

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 VII

Duplique (*suite et fin*)

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 VII

Rejoinder (*concluded*)



Référence abrégée:

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

---

Abbreviated reference:

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

**N° de vente:  
Sales number**

**415**

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)

**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 VII  
Duplique (*suite et fin*)

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 VII  
Rejoinder (*concluded*)

## 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 VII

Le présent volume contient la suite et la fin de la duplique du Gouvernement espagnol. La pagination fait suite à celle du volume **VI**, qui contient le début de la duplique.

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 VII

This volume contains the final chapters of the Rejoinder of the Spanish Government. The pagination follows on from that of Volume **VI**, which contains the beginning of the Rejoinder.

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

## DEUXIÈME PARTIE

## CHAPITRE III (Suite)

	Pages
<i>Section V — Inactivité initiale de la société faillie. Irrévocabilité et force de chose jugée du jugement déclaratif de faillite. Actes par lesquels la Barcelona Traction a prétendu suppléer à son inaction (interventions d'hommes de paille, de filiales ou de sous-filiales, du personnel dirigeant de la société et de la National Trust) . . . . .</i>	477
§ 1. Actes de procédure intervenus entre la publication du jugement déclaratif de faillite de la Barcelona Traction (14-2-48) et la première Note diplomatique belge (27-3-48) . . . . .	478
A. Inactivité de la Barcelona Traction . . . . .	478
B. Actes de procédure des obligataires Teixidor et Sagnier dans l'intérêt de la Barcelona Traction . . . . .	481
C. Actes de procédure d'Ebro . . . . .	482
D. Actes de procédure de Barcelonesa . . . . .	491
E. Les actes de procédure des autres filiales et sous-filiales de la Barcelona Traction . . . . .	493
F. Actes de procédure du personnel dirigeant des sociétés filiales et sous-filiales de la Barcelona Traction . . . . .	493
G. Les ordonnances des 2 et 17 mars 1948 qui ont prononcé l'irrévocabilité (« firmeza ») du jugement déclaratif de faillite . . . . .	493
H. Désignation de nouveaux avoués des filiales et des sous-filiales et désistement des recours formés . . . . .	496
§ 2. Actes de procédure réalisés entre le 27 mars 1948 et le 4 janvier 1952, date de la vente aux enchères des biens de la société faillie . . . . .	501
A. Actions déclaratives intentées par le pseudo-Conseil d'administration d'Ebro en 1949 . . . . .	502
1) Demande d'Ebro de juillet 1949 . . . . .	507
2) Demande d'Ebro de septembre 1949 . . . . .	508
B. Actions introduites par la National Trust jusqu'au 4 janvier 1952 . . . . .	514
<i>Section VI — Le prétendu retard dans la procédure: Inexistence de blocage ou de paralysie de recours</i>	525
A. Considération générale . . . . .	525
B. Question de la compétence García del Cid . . . . .	529
C. La question de compétence Boter . . . . .	531
D. Les prétendus moyens pour prolonger les effets du déclinatoire Boter. Intérêt et responsabilité de la Barcelona Traction dans la suspension . . . . .	536
1) Les demandes de M. Boter en ce qui concerne le défaut de qualité des demandeurs à la faillite, et l'octroi d'un délai extraordinaire de preuve . . . . .	537
2) L'admission des appels avec effet dévolutif et avec effet dévolutif et suspensif (« en uno y ambos efectos ») . . . . .	538
3) L'incident Genora . . . . .	544



