient les hommes de paille, leur seul intérêt consistait à prétendre entrer dans la faillite et si cela leur était refusé, à pouvoir se plaindre une fois de plus que le Juge de Reus ne leur accordait pas d'audience.

Tout le mystère des griefs relatifs aux employés destitués n'est qu'un écran de fumée destiné à cacher la réalité. Lorsque les dirigeants d'une entreprise *normale*, par incapacité ou gestion malheureuse ou abusive, mènent l'entreprise à la faillite, ils savent qu'ils n'ont plus rien à faire dans cette entreprise et que les créanciers ne toléreront pas qu'ils continuent à manier les biens et les fonds de l'entreprise en faillite.

Mais le but visé par la construction juridique « échafaudée » par les membres du groupe, était de réussir ce tour de force inouï que les directeurs d'une entreprise faillite puissent continuer à la diriger en dépit de la déclaration de faillite. Et le prétendu déni de justice des tribunaux espagnols consiste en ce qu'ils n'ont pas permis que ce fait inouï se produise.

B. Fondement juridique de l'ordre de saisie

1. La société unipersonnelle (« one man company ») dans l'ordre juridique espagnol

359. La *Réplique* affirme (par. 517, pp. 371-372) que, en droit espagnol et en droit canadien, les sociétés anonymes constituées conformément à la loi de leur propre

nationalité ont la personnalité juridique et partant qu'elles jouissent des droits et sont soumises à des obligations. Elle essaie ensuite (V, par. 520 à 522, pp. 374 à 380) de relier ce principe — que le *Contre-mémoire* n'a jamais nié — à celui selon lequel la réunion de toutes les actions dans une seule main n'entraîne pas, en droit espagnol, la dissolution de la société anonyme ¹.

En partant du fait que la réunion de toutes les actions dans une seule main n'entraîne pas la dissolution de plein droit de la société, la *Réplique* prétend établir que la personnalité de la société unipersonnelle est absolument intangible, tant que sa nullité n'est pas déclarée sur requête de l'une des parties et au moyen d'une action en justice sans qu'il y ait lieu de distinguer entre des sociétés unipersonnelles qui sont devenues telles par accident et de façon transitoire, et des sociétés qui ont été préordonnées comme telles depuis leur création même.

Et le Gouvernement belge essaie, de plus, de présenter cette thèse comme s'il s'agissait d'un dogme indiscutable du droit espagnol, avant et après la déclaration de faillite de *Barcelona Traction*, et dont l'ignorance totale ou partielle entraîne une infraction grossière à l'ordre juridique espagnol.

360. Le raisonnement suivi dans la *Réplique* contient de graves erreurs :

a) Avant la loi du 17 juillet 1951 sur le régime juridique les sociétés anonymes — et par conséquent lors de la déclaration de faillite de *Barcelona Traction* — l'opinion dominante dans la doctrine espagnole, loin d'être celle que prétend le Gouvernement belge, penchait pour le principe selon lequel la réunion de toutes les actions dans une seule main était une cause de dissolution de la société anonyme ². Les auteurs qui, exceptionnellement, contestaient à ce fait la condition de cause légale d'extinction de la société, admettaient la survivance de celle-ci en tant que situation transitoire et anormale et dans la mesure où elle redeviendrait à la normalité, et ils repoussaient l'idée d'une société anonyme unipersonnelle, préordonnée en tant que telle ³.

A la date de la déclaration de faillite, par conséquent, la survivance d'une société anonyme unipersonnelle dans l'ordre juridique espagnol, non seulement n'était pas un principe « unanimement admis » mais encore l'opinion dominante le repoussait expressément ⁴.

¹ Elle affirme que ce principe est « unanimement admis » et que le Gouvernement espagnol « ne le conteste pas ».

² Cf. GARRIGUES (JOAQUIN), *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid 1936, p. 327; POLO (ANTONIO), *Notas al Tratado de Cosack*, Madrid, 1935, p. 178; ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR (ALFREDO), dans « *Revista de Derecho Mercantil* », 1949, pp. 216 et 217, etc. BOTER (F.) *Anonimas unipersonales*, dans « *Revista de Derecho privado* », 1947, p. 33, bien que défendant le maintien de celles-ci, il reconnaissait que les auteurs espagnols qui traitaient du problème « se prononçaient *en grande majorité* en faveur du critère que la réunion de toutes les actions dans une seule main doit produire, nécessairement, la dissolution de la société ».

³ Cf. DE CASTRO (FEDERICO): *El autocontrato en el Derecho privado español*, 1927, pp. 447-448, pour nous borner à l'auteur cité dans la *Réplique*.

⁴ L'exposé des motifs de la loi du 17 juillet 1951, au paragraphe transcrit dans la *Réplique* (p. 375) dit expressément que le fait de ne pas recueillir parmi les causes de dissolution de la société la réunion des actions dans une seule main, était une « omission qui pourrait paraître inexplicable à beaucoup ». Trois ans après la déclaration de faillite, le législateur espagnol lui-même a confirmé que, en Espagne, il y avait de nombreuses personnes qui pouvaient trouver évidente la dissolution d'une société anonyme dans le cas où toutes les actions seraient réunies dans une seule main. Il est donc faux de dire, comme le prétend la *Réplique* (p. 375) que cette loi confirme « d'une manière éclatante » une soi-disant doctrine générale antérieure.

b) Le Gouvernement espagnol n'a pas contesté la vigueur de ce soi-disant principe « unanimement admis »; la raison est évidente. Ni les requérants, ni le Juge ne se sont ralliés à l'opinion dominante lors de la déclaration de faillite, pas plus qu'ils n'ont estimé que la réunion des actions dans une seule main fût une cause légale de dissolution ou qu'elle comportât, de plein droit, la nullité des sociétés unipersonnelles.

La conduite du Juge, loin d'enfreindre l'ordre juridique espagnol, a donc été extrêmement prudente, puisqu'il a préféré partir du fait du maintien des sociétés unipersonnelles filiales de *Barcelona Traction*. Mais, de toute façon, et étant donné l'opinion dominante en 1948, comment peut-on attribuer au Juge de Reus, aussi gratuitement, une infraction manifeste au droit espagnol en vigueur à l'époque? Ceci étant dit, il est encore plus lamentable que l'on vienne lui imputer une erreur grossière ou une infraction évidente de cet ordre juridique, dont la charge de la preuve revient au Gouvernement belge, pour détruire la présomption de conformité des décisions judiciaires avec son ordre juridique, selon le droit international (*supra*, par. 52/3).

c) Le maintien de la société unipersonnelle est tellement loin d'être une question non controversée dans la doctrine et la jurisprudence espagnoles que, même après la loi de 1951, les auteurs n'ont pas manqué pour nier son existence en droit espagnol¹. Mais avant et après la loi de 1951, la société anonyme unipersonnelle préordonnée est repoussée par la doctrine² et n'a pas été reprise par la loi ni par la jurisprudence³.

C'est donc une erreur grave que celle du Gouvernement belge de vouloir présenter la société unipersonnelle dans l'ordre juridique espagnol comme une société normale et intangible, surtout s'il s'agit de sociétés unipersonnelles préordonnées. Un large exposé de l'ordre juridique espagnol sur la société unipersonnelle, et une critique de la thèse émise par la *Réplique*, peuvent être consultés à l'AD, 74

361. L'anormalité de la société unipersonnelle — dans tous les cas, mais surtout si elle a été préordonnée — comporte une interdépendance patrimoniale entre l'associé unique et la société, non pas dans le sens d'une confusion automatique et complète de patrimoines⁴ entre les deux, mais dans cet autre sens que l'insolvabilité ou la cessation de paiements de l'actionnaire unique doit produire nécessairement des effets sur le patrimoine de la société et vice-versa.

La doctrine espagnole a examiné spécialement l'hypothèse de l'insolvabilité de la société, et la plupart des auteurs a pris le parti d'admettre la responsabilité de l'associé

¹ Cfr. RUBIO (Jesus), *Curso de Derecho de Sociedades anónimas*, Madrid, 1964, pp. 429 et ss.

² La seule discordance vient de se produire dernièrement avec l'étude de JORDANO BAREA, citée par la *Réplique* (V, par. 522, p. 379). Il s'agit donc d'une thèse isolée et sans aucune caution de la loi, de la jurisprudence et de la doctrine, comme il ressort des autres citations faites dans la *Réplique*. Et le Gouvernement belge pousse même son audace jusqu'à présenter une opinion exceptionnelle comme la *communis opinio* en droit espagnol.

³ Dans l'exposé même des motifs de la loi, il est dit que la société unipersonnelle peut subsister « tout au moins tant que subsiste la possibilité de rétablir la normalité en rétablissant la pluralité d'associés ». C'est pourquoi la doctrine, avec la seule exception indiquée, considère la société unipersonnelle comme une situation anormale et transitoire, qui s'exprime par l'idée de la *spes refectionis*.

⁴ Lorsque la *Réplique* (p. 379) affirme que cette confusion patrimoniale n'existe pas, elle « enfonce des portes ouvertes », car le Gouvernement espagnol n'a jamais prétendu le contraire, pas plus que, nous l'avons vu, le Juge de Reus (C.M., IV, par. 101, p. 308) (*Supra*, par. 343 et suivants).

unique pour les dettes sociales, en raison du caractère *anormal* de la société filiale ¹. En revanche, elle n'a examiné qu'exceptionnellement la question des effets de l'insolvabilité de l'associé unique sur le patrimoine de la société dominée ².

Quels que fussent les expédients techniques conseillés par les auteurs, il n'est pas moins certain que les Tribunaux, dans le cas de faillite de la société mère, ne peuvent pas rester désarmés devant la possibilité de la fraude; et il est des mesures qui, sans arriver à l'identité ou à la confusion des patrimoines ³, permettent de garantir les créanciers de la faillie sans dommages pour les créanciers des filiales.

362. L'ordre juridique espagnol en vigueur à l'époque de la déclaration de faillite — et qui subsiste toujours à cet égard — autorisait le juge à adopter ces mesures.

L'ouverture vers une certaine estimation de la société à associé unique, dans des limites très strictes, est apparue dans la décision de la Direction générale des Registres du 11 avril 1945 ⁴. La *Réplique* (V, p. 375) la rappelle à point nommé, mais elle n'en tire pas toutes les conséquences.

Peut-être la Cour sera-t-elle surprise de voir que dans ce cas, à la différence de tant d'autres, la *Réplique* ne reproduit pas le texte de cette seule décision sur la société à associé unique. La raison en est que la décision contient des paragraphes très gênants pour le Gouvernement belge et qu'il a préféré les passer sous silence. Parmi ces paragraphes ⁵ se détache tout spécialement celui-ci :

« si le titulaire unique (de la société anonyme unipersonnelle) en se prévalant de la lacune législative venait à commettre des abus de droit, les Tribunaux de justice peuvent, le moment venu, à l'initiative des parties ou *d'office*, selon le cas, prendre les mesures (*adoptar los acuerdos*) et même imposer les sanctions correspondantes ⁶.

Selon la *Réplique* (p. 381, 4^e conclusion), en cas d'abus ou de danger de fraude, il est nécessaire que soit exercée une action contre les sociétés unipersonnelles afin que soit pro-

¹ Le Gouvernement belge reconnaît l'existence de cette doctrine (R., p. 379) bien qu'il essaie de la présenter comme minoritaire, en prétendant que la doctrine commune est celle défendue par les professeurs GARRIGUES et URÍA (R., p. 378). A l'A.D., 74, il est prouvé que, bien au contraire, l'opinion de ces auteurs est exceptionnelle et qu'elle va à l'encontre de la *communis opinio* espagnole.

² C'est le professeur GARRIGUES qui s'est occupé de ce sujet en 1947. Le *Contre-mémoire* (par. 101, p. 308, note 2) exposait que, selon cet auteur « les tribunaux devraient passer outre aux obstacles juridiques formels et établir la communication de responsabilité entre les deux sociétés ». La *Réplique* (par. 529, pp. 384-385) tente de dénaturer l'efficacité de la citation par des arguments spécieux, et en attribuant au Gouvernement espagnol une dénaturation du texte de l'article. L'A.D., 74, Ap. 1 prouve que la dénaturation appartient au Gouvernement belge.

³ Pour arriver à cette identité de patrimoines, il faudrait exercer les actions révocatoires ou en nullité, mais non pour l'adoption de mesures qui n'entraînent pas l'incorporation définitive du patrimoine des filiales à la masse de la faillite.

⁴ Il est donc oiseux de citer des arrêts du Tribunal suprême antérieurs à cette date, comme celui du 7 avril 1922 que cite la *Réplique* (p. 375), en prétendant que le Tribunal suprême s'était prononcé à cette date sur le maintien de la société anonyme unipersonnelle; la question n'est pas là. La question est de savoir si, face à une société à associé unique, le Juge peut ou non adopter des mesures conservatoires. Mais, de plus, il est faux de prétendre que le Tribunal suprême se soit prononcé sur la question avant 1945, car l'arrêt cité est invoqué malicieusement par la *Réplique*, et d'autres arrêts se prononcent pour la thèse contraire (A.D., 74).

⁵ Le texte de la décision se trouve intégralement à l'A.D., 74, Ap. 2.

⁶ Les italiques ne figurent pas dans l'original.

noncé un jugement les déclarant dissoutes ou simulées ¹. Mais ce qui est certain c'est que la Direction générale des Registres ², dans la seule décision antérieure à 1948 dans laquelle était affirmée la survivance de la société anonyme en dépit de la réunion de toutes les actions dans une seule main, soutient exactement la thèse contraire.

363. Il est certain, et personne ne le nie, que si des abus ou des fraudes étaient commis au moyen de la société unipersonnelle, quiconque aurait été lésé peut saisir les tribunaux compétents et demander la déclaration de nullité ou de simulation de la société au moyen d'une action déclarative. A ce moment, à l'initiative des parties, les tribunaux peuvent statuer en déclarant quel est le droit des parties.

Mais il est faux, en revanche, que les tribunaux restent désarmés si une action déclarative n'intervient pas au préalable; même sans requête de l'une des parties, *ex officio* selon les cas, ils peuvent prendre les mesures (*adoptar los acuerdos*) pertinents. Et il est évident que s'ils peuvent prendre les mesures (*adoptar los acuerdos*) *ex officio*, pour remédier à des abus, il n'y a pas lieu d'exiger l'intervention d'une action déclarative antérieure, mais simplement qu'il existe un procès, quel qu'il soit, dans lequel ces accords soient nécessaires pour protéger ceux qui auraient été lésés par l'abus.

Le Juge de Reus et les tribunaux espagnols n'ont pas déclaré la nullité des sociétés filiales, pas plus qu'ils n'ont confondu automatiquement les patrimoines de celles-ci avec celui de la société mère. Au contraire, ils se sont bornés à adopter, à l'initiative des parties, les accords pertinents lesquels, d'ailleurs, pouvaient même avoir été adoptés d'office.

Continuer à prétendre que le Juge de Reus, ou les tribunaux espagnols, ont commis une erreur grossière en interprétant le droit espagnol en matière de société anonyme unipersonnelle, c'est vouloir aller contre l'évidence même.

2) *La personnalité morale des filiales de la Barcelona Traction était inopposable aux mesures conservatoires (medidas cautelares) adoptées par le Tribunal pour prévenir la fraude.*

364. Le Tribunal de Reus, lorsqu'il fut saisi de la demande des requérants s'est trouvé en présence d'une situation de fait qui comportait, *per se*, des dangers précis.

En essence, la situation de fait était la suivante: *Barcelona Traction* avait sursis d'une manière générale à l'exécution de ses obligations et avait comme patrimoine juridique la totalité des actions et obligations de l'*Ebro* et de *Barcelonesa*, ainsi que la totalité ou la majorité absolue d'autres sociétés du groupe, au moyen desquelles elle dirigeait une exploitation industrielle unique.

¹ On remarque dans la *Réplique* une certaine hésitation à ce sujet car tantôt elle affirme que l'action devrait être fondée sur l'abus du droit et la responsabilité extracontractuelle (R., V, par. 521, pp. 377-378), tantôt elle parle d'actions en déclaration de simulation (R., par. 522, p. 379). Elle en vient ainsi à soutenir la thèse du *Mémoire* selon laquelle la saisie des actifs des filiales exigeait une action préjudicielle à leur encontre, où elles seraient citées préalablement.

² La doctrine de la Direction générale des Registres et du Notariat, bien qu'elle ne soit pas une « doctrine légale » dont la violation puisse être invoquée en cassation, est prise en considération par les Tribunaux, étant donné le haut prestige scientifique et juridique de cet organisme. Le Gouvernement belge serait mal venu de le nier, lorsque lui-même invoque les décisions de la Direction pour démontrer le contenu des règles de l'ordre juridique espagnol.

Les sociétés unipersonnelles, de par leur structure juridique même, pouvaient être manœuvrées par la faillie sans aucune limite: leurs administrateurs dépendaient de fait et de droit de la volonté des administrateurs de la faillie, et les preuves déjà présentées au tribunal prouvaient que *de facto*, la société mère exerçait sur les filiales une domination absolue qui lui donnait *de jure* leur unipersonnalité.

Du point de vue économique, cette même structure juridique des sociétés du groupe, pour autant qu'il fût démontré qu'elles étaient des sociétés unipersonnelles, amenait à la conséquence que leurs actifs étaient des appartenances (*pertenencias*) de la société faillie. Celle-ci les avait offerts en tant que garantie de ses propres dettes, sans compter pour cela sur la volonté et l'intervention des propres filiales. Elle exerçait donc un pouvoir absolument analogue, économiquement, au droit de propriété.

Le danger d'une telle situation s'est fait jour pour le Tribunal, exactement de la même manière qu'elle se serait fait jour pour n'importe quel autre tribunal qui aurait eu à statuer sur cette demande de faillite. L'effet principal de la déclaration de faillite prévu à l'article 878 du Code de Commerce, c'est la déchéance ou l'incapacité patrimoniale du failli pour disposer ou administrer ses biens; et pour que ce précepte ne puisse pas être détourné, l'article 1732 du Code civil prescrit que les mandats donnés par le failli s'éteignent par la déclaration de faillite (A.D. 77). Ces deux préceptes ont pour objet d'empêcher une fraude éventuelle, consistant dans le détournement des biens qui font partie du patrimoine du failli, et qui doivent passer à la masse de la faillite. Il n'est même pas nécessaire qu'il y ait *probabilité* d'actes de fraude de la part du failli ou de ses mandataires: pour le législateur, il a suffi que la fraude soit *possible*, pour établir ces remèdes techniques de prévention.

Il reste que, devant la structure adoptée par *Barcelona Traction*, ces préceptes ne suffisaient pas pour empêcher la fraude éventuelle, compte tenu de ce que leur but se voyait intercepté ou contourné par une loi de couverture qui prenait précisément sa source dans celle qui confère aux sociétés anonymes une personnalité distincte de celle des associés.

La loi reconnaît cette personnalité *distincte* dans l'hypothèse où la société est *normale*; cette *indépendance* et *autonomie* n'existant pas ici, les lois du droit des sociétés devenaient automatiquement des lois de couverture pour contourner les effets d'incapacité de la faillie et d'extinction des mandats accordés par elle.

Les administrateurs et les mandataires des filiales, *alter ego* de *Barcelona Traction*, ne se voyaient pas privés du pouvoir de disposition sur le patrimoine économique de la faillie, pas plus que les mandats donnés par les filiales, ne s'éteignaient par la déclaration de faillite de la société mère. Si les mesures pertinentes n'étaient donc pas prises, la fraude que le législateur avait voulu éviter pouvait être consommée grâce aux lois de couverture.