	Pages
4) L'incident soulevé par les « co-intéressés », MM. Andreu et Sagnier . . . . .	548
5) Absence de relation entre la procédure interne et la procédure internationale . . . . .	553
6) La responsabilité de la Barcelona Traction dans les suspensions de la procédure . . . . .	554
 <i>Section VII — La nomination des syndics et la légitimité de leur activité avant la vente et au moment où ils l'ont proposée</i> . . . . .	
§ 1. La nomination des syndics . . . . .	561
A. Prétendue absence de la liste de créanciers . . . . .	561
B. La suspension de la procédure . . . . .	568
C. Considérations finales . . . . .	579
§ 2. Légitimité de l'activité des syndics avant la vente . . . . .	580
A. Les syndics ont soigneusement veillé à la conservation du patrimoine de la faillite . . . . .	580
1) Le non-paiement des intérêts aux créanciers de troisième rang et la vente par la Westminster Bank de la garantie des obligations en pesetas . . . . .	580
2) Si les syndics avaient réalisé les créances de la Barcelona Traction contre les filiales, ils auraient causé un préjudice grave à la masse, sans possibilité d'éviter la vente . . . . .	581
B. Les syndics n'ont manqué à aucun devoir légal en ce qui concerne la réintégration du patrimoine de la faillite . . . . .	585
§ 3. Causes qui ont déterminé les syndics à demander l'autorisation de vendre . . . . .	586
A. Le prétendu « détournement de la procédure de faillite de son but légal » et le prétendu « interlude de deux ans » . . . . .	587
B. Réalité des causes qui ont déterminé les syndics à demander l'autorisation de vendre . . . . .	590
§ 4. Pouvoir des syndics pour procéder à la vente des biens de la faillite . . . . .	599
A. Le pouvoir de vente des syndics dans l'ordre juridique espagnol . . . . .	600
B. Le pouvoir général de vente des syndics ne dépend pas de l'irrévocabilité du jugement déclaratif de faillite . . . . .	604
C. Le pouvoir général de vente des syndics n'était pas paralysé par la suspension de la faillite, dont avait été exceptée la deuxième section, relative à l'administration . . . . .	607
 <i>Section VIII — La vente des biens de la Barcelona Traction</i> . . . . .	
§ 1. Autorisation judiciaire de la vente des biens de la Barcelona Traction . . . . .	609
A. Réfutation des objections que la Réplique prétend faire reposer sur la requête des syndics et sur les décisions des tribunaux . . . . .	610
B. Signification des décisions judiciaires qui ont rejeté les recours de la société faillie contre l'ordonnance accordant l'autorisation de vendre . . . . .	619
§ 2. L'objet de la vente . . . . .	623
A. La vente a porté sur les droits de la société faillie sur les filiales . . . . .	624
B. La vente des droits de la société faillie sur les filiales n'a pas été entachée de nullité . . . . .	633
§ 3. Procédure adoptée pour l'évaluation et la vente . . . . .	635
A. Dans l'évaluation et la vente des droits de la société faillie sur ses filiales, les règles légales relatives à la réalisation des « effets de commerce » ont été observées . . . . .	636
B. La vente aux enchères publiques et le cahier des charges . . . . .	646
C. Les griefs contre le cahier des charges n'ont pas été formulés par la faillie devant les tribunaux espagnols . . . . .	656
§ 4. Fixation du prix minimum qui sert de base à la vente aux enchères publiques . . . . .	659
A. Evaluation de l'actif de la société faillie . . . . .	660
1) Considérations générales . . . . .	660
2) Le rapport de M. Soronellas . . . . .	663
3) Conclusion . . . . .	672

	Pages
B. Fixation du passif obligations de la Barcelona Traction . . . . .	673
1) Vraie signification du grief belge relatif à la non-convertibilité des obligations livrées en pesetas . . . . .	674
2) Inexistence de la règle en Droit positif espagnol . . . . .	677
C. Caractère déterminé du prix stipulé dans le cahier des charges . . . . .	681
§ 5. Liquidation et paiement des obligations par l'adjudicataire . . . . .	684
A. Régularité des conditions mises à l'intervention comme enchérisseur dans la vente aux enchères publiques . . . . .	684
B. Régularité de la condition qui imposait à l'adjudicataire l'obligation de rembourser les obligations dans la monnaie du contrat . . . . .	688
1) La troisième condition n'était pas discriminatoire . . . . .	688
2) La troisième condition ne détournait pas la faillite de son but . . . . .	689
3) La troisième condition n'était pas illégale. . . . .	693
C. Régularité de la faculté octroyée à l'adjudicataire de passer certaines conventions avec les obligataires . . . . .	697
§ 6. La vente et l'adjudication des biens à FECSA . . . . .	700
<i>Section IX — Procédures judiciaires postérieures à la vente des biens de Barcelona Traction . . . . .</i>	<i>706</i>
A. Actions introduites par Barcelona Traction . . . . .	712
B. Actions de National Trust . . . . .	713
C. Actions de Sidro . . . . .	714
D. Actions des actionnaires de Barcelona Traction . . . . .	715
E. Actions de International Utilities . . . . .	715
<i>Section X — Les procédures suivies hors d'Espagne . . . . .</i>	<i>721</i>
A. La receivership . . . . .	721
B. Action de la Westminster Bank . . . . .	730
C. Action Walford . . . . .	734
D. Procès intentés par la National Trust . . . . .	736
E. Action de Sidro et de M. Holmested . . . . .	740
F. Action de l'International Utilities . . . . .	742
<i>Section XI — La conduite de la Barcelona Traction dans la procédure de faillite . . . . .</i>	<i>744</i>

## CHAPITRE IV

LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE  
EN RAISON DU CONTENU DES DÉCISIONS JUDICIAIRES:  
L'ABSENCE DES AUTRES CONDITIONS REQUISES

Considération préliminaire . . . . .	763
<i>Section I — L'absence de mauvaise foi et d'intention discriminatoire . . . . .</i>	<i>764</i>
A. La prétendue contradiction dans les solutions . . . . .	765
B. Les prétendus « contacts irréguliers » . . . . .	769
C. Les prétendus indices d'hostilité . . . . .	771
<i>Section II — L'absence de décisions de dernière instance et l'invocation d'arguments nouveaux . . . . .</i>	<i>775</i>

	Pages
<i>Section III — Considérations d'ordre général</i> . . . . .	780
A. La déclaration de faillite et les mesures qui ont conduit à son exécution . . . . .	780
B. Les problèmes posés par les droits de la défense . . . . .	783
1) Prétendue violation des droits de la défense en ce qui concerne la Barcelona Traction . . . . .	783
2) Prétendue violation des droits de la défense en ce qui concerne Sidro et la National Trust . . . . .	784
3) Prétendue violation des droits de la défense en ce qui concerne les sociétés filiales . . . . .	784
4) Prétendue violation des droits de la défense résultant du remplacement des avoués . . . . .	785
5) Prétendue violation des droits de la défense en la personne des dirigeants des sociétés filiales . . . . .	786
C. L'opportunité, le prix et les modalités de la vente . . . . .	786
1) La décision de vendre . . . . .	786
2) Le prix de la vente . . . . .	787
3) Les modalités de la vente . . . . .	788
D. La situation des actionnaires . . . . .	790

#### CHAPITRE V

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

Considération préliminaire . . . . .	793
<i>Section I — Les fondements théoriques du grief</i> . . . . .	794
<i>Section II — Les décisions administratives relatives au Plan d'arrangement</i> . . . . .	798
<i>Section III — Inexistence de la discrimination alléguée par le Gouvernement belge dans les décisions de l'IEME</i> . . . . .	803
§ 1. Les décisions de l'IEME concernant le remboursement des obligations en pesetas de Barcelona Traction . . . . .	803
§ 2. Le prêt en livres sterling destiné au paiement des obligations de Barcelona Traction . . . . .	806
§ 3. Souscription d'actions par M. March lors de l'augmentation de capital de FECSA . . . . .	807
<i>Section IV — Le grief fondé sur la publication de ce que la République appelle le « communiqué officiel espagnol du 16 juin 1951 »</i> . . . . .	809

#### CHAPITRE VI

#### LE PRÉTENDU « GRIEF GLOBAL »

Considération préliminaire . . . . .	811
<i>Section I — La question de principe</i> . . . . .	812
<i>Section II — Aspects particuliers</i> . . . . .	816
A. Le prétendu « complot » avec les autorités administratives . . . . .	816
1) Les rapports entre l'enquête des experts et la vente des biens . . . . .	817
2) L'Acte tripartite et les parties qui sont intervenues dans le soi-disant « complot » . . . . .	818
3) L'invocation de l'Acte tripartite devant les Tribunaux espagnols . . . . .	821

	Pages
B. Le prétendu « complot » des autorités judiciaires . . . . .	821
C. Le détournement du but légal de la faillite . . . . .	823
<i>Section III — Observations finales: la cause réelle des mécomptes de la Barcelona Traction: la « machination » complexe et astucieuse de ses dirigeants et sa mise en échec par la justice espagnole . . . . .</i>	825
A. La « receivership » prévue au Canada, ses caractéristiques et ses effets paralysants . . . . .	826
B. L'éventualité de la faillite en Espagne et le plan conçu pour y faire face . . . . .	827
C. La conduite suivie par l'entreprise après la déclaration de faillite. . . . .	831
1) La non-comparution de Barcelona Traction pour s'opposer à sa déclaration de faillite . . . . .	832
2) La comparution d'Ebro (et des autres filiales) . . . . .	833
3) Les recours des dirigeants des filiales . . . . .	834
D. Conclusion . . . . .	835