Vu l'unipersonnalité des sociétés filiales, personne ne peut nier que ce danger existait. Même si *Barcelona Traction* eût été jusqu'alors un modèle de bonne administration et de respect pour le droit des créanciers, la fraude était *possible* et le Juge avait le devoir de l'éviter. C'est pour prévenir ce danger que le Tribunal de Reus a pris la seule mesure qui lui a semblé possible et efficace: la saisie des actifs des sociétés filiales, mais seulement

dans la mesure où il savait avec certitude qu'elles étaient unipersonnelles et possédées à 100% par la faillie.

En arrêtant cette mesure, le Tribunal a exclusivement tenu compte d'une réalité juridique et de son résultat du point de vue économique. Il n'a pas préjugé si les sociétés unipersonnelles devaient ou non subsister, si elles étaient valables ou non du point de vue juridique, ni si un jour les actions ou les actifs des filiales viendraient à être aliénés en tant que patrimoine de la faillie.

365. Le Gouvernement belge prétend non seulement que le Juge de Reus n'a pas tenu compte de l'idée de fraude, mais encore que le fondement juridique des décisions ayant été jugé inadéquat, le Gouvernement espagnol a changé son argumentation. Il vient d'être dit et prouvé de façon indéniable que le Juge a non seulement tenu compte de l'unipersonnalité mais aussi de la fraude éventuelle pouvant en résulter pour le patrimoine juridique et économique de la faillie.

Si la thèse adverse est fautive, en tout ce qui concerne les décisions du Tribunal de Reus, elle ne l'est pas moins pour ce qui est de l'argumentation du Gouvernement espagnol. Celui-ci n'a pas jugé nécessaire, lors de la rédaction du *Contre-mémoire*, d'entrer dans l'analyse de la société unipersonnelle dans l'ordre juridique espagnol, tellement le contenu de ce droit est évident et manifeste. Il est cependant inconcevable que l'on prétende qu'il a abandonné l'unipersonnalité des sociétés filiales en tant que fondement de la mesure arrêtée¹.

La société unipersonnelle était précisément la couverture du dessein frauduleux, tant du point de vue de la fraude éventuelle qu'a voulu prévoir le juge dès le début que du point de vue de la fraude que la faillie, comme on l'a vérifié par la suite, avait réellement essayé de commettre.

Les sociétés filiales, avec une personnalité juridique *distincte* mais non *indépendante*, ne pouvaient pas opposer cette même personnalité comme une couverture à l'accord ou à la mesure prise par le Juge. Personne ne peut affirmer que le Juge espagnol devait attendre pour prendre des décisions, que les hommes de paille de la faillie *commettent* matériellement les abus ou la fraude; dans la faillite, tout le mécanisme est dirigé de façon à prévenir les abus, sans attendre, pour les réprimer, qu'ils soient effectivement commis par le failli.

366. L'idée que les sociétés filiales avaient une personnalité distincte de celle de la faillie, mais que, nonobstant cette donnée, elle était *inopposable* à la mesure de saisie des actifs, est on ne peut plus gênante pour le Gouvernement belge. Les paragraphes 534 et 535 de la *Réplique* (V, pp. 389 à 391) ont été choisis pour combattre cette idée.

¹ Dans le *Contre-mémoire* (IV, par. 78 et suivants, pp. 292 et suivantes) sont analysées les décisions du Juge de Reus, et, en transcrivant ses fondements, il est affirmé et réitéré que la saisie a été ordonnée à mesure qu'était démontrée l'unipersonnalité des sociétés filiales: il est dit (par. 89 et suivants, pp. 298 et suivantes) que les sociétés filiales, précisément par le fait d'être *unipersonnelles* étaient des appartenances de la faillie, celle-ci ayant une domination absolue sur celles-là. Comment peut-on dire par conséquent que le Gouvernement espagnol abandonne la thèse du Juge de Reus et qu'il estime que l'unipersonnalité des sociétés filiales n'était pas une justification suffisante? Dans le *Contre-mémoire* également, l'idée des sociétés unipersonnelles et celle de la fraude de la loi, sont indissolublement liées, et ne peuvent s'expliquer l'une sans l'autre.

L'inopposabilité des actes, conventions ou structures, pour prévenir ou sanctionner une fraude, selon cette thèse tout à fait nouvelle du Gouvernement belge, ne serait connue que du droit anglo-américain, grâce à l'institution de *clean hands* ou celle de *l'estoppel*; mais elle resterait rien de moins qu'inconnue des droits d'origine romaine.

Il va de soi que le Gouvernement belge n'a même pas pris la peine de réfuter la bibliographie citée par le Gouvernement espagnol (C.M., IV, p. 303, note 3)¹. Passant outre, et sans tenir compte du fait que l'inopposabilité de l'affaire juridique est une figure propre au droit d'origine romaine, le Gouvernement belge se lance dans des affirmations qui, outre qu'elles sont inopérantes, comportent de surcroît des erreurs grossières².

Prétendre que la doctrine selon laquelle personne ne peut aller à l'encontre de ses propres actes, reconnue comme un axiome en droit espagnol, n'a pas de parallélisme avec la doctrine de *l'estoppel*, est tout simplement pittoresque.

3) Caractère conservatoire de la mesure de saisie des actifs des filiales.

367. La qualification d'une mesure judiciaire n'est pas une question de fait, comme le prétend la *Réplique* (V, par. 47, p. 28). Pour pratiquer une telle qualification, il faut tenir compte de la finalité poursuivie par le Juge et des décisions qu'il viendrait à adopter à tel effet.

Si le Juge de Reus avait déclaré éteintes les filiales, il se serait abstenu d'ordonner la saisie des actions et des obligations de celles-ci, et il aurait déclaré que le seul patri-moine — économique et formel — de *Barcelona Traction* était l'exploitation industrielle hydroélectrique située en Espagne, de sorte que la mesure de saisie aurait dû être considérée nécessairement comme *exécutoire* et non comme conservatoire. Il ne se serait agi alors de confusion entre les actifs des filiales et ceux de la société-mère, mais étant donné

¹ FEDERICO DE CASTRO termine son ouvrage *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 531, par une analyse sur l'inopposabilité. Face aux auteurs français et italiens qui « continuent de mentionner l'inopposabilité ou l'insuffisance de l'affaire, comme une figure spéciale de l'inefficacité commerciale » (et il cite Santoro-Pasarelli, Cariota-Ferrara, Messineo, Planiol, Boulanger et Julliot de la Morandière), de Castro estime que l'inopposabilité doit être « étudiée comme une manifestation générale de la valeur relative des affaires juridiques, en tant que titres de droits et d'obligations »; et il indique que « l'on peut également la constater, en dehors des cas rappelés, dans les hypothèses de double vente et classification et collocation des créances, aux effets de la *terceria de dominio* et de *mejor derecho*, de la faillite civile et de la faillite ». (Les italiques ne figurent pas dans l'original.)

² L'A.D., 99 de la *Duplique* renferme la réfutation la plus complète de cette singulière thèse du Gouvernement belge; cependant, la présente *Duplique* tient à souligner un exemple pour illustrer le rare crédit que méritent ces constructions doctrinales de la *Réplique*. Ainsi, à la page 390, lorsqu'on veut expliquer la notion de *l'estoppel*, il est dit en renvoi:

« 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 celui-ci, ce propriétaire pourra se voir opposer l'exception de *l'estoppel* au moment où, ultérieurement, il voudrait opposer son titre légal au constructeur. »

Le Gouvernement belge a choisi un exemple excellent. Il semble seulement oublier qu'il n'est pas nécessaire d'aller quérir le droit anglo-américain pour trouver une situation analogue. Selon l'article 364 du Code civil espagnol, lorsqu'il a été édifié, semé ou planté sur le terrain d'autrui avec mauvaise foi, le propriétaire du terrain n'a pas les droits conférés aux articles 362 et 363 du Code s'il a également agi avec mauvaise foi. Le paragraphe second de ce précepte dit:

« On entend par mauvaise foi de la part du propriétaire lorsque le fait aura été exécuté sous ses yeux, sciemment et patiemment, sans s'opposer. »

Ce même précepte ou autres analogues peuvent être trouvés dans les systèmes juridiques d'origine romaine.

que celle-ci n'avait d'autre patrimoine formel que les actions et les obligations des filiales¹, les actifs de celles-ci seraient venus constituer la seule masse de la faillite.

Le Tribunal a ordonné la saisie des actions et des obligations que constituaient le patrimoine juridique ou formel de la faillie; il s'est borné d'autre part, en ce qui concerne les actifs des filiales, à ordonner la saisie comme mesure complémentaire, sans préjuger de sa finalité et portée, une action ultérieure des parties du litige leur étant toujours ouverte.

Ainsi, la saisie ne pouvait pas avoir qu'un caractère conservatoire; mais celui-ci pouvait se transformer en exécutoire si les créanciers ou les organes de la faillite exerçaient une action en nullité des sociétés filiales² ou dans une autre mesure conservatoire différente si les circonstances venaient à le conseiller³ (*infra*, par. 400 ss.).

368. S'agissant d'une mesure conservatoire, cela a permis que l'ordre de saisie qui affectait tous les actifs des filiales, ait pu être exécuté uniquement sur les livres, papier et argent (en effectif et en compte courant) et ne pas s'étendre aux immeubles, chutes d'eau, lignes de distribution d'énergie, etc. (*infra*, par. 373 ss.).

m Pour la même raison, la saisie a pu être transitoire, et se transformer en une autre mesure plus adéquate à la nouvelle situation de fait. Et du fait qu'elle a gardé son caractère conservatoire, les actifs des filiales n'ont pas été aliénés lors de l'enchère⁴.

Mais il ne s'agit pas là de ce que la mesure ait été conservatoire, parce que limitée dans l'objet et dans le temps, ou parce que les actifs des filiales n'ont pas été aliénés; bien au contraire le traitement des actifs a revêtu ces modalités de par la finalité conservatoire de la mesure (C.M., par. 76 et ss. pp. 290-291).

369. La *Réplique* (par. 47, p. 28) tente de dénaturer la qualification de la mesure de saisie, en affirmant qu'elle a été imaginée d'une façon pour le moins inattendue par le Gouvernement espagnol dans le *Contre-mémoire*, dix-sept ans après que la mesure a été prise. Elle ajoute qu'aucun tribunal espagnol ayant eu à connaître de la faillite de *Barcelona Traction* n'a jamais affirmé que la saisie ait été une mesure conservatoire⁵.

Le Gouvernement espagnol oppose à ces manœuvres insidieuses de la *Réplique* le démenti le plus absolu. Celui qui a qualifié de conservatoire la saisie des actifs, et sa trans-

¹ Si l'on excepte les 300 actions de la Canadian qui ont été vendues au Canada « sans protestation de personne ».

² Dans ce cas, la déclaration de nullité aurait réduit à néant les actions et les obligations des filiales, et les actifs de celles-ci seraient alors venus faire partie de la masse de la faillite, hypothèse qui en fait ne s'est pas produite.

³ C'est ce qui est arrivé lors de la normalisation des filiales.

⁴ Le Gouvernement belge qui déjà dans le *Mémoire* avait prétendu que les actifs avaient été aliénés, fait maintenant marche arrière et il lui arrive même de reconnaître ouvertement qu'il n'y a pas eu une telle aliénation (R., par. 71, p. 41) (*supra*, par. 217 ss.), ou il parle à tout le moins d'une vente « indirecte » comme conséquence de l'aliénation des actions (*infra*, par. 590/1).

⁵ Parmi d'autres expressions, la *Réplique* se permet de dire que le Gouvernement espagnol « 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 ».

formation ultérieure en contrôle des organes de la faillite sur la gestion des administrateurs des filiales, ce n'est pas le *Contre-mémoire*, mais rien de moins que la Chambre Première du Tribunal Suprême espagnol. Celle-ci, dans son jugement (*auto*) du 22 juin 1954, déclarait irrecevable le pourvoi en cassation formé par la faillie¹ sur le moyen que :

« la saisie et l'intervention des biens, livres et documents de certaines sociétés ayant été décrétées comme *mesure de précaution ou de garantie*, en raison d'avoir déclaré judiciairement en état de faillite l'entité propriétaire des actions du capital de celles-là, la décision (*proveído*) qui, sur requête des syndics de la faillite, accorde la mainlevée après aliénation desdites actions et le transfère à un tiers des droits que la faillie pouvait avoir sur celles-ci, se borne à rapporter une *mesure conservatoire* qui n'est plus nécessaire dès lors que disparaît la cause qui l'a motivée, mais cette décision (*proveído*) ne résout aucun incident ni ne constitue d'obstacle pour la poursuite de la procédure de faillite »².

Le Gouvernement belge n'est-il pas au courant de cette décision ?³ — ou bien mal conseillé, a-t-il pensé que le Gouvernement espagnol ignorait son existence ?

370. La *Réplique* (V, par. 47, p. 28) prétend que le Juge a fait une assimilation complète entre les biens des sociétés auxiliaires et ceux de la faillie, de sorte que la saisie des uns et des autres était de la même nature : dans ce but, elle affirme que « 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 ».

Le Gouvernement espagnol tient à souligner cette nouvelle tergiversation des textes faite dans la *Réplique*. Dans le considérant susvisé, il y a deux paragraphes ; le premier traite de la saisie des actifs d'*Ebro* et de *Barcelonesa* ; le second, de la saisie des droits inhérents aux actions des autres sociétés dont les actifs n'ont pas été compris dans l'ordre de saisie ordonné par le jugement de faillite. *Et l'invocation de l'article 1334 de la Loi intervient précisément au deuxième paragraphe, sans le moindre rapport avec les actifs* (A.C.M., n° 30, vol. VII, p. 168)⁴.

§ 2. EXÉCUTION DE L'ORDRE DE SAISIE DES ACTIFS DES SOCIÉTÉS FILIALES DE BARCELONA TRACTION

371. Le *Contre-mémoire* (IV, N° 106, p. 311) a soutenu que la saisie des actifs des filiales avait uniquement eu pour objet les biens de celles-ci exposés au risque d'être soustraits frauduleusement, c'est-à-dire les papiers, l'argent et les valeurs.

¹ Ce jugement, comme cela ressort du texte, a été rendu dans l'incident provoqué par la faillie en formant des recours successifs contre l'ordonnance (*providencia*) qui a ordonné la levée de la mesure ; la qualification de celle-ci en tant que mesure conservatoire n'est pas, selon le texte même de la décision, une *obiter dicta*, mais la *ratio decidendi*.

² Les italiques ne figurent pas dans l'original. Cf. le texte intégral dans A.D., 100

³ En tout état de cause, cette ignorance est grave et symptomatique, et prouve la légèreté avec laquelle le Gouvernement belge traite tout le procès de faillite. D'autant plus que, dans la *Réplique*, figure l'écrit des syndics qui a motivé l'ordonnance contre laquelle ont été formés les recours de la faillie (A.R., N° 19, vol. I, pp. 62 et suivantes).

⁴ Le Juge dit textuellement :

« et pour ce qui concerne les sociétés auxiliaires, filiales ou affiliées, il y a lieu de procéder à la saisie de tous leurs droits inhérents à celles de leurs actions qui seraient la propriété de *Riegos y Fuerza del Ebro* et de la *Barcelona Traction*, et ce en tant que conséquence légale de la déclaration de faillite, conformément aux dispositions de l'article 1334 du Code de procédure civile. »

Ces termes on ne peut plus ambigus de la *Réplique* constituent une tentative délibérée pour confondre la Cour.

La *Réplique* (par. 38 à 40, pp. 24-25) prétend maintenant que cette affirmation est fautive, et que la saisie a été étendue à la totalité des actifs.

Les arguments employés par la *Réplique* pour démontrer « l'étendue générale de la saisie des actifs » sont :

a) Le *Contre-mémoire* se contredit puisqu'il affirme d'un côté que le Juge de Reus a ordonné la saisie de l'actif d'*Ebro* « avec tous ses biens, droits, actions et papiers » (C.M., n° 76, p. 290) et de l'autre qu'« en fait la saisie ne porta que sur des biens qui auraient pu être frauduleusement soustraits » (C.M., n° 106, p. 311). Tel est le grief dont fait état la *Réplique*, en se demandant qui le Gouvernement espagnol espère abuser (par. 38, p. 24).

b) Les mesures de saisie des actifs des filiales, particulièrement celle du 13 février 1948 — que le Juge N° 4 de Barcelone a présidé personnellement — prouvent le caractère général de la saisie (R., par. 39, pp. 24-25).

c) Les immeubles saisis ont été placés sous l'autorité directe du dépositaire (R., par. 40, p. 25).

372. La *Réplique* (par. 41 à 46, pp. 25 à 28) fait, sous une même rubrique, des références à la saisie de l'argent et des valeurs; cela n'a rien à voir, tant s'en faut, avec le caractère général ou limité de l'objet de la saisie; il suffira de préciser quelques points pour que le caractère tendancieux et inexact de l'exposé adverse apparaisse sous son véritable jour.

A. *Les mesures de saisie des actifs ont été exécutées sur les biens susceptibles de soustraction frauduleuse*

373. La *Réplique* cherche des contradictions dans le *Contre-mémoire*, probablement pour cacher les siennes. Le Gouvernement espagnol n'a jamais nié que l'ordre de saisie des actifs des filiales ait compris la *totalité* des biens, sans la moindre limitation. Mais, comme le Gouvernement belge lui-même le dit avec force détails (R., par. 549 à 552, pp. 406 à 409), les organes de la faillite doivent exécuter les accords pris dans le jugement de faillite, conformément à l'article 1046 du Code de commerce de 1829 et préceptes concordants.

Ce que le *Contre-mémoire* a affirmé, et ratifié, c'est que dans l'exécution de l'ordre de saisie, les organes de la faillite ont limité les mesures conservatoires (*medidas de aseguramiento*) aux biens susceptibles de soustraction frauduleuse par les hommes de paille de la faillite. — C'est-à-dire que les organes de la faillite pouvaient *de jure* saisir *tous* les biens des filiales; mais, *de facto*, l'ordre de saisie n'a été exécuté que sur les papiers, l'argent et les actions qui leur appartenaient.

Il n'existe donc pas la moindre contradiction dans le *Contre-mémoire*.

374. Le Gouvernement belge oublie, sans doute, que dans le *Mémoire* (I, par. 100, p. 52), il a formulé le reproche que l'ordre de saisie portait sur *tous* les biens des filiales et que les organes de la faillite n'avaient pas exécuté cet ordre sur les installations indus-

trielles réparties dans toute la Catalogne¹. C'est donc la partie adverse qui a affirmé la première que la « saisie » des actifs n'avait pas eu « l'étendue générale » prévue dans le jugement de faillite.

En répondant à ce reproche du *Mémoire* belge, le Gouvernement espagnol² a affirmé que, *en fait*, la saisie s'était limitée uniquement à l'argent, aux titres et aux documents des filiales, étant donné qu'il s'agissait des biens qui pouvaient facilement être soustraits; que les installations industrielles et les chutes d'eau ne couraient pas le risque d'être transférées hors de l'Espagne et que, confirmant précisément le caractère conservatoire (*cautelar*) de la mesure, les organes de la faillite se sont limités, dans l'exécution de l'ordre de saisie, à la réaliser dans la mesure indispensable pour prévenir les fraudes des administrateurs, hommes de paille de la faillite.