## CHAPITRE VII

OBSERVATIONS SUR LA DEMANDE EN RÉPARATION  
FORMULÉE PAR LE GOUVERNEMENT BELGE

Considération préliminaire . . . . .	837
<i>Section I — La modalité de la réparation demandée: « restitutio in integrum » et réparation par voie d'indemnité . . . . .</i>	841
§ 1. De la demande de « restitutio in integrum » à la demande de réparation par voie d'indemnité . . . . .	841
§ 2. L'identité de nature de la « restitutio in integrum » et de la réparation par voie d'indemnité et ses conséquences . . . . .	844
a) Remise en l'état d'une société comme réparation d'un préjudice d'actionnaires . . . . .	845
b) Reconstitution en nature ou par équivalent de situations irrégulières. . . . .	845
c) Reconstitution du « contrôle » du groupe par les actionnaires de la Barcelona Traction . . . . .	846
d) Remise en l'état et remboursement dus à l'adjudicataire . . . . .	848
<i>Section II — Le Gouvernement belge n'a pas établi l'existence d'un préjudice susceptible d'ouvrir droit à réparation . . . . .</i>	850
<i>Section III — L'absence d'un rapport de causalité entre les actes incriminés et le préjudice allégué . . . . .</i>	854
<i>Section IV — L'inadéquation de la réparation demandée à la nature et au caractère du préjudice allégué . . . . .</i>	862
<i>Section V — Quelques observations au sujet de la demande de « réparation des préjudices accessoires » . . . . .</i>	867

## TROISIÈME PARTIE

## LES EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES

## CHAPITRE I

## LE NON-ÉPUISEMENT DES VOIES DE RECOURS INTERNES

Introduction . . . . .	875
<i>Section I — Les caractères du grief et les effets de la négligence des particuliers . . . . .</i>	878
<i>Section II — Sens et portée de la règle internationale . . . . .</i>	885

	Pages
<i>Section III — Les sujets qui auraient dû épuiser les recours internes dans la présente affaire . . . . .</i>	891
<i>Section IV — Non-épuisement des voies et moyens de recours ouverts en Espagne . . . . .</i>	894
§ 1. Non-utilisation des recours administratifs . . . . .	894
A. Recours hiérarchique (« recurso de alzada ») . . . . .	895
B. Le recours contentieux administratif . . . . .	897
§ 2. Défaut d'opposition à la déclaration de faillite . . . . .	905
A. L'échéance du délai pour attaquer la déclaration de faillite et le sens de la passivité de la Barcelona Traction . . . . .	905
B. La nature de l'écrit de Barcelona Traction du 18 juin 1948 . . . . .	911
C. La demande incidente en nullité de Barcelona Traction et la tentative de diversion du Gouvernement belge . . . . .	913
§ 3. Non-utilisation du recours en révision . . . . .	917
A. La question des prémisses de fait du recours en révision . . . . .	917
B. La nature du jugement de faillite et l'admissibilité du recours en révision . . . . .	919
C. L'obligation d'utiliser le recours en révision . . . . .	926
§ 4. Considérations finales sur la conduite des particuliers et sur leur inaction après 1956. . . . .	929

## CHAPITRE II

DÉFAUT DE QUALITÉ POUR AGIR DU GOUVERNEMENT BELGE  
DANS L'AFFAIRE BARCELONA TRACTION, LIGHT AND POWER Co., LTD.

§ 1. Considérations liminaires . . . . .	933
<i>Section I — Le défaut de preuve de l'existence des prétendus « actionnaires » ou « intérêts » belges</i>	936
§ 1. Les actions au porteur de Barcelona Traction . . . . .	938
A. Actions que le Gouvernement belge attribue à des actionnaires « belges » autres que Sidro: situation au 12 février 1948 . . . . .	938
B. Actions que le Gouvernement belge attribue à des actionnaires autres que Sidro: situation au 14 juin 1962 . . . . .	941
C. Actions que le Gouvernement belge attribue à Sidro: situation au 12 février 1948 . . . . .	946
D. Actions revendiquées par Sidro au 14 juin 1962 . . . . .	949
§ 2. Les actions nominatives de Barcelona Traction . . . . .	949
A. L'inscription des actions au nom de Charles Gordon and Co. et de Newman and Co. et les points d'interrogation qui subsistent à son égard . . . . .	949
B. La portée juridique de l'inscription successive des actions au nom de Gordon and Co. et de Newman and Co. . . . .	952
C. La prétention du Gouvernement belge à la protection des « beneficial owners » en tant qu'« actionnaires » . . . . .	956
D. Les « précédents » invoqués à l'appui de la thèse belge: le droit interne américain et canadien . . . . .	959
E. Les « précédents » invoqués à l'appui de la thèse belge: le droit international . . . . .	966
§ 3. Le problème des « intérêts belges » drainés vers Barcelona Traction par Sidro et Sofina . . . . .	975
A. Considérations préliminaires . . . . .	975
B. La preuve des « intérêts belges » dans Sidro et Sofina . . . . .	978
C. Critères proposés par Sidro et Sofina comme preuve de la situation de ces sociétés à l'époque de la faillite de Barcelona Traction . . . . .	979
D. La prétendue « preuve supplémentaire » résultant du lieu de paiement des dividendes . . . . .	985