Mais il résulte maintenant que le fait comme quoi, si l'ordre de saisie affectait bien tous les éléments de l'actif des filiales, les mesures de saisie se seraient limitées *en fait* aux biens susceptibles d'une soustraction facile, est jugé par le Gouvernement belge comme démontrant le caractère conservatoire (*cautelar*) de la mesure; et ce qui a semblé d'abord un reproche facile contre le commissaire et le dépositaire, est devenu une réalité ennuyeuse et gênante. Bien entendu, les auteurs de la *Réplique*, avec leur audace caractéristique, n'ont pas hésité à changer radicalement leur argumentation, et à prétendre maintenant que tous les éléments de l'actif ont été réellement saisis.

C'est donc le Gouvernement espagnol qui peut demander en toute justice: *qui donc le Gouvernement belge espère-t-il abuser en ayant recours à de tels procédés?*

375. Le Gouvernement espagnol doit indiquer que non seulement la *Réplique* contredit la position adoptée dans le *Mémoire*, mais encore qu'elle renferme une contradiction flagrante entre la thèse soutenue ici (V, par. 39, pp. 24-25) et son autre affirmation (par. 550, p. 406), selon laquelle il n'y a pas de saisie effective sans l'appréhension matérielle des biens.

Ce qui valait pour la saisie des actions ne vaut maintenant plus pour la saisie des actifs. On considère, en effet, que *tous* les biens des filiales ont été effectivement saisis par une décision judiciaire prise le 13 février 1948 par le Juge N° 4 de Barcelone. Il est attribué aux organes de la faillite la possession de tout l'actif, y compris les immeubles, sans une appréhension physique de ceux-ci.

376. Mais il suffit de lire l'acte de la procédure de saisie réalisé ce jour-là, pour constater que les deux thèses sont aussi fausses l'une que l'autre. La mise en possession des organes de la faillite, le 13 février 1948, portait uniquement sur les biens situés dans la ville de Barcelone. Le Tribunal N° 4 de Barcelone avait uniquement juridiction sur la circonscription judiciaire limitée par la ville de Barcelone; pour prendre possession des immeubles et des chutes d'eau situés dans toute la Catalogne, les organes de la faillite auraient dû

¹ Le texte du Gouvernement belge dit textuellement:

« ... mais, chose à première vue singulière, s'abstinrent de toute appréhension matérielle des installations industrielles réparties dans toute la Catalogne et qui, suivant le jugement, auraient paru devoir être l'objet essentiel des saisies. C'est ainsi qu'aucune saisie ne fut — notamment — pratiquée à Reus. »

² Le *Contre-mémoire* (IV, par. 117, pp. 316 et 317) fait une référence précise au reproche du *Mémoire* contre les organes de la faillite, et le Gouvernement espagnol s'en remet aux paragraphes 76 (p. 290) et 106 (p. 311). Il va sans dire que ce paragraphe 117, qui montre à l'évidence la mauvaise foi du Gouvernement belge, est complètement passé sous silence dans la *Réplique*.

saisir les divers tribunaux de la région catalane. Il s'ensuit, clairement, que le dépositaire ait été mis en possession des biens qui se trouvaient dans l'immeuble sis Plaza de Cataluña, N° 2, et « dans les autres locaux de la ville ».

L'*Ebro* et *Barcelonesa* possédaient à Barcelone différents immeubles dans lesquels étaient installés des bureaux et des dépendances des sociétés et où pouvaient être entreposés des papiers et objets. C'est pourquoi le Juge les mit en possession des organes de la faillite, pour que ceux-ci, en vertu de la commission du Tribunal, pussent entrer dans tous les bureaux et dépendances si cela s'avérait nécessaire; bien que, en fait, les actes de la procédure de saisie ont été seulement pratiqués dans les bureaux du 2 de la Plaza de Cataluña, où se trouvaient les archives et les documents des sociétés affectées par la saisie.

Il est donc parfaitement exact que les installations industrielles et les chutes d'eau n'ont pas fait l'objet d'une saisie ni d'appréhension matérielle, ni même de prise de possession juridique par les organes de la faillite.

377. La *Réplique* (par. 40, p. 25), non seulement insiste sur ce fait que la prise de possession des immeubles s'est effectuée automatiquement, à l'exclusion de toute formalité juridique, mais encore elle reproche aux organes de la faillite de ne pas avoir sollicité l'annotation préventive de la saisie des immeubles au Registre de la propriété; et elle explique cette omission par la crainte de voir le conservateur s'y refuser ou suspendre l'annotation, les biens n'étant pas inscrits au nom de la personne contre laquelle on procédait.

La présente *Duplique* doit faire remarquer que:

a) S'il y avait eu lieu de faire l'annotation préventive, son omission démontrerait exactement le contraire de ce que prétend la *Réplique*: soustraire des biens, valeurs ou argent est une chose; disposer de biens immeubles en faveur de tiers — ce qui exige un acte authentique et une inscription au Registre — en est une autre, très différente. Les organes de la faillite craignaient la soustraction des biens meubles, et, de là qu'ils aient limité à ceux-ci l'exécution de l'ordre de saisie; mais ils ne craignaient pas, en revanche, que les administrateurs des filiales poussent les choses à l'extrémité en voulant aliéner frauduleusement les biens immeubles¹.

b) Mais l'annotation préventive des immeubles occupés de fait, soit ceux où se trouvaient les bureaux d'*Ebro* et de *Barcelonesa*, ne pouvait pas être sollicitée juridiquement pour une raison très simple: ils n'étaient pas la propriété d'*Ebro* ou de la *Barcelonesa*. L'immeuble sis au numéro 2 de la Plaza de Catalunya, où ont été pratiqués les actes de la procédure de saisie, était loué par *Ebro* mais ne lui appartenait pas (A.D. 101). La prise de possession s'est donc limitée à la même possession qu'avaient les filiales en tant que locataires; et la saisie d'un droit de bail ne peut être enregistrée au Registre de la Propriété.

c) Mais, de surcroît, l'explication que la *Réplique* prétend donner à cette prétendue omission, est tout simplement absurde. Dans l'hypothèse où l'*Ebro* et *Barcelonesa* auraient eu la propriété de certains immeubles à Barcelone — les seuls auxquels pouvait s'étendre

¹ Leur confiance était sans doute excessive, car il est bien connu que M. Puig Doménech a fait dresser un acte authentique par lequel il renonçait à une option; ce qui prouve que l'audace des hommes de paille de la faillie était sans bornes.

la prise de possession faite par les organes de la faillite de par l'autorité du Juge N° 4 — en supposant que l'annotation préventive de la saisie aurait été sollicitée, le conservateur aurait dû la pratiquer, puisque l'ordre de saisie touchait l'*Ebro* et *Barcelonesa*.

Si le jugement déclaratif de faillite, n'avait ordonné la saisie que vis-à-vis de *Barcelona Traction*, il va sans dire que le conservateur aurait refusé ou suspendu l'annotation concernant les biens de l'*Ebro* et de *Barcelonesa*. Mais l'ordre de saisie portant sur les actifs de ces sociétés, il est évident que la procédure les visait toutes deux, et le conservateur n'a pas la faculté de juger si l'ordre de saisie a été bien ou mal donné, mais seulement de juger s'il a été donné ou non.

B. Régularité de la saisie des documents, argent et valeurs des filiales

378. En ce qui concerne les biens meubles susceptibles d'être soustraits frauduleusement, la saisie a été exécutée conformément aux dispositions du Code de commerce de 1829 (art. 1046). Les papiers, l'argent et les valeurs qui se trouvaient au siège social d'*Ebro*, ont été matériellement appréhendés par les organes de la faillite ¹.

En ce qui concerne l'argent et les valeurs déposés dans les établissements bancaires, il n'a pas été procédé à leur appréhension physique ou matérielle. Conformément aux dispositions du N° 6 de l'article 1046, c'est le Banco de Londres y de América del Sur, où étaient déposés beaucoup des titres des actions de sous-filiales, qui fut désigné en tant que dépositaire pour le compte des organes de la faillite ².

L'argent existant en comptes courants bancaires a été saisi au moyen d'ordres écrits (*mandamientos*) adressés aux banques pour qu'elles transfèrent les soldes au compte de la Banque d'Espagne, où ils devaient rester à la disposition du dépositaire.

379. Les observations que la *Réplique* fait à propos des communications adressées aux Banques (R., V, par. 42 à 45, pp. 25 à 27) sont d'une légèreté inconcevable, pour ne pas employer un qualificatif plus dur.

MM. Menschaert et Puig Doménech étaient simultanément mandataires d'*Ebro* et de *Barcelonesa* et employés supérieurs des filiales. Tous deux ont été destitués par le commissaire; mais, tant qu'il n'a pas été procédé à la révocation formelle des pouvoirs qui leur avaient été accordés avant la faillite, il les ont utilisés pour s'adresser aux banques et leur enjoindre de désobéir aux ordres judiciaires, sous menace d'encourir une responsabilité.

Le Gouvernement belge trouve logique que ces deux personnes, prête-noms de la faillie, aient résisté aux ordres des Juges espagnols; mais dans tous les pays ce sont les Tribunaux qui appliquent les règles juridiques et qui décident ce qui est juste ou ce qui ne

¹ C'est ainsi que le reconnaît la *Réplique* (par. 41, p. 25).

² La *Réplique* (par. 41) admet qu'il y a eu, dans ce cas, une prise de possession réelle de ces biens; et cependant, il est évident que l'on n'est pas arrivé à l'appréhension physique. La *Réplique* en vient ainsi à reconnaître — en contradiction avec ce qu'elle nie ensuite (R., par. 550, pp. 406-407), que les mesures de saisie à réaliser par les organes de la faillite ne consistent pas toujours dans l'appréhension physique ou matérielle (*supra* par. 23) ss.).

Le Gouvernement belge ne trouve dans cette forme de saisie la moindre irrégularité (R., par. 46, p. 27).

l'est pas, sans que les citoyens soient autorisés à évaluer d'eux-mêmes et pour soi si les mesures sont justes ou non, et à s'y opposer en dehors du procès.

380. Les banques, devant les injonctions reçues et voulant préserver leur responsabilité, se sont adressées par requête au Tribunal N° 4 de Barcelone, en lui demandant de les éclairer au sujet de l'ordonnance qui prescrivait le transfert ¹.

La *Réplique* se voit obligée de reconnaître (par. 45, p. 27) que ces communications aux banques obéissaient « pour partie » aux requêtes de MM. Menschaert et Puig Domènech. Mais cet aveu vient quelques pages après celles où les notifications en question ont été présentées comme une marque des « hésitations » que la mesure de saisie avait causées, et par voie de conséquence, en déduire son illégalité. Le Gouvernement espagnol tient à exprimer la protestation la plus vive devant de tels procédés; la seule cause de l'attitude des banques a été la conduite des hommes de paille de *Barcelona Traction* ².

En ce qui concerne la lettre de la Banque d'Espagne (A.R., N° 11, p. 21) adressée au Tribunal de Reus, le Gouvernement espagnol s'en remet au texte, qui non seulement ne permet pas de déduire la moindre « répugnance » à accomplir les ordres judiciaires de saisie, mais encore exprime le respect le plus absolu de ces ordres ³.

381. La *Réplique* formule deux reproches à propos de ces dispositions sur les fonds et sur l'échange de communications avec la Banque: 1° que les fonds auraient dû être déposés à la Caisse générale des dépôts, en application de l'article 1175 de la Loi (R., p. 26, note 1) ⁴; 2° que le Tribunal N° 4 n'a pas expliqué aux banques comment la saisie des actifs d'*Ebro* et de *Barcelonesa* pouvait s'accorder avec ce précepte.

Pour ce qui est de la première objection, il convient de rappeler que la saisie des actifs s'est faite « sans préjudice de leur fonctionnement normal »; l'argent des filiales ne devrait pas servir à payer les créanciers, puisque l'*Ebro* n'était pas formellement la faillie. De sorte que le Tribunal était parfaitement justifié à considérer que les comptes courants devaient demeurer au nom d'*Ebro*, pour que l'on puisse disposer du solde de façon souple, et sans que, ce faisant, soit violé un précepte qui affecte seulement la saisie des biens du failli ⁵.

¹ Ces éclaircissements répondaient aux observations faites dans leurs requêtes par MM. Menschaert et Puig Domènech.

² Dans la communication (20-2-48) que le Banco Español de Crédito a adressé au tribunal, que l'on transcrit dans A.R., N° 8, vol. I, pp. 17-18, ce fait est montré à l'évidence. Celle-ci indique en tant que cause de la communication la requête d'*Ebro* (lire M. Menschaert) et expose ensuite les arguments de celui-ci, qui deviendront plus tard la base des éclaircissements sollicités.

³ La Banque s'est bornée à solliciter une autorisation judiciaire pour chaque acte de disposition de fonds que le dépositaire serait appelé à réaliser, et rien de plus. Il est inutile de prétendre lui faire dire ce qu'elle n'a pas dit.

⁴ La *Réplique* prétend que par l'ordonnance du 10 mai 1948, rendue par le premier Juge spécial, on est revenu — du moins en partie — à l'orthodoxie juridique. Sur la signification de cette ordonnance, cf. *infra* par. 414.

⁵ Dans toutes ces opérations, lorsque le juge a adopté des mesures contre les filiales, le Gouvernement belge se plaint que leur personnalité distincte n'a pas été respectée; lorsque, au contraire, les mesures se sont limitées à la prudence minimale qu'exigeait la prévention de la fraude, dans le but de ne causer aux filiales qu'une perturbation minimale, le Gouvernement belge allègue l'infraction des règles concernant le failli.

Le Tribunal de Reus n'a donc enfreint aucun précepte légal; mais il faut faire remarquer en revanche qu'il a fait en sorte que tous les soldes soient transférés à la Banque d'Espagne, comme garantie d'efficacité indubitable pour prévenir tout danger de perte de fonds.

En ce qui concerne la seconde objection, le Tribunal N° 4 ne pouvait ni ne devait expliquer aux banques si la saisie était ou non conciliable avec les préceptes légaux. *Il ne le pouvait pas*, puisque le Tribunal N° 4 de Barcelone n'avait pas prononcé la mesure de saisie et qu'il opérait en vertu d'une commission rogatoire; il n'avait même pas l'obligation d'apprécier quant à la régularité de la mesure prononcée par le Tribunal commettant. *Il ne le devait pas*, puisque les Juges ne donnent pas d'explication juridique ailleurs que dans leurs décisions motivées; il suffisait aux banques de savoir quel était l'ordre du Tribunal, et elles n'avaient aucun droit à solliciter des explications ni à demander des garanties ou des formalités qui n'étaient pas celles exigées par la loi ¹.

§ 3: EFFETS DE LA NORMALISATION DES FILIALES SUR LA SAISIE DE LEURS ACTIFS

382. Les sociétés filiales de *Barcelona Traction* une fois normalisées, et après que le danger de fraude ait disparu, le commissaire d'abord, puis, le Tribunal de Reus, ont mis fin à la saisie décidée en tant que gestion directe des filiales par le dépositaire, et ils ont rétabli leur administration, pour qu'elles soient gérées par leurs organes statutaires: la mesure conservatoire s'est ainsi transformée en contrôle et surveillance exercés par les organes de la faillite sur la gestion des conseils d'administration des filiales.

Le Gouvernement belge formule, en essence, deux objections:

a) La normalisation et ses conséquences démontrent un changement d'attitude chez le Juge, lequel est passé de la dénégation à la reconnaissance de la personnalité des filiales en l'espace de deux mois (R., V, par. 56, p. 34).

b) La normalisation des filiales n'a eu aucune conséquence sur la saisie des actifs, puisque ceux-ci sont restés incorporés à la masse de la faillite et confondus avec le patrimoine formel de la faillie (R., pars. 48 à 55, pp. 28 à 33).

Il a déjà été démontré que la première objection était fautive (*supra*, par. 352). Pour ce qui est de la seconde, elle ne peut être soutenue qu'au moyen d'une stupéfiante tergiversation des faits.

Le Gouvernement espagnol va exposer, en synthèse, ci-après, dans quelle mesure la normalisation de leurs organes a affecté les filiales; les raisons qui ont poussé le Juge de Reus à modifier la mesure conservatoire initiale, et comment la normalisation s'est effectivement projetée sur les filiales.

A. Transformation de la saisie en contrôle et surveillance par les organes de la faillite sur les sociétés normalisées

383. Le 7 avril 1948, le Commissaire rendit une ordonnance dans laquelle, prenant comme point de départ le fait que le jugement du 12 février 1948 avait disposé que la saisie

¹ C'est ce que fit remarquer le Tribunal de Reus à la Banque d'Espagne (A.R., N° 11, p. 22).

fut faite « sans préjudice du fonctionnement normal des sociétés saisies, lesquelles, comme il a été dit, possèdent leur propre personnalité morale, dans le développement normal de leurs activités et de leurs affaires », il prescrivit de réaliser la disposition de certains fonds bancaires « par l'intermédiaire des organes normaux d'administration et de gestion, avec l'intervention et sous le contrôle du séquestre-dépositaire de la faillite, pour la raison que les compagnies saisies sont des appartenances du failli »¹.

Le Tribunal, le 10 avril 1948², confirmait l'ordonnance du Commissaire et ratifiait que les sociétés « conservent toujours leur personnalité morale, celles-ci doivent continuer à fonctionner avec une gestion autonome de leur vie économique et administrative », mais étant donné que la totalité de leurs actions appartient à la faillie, « elles doivent continuer à être astreintes au contrôle supérieur et à la surveillance du séquestre-dépositaire de la faillite ».

Par ordonnance du 13 avril 1948, rendue par le Commissaire, les mesures de saisie furent tenues pour terminées et décision fut prise de tenir pour réalisée la saisie des filiales et sous-filiales et pour « normalisés les organes statutaires de ces sociétés, et ces organes statutaires devant assurer l'administration sociale desdites, sans autre limitation que celles qui découlent des statuts et du jugement déclaratif de faillite et des jugements complémentaires ultérieurs, réserve est faite en ce qui concerne M. le séquestre-dépositaire en raison de ce qui est prescrit dans lesdits jugements, concernant la nécessité du contrôle, qu'exige l'intérêt des créanciers sur les biens de ces sociétés, pour la raison qu'elles sont des *pertenencias* (biens, droits et avoirs) du failli »³.

Personne n'est venu former recours contre lesdites décisions⁴, conséquence, de fait et de droit, de la normalisation des filiales.

384. Cette normalisation ne pouvait pas être absolue. Les mêmes raisons qui ont déterminé que le jugement de faillite de *Barcelona Traction* affecte les filiales et sous-filiales, exigeaient que les organes de la faillite conservassent une fonction de contrôle face à la gestion normale des sociétés du groupe⁵.

¹ A.C.M. N° 41, doc. 1, vol. VII, p. 227.

² A.C.M. N° 41, doc. 2, vol. VII, p. 229.

³ A.C.M. N° 41, doc. 3, vol. VII, p. 230. Dans cette ordonnance, il était dit, en tant que fondement ce qui suit:

« Tenant compte du fait que la saisie des sociétés filiales, en tant qu'étant des *pertenencias* (biens, droits et avoirs) du failli a été prononcée sans préjudice de leur fonctionnement normal; et que, comme il est dit dans l'ordonnance du 7 courant, lesdites sociétés sont des sociétés anonymes ayant une personnalité morale propre et indépendante, fonctionnant et menant leurs affaires normalement, raison pour laquelle la bonne marche desdites activités sociales, propre à rendre efficace le fonctionnement normal desdites entités conformément aux prescriptions légales et statutaires, exige que l'administration de ces sociétés soit effectuée par leurs organes de gestion normaux ».

⁴ Les décisions du commissaire peuvent faire l'objet de recours devant le Juge titulaire au moyen du recours en réformation (*recurso de reforma*) que prescrit l'article 1363 du Code de procédure civile; la décision du Juge peut faire l'objet, à son tour, du recours dit *de reposición* et de l'appel subséquent. A ce sujet, cf. A.D. 102.

⁵ Il est évident que si le dépositaire en premier, et les syndics ensuite, s'étaient limités à exercer les droits d'actionnaires qui leur revenaient, en vertu du dessaisissement du failli et de la saisie des actions correspondantes, il devenait possible du fait des Conseils d'administration nouvellement nommés, que des actes de mauvaise administration ou de négligence puissent se produire avec, pour résultat, en dernière instance, un préjudice pour la masse de la faillite.

Les décisions susmentionnées soulignent la nécessité que subsiste, en ce qui concerne les sociétés affectées, un contrôle et une intervention de la part du dépositaire administrateur (ordonnances du commissaire des 7 et 13 avril 1948), ou bien elles établissent, comme le dit le Juge (ordonnance du 10 avril 1948) que ces sociétés « *doivent continuer à être astreintes au contrôle supérieur et à la surveillance du séquestre-dépositaire de la faillite* ».

Cette intervention a été rapportée par l'ordonnance du 16 août 1952 qui décrétait la mainlevée pour ce qui est des biens qui étaient demeurés saisis après la normalisation des filiales et, simultanément, l'arrêt de l'intervention des organes de la faillite dans les sociétés du groupe, filiales ou sous-filiales (A.D., 103). C'est ainsi que prend fin le cycle commencé par le jugement du 12 février 1948, qui ordonnait la saisie de tous les biens et appartenances du failli et, avec un caractère conservatoire, les biens des filiales et des sous-filiales, cet ordre ayant porté sur les biens nécessaires afin que ne soient aucunement frustrés les buts visés par la faillite ¹.

385. Mais cette fonction de contrôle des organes de la faillite, réduite à ses justes termes ² s'est exercée fondamentalement de deux façons: a) au moyen d'un contrôle rigoureux exercé par les organes de la faillite sur tous les mouvements de fonds des filiales ³; b) les organes de la faillite non seulement ont agi en tant qu'actionnaires des filiales directes de *Barcelona Traction*, mais ils ont toujours été présents aux assemblées générales des sous-filiales, aux côtés des représentants de la société ou des sociétés titulaires des actions de la sous-filiale dont il était question.

Ce double procédé, aussi simple qu'efficace, a permis aux organes de la faillite de maintenir un contrôle absolu dans le respect de ce qui avait été ordonné par le Juge, sur la marche des différentes sociétés, lesquelles, en tant qu'appartenances et patrimoine en dernier ressort de la faillite, ont pu être ainsi soumises à la tutelle constante de ces organes, sans préjudice de leur normalisation.

386. Si toute la procédure de faillite avait eu la finalité tortueuse que le Gouvernement belge répète continuellement — favoriser le groupe March — on ne comprend pas que le commissaire et le Juge (si complaisants, selon la thèse belge, avec les promoteurs de la faillite) aient établi un contrôle qui empêchait que les nouveaux organes d'administration — des gens proches du groupe March, d'après le Gouvernement belge — aient pu diriger selon leur libre arbitre les sociétés auxiliaires sans contrôle des organes de la faillite et du Juge ⁴.

¹ Cf. VAN RYN et HIENEN, *Principes de droit commercial*, tome IV, 1965, pp. 202-203, lesquels, en présentant les caractéristiques générales de la faillite, et après avoir montré que « la plupart de ses dispositions sont d'ordre public » et que « le but de la faillite étant de préparer et de réaliser l'exécution collective des droits des créanciers sur les biens du débiteur, les règles de procédure y prennent une grande place », ajoutent: « Par ses fins et par ses moyens, le droit des faillites ressemble au droit fiscal. La faillite est un mécanisme destiné à procurer des versements en argent aux créanciers. En vue d'y parvenir, le droit des faillites, comme le droit fiscal, écarte les constructions juridiques artificielles pour découvrir les réalités économiques qu'elles dissimulent. C'est à l'occasion de faillites que s'est élaborée la jurisprudence relative aux sociétés utilisées comme prête-nom; celui qui fait le commerce sous le couvert d'une société est susceptible d'être mis en faillite ».

² Nonobstant une autonomie authentique de gestion des Conseils des sociétés respectives.

³ Tout représentant des différentes sociétés se devait de faire contresigner sa signature par les organes de la faillite afin de disposer des comptes bancaires ou des fonds de la caisse sociale.

⁴ La considération prend davantage d'importance si l'on tient compte du fait que la *Réplique* (V, p. 46) affirme que les mesures prises par le Juge de Reus à l'égard des filiales avaient assuré aux organes

Il est étrange, par ailleurs, que le Gouvernement belge discute cette intervention fiscalisante des organes de la faillite, qui était très inférieure à celle qu'exerçait la société *Barcelona Traction* elle-même avant la faillite¹. Ce contrôle poussé à des extrêmes beaucoup plus vastes, pratiquement sans aucun respect pour la personnalité juridique des filiales de *Barcelona Traction*, s'est exercée aussi, sans que personne n'ait crié au scandale, par le receiver canadien².

387. La *Réplique*, consciente de l'importance qu'a le fait de la normalisation des filiales, prétend minimiser sa portée en disant qu'elles ont seulement acquis « quelque apparence de vie » (V, p. 46) et en parlant «... 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... » (p. 51).

Il est difficile d'accepter cette affirmation du Gouvernement belge, si l'on considère l'activité déployée par les administrateurs des sociétés filiales³ (*supra*, par. 320). D'autre part, cette affirmation de la *Réplique* va à l'encontre de ce que le Gouvernement belge lui-même affirme (Rq., par. 20, p. 12; et M., par. 109, p. 55).

B. Causes ayant amené une transformation des mesures conservatoires

1. La conduite procédurale du groupe *Barcelona Traction* au lendemain de la déclaration de faillite

388. La faillite une fois déclarée et le Tribunal ayant ordonné la saisie des actifs des deux sociétés filiales dont il savait l'unipersonnalité, le Juge était en droit d'attendre, dans les jours suivant immédiatement la déclaration de faillite, si la mesure de saisie n'était pas adéquate (les sociétés filiales n'étant pas seulement des personnes morales distinctes de la

de la faillite la certitude qu'ils disposeraient en abondance des fonds indispensables pour faire face aux nombreux recours que le procès de faillite provoquerait, et pour assurer leur propre rémunération. La façon la plus adéquate pour atteindre ces soi-disant finalités était d'obtenir le plus vite possible l'indépendance complète des filiales et des sous-filiales, prétendument administrées par des personnes fidèles au groupe March.

Naturellement, l'accusation belge ne résiste pas non plus à la confrontation avec les faits.

¹ Et ce contrôle, cette fiscalisation de *Barcelona Traction*, se matérialisait, même formellement, par la désignation par la faillite même des personnes qui devaient comparaître aux assemblées de chaque filiale ou sous-filiale pour prendre les décisions qui intéressaient la faillite. L'annexe 106 de la *Réplique* ne laisse aucun doute à cet égard. Mais le contrôle effectif était beaucoup plus large et absolu, car toutes les sociétés développaient leurs activités selon les instructions directes du représentant de *Barcelona Traction* en Espagne, M. Lawton (jusqu'à quelques jours avant la faillite où il a été remplacé par M. Menschaert) qui dirigeait l'ensemble des sociétés comme une seule et unique entreprise (cf. C.M., IV, pp. 30 à 36).

² Cf. A.D. 181.

³ Le Conseil d'administration de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.*, pour donner un exemple de filiales, a tenu, en 1948, rien de moins que 19 séances; activité certainement très supérieure à celle déployée à l'époque par le Conseil d'administration titulaire, et même par le Comité local. En effet, en 1947, le Comité consultatif local de *Riegos y Fuerza del Ebro*, qui équivalait réellement au Conseil d'administration de la Société, a tenu uniquement deux séances, le 8 janvier et le 7 février 1947. Le renseignement est significatif, s'agissant comme c'est le cas, et sans le moindre doute, de la filiale la plus importante de *Barcelona Traction*.

Le Conseil d'Administration de *Barcelonesa*, pour citer maintenant un exemple de la sous-filiale peut-être la plus importante, a tenu en 1948 huit séances, alors que le Conseil précédent en avait seulement tenu trois en 1947.

faillie, mais aussi *indépendantes* d'elle) une réaction des personnes affectées aurait dû avoir lieu, laquelle aurait montré l'inadaptation de la mesure et l'inexistence de tout danger de fraude. Trois sortes d'actions étaient imaginables si le fait duquel était parti le juge — cessation des paiements dans la faillie et unipersonnalité des sociétés *Ebro* et *Barcelonesa* — n'était pas conforme à la réalité.

a) Opposition contre le jugement déclaratif de faillite formée par la faillie elle-même, pour manque des conditions nécessaires pour une telle déclaration, et dans laquelle rien n'empêchait que soit dénoncée en plus, l'irrégularité supposée des mesures complémentaires à la déclaration de faillite.

b) Action déclarative intentée par *Ebro* ou *Barcelonesa* en revendication des biens saisis, démontrant qu'elles n'étaient pas seulement des personnes morales *distinctes* mais aussi *indépendantes* et prouvant que les actions de l'une et de l'autre n'appartenaient pas totalement ou en partie à *Barcelona Traction* et que, partant, dès lors qu'il s'agissait de sociétés *normales*, leur personnalité était opposable à la mesure de saisie.

c) Action déclarative intentée par le tiers qui prouverait être le propriétaire d'actions d'*Ebro* ou de *Barcelonesa*, en revendication des actions également saisies: la démonstration de ce fait, s'il avait prouvé la *normalité* des sociétés, aurait entraîné simultanément la levée de la mesure conservatoire pour défaut de données de fait.

389. Le Juge de Reus a attendu en vain l'une quelconque de ces trois réactions. Et le fait qu'il attendait l'opposition de la faillie, contrairement à ce qu'affirme le Gouvernement belge, a été démontré¹. Mais la faillie n'est pas comparue pour faire opposition, encore que le Juge ne pouvait pas, rationnellement, douter qu'elle connaissait l'existence du jugement de faillite, ainsi que sa publication dans les formes légales.

Aucun tiers n'a pas non plus comparu pour revendiquer tout ou partie des actions saisies. Même le Gouvernement belge ne peut pas se permettre de nier que, si la propriété des actions était passée à un tiers — totalement ou en partie — le moyen légal adéquat était l'action en revendication dite *tercería de dominio*.

Le *National Trust* qui, par la suite, allait se déclarer propriétaire d'une partie des actions d'*Ebro* et de *Catalonian*, et qui aujourd'hui encore prétend se présenter comme créancier gagiste ayant droit à la séparation, n'a pas non plus comparu. N'ont même pas comparu les propriétaires possibles des douze fameuses actions de *Barcelonesa*, pour la bonne raison que sept d'entre elles s'étaient perdues et que les cinq autres étaient aux mains d'une personne entièrement étrangère à l'affaire et méconnue du groupe *Barcelona Traction*, qui de fait n'a pu s'en servir comme des prête-noms².

Et finalement, même si cette affirmation semble paradoxale au Gouvernement belge, la réaction possible de la part d'*Ebro* et de *Barcelonesa* ne s'est pas produite non plus.

¹ A ce sujet, voir ce qui s'est passé lors de la tentative du prête-nom de la faillie, M. Teixidor; (*supra*, par. 201).

² Il est évident que dans cette hypothèse, ainsi qu'il a été dit dans le *Contre-mémoire* (IV, par. 142, p. 520) dès lors qu'aucun des titulaires d'une fraction de ces 12 actions ne réunissait même pas une voix, il n'aurait pas été possible non plus de démontrer cette *indépendance* de *Barcelonesa* qui n'a jamais existé.

390. Le 16 février 1948, un recours en rétractation (*recurso de reposición*) était formé par l'*Ebro*, contre le jugement déclaratif de faillite, dans lequel il était dit que ce n'était pas le jugement qui était attaqué, mais la décision (*pronunciamiento*) relative à la saisie de l'actif de la société. Ce qui importe pour l'instant, ce n'est pas de savoir si l'*Ebro* avait ou non qualité pour agir en vertu d'un intérêt qui ait pu justifier son intervention ¹, ni même le caractère absolument inadéquat du moyen de procédure utilisé. Ce qui, en revanche, intéresse, ce sont les allégations formulées par *Ebro* et qui ont ensuite été répétées par *Barcelonesa*.

La présente *Duplique* ne reviendra pas en détail sur l'argumentation d'*Ebro*, déjà suffisamment commentée dans le *Contre-mémoire* (IV, par. 140, pp. 332 et ss). Il suffira de rappeler qu'*Ebro* a prétendu être une société ayant une personnalité distincte et indépendante. Mais, loin d'essayer d'en fournir la preuve — ce qui était impossible, ainsi que le reconnaît aujourd'hui le Gouvernement belge lui-même — elle a adopté la position de dire qu'il était impossible d'affirmer, que par le fait qu'*Ebro* fût une société unipersonnelle le 31 décembre 1946, et que ses actions appartenissent à cette date à *Barcelona Traction*, une telle situation existait encore en 1948. Elle a affirmé que les actions au porteur pouvaient être transmises avec une grande facilité, ² de sorte que personne en Espagne ne pouvait affirmer qu'à la date de la déclaration de faillite, les actions restaient la propriété de *Barcelona Traction* ³.

Personne ne peut s'étonner, par conséquent, que le Juge de Reus ne se soit pas conformé à ce genre de dérobade, avec ces doutes et hypothèses, et qu'il ait exigé une démonstration claire et concluante comme quoi *Ebro* et *Barcelonesa* n'étaient pas des sociétés unipersonnelles. Cela est si vrai que, à la première occasion où le Juge a rendu un jugement circonscrit sur les prétentions d'*Ebro* ⁴, il l'a indiqué clairement et catégoriquement. Dans le jugement du 17 mars 1948 (A.C.M. N° 46, vol. VII, p. 263), après avoir réaffirmé qu'*Ebro* était une société unipersonnelle, il a dit :

« et devant ce fait, qui est affirmé dans le Rapport annuel de *Barcelona Traction* elle-même, les doutes de la partie adverse au sujet de son existence au moment de la mise en faillite ne sont pas fondés; si cela était vrai en 1946, il y a une présomption 'juris tantum' pour l'estimer vrai aussi en 1948 ⁵.

¹ Sur ce point, comme on le verra par la suite, la *Réplique* n'a réussi à réfuter aucun des arguments excipés par le Gouvernement espagnol (*infra*, par. 442 et ss.).

² Le Gouvernement belge soutient aujourd'hui que les actions d'*Ebro* étaient nominatives, alors qu'*Ebro* donnait à entendre au Juge espagnol qu'elles étaient au porteur (A.C.M., N° 84, vol. VIII, p. 26).

³ Le Gouvernement espagnol a déjà signalé clairement cette conduite trompeuse d'*Ebro* (C.M., p. 333, note 4). Aujourd'hui, en ratifiant ce qui a été dit, il doit mettre en évidence la similitude entre la position adoptée par *Ebro* et celle qu'a adoptée la société « *Compañía Anónima Parsons, sucesores de Sturges y Foley* » dans l'affaire tranchée par le Tribunal Suprême dans son arrêt du 17 avril 1917 (*supra*, par. 222 et suivants, A.D. 72, doc. 1). Là aussi, la société s'est opposée à l'émission de nouveaux titres correspondant aux actions saisies et vendues, en alléguant que, puisque les actions étaient au porteur, on ignorait qui pouvait les avoir; or, il n'était pas possible d'attribuer leur titularité à quelqu'un sans la présentation des titres. Cette conduite a été durement qualifiée par le Tribunal Suprême qui a estimé à juste titre qu'elle constituait une complicité avec le débiteur; et le Tribunal Suprême d'ajouter que la Société devait alléguer et prouver éventuellement la transmission effective des actions, sans que celle-ci puisse être tenue pour existante par simple supposition.

⁴ Mais, précédemment déjà, bien que les ordonnances n'exigent pas de motivation, le Juge avait déjà averti *Ebro* de la nécessité de la preuve. Ainsi, dans l'ordonnance du 26 février 1948, il y avait l'avertissement selon lequel les allégations opposées n'avaient pas justifié que la totalité des actions fussent possédées par plusieurs porteurs.

⁵ Les italiques ne figurent pas dans le texte.

Et il indiquait ensuite à *Ebro* qu'elle avait tout loisir pour entreprendre l'action en revendication dite *tercería de dominio* et démontrer ainsi le droit dont elle entendait se prévaloir.

Le Juge ne pouvait pas indiquer plus clairement à *Ebro* quel était le chemin à suivre, et quelle preuve elle devait fournir pour que sa réclamation soit prise en considération. La seule manière de combattre la saisie de son actif consistait dans la démonstration qu'*Ebro*, lors de la déclaration de la faillite, était une société normale, indépendante de la faillie, et qu'il n'existait donc aucun risque de fraude pour les créanciers de *Barcelona Traction*. Le moyen n'était certes par un recours dit *de reposición*, où il n'est pas possible d'administrer de preuve, mais l'action en revendication dite *tercería de dominio*, tierce opposition ou *de revindicación*, par laquelle *Ebro* pouvait alléguer et prouver largement qu'une transmission effective des actions avait eu lieu, et qu'elle n'était pas dominée par *Barcelona Traction*¹.

391. Mais *Ebro* ne pouvait pas, pour des raisons évidentes, utiliser efficacement ce moyen de défense. La raison est aujourd'hui connue, et même le Gouvernement belge ne s'aventure pas à le nier. Parce qu'il était faux que *Barcelona Traction* ait transmis totalement ou en partie les actions d'*Ebro* après le 31 décembre 1946².

La présente *Duplique* ne tient pas à spéculer sur ce qui aurait pu se produire si *Ebro* avait formulé cette demande déclarative et si, en tant que mesure conservatoire, elle avait demandé la suspension de la mesure de saisie pendant l'instruction du litige ou sa conversion en une mesure différente: il ne s'agirait que d'une conjecture.

Mais on peut expliquer parfaitement la position psychologique du Juge qui a devant lui un plaideur qui n'est pas sincère dans le débat de procédure: que le chemin, le sujet de l'allégation et la preuve étant indiqués, il s'abstient de le suivre et il n'essaie même pas de détruire la présomption *juris tantum* que le Juge lui-même lui a indiquée. Le Juge de Reus devait conclure que les faits relatés par les requérants étaient vrais et que le risque qu'il avait voulu prévenir par la mesure de saisie existait véritablement. Cela, même en ne tenant compte que de la conduite procédurale d'*Ebro* et de *Barcelonesa*, et abstraction faite des faits dont il prenait connaissance peu à peu, par suite des mesures de saisie.

392. La conduite procédurale du groupe *Barcelona Traction*, qui s'est révélée trompeuse et évasive, a été accompagnée d'une autre action extra-procédurale qui n'a pas manqué de raffermir le Juge de Reus dans la justesse de sa décision. Il n'y a pas à revenir ici sur la série de manœuvres que les mandataires des filiales ont tenté de réaliser pour consommer la fraude que le Juge a voulu prévenir dans le jugement déclaratif de faillite³.

¹ On ne peut reprocher en aucune façon au Juge de Reus d'avoir adopté, en 1948, une position identique à celle adoptée en 1917 par la Cour Suprême. Et encore moins prétendre qu'il a fermé le chemin à *Ebro* puisqu'il lui a indiqué non seulement la voie de procédure adéquate mais aussi le point qu'elle devait alléguer et prouver.