	Pages
E. Les faits révélateurs de la prépondérance étrangère dans Sofina au 12 février 1948 . . . . .	987
F. Situation de Sidro et Sofina lors de l'introduction de la requête belge . . . . .	991
G. L'histoire de Sofina de sa création jusqu'à la « belgification » de 1964-1965, et la notoriété publique de la prépondérance d'intérêts étrangers dans cette société . . . . .	993
<i>Section II — L'inadmissibilité de l'action du Gouvernement belge, au titre de la protection de prétendus « actionnaires » ou « intérêts » belges comme au titre de la protection de Barcelona Traction . . . . .</i>	
§ 1. L'élaboration progressive de la thèse du Gouvernement belge . . . . .	999
§ 2. La stabilité de la thèse du Gouvernement espagnol . . . . .	1003
§ 3. Les principes généraux du droit international concernant le traitement des étrangers et la protection diplomatique . . . . .	1005
§ 4. L'application des principes généraux au cas d'atteinte internationalement illicite aux droits d'une société étrangère ou de ses actionnaires . . . . .	1008
§ 5. L'hypothèse d'une atteinte illicite aux droits de l'actionnaire . . . . .	1010
§ 6. L'hypothèse d'une atteinte illicite aux droits de la société . . . . .	1011
§ 7. L'hypothèse d'atteintes parallèles aux droits de la société et aux droits de l'actionnaire . . . . .	1013
§ 8. La distinction entre les droits de la société et ceux de l'actionnaire et son application au cas d'espèce . . . . .	1016
§ 9. L'impossibilité de présenter comme une atteinte internationalement illicite aux droits des actionnaires les éventuelles répercussions d'une atteinte aux droits de la société . . . . .	1019
§ 10. Les tentatives belges de se soustraire aux conséquences des principes généraux en déformant la notion de personne morale . . . . .	1024
§ 11. La prétendue solidarité d'intérêts entre la société et ses actionnaires et le caractère aberrant de la conclusion d'ordre général à laquelle aboutit le Gouvernement belge . . . . .	1028
§ 12. L'idée d'une qualité pour agir de l'Etat national des actionnaires qui, dans certaines circonstances exceptionnelles, serait fondée sur la « projection » en Droit international d'une prétendue « réalité » du Droit interne . . . . .	1031
§ 13. Les prétendues « circonstances exceptionnelles » dont la réunion devrait justifier l'intervention de l'Etat national des actionnaires . . . . .	1034
a) La prétendue impossibilité d'obtenir réparation par les voies du droit interne . . . . .	1035
b) La prétendue absence de protection par l'Etat national de la société . . . . .	1035
c) La prétendue impossibilité d'exercer l'activité (ou l'action?) sociale . . . . .	1040
§ 14. La qualité exclusive en droit international général de l'Etat national de la société pour agir en cas de préjudice illicitement causé par un Etat étranger aux droits de la société: caractère abusif de la demande belge . . . . .	1044
CONCLUSIONS . . . . .	1065
LISTE DES ANNEXES A LA DUPLIQUE DU GOUVERNEMENT ESPAGNOL . . . . .	1067



**DUPLIQUE  
DU GOUVERNEMENT ESPAGNOL**

*(suite et fin)*



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 <i>Barcelona Traction</i> (Exceptions Préliminaires), Recueil 1964.	Cour Internationale de Justice: Affaire de la <i>Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited</i> (Nouvelle Requête: 1962) (Belgique c. Espagne), Exceptions Préliminaires, Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances 1964.
P.O.	C.I.J., Affaire de la <i>Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited</i> , Procédure Orale, Vol. I et II.
C.M.	<i>Contre-Mémoire</i> du Gouvernement espagnol du 31 décembre 1965.
A.C.M.	Annexes au <i>Contre-Mémoire</i> du Gouvernement espagnol du 31 décembre 1965.
R.	<i>Réplique</i> du Gouvernement belge du 16 mai 1967.
A.R.	Annexes à la <i>Réplique</i> du Gouvernement belge du 16 mai 1967.
A.D.	Annexes à la <i>Duplique</i> du Gouvernement espagnol.