² La *tercería de dominio* exige d'accréditer par un titre le fondement de la demande et d'établir clairement les faits; on ne peut pas jouer — telle était la prétention d'*Ebro* — avec des doutes et des hypothèses. Face aux faits concrets relevés par le Juge, *Ebro* ne pouvait brandir que des doutes, des hypothèses, des évasives.

³ L'extraction illégale de papiers et documents des bureaux et des sociétés du groupe: les requêtes extra-judiciaires aux banques où se trouvait déposé l'argent pour qu'elles s'abstiennent de le mettre à la disposition des organes de la faillite; l'accord de conventions avec des tiers renonçant à des droits des filiales, etc. sont matière suffisante pour démontrer ce qui serait arrivé si le Juge n'avait pas coupé court à de telles conduites frauduleuses.

La faillie, au moyen de ses prête-noms, aurait déjoué sa propre déchéance et sorti d'Espagne au moins l'argent et la documentation des filiales, réduisant ainsi la garantie économique des créanciers, et rendant impossible ou faisant obstacle à ce que les Tribunaux espagnols connaissent toute la série d'activités auxquelles le groupe s'était livré avant la déclaration de faillite.

La mesure de saisie parfaitement justifiée le 12 février 1948 par la nécessité de réprimer une fraude qui, à ce moment, était éventuelle ou possible, a été par ailleurs justifiée *en fait* par la conduite postérieure des hommes de la faillie.

2) *Résultat de la saisie dans les mois suivant la déclaration de faillite: extension de la fraude*

393. Les actes de la procédure de saisie pratiqués dans les bureaux des sociétés filiales ont montré en plus au Juge la réalité d'une fraude qu'il ne pouvait pas connaître jusqu'alors, mais qui, une fois connue, devait nécessairement influencer sur sa décision. La documentation saisie (C.M., IV, par. 98, p. 306) a mis en évidence que la faillie avait *entrepris de frauder le principe de la responsabilité universelle* prescrit à l'article 1911 du Code civil.

Le Gouvernement belge prétend, d'une part (R., V, par. 526, p. 382) qu'on ne peut pas parler de fraude à la loi, mais éventuellement de *fraude aux créanciers*; et, par ailleurs (R., par. 535, pp. 391 et suivantes) que les accusations de fraude présentées par le Gouvernement espagnol, non seulement sont inexactes, mais contradictoires. Ces affirmations sont fausses.

394. L'histoire de *Barcelona Traction*, sur le terrain des faits, révèle que le groupe s'est servi d'une structure dirigée vers le fait accompli ou la tentative de fraude dans ses manifestations les plus diverses.

La constitution du groupe *Barcelona Traction*, et la création de l'exploitation hydro-électrique en Espagne, se font, ainsi qu'il a été démontré, sous le signe de la décapitalisation de l'entreprise envisagée économiquement comme une unité. Le Gouvernement belge, en dépit des tentatives réalisées (R., par. 259) n'est pas arrivé à démontrer le contraire. Le Gouvernement espagnol pour sa part, non seulement a mis en évidence que l'entreprise a été décapitalisée mais que ses promoteurs, groupés sous la *Spanish Securities*, se sont assurés de très substantiels bénéfices, cet objectif ayant été atteint en grevant l'entreprise d'obligations sans contrepartie.

C'est en vain que le Gouvernement belge prétend que cette accusation pourrait peut-être justifier l'extension de la faillite aux filiales qui avaient été décapitalisées par la société mère, mais non l'inverse (*Réplique*, par. 535, p. 391). En raisonnant ainsi, il oublie que la décapitalisation n'a pas seulement affecté les sociétés filiales mais aussi l'exploitation industrielle considérée comme une unité économique, frappant de manière égale la société mère et les filiales et justifiant pleinement la déclaration de faillite de la première, seule responsable devant les obligataires. Une bonne preuve en est que même si *Barcelona Traction* n'avait pas inséré entre-elle et l'exploitation toute la constellation des sociétés filiales, la décapitalisation se serait produite également, car l'entreprise économique n'aurait pas changé pour ce qui est de sa valeur et de son efficacité pour faire face aux obligations de la faillie.

Cette situation faisait apparaître la faillite aux yeux des tribunaux espagnols — comme cela se serait passé devant d'autres tribunaux — comme gravement suspecte du fait de cette fraude initiale; cette fraude initiale se révélait par ailleurs comme étant le premier chaînon d'une série d'actions similaires dont l'explication logique était dans les tenants et aboutissants de la fraude même.

En effet, la décapitalisation a entraîné les deux principales manœuvres frauduleuses, en utilisant pour cela en partie les mêmes moyens et en partie des moyens différents: les manœuvres tendant à éviter le paiement des impôts et celles orientées à éviter la réaction naturelle des créanciers frustrés.

395. Pour ce qui est de la fraude fiscale, le Gouvernement belge trouverait son compte s'il réussissait à introduire la confusion entretenant l'idée que la faillite ne pouvait pas être une sanction frappant la fraude fiscale et que cette fraude ne pouvait pas justifier la saisie des filiales (R., V, par. 535, p. 392). Ce jeu n'est pas correct. Le Gouvernement espagnol n'a jamais soutenu, et ne pouvait pas soutenir, que la fraude fiscale constituait une justification de la déclaration de faillite. La juridiction civile — qui est celle appelée à connaître dans les procédures dites *concursoles* — n'a pas à intervenir dans la fraude fiscale en tant que telle et encore moins à s'en servir pour étayer une déclaration de faillite. Mais cela ne veut pas dire que les Tribunaux espagnols se devaient de rester indifférents devant les preuves de fraude fiscale et monétaire qu'ils ne manquaient pas de constater, singulièrement dans les délits monétaires dont fait état le *Contre-mémoire* (IV, par. 119, p. 138) tout comme dans le cas des manœuvres initiales, celles qui portaient sur la fraude fiscale ou monétaire ne pouvaient pas manquer d'influencer la qualification des Tribunaux sur la conduite de la faillite et rendaient intelligible l'origine et le sens de certaines opérations du groupe ¹.

396. On arrive ainsi aux manœuvres qui ont été la véritable cause juridique du traitement accordé aux sociétés filiales par les tribunaux espagnols.

La *Réplique* (par. 535, p. 391) estime que l'organisation de *Barcelona Traction* répondait à la pratique courante du groupe de sociétés et termine en proclamant sa légitimité. Mais le Gouvernement espagnol doit répéter ici encore qu'il n'a jamais ignoré l'existence des groupes de sociétés dans l'économie moderne ni nié que leur pratique puisse être légitime. L'objet du débat, ce n'est pas la doctrine ou la théorie des groupes de sociétés, mais le cas spécifique de *Barcelona Traction*, dans lequel apparaissent en plus de celles indiquées dans la *Réplique* ² les caractéristiques suivantes:

Domicile de la société-mère dans un pays et résidence des filiales dans un autre, où existe l'exploitation unique du groupe; métamorphose du patrimoine réel en un patrimoine

¹ Il importe de souligner que les Tribunaux étaient aussi obligés de prendre les mesures nécessaires pour éviter que les structures créées pour obtenir la fraude fiscale ou monétaire puissent porter préjudice aux créanciers. Le cas de l'International Utilities est très révélateur à cet égard. Il est indéniable, en effet, que les tribunaux devaient faire tout leur possible pour éviter que, grâce à cet artifice comptable (créé avec le propos primordial de cacher le lien entre *Barcelona Traction* et les filiales et assurer ainsi l'impunité de la fraude aux lois fiscales et monétaires espagnoles) une partie de l'actif réel, juridique et économique de la faillite puisse échapper à l'action des créanciers de *Barcelona Traction*.

² « 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 des comptes consolidés, sont autant de mesures courantes... que le Gouvernement espagnol ne peut critiquer sans méconnaître en même temps la légitimité des groupes de sociétés » (R., p. 391).

formel intégré par actions et obligations représentées dans la plupart des cas par des récépissés provisoires et non par des titres ordinaires et définitifs qui, de surcroît, passent d'un pays à un autre selon ce qui convient aux circonstances du moment; défaut de paiement chronique par la société mère aux créanciers — auxquels il a été offert en garantie le patrimoine réel mis à l'abri formel des filiales — pendant un nombre substantiel d'années, sous des prétextes spécieux; évasions monétaires, qui n'ont pas été utilisées pour payer les obligataires, etc.

Et lorsque la société-mère est déclarée en faillite par une juridiction compétente, voici l'allégation: la faillie n'a en Espagne ni siège ni biens; les filiales ignorent qui détient leurs actions, et cachent l'existence d'un groupe qu'aujourd'hui on prétend invoquer; la saisie du patrimoine formel de la faillie peut seulement être pratiquée au moyen de l'appréhension physique des titres ou des certificats; les filiales sont indépendantes et autonomes, ce qui fait que les administrateurs et les directeurs doivent continuer à diriger l'exploitation malgré la déchéance de la faillie, et être communs à la société-mère et aux filiales; finalement, que les biens offerts en garantie aux créanciers doivent rester séparés de la faillite, sans être affectés par elle, en vertu de la thèse de la stérilisation de la faillite, qui se transformerait ainsi en une « mauvaise plaisanterie ».

Lorsque le Gouvernement belge affirme que ces mesures n'ont *en elles-mêmes* rien de frauduleux, il faut penser qu'il veut dire qu'elles ont été mises sous une loi de couverture; mais c'est justement ce qui arrive dans toutes les hypothèses de fraude à la loi. Comment peut-on douter que toutes ces mesures antérieures à la faillite, et toutes ces allégations postérieures, avaient une finalité frauduleuse lorsque maintenant même, devant la Cour internationale, tous ces mécanismes sont invoqués pour démontrer que, grâce à eux, les créanciers devaient continuer à être impayés, après une douloureuse histoire d'accords abusifs, couronnée par une cessation de paiements qui s'est prolongée pendant 12 ans?

397. Entre la décapitalisation initiale et le développement ultérieur de la machination, il y a un enchaînement parfait et un propos orientateur, poursuivi avec ténacité: frustrer les créanciers. Cette évidence est tellement écrasante, que le Gouvernement belge, dans son empressement pour trouver une échappatoire, tombe en plein dans le domaine du non-sens. Pour nier qu'aurait existé l'intention de soustraire les actifs aux créanciers de la société-mère, la *Réplique* (p. 391) dit que s'il en était ainsi, « les fondateurs auraient évidemment transféré aux sociétés filiales le maximum d'actifs pour le minimum de rémunération en capital-actions et en obligations ».

Mais quels plus gros actifs la société-mère pouvait-elle transférer aux filiales si le seul patrimoine de *Barcelona Traction* était constitué par les actions et les obligations de ces filiales? A la rigueur, elle aurait pu ajouter ces actions de la Canadian qui ont été aliénées sans protestation de personne. Et si le Gouvernement belge voulait parler de ce que lors de l'acte constitutif, la société-mère s'est réservée des actifs qui n'ont pas été transférés aux filiales, il faudra lui rappeler que ces actifs ont été aliénés dans des conditions très peu favorables pour la société et très bénéfiques pour les promoteurs de l'opération.

Tout l'actif étant transféré, et les sociétés étant unipersonnelles, le Gouvernement espagnol se demande toujours comment ce minimum de rémunération en capital-actions et obligations pouvait être obtenu. Du point de vue juridique, tout le produit de l'exploitation devait aller nécessairement à l'actionnaire et à l'obligataire unique des filiales; et, avec

ce produit, la société-mère était tenue de payer les créanciers. Mais on sait ce qui est arrivé en fait: le produit n'a servi qu'à l'autofinancement de l'entreprise. une fois encore aux dépens des créanciers de la société-mère, et pour le plus abondant et généreux profit des promoteurs ¹.

398. Si du domaine des faits nous passons au domaine juridique, les erreurs contenues dans la *Réplique* sont également évidentes. La thèse fondamentale (V, pars. 526 et ss., pp. 382 et ss.) est que, de toutes façons, les manœuvres de la faillite constituaient une fraude aux créanciers dont la répression devait se faire au moyen de la fixation rétroactive (*retroacción*) de la faillite et des actions révocatoires, et non une fraude à la loi, qui pourrait justifier l'inopposabilité de la personnalité morale des filiales aux mesures conservatoires prises par le Juge espagnol.

L'erreur consiste ici à ne pas distinguer entre l'une et l'autre modalité de fraude. La fraude aux créanciers spécifiquement envisagée par le législateur dans la faillite a lieu lorsque pendant la période appelée « période suspecte », le débiteur réalise des actes de disposition de son patrimoine en les transférant à des tiers (à titre onéreux ou lucratif et avec la complicité ou non de ceux-ci) au préjudice des créanciers déjà existants.

Pour combattre cette fraude, les législations des différents pays ont essayé diverses solutions. Dans la législation espagnole, cet effet s'obtient par un système double: a) soit par la voie de la *retroacción* judiciaire absolue, lorsque le Juge considère nécessaire selon la portée qu'a pu avoir la période suspecte, de fixer rétroactivement les effets de la faillite à un jour déterminé, en déclarant nuls tous les actes de disposition et d'administration réalisés par le failli à partir de cette date (art. 878, paragraphe 2 du Code de commerce); b) soit, en tout cas, qu'il existe ou non de *retroacción* judiciaire, en contestation (*impugnación*) au moyen du jeu des actions prévues aux articles 879 à 882 du Code de commerce, qui interviennent dans les délais précis et dans les formes qui sont établies, par ces préceptes, en égard à une présomption légale de fraude fondée sur les circonstances propres à la période immédiatement antérieure à la déclaration de faillite.

Mais, naturellement ce n'était pas là le cas de *Barcelona Traction*. D'un côté, le Gouvernement belge lui-même reconnaît (par. 528, p. 383) que l'on ne pouvait pas aller à une *retroacción* judiciaire, puisqu'il n'était pas concevable de déclarer que *Barcelona Traction* se trouvait en état de faillite lors de la constitution des filiales ². Et d'un autre côté, cette même raison déconseillait, même en hypothèse, de se réfugier dans le simple jeu des actions qui entrent seulement en jeu dans des cas et des délais très limités établis à partir desdits préceptes du Code de commerce.

¹ Il n'y a pas non plus de contradiction entre l'affirmation vérifiée selon laquelle une partie des bénéfices étaient extraits d'*Ebro* et de l'exploitation et celle qui soutient que les sociétés étaient la couverture de la fraude. Comme dans le cas de la décapitalisation, l'évasion de capitaux a été faite au détriment de la société mère et des filiales, et au bénéfice des promoteurs; si cela s'avérait inexact, peut-être le Gouvernement belge peut-il indiquer où sont passés les 40 millions de pesetas disparus d'Espagne, en infraction aux lois monétaires, et qui n'ont pas servi à payer les créanciers. Ce qui est en tout cas certain, c'est que la faillite et ses promoteurs avaient à leur disposition la couverture des filiales pour mettre en sécurité les actifs de l'exploitation appauvrie par la fraude. Inutile donc d'invoquer les créanciers de filiales; celles-ci n'avaient d'autres créanciers que ceux habituels dans toute exploitation industrielle, et se trouvaient entièrement à la merci de la faillite si toutefois elles avaient dû suspendre les paiements, la société mère étant l'obligataire unique.

² Ce qui n'empêche pas qu'il soit dit par ailleurs (R. p. 38, note 1) que le fait que le Juge n'ait pas accordé la *retroacción* absolue — ce que l'on reconnaît ici comme étant impossible — démontrait qu'il n'avait jamais pensé à la fraude. A ce sujet, *supra* N° 355.

Ceci étant, peut-on soutenir sérieusement que la fraude poursuivie par *Barcelona Traction*, au moyen de l'interposition des filiales, était une fraude aux créanciers qui devait être combattue par la *retroacción* judiciaire ou les actions en contestation (*impugnación*)? Non. La réalité évidente est que ces filiales avaient été constituées, ou avaient été acquises en tant que couverture et en fonction d'une fraude qui n'a rien à voir avec la fraude aux créanciers prévue aux articles 878 à 882 du Code de commerce, et que, de surcroît, elles avaient été constituées ou acquises beaucoup d'années avant la déclaration de faillite, et même avant 1936, date à laquelle s'est produite la cessation des paiements.

399. Il convient de remarquer, par ailleurs, que la situation créée par le jeu de couverture des filiales était très différente des formes typiques que revêt la fraude aux créanciers. Avant la faillite, *Barcelona Traction* n'a pas soustrait d'éléments de son actif au détriment de créanciers déjà existants, en les transférant à des tiers. La situation était très différente. Depuis sa constitution même, donc avant que les créanciers existent, elle a mis ses actifs formellement sous le couvert des filiales, sans que la situation de ces actifs ait subi un changement quelconque avant et après la cessation des paiements. Pour qu'il y ait fraude aux créanciers au sens propre, il est nécessaire que ces créanciers existent lorsque le débiteur dispose frauduleusement des éléments de son actif. Lorsque, au contraire, ces créanciers n'existent pas encore, mais que se crée déjà le mécanisme nécessaire pour empêcher l'éventuelle agression des futurs créanciers contre le patrimoine même, on se trouve alors en présence d'une fraude typique à la loi, dans laquelle entrent des formes et des institutions commerciales pour déjouer le principe de responsabilité patrimoniale prescrit à l'article 1911 du Code civil.

Si le Gouvernement belge affirme que le cas d'espèce n'a pas été prévu expressément dans la réglementation espagnole de la faillite, il faut tenir compte que dans l'histoire des affaires en Espagne, il n'existe pas de précédent comme celui de *Barcelona Traction*. Mais si le législateur cherche à réprimer ce qui est nécessairement la fraude aux créanciers, il est illogique et inadmissible de penser que les Tribunaux espagnols pouvaient tolérer une fraude beaucoup plus froide, perverse et dangereuse, qui tendait à soustraire ou à séparer des éléments patrimoniaux très importants de l'actif de la société débitrice, jusqu'à la laisser pratiquement *vide face* à ses créanciers.

3) Traitement définitif des actifs des filiales dans la faillite de *Barcelona Traction*.

400. La conduite des sociétés du groupe *Barcelona Traction* pendant les deux premiers mois de la faillite, caractérisée par l'abstentionisme de la faillie, le refus d'*Ebro* et de *Barcelonesa* de fournir la preuve que ces filiales étaient des sociétés normales malgré une conviction judiciaire très claire et l'inexistence d'un tiers qui serait venu réclamer, totalement ou en partie, les actions saisies à la faillie; tout ceci lié au résultat de l'enquête sur les livres et les papiers saisis, effectuée par les organes de la faillite et communiquée au Tribunal, ont déterminé la nécessité de prêter attention à la destination qui, en définitive, devait être donnée aux actifs des filiales.

Les requérants à la faillite ou le séquestre-dépositaire pouvaient proposer au Juge l'une de ces deux voies:

a) solliciter la disparition ou l'annulation des structures créées à l'abri des lois de couverture et demander que le patrimoine économique ou réel de la faillie vienne s'incorporer à la faillite.

b) utiliser les mêmes structures — une fois prévenu le danger de fraude — et substituer à la faillie les organes de la faillite dans la domination absolue des filiales. Dans ce dernier cas, la masse de la faillite restait pratiquement intégrée par un patrimoine formel, constitué par les actions et les obligations des filiales, avec tous les droits, pouvoirs et facultés inhérents.

Le juge de Reus a suivi, en définitive, cette deuxième solution, en reconnaissant la personnalité des filiales et en estimant simplement que leur personnalité *indépendante* était fictive (*supra*, par. 350). Dans le *Contre-mémoire* il a déjà démontré comment pour réprimer la fraude, le Juge était autorisé à déclarer inopposable la personnalité des filiales (IV, par. 92 et ss., pp. 301 et ss.), comment, en matière de répression de la fraude, la doctrine et la jurisprudence espagnoles mettaient en évidence la relativité de la personnalité morale (par. 99 et ss., pp. 307 et ss.), et comment, enfin, le Juge de Reus avait accordé aux filiales le même traitement que la faillie elle-même dans les *trust deeds*, et même que le Juge canadien dans sa décision du 15 juillet 1948 (pars. 103 et 104, pp. 309 et 310).

Devant ces faits, le Gouvernement belge essaie de réfuter la position espagnole sur la base de deux arguments principaux :

1° Que la doctrine et la jurisprudence ne s'adaptaient pas au cas de *Barcelona Traction*.

2° Que la personnalité des filiales devait être maintenue à outrance, tant qu'elle ne serait pas annulée en vertu de la pertinente action déclarative, et que, seulement dans ce cas, cette personnalité devait être intégralement écartée. Cette argumentation est parfaitement oiseuse.

401. En ce qui concerne le premier point, l'on doit indiquer de nouveau que, personne n'a jamais prétendu que la doctrine et la jurisprudence auraient prévu exactement le cas, réellement *insolite*, de *Barcelona Traction*, mais a simplement voulu montrer comment, face à ce qu'imagine le Gouvernement belge, dans la jurisprudence aussi bien que dans la doctrine, la personnalité morale des sociétés commerciales ne se présente pas comme une valeur absolue ou intangible. C'est-à-dire que, en définitive, sans déclarer éteinte une personne morale, tous les effets que l'on voudrait utiliser pour commettre une fraude peuvent être écartés. Ce qui importe, c'est cette conclusion à laquelle on peut arriver par l'examen de la doctrine et de la jurisprudence, et non une coïncidence absolue de pré-suppositions matérielles, qui n'a jamais été prétendue ni ne pouvait l'être étant donné la singularité du cas de *Barcelona Traction*.

402. En ce qui concerne la deuxième question, c'est-à-dire, la prétendue impossibilité d'adopter des mesures contre les filiales sans l'exercice préalable d'une action déclarative pour que soit décidée la nullité radicale de leur personnalité, la présente *Duplicque* n'a pas à insister de nouveau sur l'inexactitude et l'inconsistance de cette thèse; mais on doit rappeler que, grâce à elle, le Gouvernement belge a essayé à plusieurs reprises d'introduire la confusion dans des questions qui étaient très claires.

C'est ainsi qu'il a prétendu par exemple, que les sociétés filiales auraient dû être citées avant que ne fut déclarée la faillite. Le Gouvernement espagnol a déjà mis en relief dans le *Contre-mémoire* (par. 139, p. 331) que cette action préjudicielle n'était pas nécessaire et était contradictoire avec la signification transitoire et conservatoire des mesures prises. Or, le fait qu'une telle action préjudicielle ne soit pas intervenue, n'a pas exclu la possibilité de permettre aux requérants d'exercer l'action en nullité. Une fois les actifs saisis en tant que mesure conservatoire pour prévenir la fraude, ils auraient pu, en effet, engager une procédure déclarative en sollicitant la nullité de ces personnes morales; dans un tel cas, la saisie en tant que mesure conservatoire et dans l'attente d'une décision au sujet de l'action en nullité aurait subsisté, les actifs étant incorporés à la masse et aliénés le moment venu, si l'action avait été déclarée recevable.

Mais le Gouvernement belge devrait méditer sur les conséquences que cette action aurait entraînées. En premier lieu, elle aurait supposé la nullité de toutes les actions et obligations des filiales, et, par conséquent, la masse de la faillite aurait été intégrée seulement par les actifs réels, c'est-à-dire par l'exploitation économique, qui aurait été considérée comme patrimoine formel de *Barcelona Traction* à la disparition des sociétés intermédiaires. En second lieu, et ceci est particulièrement grave, les créanciers légitimes des filiales se seraient vus privés du patrimoine différencié qui servait de garantie à leurs créances, et auraient dû entrer dans la masse des créanciers de la faillite, avec pour résultat une situation nettement défavorable à leur égard, qui s'accroîtrait encore plus si l'on pense que, en concourant avec les obligations de la faillite, avangagé par la garantie spéciale de leurs obligations, ces créanciers des filiales seraient en situation d'infériorité.

403. Personne ne peut donc reprocher aux requérants et aux organes de la faillite qu'ils se soient abstenus d'exercer cette action et s'en soient remis à l'autre voie possible. Elle consistait à profiter du mécanisme complexe créé et mis en marche par la faillite, mais dans ce cas, en prenant les mesures nécessaires pour éviter les dangers de la fraude et assurer le droit des obligataires, sans aucun risque ni danger pour les tiers.

C'est ce qu'ils ont fait en définitive: ils ont exercé les mêmes facultés que celles qu'avait la faillite sur les filiales; ils ont normalisé ses organes d'administration en écartant ceux qui n'étaient que des prête-nom de la faillite; ils ont constitué de nouveaux conseils d'administration, et une fois éliminé le danger de fraude, ils ont sollicité et obtenu du Tribunal le retour à la normalité des filiales en mettant un terme aux mesures de saisie et en obtenant la restitution de l'argent et des effets saisis. A partir de ce moment, la masse de la faillite est restée intégrée définitivement par le patrimoine formel et juridique de *Barcelona Traction*, c'est-à-dire par le capital-actions et le capital-obligations des filiales directes, qui ont été ceux aliénés par la suite.

Il n'y a donc pas de changement dans la pensée du Juge en avril 1948. Le Juge s'est borné à accorder ce qu'il lui était demandé, et cette décision n'a pas été seulement juste et admissible en droit espagnol, mais aussi spécialement respectueuse avec les droits des tiers.

C. Réalité de la transformation des mesures conservatoires conséquemment à la normalisation des filiales

404. La *Réplique* (V, par. 48, p. 28-29) prétend que la saisie n'a pas eu de caractère temporaire, et qu'elle a subsisté même après la normalisation des filiales; elle admet

exclusivement que, à partir du 7 avril 1948, il s'est produit une modification dans la gestion des sociétés auxiliaires

« qui reprirent, à certains égards, les apparences extérieures de l'autonomie ».

Pour tenter de le démontrer, son argumentation est la suivante :

a) Les termes des ordonnances du commissaire, des 7 et 13 avril, prouvent la subsistance de la saisie, ainsi que le fait que l'inscription au registre de celle-ci n'a pas été annulée jusqu'en 1952 (R., V, par. 48, p. 29; par. 50, p. 31 et par. 55, p. 33).

b) L'argent des filiales a été considéré comme masse de la faillite conjointement avec celui de *Barcelona Traction* (par. 49, p. 30 et 31, et par. 54, p. 33).

c) Les actions des sous-filiales ont continué à être exercées par les organes de la faillite (par. 51, p. 31).

d) Dans l'inventaire et le cahier des charges de l'enchère bien que le patrimoine formel de la faillite et les actifs des filiales aient été formellement séparés, ces derniers ont été également incorporés (par. 52 et 53, pp. 32-33).

405. Il faut bien souligner une certaine surprise devant l'accusation portée par la *Réplique* selon laquelle le *Contre-mémoire* a commis à ce sujet « un grossier travestissement des faits ». Cette accusation est entièrement erronée. Seule la *Réplique* se permet de travestir et de tergiverser les faits avec une légèreté inadmissible.

Cela sera mis en évidence ci-après, en examinant les deux premiers points. L'imposture selon laquelle les organes de la faillite auraient exercé les droits de vote des actions des sous-filiales a déjà été mis en relief (*supra* par 305); et par ailleurs, en ce qui concerne l'objet de la vente (*infra*, s. VIII, § 1), il est également démontré que les actifs des filiales n'ont pas été l'objet d'inventaire et d'aliénation, encore qu'il ait été dit dans le cahier des charges de l'enchère que la propriété de toutes les actions des filiales entraînait la domination absolue sur les actifs de celles-ci et des sous-filiales.

1) *L'exécution de l'ordre de saisie ayant cessé en avril 1948, les biens saisis ont été rendus aux filiales.*

406. Lorsque le Gouvernement belge nie le caractère temporaire de la saisie des biens des filiales, *en fait*, il néglige un aspect très significatif. Les mesures d'exécution de l'ordre de saisie se sont limitées uniquement à la ville de Barcelone, et même là, aux seuls biens situés au siège d'*Ebro*, Plaza de Cataluña N° 2, et dans les différentes banques de la ville où les filiales avaient de l'argent ou des valeurs en dépôt.

La saisie des actifs des filiales était ordonnée le 12 février 1948; de tous les actifs, ainsi que le rappelle le Gouvernement belge. Les biens, meubles et immeubles, des sociétés étant éparpillés dans toute la Catalogne, l'accomplissement total de la mesure aurait exigé que les organes de la faillite sollicitassent du Juge de Reus autant de commissions rogatoires que de Tribunaux appelés à intervenir dans chacune des circonscriptions où la saisie devait être pratiquée.

Les organes de la faillite ont obtenu une première commission adressée au Tribunal de Barcelone, dont la juridiction leur permettait d'obtenir la possession, matérielle ou non, de tous les biens situés dans cette ville. Dans la décision du 13 février, ainsi que le rappelle le Gouvernement belge lui-même, a été prononcé la mise en possession de tous les biens, meubles et immeubles d'*Ebro* et de *Barcelonesa* sis à Barcelone « sans préjudice de leurs énumération et description éventuelles dans les actes postérieurs ». Mais dans les actes ultérieurs, seuls les biens situés au N° 2 de la Plaza de Cataluña ont été énumérés et décrits, et non pas ceux pouvant se trouver dans les autres immeubles.

Au début avril, la saisie matérielle des biens des filiales sis au numéro 2 de la Plaza de Cataluña étant terminée, les organes de la faillite auraient pu la poursuivre sur les autres biens sis dans les autres immeubles de Barcelone. Et une fois accomplis ces actes, les organes de la faillite auraient pu obtenir d'autres commissions rogatoires adressées à tous les Tribunaux de Catalogne dans la circonscription desquels existaient des biens, et procéder de même qu'ils l'avaient fait à Barcelone.

Il est un fait qui démontre que cela ne s'est pas passé ainsi. En effet, ainsi les mesures de saisie à la Plaza de Cataluña une fois terminées, il n'y a pas eu de nouvelles commissions rogatoires, le reste des biens existant en Catalogne n'ont pas été appréhendés matériellement et leur possession n'a pas fait l'objet d'une demande. Le Gouvernement belge est mis au défi d'apporter la moindre explication valable.

Cette explication, en revanche, est évidente dans les décisions du commissaire et du Tribunal de Reus; la saisie s'est transformée en contrôle et surveillance de l'activité des organes des filiales, une fois normalisées. La possession par *Ebro* et *Barcelonesa* des biens de leurs actifs ne pouvait plus porter préjudice aux droits de la faillite sur ses filiales, puisque les administrateurs prête-noms de la faillite avaient été congédiés et substitués.

Les faits prouvent, contrairement à ce que prétend le Gouvernement belge, que les mesures de saisie ont eu une limitation en raison de leur objet et qu'elles ont totalement cessé au début avril 1948, une fois les organes de la faillite normalisés.

407. La Réplique prétend (par. 48, p. 29) que le contrôle des filiales ne pouvait pas être conçu sans la saisie des actifs. La limitation objective et temporaire de la saisie montre d'elle-même, le manque de fondement de l'accusation.

De plus, le contrôle et la surveillance des organes des filiales étaient imposés par la nature même des droits saisis à la faillite. C'est sur ces droits que reposent le contrôle et la surveillance indiqués. Ici non plus, on ne comprend pas l'étonnement du Gouvernement belge. D'autant moins que, en définitive, les Juges espagnols n'ont fait qu'attribuer aux organes de la faillite, représentants des créanciers, une fonction analogue à celle qu'exerçait, selon la partie adverse, la *National Trust*, pour veiller sur les intérêts des obligataires.

Si la normalisation des organes des filiales avait été, ainsi que le prétend le Gouvernement belge, une procédure imaginée pour laisser les filiales et leurs actifs aux mains du groupe espagnol, le Tribunal aurait eu soin de faire cesser le contrôle et la surveillance qu'exerçaient les organes de la faillite, et le Tribunal lui-même à travers eux; sans ce contrôle, en effet, les organes des filiales auraient pu servir les intérêts du groupe espagnol de créanciers au détriment des autres créanciers et de la société faillie elle-même. Mais, que

dirait alors le Gouvernement belge? Ce qui aujourd'hui veut être présenté comme une mesure insolite, serait présenté alors comme quelque chose dont l'omission constituerait un attentat contre les créanciers et la faillie¹.

408. L'argument selon lequel une mesure aussi grave que la saisie ne pouvait être levée au moyen d'une simple ordonnance du commissaire est gratuit et inacceptable. Les faits prouvent le contraire de ce que prétend le Gouvernement belge. Les mesures conservatoires, de par leur nature même d'instrument et de garantie, sont essentiellement réformables par le Juge dès que le *periculum in mora* disparaît ou change d'intensité. Et la loi espagnole n'exige aucune formalité spéciale dans la décision qui met fin ou transforme une mesure conservatoire antérieure. Le commissaire a donc pu accorder la fin des mesures de saisie ou d'appréhension et la restitution des biens saisis aux filiales, par une simple ordonnance. Il est clair que celle-ci devait être ratifiée par le Tribunal, et c'est ce qui a été fait le 10 avril 1948. Il faut signaler une fois de plus que la partie adverse joue avec des arguments formels, dépourvus de toute pertinence en l'espèce. On ne discerne pas quelle différence aurait pu résulter pour la marche de la faillite du fait que la décision judiciaire ait revêtu une forme plutôt qu'une autre, c'est-à-dire celle de jugement (*auto*) au lieu de celle d'ordonnance (*providencia*).

409. En ce qui concerne les termes de l'ordonnance prise par le commissaire le 7 avril, on pourrait probablement être d'accord avec le Gouvernement belge lorsqu'il écrit qu'ils écartent toute espèce de doute mais non dans le sens voulu par la *Réplique*, sinon justement dans le sens contraire. La partie adverse suit ici le système d'isoler de petits paragraphes ou des membres de phrase de l'ordonnance pour utiliser des expressions plus ou moins correctes, au lieu d'en lire attentivement le dispositif². Le fait est que le commissaire, dans cette partie dispositive, a tenu pour terminées les mesures de saisie en constatant que les soldes et les dépôts bancaires avaient été saisis, et sans nécessité donc, que se réalisent des mesures de saisie sur les autres actifs des sociétés filiales³. Ensuite, en rai-

¹ Pour démontrer que ce contrôle et cette surveillance n'avaient pas pour fondement la saisie, et n'en avaient pas besoin, il suffit de rappeler ce qui est arrivé avec les paquets d'actions saisis aux filiales et sous-filiales par rapport à des sociétés normales (A.D., 81 et 82). Aussi bien, chez « *Productora de Fuerza Motrices, S.A.* » que chez « *Carbones de Berga, S.A.* », l'exercice des droits de l'actionnaire par les organes des sociétés titulaires des actions, est resté soumis également au contrôle et à la surveillance des organes de la faillite: ceux-ci assistaient à l'une ou à l'autre des Assemblées générales d'actionnaires des deux sociétés en même temps que les administrateurs des filiales et sous-filiales de la faillite pour s'assurer que ne serait prise aucune mesure contraire aux intérêts de la faillite. Et cependant, *Productora et Carbones de Berga*, n'étant pas des sociétés unipersonnelles, elles n'ont pas fait l'objet de l'ordre de saisie prononcé par le Tribunal de Reus.

² Il ne faut pas oublier que le commissaire de la faillite en Espagne est un commerçant et non un juriste; qu'il est parfaitement possible qu'il fasse des affirmations incorrectes et qu'il ne comprenne pas exactement la valeur des termes dont il se sert. Mais la justesse de ses décisions et leur signification doivent être appréciées par le contenu du dispositif de la décision et non à partir des raisons qu'elle allègue.

Dans ce sens, le commissaire, en rendant son ordonnance du 7 avril 1948, l'a fait précéder de deux paragraphes qui commençaient par le mot « vu », suivis d'autres paragraphes justificatifs de la décision, commençant par le terme « considérant »; et il est bien connu que les ordonnances (seules décisions pouvant être prises par les commissaires) ne sont pas précédées d'attendus selon l'article 370 du Code de procédure civile.

Mais le Gouvernement espagnol ne discerne pas quelle infraction peuvent supposer les erreurs techniques commises par le commissaire, si le dispositif était correct; et il estime que c'est une tactique de plaideur de mauvaise foi, que se passer de la partie dispositive pour isoler des phrases qui n'ont pas dans le contexte l'affirmation qu'il leur attribue.

³ L'argent que les sociétés avaient dans les banques était rendu aux sociétés filiales; et les titres des sous-filiales ont été mis de fait à la disposition des filiales et des sociétés qui étaient les titulaires formels des actions.

sonnant sur le fait que les filiales étaient des personnes morales, et que la saisie s'était faite sans préjudice du fonctionnement des sociétés, il a disposé que :

«... soit assuré le fonctionnement normal desdites compagnies par l'intermédiaire des organes normaux d'administration et de gestion, avec l'intervention et sous le contrôle du séquestre-dépositaire de la faillite... »

Certes, le commissaire, à la fin du dispositif, a ajouté les termes « et tout cela, sans préjudice du maintien de la saisie de tous les biens et de tout l'actif des sociétés en cause », mais ces mots doivent être interprétés conformément à ce que le commissaire entendait par saisie dans l'un des Considérants de l'ordonnance, où il entend que la saisie ne se réalise pas par la possession des biens (médiante ou immédiate) mais par le contrôle exercé par le séquestre-dépositaire de la faillite¹; et c'est dans ce sens — comme on le verra plus loin — que l'ordonnance du commissaire a été exécutée.

Tout ceci autorise à affirmer que la saisie a cessé en avril 1948, car à partir de cette date il n'y a plus eu de nouvelles mesures de prise de possession; l'argent et les titres et documents ont été restitués aux filiales; les droits des actions dont elles étaient titulaires ont été exercés par leurs organes, et les organes de la faillite se sont bornés à exercer le contrôle et la surveillance que leur avait conféré le commissaire, avec l'approbation judiciaire. Il est révélateur, dans ce sens, que le Gouvernement belge s'abstienne ici de faire la moindre référence à l'ordonnance du Tribunal de Reus du 10 avril ratifiant celle du commissaire. Le Juge n'y fait aucunement allusion au maintien de la saisie et avec une technique juridique qui ne pouvait être pas exigée du commissaire, il dispose de façon catégorique² que les sociétés « doivent continuer à fonctionner avec une gestion autonome de leur vie économique et administrative; mais, comme il s'agit de sociétés subsidiaires de la société faillie, puisque la totalité de leurs actions lui appartient, elles doivent continuer à être astreintes au contrôle supérieur et à la surveillance du séquestre-dépositaire de la faillite. »

On cherchera en vain ici une phrase pouvant indiquer que la saisie subsiste ou qu'elle doit continuer. La décision de suspendre la saisie est évidente et seule l'utilisation malsaine de quelques phrases isolées de l'ordonnance prise par le commissaire, l'oubli volontaire de la valeur primordiale du dispositif de cette ordonnance et le silence le plus absolu sur l'ordonnance prise par le Juge le 10 avril, peuvent rendre possible la position que le Gouvernement belge essaie de défendre sans aucun fondement.

410. L'argument avancé par la *Réplique* (V, par. 50, p. 31) sur la base de l'ordonnance rendue par le commissaire le 13 avril 1948, est parallèle à celui utilisé à propos de celle du 7 avril et mérite la même réponse³.

¹ La référence porte sur le second des Considérants, dans lequel, après avoir raisonné sur la restitution aux filiales des fonds saisis, il affirme que le *fonctionnement normal* des sociétés devait être « sans toutefois porter préjudice à la saisie, raison pour laquelle, en tout état de cause, elle doit être contrôlée par les organes représentatifs de la masse de la faillite et en particulier par le séquestre-dépositaire ». Il est donc évident que dans la pensée du commissaire l'ordre de saisie devait être maintenu. Non pas pour donner au séquestre-dépositaire la possession des biens (médiante ou immédiate), ni de manière que celui-ci retienne la possession des biens déjà saisis, mais en reconnaissant aux organes de la faillite un contrôle et une administration.

² Il va sans dire que l'ordonnance du Tribunal ne contient aucun fondement de la décision, puisque les ordonnances ne contiennent pas en Espagne d'attendus. Si le commissaire pouvait l'ignorer, le Juge ne l'ignorait pas, lui.

³ Si l'ordonnance du 13 est lue *entièrement* et non par fragments, la pensée du commissaire ne peut pas être plus évidente (*supra* N° 267).

Mais cet argument au sujet des actions des sous-filiales est particulièrement malheureux. C'est précisément en vertu de ces ordonnances des 7 et 13 avril 1948, comme on l'a démontré à satiété, que les droits des actions des sous-filiales ont été exercés par les organes des filiales directes de *Barcelona Traction*. Et personne ne peut donc nier la restitution aux filiales directes des droits qui avaient été initialement l'objet de saisie, et le remplacement de celle-ci par une fonction de contrôle et de surveillance.

Quant aux titres, il n'y a pas eu de transfert de la possession matérielle, parce qu'ils se trouvaient déposés dans des banques, et ils y sont restés; mais la possession légitime a été invoquée par la suite par les administrateurs des filiales et non par les organes de la faillite.

411. Le Tribunal N° 4 de Barcelone, ainsi que le rappelle la *Réplique* (V, par. 55, p. 33), a ordonné l'annotation au Registre du Commerce du jugement déclaratif de faillite, en ce qui concerne *Ebro* et *Barcelonesa*; et le 19 août 1952, M. Gambús, représentant l'*Ebro*, a sollicité et obtenu la radiation (*cancelación*) de l'annotation.

La *Réplique* prétend en déduire que la saisie a subsisté jusqu'à cette date ¹. Rien n'est plus faux. L'annotation au Registre du Commerce ne se fait pas comme une mesure de saisie des biens d'une société, mais pour la publicité de certaines décisions pouvant affecter celle-ci. La radiation n'a pas été faite parce que la saisie a pris fin avant ou après, mais parce que les annotations deviennent caduques au bout de quatre ans. Tant que la déclaration de faillite existait et affectait l'*Ebro*, les administrateurs de celle-ci ne pouvaient pas demander la radiation à moins que, comme cela est arrivé en 1952, les quatre années se soient écoulées ².

Une dernière observation: le Gouvernement belge affirme dans la *Réplique* qu'il n'y a pas de saisie sans appréhension matérielle des biens; et elle affirmait dans le Mémoire que seulement l'argent et les documents des filiales avaient été saisis matériellement (*supra*, par. 373).

Comment peut-il prétendre ici que les actifs des filiales étaient saisis par le fait que le jugement déclaratif de faillite ait été inscrit au Registre du Commerce? Pour défendre une thèse aussi invraisemblable, il n'est pas d'argument qu'il n'utilise, même s'il tombe ainsi dans la plus flagrante contradiction.

2) Les fonds des filiales n'ont pas été incorporés à la masse de faillite.

412. En ce qui concerne la trésorerie des filiales, la *Réplique* adopte une attitude particulièrement inadmissible; d'une part, elle mêle des concepts sans citer le montant des postes correspondant aux concepts utilisés ³; de l'autre, elle tergiverse le sens et la portée

¹ On pourrait relater ici les vicissitudes ultérieures à cette radiation, et comment c'est la faillite qui a prétendu que cela était le fait de l'écoulement du temps et non d'une décision du Tribunal (voir A.D., 104). On pourrait également faire remarquer que l'annotation n'a été faite que pour deux des sociétés. Mais il s'agit là de questions sans importance.

² La faillite elle-même, en protestant contre la radiation, disait que l'annotation aurait dû être prorogée, puisque la situation de faillite de *Barcelona Traction* subsistait, et non parce que la saisie des actifs d'*Ebro* et de *Barcelonesa* avait pris fin avant ou après (vid. A.D. 104).

³ Par exemple, en prenant dans la décision du 7 avril des termes isolés, sans préciser la correspondance de ces termes avec la réalité, elle parle (p. 29) de ce que seulement une partie des fonds d'*Ebro* lui

de certaines décisions¹; et finalement, elle déforme des faits sans que le Gouvernement espagnol, même disposé à la plus grande compréhension, puisse lui trouver des excuses².

Il est bien nécessaire de rétablir l'exacte réalité, au moyen d'un exposé synthétique des faits³.

413. Lors de la normalisation des filiales, la trésorerie d'*Ebro*, en tant que tête de groupe, comptait 167.363.316,87 pesetas. De cette somme, le dépositaire — en vertu des ordonnances des 7 et 13 avril — a mis à la disposition des filiales près de 160 millions de pesetas. C'est avec le solde, qui se montait strictement à sept millions et demi de pesetas qu'il a constitué la caisse de la faillite. La « partie importante de l'argent liquide, appartenant à l'*Ebro* », dont parle la *Réplique* (p. 30), se ramenait à cette somme, dont l'importance devra être déterminée en fonction du volume total de la trésorerie.

414. La *Réplique* insiste au sujet de l'ordonnance rendue par le Juge spécial le 10 mai 1948, selon laquelle 100.000.000 de pesetas devaient être versés à la Caisse générale des Dépôts. L'importance que la partie adverse prétend attribuer à cette ordonnance est réduite à néant si l'on sait qu'elle a été rendue trois jours après l'entrée en fonctions du Juge spécial; que, lorsque les organes de la faillite lui ont exposé en détail la situation des fonds, le Juge a décidé le transfert du Tribunal spécial à Barcelone afin de connaître ainsi entièrement les données de fait; et que, finalement, en pleine connaissance des faits, non seulement il n'a pas changé la situation des fonds, mais encore, par l'ordonnance du 2 juin 1948, il a prescrit que la reddition des comptes périodique par le dépositaire se fasse sur l'ensemble des fonds, mais en séparant les biens afférents aux filiales — que le dépositaire contrôlait ou autorisait simplement — de ceux qui constituaient la Caisse de la faillite proprement dite.

415. Pour être versée à la Caisse générale des Dépôts, le dépositaire remit la somme de 100 millions. Plus tard, les sociétés filiales manquant de fonds, il sollicita à la demande de leurs Conseils la somme de 20 millions de pesetas. Le juge fit droit à la demande et la faillite forma recours contre l'ordonnance en disant que cette somme ne devait pas être mise à disposition des conseils des filiales mais à celle du dépositaire. Le jugement du 18 juin 1949, invoqué inexplicablement par la partie adverse (A.R., N° 17, vol. I. pp. 38 à 40) rejeta le recours, et le juge déclara explicitement que les millions déposés étaient la propriété d'*Ebro*, et qu'ils n'avaient pas pour but d'acquitter les frais de la faillite.

416. A la suite de divers versements et retraits de fonds, les dépôts des fonds des filiales à la Caisse générale des Dépôts, se montait à 81 millions. La mission du dépositaire

ont été rendus, et qu'il n'y a pas eu une restitution globale de ces fonds; et elle ajoute (p. 30), que les organes de la faillite ont gardé, après le 7 avril la disposition « d'une partie importante de l'argent liquide appartenant à l'*Ebro* ».

En réalité, on estime que pour juger les faits, s'agissant de sommes liquides, il n'est pas licite de parler de « soldes » ou de « partie des fonds », sans indiquer à combien se montent ces soldes ou ces fonds.

¹ Ainsi, lorsqu'elle se réfère à l'ordonnance du 10 mai 1948, prise par le Juge spécial (par. 49, p. 30), ou à l'arrêt de la Cour de Barcelone du 22 décembre 1954 (par. 54, p. 33).

² Un exemple indiscutable consiste dans l'affirmation que les dix millions en pesetas versés par l'adjudicataire en paiement d'une partie du prix, ont été remis à la Caisse générale des Dépôts, où cette somme « se mélangea, dans un même compte, aux fonds qui s'y trouvaient déjà et provenaient des caisses d'*Ebro* » (par. 49, p. 31).

³ Pour le développement de ces conclusions, ainsi que les documents à l'appui, voir A.D., 105.

ayant pris fin, les Juges spéciaux successifs n'ont plus exigé des syndics le dépôt de la trésorerie des filiales. Le dépositaire est un commerçant désigné par le Tribunal, alors que les syndics sont nommés par les créanciers; il n'y a donc pas lieu d'exiger d'eux les mêmes garanties que l'on exige du dépositaire.

Les 81 millions sont donc restés à la Caisse générale des Dépôts jusque y compris l'adjudication des biens de la faillie à F.E.C.S.A.

Il convient de préciser que la *Réplique* fait semblant de croire que la Caisse générale des dépôts fonctionne en Espagne comme un établissement bancaire, où l'on peut ouvrir des comptes courants au bénéfice des dépositaires et tirer ou verser des sommes d'argent. Rien n'est plus faux. Chaque dépôt qui se fait à la Caisse reste à la disposition de la justice, avec une totale indépendance de tout autre dépôt, sans que les uns et les autres puissent se mélanger ou confondre. Pour disposer d'une partie de la somme déposée, il faut tout retirer — moyennant la remise du récipissé — et une fois retranchée la somme voulue, refaire le dépôt contre remise d'un autre récipissé.

417. Cette considération élémentaire sur le fonctionnement de la Caisse des Dépôts souligne l'inexactitude de l'affirmation faite dans la *Réplique* (V, par. 49, p. 31), lorsqu'elle prétend que les dix millions payés en pesetas par F.E.C.S.A. — après la vente — sont venus se confondre dans un même compte avec les fonds qui s'y trouvaient déjà provenant des caisses d'*Ebro*. Cette confusion de deux dépôts *sur un même compte* de la Caisse est absolument impossible. Mais il y a plus, et c'est que si l'argent en provenance des filiales était versé à la succursale de la Caisse à Barcelone, les dix millions payés par F.E.C.S.A. ont été déposés à la succursale de Tarragone.

418. Les biens ayant été adjugés à F.E.C.S.A., il fallait donc décider quant au destin des 81 millions qui restaient à la Caisse des Dépôts. Si, ainsi que le prétend la *Réplique*, la trésorerie d'*Ebro* avait été incorporée à la masse et les actifs des filiales vendus, ce montant aurait dû rester à la disposition des syndics pour régler les créanciers, puisque les syndics vendent les biens de la masse, mais non l'argent pouvant s'y trouver. Par contre, si la trésorerie d'*Ebro* était toujours la propriété de la société, les organes de celle-ci avaient le droit de la réclamer, pour autant que la mesure conservatoire était devenue inutile dès lors que la faillie n'était plus actionnaire d'*Ebro*, l'adjudicataire s'y étant substitué.

La Cour de Barcelone, par jugement du 22 décembre 1954 (A.R., N° 20, Vol. I, p. 66) a donné l'ordre d'extraire les 81 millions de la Caisse, afin que les syndics remettent cette somme à son propriétaire: *Ebro*. L'affectation des 81 millions d'*Ebro* et des 10 millions payés par *Fecsa* a été entièrement différente. Devant une telle tergiversation des faits, le Gouvernement espagnol peut très bien demander *qui donc le Gouvernement belge espère-t-il abuser en ayant recours à de tels procédés?*

3) Mainlevée de la mesure conservatoire de contrôle et de surveillance sur les sociétés filiales

419. La *Réplique* prétend (par. 54, p. 33) que la saisie des actifs des filiales n'avait pas cessé en août 1952 puisque les syndics ont été obligés de demander de mettre fin aux mesures de saisie¹.

¹ La demande présentée par les Syndics le 8 août 1952, figure au A.R., N° 19, vol. I, pp. 62 et ss.

Une fois de plus, la *Réplique* tergiverse les faits. Les syndics, une fois adjudgé le capital-actions des sociétés filiales, ont entendu que la saisie sur les biens vendus (capital-actions et capital-obligations des filiales directes) et l'intervention dans la vie administrative des filiales devait être levée. Ils n'ont donc pas demandé de libérer les actifs, mais d'arrêter la mesure de contrôle et de surveillance sur les filiales, mise en place jusqu'alors.

En rendant les comptes le 31 juillet 1952, ils l'ont indiqué ainsi au Tribunal. Celui-ci déclare dans son ordonnance que, en ce qui concerne le maintien ou non de l'intervention, dès que la requête aurait été formulée concrètement il y serait statué. Les syndics ont alors demandé le levée des mesures de contrôle et de surveillance¹.

420. La *Réplique* a bien soin de cacher les suites de l'incident suscité par la requête des syndics. Le Tribunal spécial, par ordonnance du 16 août 1952, a accordé la levée de l'intervention ou contrôle.²

La faillie forma alors un recours en retractation (*reposición*), que le tribunal spécial rejeta dans son jugement du 30 août 1952³. La Cour d'appel à son tour, rejeta l'appel interjeté par la faillie; et celle-ci formait alors un pourvoi en cassation pour inobservation des formes⁴ et pour violation de la loi⁵.

L'ensemble de tous ces actes de procédure (A.D., 106) souligne la logique absolue des décisions adoptées par les Tribunaux espagnols aussi bien en ce qui concerne la mesure conservatoire que la réalité de celle-ci dans ses modalités de contrôle et de surveillance.

¹ Dans l'écrit du 8 août 1952 figurent des paragraphes aussi révélateurs que le suivant:

« Dans l'ordonnance mentionnée, le juge ajoute: 'et, en ce qui concerne le maintien possible ou la levée du contrôle des sociétés considérées comme filiales de la faillie, à laquelle fait mention l'écrit des syndics, intervention décidée par le jugement déclaratoire de faillite et les jugements postérieurs rendus dans la pièce d'administration, une fois que les syndics auront exposé concrètement ce qu'ils estiment conforme au droit, il sera statué'. Et les syndics terminaient par cette conclusion qu'il plaise au tribunal de: « bien vouloir déclarer de ce fait qu'en vertu de la vente faite à *Fuerzas Eléctricas de Cataluña* des biens appartenant à *Barcelona Traction*, conséquence de la vente aux enchères qui eut lieu le 4 janvier de l'année en cours, est levée et sans effet postérieur la saisie de toutes les actions, obligations et autres crédits qui furent saisis en vertu du jugement déclaratif de faillite et des jugements complémentaires et qui étaient la propriété ou appartenance de la société en faillite ou de ses filiales dont le capital-actions était sa propriété totale. Qu'en conséquence, a cessé le contrôle qu'exerçaient les Syndics de la faillite de la *Barcelona Traction* sur les dites sociétés en vertu de cette saisie ou le cas échéant, que le juge rende une décision adéquate selon laquelle cette saisie ou ce contrôle reste sans effet ».

² Il a été accordé que: « ... ces actions ayant été aliénées (celles des sociétés auxquelles se rapporte le jugement déclaratif de faillite) et les droits qui pourraient assister la faillie sur lesdites actions à une tierce personne ayant été transférés, il y a lieu de prononcer la levée de la saisie et du contrôle sur les sociétés en question... »

³ Dans ce jugement il est dit qu'il: « ... s'appuie sur le transfert de la propriété et possession des actions des compagnies ou sociétés de référence à une tierce personne, dans une procédure d'aliénation réalisée dans la procédure de faillite, et que ces actions étant sorties du patrimoine de la masse de la faillite l'intervention des organes de la faillite de ces sociétés manque de fondement, du fait que la personnalité juridique subsiste et n'a pas subi d'altération bien que les titres ou actions de leur capital sont passés entre les mains d'une personne autre que la faillie ». (Les italiques ne figurent pas dans le texte.)

⁴ Le pourvoi ayant été déclaré irrecevable par la Cour d'Appel, la faillie forma un recours dit de *queja* directement auprès de la première chambre du Tribunal Suprême; celui-ci, en le rejetant a fait valoir expressément que la décision en cause n'était pas définitive, puisqu'il s'agissait d'une mesure conservatoire. Arrêt du 22 juin 1954, dont le considérant a déjà été transcrit (*supra* N° 369 et A.D., 100).

⁵ Déclaré irrecevable par le Tribunal Suprême; arrêt du 2 juillet 1955.

D. Conséquences de la normalisation des filiales ¹

421. La reconnaissance judiciaire de la normalisation des sociétés a été le résultat de la conduite des administrateurs d'*Ebro* et des autres filiales; une fois admise la normalisation, les conséquences se sont projetées sur toute l'activité sociale. Le changement d'administrateurs et leur agrément par l'autorité judiciaire ont entraîné la mutation des avoués qui représentaient *Ebro* et au nom de laquelle les recours avaient été formés; on peut en dire autant à l'égard des autres filiales.

Le Gouvernement belge prétend que cette manœuvre a laissé les filiales sans défense et leurs intérêts sans protection. Mais tout cela n'est qu'un bluff monté par la faillie pour alléguer des prétendus dénis de justice. En effet, qui l'*Ebro* et les autres filiales défendaient-elles? Quel intérêt leurs recours servaient-ils? Certes pas l'*Ebro* ni *Barcelonesa*, qui, en récupérant leurs biens et leur trésorerie ne subissaient plus aucun préjudice du fait de la faillite. Les filiales défendaient la *Barcelona Traction*, dont elles recevaient des ordres, et qui, selon le Gouvernement belge lui-même, ont été lancées dans une lutte d'avant-garde par la faillie, laquelle ne voulait pas apparaître dans le prétoire pour continuer à maintenir la fiction du manque de compétence des Tribunaux espagnols.

Elles servaient seulement l'intérêt de la faillie, qui, du fait de la faillite et de la normalisation avait perdu la domination des filiales, qui, suivant ce que le Gouvernement belge a dit au cours de la procédure orale, était le prétendu préjudice causé à *Barcelona Traction*.

Le Gouvernement belge ne prétendra pas que, une fois les filiales normalisées, et les hommes de paille remplacés par des personnes qui avaient la confiance des créanciers, les filiales eussent continué à faire le jeu de *Barcelona Traction*. La conséquence, et la présente *Duplique* n'a pas à le nier, ce n'est pas que les filiales soient restées sans protection mais que *Barcelona Traction*, pour la première fois dans son histoire, privée de l'appui des filiales, s'est vu contrainte d'entrer en lice et de se présenter devant les instances judiciaires, hors de délai et face à une situation irrémédiable.

422. Si les sociétés filiales n'avaient pas été des sociétés unipersonnelles, dominées entièrement et sans autre intérêt que celui de la faillie, elles se seraient empressées d'entamer l'action dite *terceria de dominio*, en alléguant et en prouvant que les actions appartenaient en réalité à d'autres personnes ² totalement ou en partie, exactement comme le leur avait indiqué le Juge le 26 février et le 17 mars (*supra*, par. 390), et elles auraient à la fois demandé en tant que mesure conservatoire, la suspension des mesures de saisie et de normalisation des organes. Seulement dans le cas où malgré cela, la normalisation des sociétés et la révocation des avoués aurait été accordées, on pourrait discuter si les sociétés filiales avaient été ou non victimes d'un déni de justice.

Une conduite honnête, franche et sincère de la part des filiales qui démontrerait la réalité de ce qu'elles affirmaient seulement comme hypothèse — c'est-à-dire, leur normalité et leur indépendance — aurait provoqué un retournement radical dans l'attitude des

¹ Pour une plus grande clarté, nous constatons ici ce point, quitte à y revenir plus loin (*infra*, s., v § 2) pour réfuter les critiques formulées concrètement dans la *Réplique*.

² Cette preuve devait être très facile à faire pour l'*Ebro* si ses actions étaient, comme l'on prétend aujourd'hui, nominatives, mais le fait est que devant le tribunal, il a été insinué clairement que l'on ne pouvait pas connaître les faits sur lesquels il leur était demandé des preuves, ses actions étant au porteur.

Tribunaux. Mais, cette conduite était impensable chez les filiales, parce que ce qu'elles affirmaient était faux et qu'elles le savaient. Et *Barcelona Traction*, en définitive, s'est trouvée, comme beaucoup de tricheurs, prise à son propre piège.

§ 4: *Inexistence des infractions légales dénoncées dans la Réplique dans le traitement accordé aux filiales, avant et après leur normalisation*

423. Le *Contre-mémoire* a démontré que les mesures adoptées à l'égard des filiales ont été correctes « de fait » et « de droit ».

Pour terminer la réfutation des accusations faites dans la *Réplique*, il convient de revenir sur certaines allégations de caractère juridique: les mesures adoptées à l'égard des filiales, avant et après leur normalisation, n'ont enfreint aucun précepte du droit des sociétés, ni violé les règles relatives à la faillite ou à la saisie de sociétés concessionnaires de services publics.

A. *Le Droit des sociétés n'était pas un obstacle à l'adoption des mesures conservatoires*

424. La *Réplique* (V, par. 517 et 518, pp. 371 à 373) invoque différents préceptes relatifs à la personnalité des sociétés commerciales, à leur nationalité et à la distinction entre la société et ses associés.

Le sens et la portée des mesures adoptées à l'égard des filiales étant exposés, — sociétés unipersonnelles aussi bien en droit espagnol qu'en droit canadien — il est évident qu'aucun des préceptes cités n'a pu être enfreint. Ces mesures ainsi qu'il a été dit, non seulement ne supposaient pas une méconnaissance de la personnalité juridique des filiales, mais pré-supposaient la permanence de cette personnalité.

Mais la présente *Duplique* tient à indiquer que la *Réplique* a invoqué expressément l'article 174 du Code de commerce espagnol, pour soutenir que les créanciers ne pouvaient pas exercer leurs droits sur le patrimoine social. A ces fins, la *Réplique* (p. 371) transcrit le texte du précepte légal en omettant le second paragraphe, qui assurément gêne le Gouvernement belge et le porte à faire cette affirmation douteuse qui se prête à des interprétations très diverses¹.

L'article 174 du Code de commerce ne protège pas l'associé débiteur ou failli², mais le *patrimoine de la société même*, qui ne peut pas être démembré par l'action des

¹ Voici ce précepte:

« Les créanciers d'un associé n'auront, en ce qui concerne la compagnie, même dans le cas de faillite de celui-là, d'autre droit que celui de saisir et de percevoir ce qui, à titre de bénéfice ou de liquidation, pourrait appartenir à l'associé débiteur. Ce qui est établi à la fin du paragraphe précédent ne sera applicable aux sociétés constituées par actions que lorsque ces dernières seront nominatives ou si elles sont au porteur lorsque leur légitime propriétaire sera connu. »

C'est la traduction déjà faite à la page 304 du *Contre-mémoire*, IV, qui, contrairement à celle page 371 de la *Réplique*, s'adapte littéralement au texte.

² Ainsi qu'il a été indiqué dans le *Contre-mémoire* (par. 97, p. 305), ce précepte a été invoqué à plusieurs reprises dans la faillite, en tant que loi de couverture pouvant protéger *Barcelona Traction* et permettant à ses prête-noms de consommer la fraude.

créanciers d'un associé. Les créanciers ne peuvent pas demander la saisie et l'aliénation des biens que l'associé a apporté à la société, et qui sont venus s'intégrer au patrimoine de celle-ci; ils doivent se limiter à solliciter la saisie et l'aliénation des droits ou des participations de l'associé dans la société.

C'est ainsi que l'on peut affirmer que le précepte n'affecte en rien les droits politiques de l'action, qui en cas de faillite, sont exercés par les organes de celle-ci, par suite de la déchéance du failli (*supra*, par 243). Le précepte se limite à consacrer l'intangibilité du patrimoine social.

La *ratio* de cette protection de l'intangibilité du patrimoine se trouve dans le fait que les créanciers de la société ont le droit de voir maintenue la garantie de leurs créances et différencié le patrimoine sur lequel le cas échéant, ils doivent faire effectives ces créances; et aussi par le fait que les co-associés du débiteur ou du failli ne peuvent pas être lésés par suite d'une action dans laquelle ils ne sont que des tiers.

425. Dans le cadre de ce précepte, les Tribunaux espagnols ont eu une conduite extrêmement respectueuse à l'égard du principe de l'intangibilité du patrimoine face aux seules personnes qui pouvaient et devaient être respectées dans leurs droits, c'est-à-dire les créanciers des filiales. Il n'y a eu ni déclaration de nullité avec incorporation des actifs à la masse, ni vente des actifs des filiales. Bien au contraire, la saisie initialement ordonnée s'est projetée sur la totalité du patrimoine en tant que mesure de sauvegarde à la fois des droits des créanciers de *Barcelona Traction* et de ceux des filiales, tant que la personnalité et le fonctionnement de celles-ci ont été maintenus et leur patrimoine différencié pour répondre aux dettes sociales à l'égard des créanciers privatifs de chaque filiale.

Ensuite, en normalisant les sociétés filiales et en leur rendant l'intégralité de leurs actifs, ceux-ci ont continué à répondre des dettes vis-à-vis des créanciers particuliers. La vente des actions des filiales et non pas celle des actifs, n'a absolument pas lésé le principe de l'intangibilité patrimoniale à l'égard des créanciers de ces filiales. C'est pourquoi ces créanciers n'ont pas fait partie de la faillite, et leurs créances n'ont pas intégré le passif débiteur¹.

Si des créanciers nous passons aux co-associés, on s'aperçoit immédiatement que, dans ce cas, l'application de l'article 174 n'avait aucun sens, simplement parce que dans notre argumentation il ne s'agissait pas de la faillite d'un associé, mais de celle de l'associé unique. Pour cette raison, même pendant la saisie conservatoire d'une part des actifs, et même si on l'avait étendue — en vertu de la décision judiciaire — à tous les actifs sans distinction, ni *Barcelona Traction* ni *Ebro* ne pourraient invoquer un précepte de toute évidence étranger à la société unipersonnelle.

L'intervention et le contrôle des organes de la faillite dans l'administration des filiales après la normalisation, ne supposait l'exercice d'aucun droit sur leur patrimoine, mais la simple surveillance de l'exercice que leurs organes d'administration faisaient de ces droits.

¹ C'est ce qui serait arrivé si l'on avait exercé une action en nullité et si les actifs avaient été incorporés à la masse. Aucun créancier réel des filiales n'a jamais exercé une action quelconque ni essayé d'intervenir dans la faillite de la société-mère; le Gouvernement belge lui-même ne peut montrer la moindre créance que les sociétés filiales n'auraient pas honorée sous prétexte de la faillite de la *Barcelona Traction*.

426. Finalement, ce même précepte prouve qu'il n'y a eu aucune infraction de la part ni du tribunal de Reus ni du juge spécial, en autorisant les organes de la faillite à retenir du compte d'*Ebro* le solde de 7.500.000. En tant qu'actionnaire unique d'*Ebro*, *Barcelona Traction* — et substitués à elle les organes de la faillite — ils avaient le droit de percevoir ce qui pouvait leur correspondre au titre de bénéfices ou dividendes dans l'exploitation d'*Ebro*; et comme obligataire également unique, le droit de percevoir les intérêts afférents aux obligations. C'est à ce droit aux bénéfices et intérêts, qu'a répondu la séparation du solde total du compte d'*Ebro* de cette somme d'un montant si insignifiant par rapport à celle restituée par la suite. En un mot, lorsque la comptabilité de la société faillie a été mise en route, des sommes lui appartenant y ont été inscrites, sans que l'on puisse parler de confusion patrimoniale ni de méconnaissance de la personnalité distincte d'*Ebro*¹.

B. *Non-violation des règles sur la faillite des sociétés concessionnaires de services publics*

427. La *Réplique* accorde une grande place à expliquer à la Cour les dispositions en vigueur dans le droit espagnol en matière de faillite des sociétés se livrant à l'exploitation de chemins de fer (V, par. 539 à 543, pp. 395 à 399), et elle s'efforce de démontrer à grand renfort de citations, que de tels préceptes sont applicables à toute société concessionnaire de services publics (par. 544, pp. 399 à 401).

Il est inutile d'entrer ici dans l'examen de cette nouvelle allégation, et on renvoie en annexe l'étude doctrinale nécessaire qui démontre l'inconsistance de la thèse belge sur l'application de ces règles aux sociétés de production et de distribution d'énergie électrique². Mais il semble en revanche opportun de réfuter ici une allégation fondamentale que le Gouvernement belge fait sur ce sujet. Il affirme que si le groupe March s'est attaqué à *Barcelona Traction* c'est parce que, s'il attaquait directement les filiales, il se heurterait à ce régime spécial sur la faillite des compagnies de chemins de fer et d'autres travaux publics (R., par. 538 et 545, pp. 395 et 401-402) (voir A.D. N° 108, 109 et 110).

On est de nouveau perplexe devant une telle affirmation, car on ne sait pas très bien si l'on se trouve devant une allégation de droit ou devant une tentative de diversion. Comment est-il possible que le groupe March ait pu attaquer directement *Ebro* et les autres filiales s'il n'était que créancier de *Barcelona Traction*, seule société ayant sursis aux paiements?³

428. Les créanciers de *Barcelona Traction* ont comparu devant les tribunaux espagnols, étant porteurs d'obligations émises par cette société et impayées depuis 1936. Ils ont demandé la faillite de cette société débitrice, et non celle d'une autre société.

¹ Lors de la procédure de « receivership » ouverte au Canada en 1948, la Cour Suprême de l'Ontario a ordonné la saisie par le « receiver » de tous les biens du groupe: c'est ce qui a amené le « receiver » canadien, M. Glassco, à déclarer dans son memorandum du 25 août 1949 qu'il n'avait pas eu, jusqu'alors, à faire d'emprunts pour financer la procédure de « receivership » en grande partie parce qu'il s'est révélé possible de transférer au compte du « receiver and manager » et d'utiliser, pour les besoins de la procédure, les soldes de comptes en banque de la société défenderesse et de ses filiales.

² Cf. A.D., 107.

³ Le groupe March avait acquis des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage*, qui, selon ce que l'on a cru jusqu'à présent, avaient été émises par *Barcelona Traction*, et l'inexécution de ces obligations depuis 1936, semble également devoir être imputée à *Barcelona Traction*. On ne comprend pas en quoi peuvent consister les méthodes tortueuses que l'on attribue au groupe March, car il n'est pas croyable que ce groupe ait eu l'obligation de se transformer en créancier des filiales, ni qu'il ait eu la possibilité de forcer celles-ci à surseoir à leurs paiements.

Il a été légitimement démontré que cette société débitrice n'avait d'autre patrimoine formel que les actions et les obligations d'autres sociétés filiales, dont la mise en faillite n'a pas été sollicitée et n'avait pas de raison de l'être.

Comment, dans ces conditions, les Tribunaux espagnols pouvaient-ils considérer que *Barcelona Traction* était concessionnaire des services publics en Espagne? ¹

Dans le stade ultérieur de la faillite, personne n'a prétendu que ces règles spéciales soient appliquées à la faillite de *Barcelona Traction*. Pour le groupe de la faillie sont intervenus et ont prétendu intervenir dans la faillite ses dirigeants, les administrateurs des filiales, la *National Trust* et le groupe de créanciers « co-intéressés »; tous ont affirmé devant les Tribunaux espagnols que *Barcelona Traction* était une société « holding », qui n'avait en Espagne ni domicile, ni biens, et qui avait tout son patrimoine au Canada. Comment un Juge ou un Tribunal espagnol allait-il s'estimer obligé d'appliquer à la faillite d'une telle société les règles spéciales dictées pour les sociétés de travaux publics?

On peut parfaitement s'expliquer que l'argument n'ait jamais été utilisé jusqu'à cette dernière phase procédurale, où le Gouvernement belge n'hésite pas à s'accrocher à n'importe quelle planche de salut et à invoquer des préceptes dont l'application n'a jamais été sollicitée des Tribunaux espagnols ².

Le reste mérite à peine des commentaires. Le Gouvernement belge revient à nouveau sur la thèse inexacte, selon laquelle le Juge de Reus a déclaré *inexistante la personnalité morale distincte* des sociétés filiales, pour déduire que dans un tel cas il n'y avait plus qu'une seule société, concessionnaire de services publics ³. La prémisse étant fautive, la conclusion l'est également et c'est pourquoi les commentaires sont inutiles.

Il est surprenant de voir la préoccupation manifestée dans la *Réplique* du fait d'une soi-disant violation des règles qui regardent l'intérêt général de la société espagnole; mais l'on estime que cet intérêt général est bien garanti par des Tribunaux qui ont pour habitude de ne pas se poser de problème aussi aberrant que celui suscité dans la *Réplique*.

C. Non-violation des règles sur la saisie des biens de sociétés concessionnaires de services publics

429. Dans la ligne de l'argument précédent, le Gouvernement belge revient aussitôt après sur une ligne d'arrière-garde, pas plus solide que la première, et il affirme (R., V, par. 545, p. 402) que si la saisie a été ordonnée par le Juge, encore qu'en respectant la

¹ Affirmer que le Juge de Reus s'est trouvé manifestement « gêné » par l'existence de règles spéciales en matière de faillite de sociétés concessionnaires de services publics, suppose donc un étalage d'insouciance et de légèreté.

² En raisonnant par l'absurde, il a été quelquefois fait mention de ces règles spéciales. Mais le Gouvernement belge est au défi d'indiquer un seul écrit d'aucun plaideur, dans lequel soit demandé au Juge l'application de ces règles spéciales au cas de *Barcelona Traction*.

³ Pour démontrer une fois de plus le manque de rigueur de la *Réplique*, il suffira que s'il avait existé une seule société, la personnalité morale distincte des filiales étant inexistante, elle n'aurait pas réuni à titre unique le patrimoine de la société-mère et celui des filiales; et cela pour la raison très puissante selon laquelle le patrimoine de la société mère, consistant en actions et obligations, aurait été également inexistant, puisque l'on ne peut avoir des actions et des obligations de sociétés qui n'existent pas.

personnalité distincte des filiales, il a alors enfreint les règles particulières qui, en cas d'exécution, protègent les services publics, spécialement l'article 190 du Code de commerce et l'article 1448 du Code de procédure civile. Et sans autre explication ni commentaire elle conclut que « il serait tombé de Charybde en Scylla ». Point besoin de grands efforts pour réfuter une affirmation aussi légère :

a) La citation de l'article 1448 du Code de procédure civile ne peut pas être plus malheureuse. Le précepte porte sur l'interdiction de la saisie (*embargo*) de voies ferrées et autres biens, meubles ou immeubles nécessaires à leur usage, destinés au trafic de la ligne, de sorte que son invocation au sujet d'entreprises de production et de distribution d'énergie électrique n'a aucun sens.

b) On peut en dire autant de l'article 190 du Code de commerce, qui reprend l'exception du Code de procédure, mais appliquée aux coupons des obligations et aux obligations même, émises par des sociétés de chemins de fer et autres travaux publics. Le Gouvernement belge, attentif à ce qui lui convient, traduit « obras públicas » (travaux publics) par « services publics » (servicios públicos). Cette traduction est manifestement incorrecte et contraire au sens du texte. (A.D., 107). Mais même en admettant cette interprétation et d'autres interprétations « extensives » d'une règle prohibitive, on ne peut comprendre comment la saisie des actifs des filiales ait été faite par voie d'exécution individuelle singulière pour non-paiement de coupons ou obligations émises par lesdites filiales. Si tel est le cas, la preuve en incombe au Gouvernement belge.

c) Mais il y a plus :

Si en dépit de tout ce qui a été exposé, on considère ces préceptes comme applicables, il ne suffirait pas pour estimer qu'ils ont été enfreints, qu'un ordre de saisie ait été donné ; il serait nécessaire que l'appréhension matérielle ait eu lieu, ce qui provoquerait la perturbation des travaux ou du service publics. Mais il résulte que, comme le reconnaissait déjà le Gouvernement belge dans le *Mémoire*, et cela a été prouvé précédemment (*supra*, pars. 373 et ss.), les mesures d'appréhension matérielle se sont limitées à l'argent, aux documents, et à la prise de possession d'immeubles situés à Barcelone et spécialement destinés à y installer des bureaux. Aucun des articles invoqués, même dans les cas les plus extrêmes, n'interdit la saisie d'argent ou de documents, ni l'entrée dans les bureaux pour s'assurer de cette documentation. Et si l'on ajoute que tous les biens ont été restitués aux filiales lors de leur normalisation, on comprendra que l'accusation n'a pas le moindre fondement et on s'expliquera qu'elle n'ait jamais été formulée par personne dans la faillite espagnole.

430. Pour terminer, le Gouvernement espagnol doit exprimer une fois de plus sa plus vive protestation contre les méthodes suivies dans la *Réplique*. Après des accusations aussi insolites que non fondées du genre de celles soulignées plus haut, il est dit (p. 402) que le Gouvernement espagnol, dans le *Contre-mémoire*, n'a même pas tenté de justifier les décisions du Juge de Reus, sous l'angle examiné ici. Il est dit en outre que le Gouvernement espagnol a employé d'ingénieux artifices pour échapper à la fois aux règles sur la faillite et sur la saisie de sociétés de services publics.

Cette imputation est erronée et injuste. Le *Mémoire* n'a pas formulé le grief que l'on a introduit, pour la première fois, dans la *Réplique*, car l'article 930 était cité d'une façon accessoire, en tant qu'argument destiné à censurer l'inexistante déclaration comme quoi

la personnalité juridique distincte des filiales avait été déclarée fictive (M., I, par. 339, p. 169)¹. Le *Contre-mémoire* répondit à cet argument en bonne et due forme (IV, par. 153, p. 525), et la *Réplique* a sciemment ignoré cette réponse. Le Gouvernement espagnol n'a donc aucunement cherché à échapper, à un quelconque dilemme, soit au moyen d'artifices ingénieux, soit d'une autre façon, puisque l'on ne porta pas devant les tribunaux espagnols la prétendue violation de ces règles et préceptes et que le Gouvernement belge n'avait pas osé produire jusqu'à présent, d'une façon autonome, un tel grief, qui ne fait que confirmer l'inconsistance des thèses soutenues et le désir d'utiliser n'importe quel argument dialectique aussi pauvre et non fondé qu'il soit. Le Gouvernement espagnol n'a pas le don de deviner les nouveaux griefs que la partie adverse sera capable d'inventer à chaque nouvelle phase de la procédure.

¹ Ce que firent la faillie et consorts au cours de quelque procès interne.

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.