## SECTION V

INACTIVITÉ INITIALE DE LA SOCIÉTÉ FAILLIE. IRRÉVOCABILITÉ  
 ET FORCE DE CHOSE JUGÉE DU JUGEMENT DÉCLARATIF  
 DE FAILLITE. ACTES PAR LESQUELS LA *BARCELONA TRACTION*  
 A PRÉTENDU SUPLÉER A SON INACTION (INTERVENTIONS D'HOMMES  
 DE PAILLE, DE FILIALES OU DE SOUS-FILIALES, DU PERSONNEL  
 DIRIGEANT DE LA SOCIÉTÉ ET DE LA *NATIONAL TRUST*)

431. Le *Contre-mémoire* (IV, pp. 332 à 364) a abondamment traité la question de l'inactivité initiale de la société faillie et de l'irrévocabilité du jugement du 12 février 1948, ainsi que des conséquences qui s'ensuivaient. La *Réplique* ne contient aucune réponse directe à ces explications.

La *Réplique* consacre cependant de nombreuses pages (V, 75 à 85 et 482 à 503) à l'exposé du sort de divers recours (des filiales, de ses dirigeants, etc.). Cet exposé omet ou dénature fréquemment des points importants, en mélangeant les diverses phases de la procédure.

Le Gouvernement belge traite de ces matières comme si elles constituaient la deuxième partie de la prétendue paralysie de la procédure. Cela lui permet d'en faire un examen superficiel en parlant pêle-mêle des actions et des recours les plus divers, mais en éludant certainement le point essentiel: l'inaction initiale de la *Barcelona Traction*<sup>1</sup>.

Il n'est pour cette raison pas suffisant de confirmer purement et simplement ce qui a été exposé dans le *Contre-mémoire*. Il faut en outre réfuter avec précision les allégations de la *Réplique*, quoiqu'il soit nécessaire de suivre un autre plan que le Gouvernement belge. Il faut en effet procéder avec un minimum d'ordre, de rigueur chronologique et de respect de la réalité des faits. Dans ce but on analysera successivement dans la présente section:

1) Les actes de procédure réalisés par le groupe de la *Barcelona Traction* depuis le 14 février 1948 jusqu'au 27 mars de la même année, date à laquelle le Gouvernement belge dénonça dans sa première Note diplomatique l'existence d'une « série de dénis de justice ». Cette analyse comprend naturellement l'examen de l'incompréhensible inaction de la *Barcelona Traction* qui a eu pour conséquence l'irrévocabilité (« *litimeza* ») du jugement déclaratif de faillite du 12 février 1948. Il faut également exposer les interventions des divers hommes de paille de la *Barcelona Traction* (dont la *Réplique* ne dit rien), des

<sup>1</sup> L'irrévocabilité du jugement du 12 février 1948, conséquence de ce que la *Barcelona Traction* n'avait formé aucun recours dans les délais fixés par la loi, présente une importance primordiale. On ne comprend pas que le Gouvernement belge ait pu affirmer dans la *Réplique* (p. 85) que cette question ne présentait qu'un « intérêt accessoire pour l'issue du litige ».

sociétés filiales ou sous-filiales, et de leur personnel dirigeant, par lesquelles la société en faillite a prétendu dissimuler son attitude passive ou y suppléer.

2) Les interventions de la *National Trust* et les demandes introduites par *Ebro* entre le 27 mars 1948 et le 4 janvier 1952, date à laquelle on procéda à la vente des biens de *Barcelona Traction*<sup>1</sup>.

§ 1: ACTES DE PROCÉDURE INTERVENUS ENTRE LA PUBLICATION DU  
JUGEMENT DÉCLARATIF DE FAILLITE DE LA BARCELONA TRACTION  
(14 FÉVRIER 1948) ET LA PREMIÈRE NOTE DIPLOMATIQUE BELGE  
(27 MARS 1948)

A. *Inactivité de la Barcelona Traction*

432. La faillite de la *Barcelona Traction* a été déclarée par un jugement du 12 février 1948, notifié le jour suivant à plusieurs dirigeants de ses filiales dont certains étaient simultanément membres des Conseils d'administration de la *Barcelona Traction* et de *Sidro* (C.M., IV, p. 331 et A.C.M., 80, VII, pp. 417 ss.).

Comme on l'a déjà démontré, la déclaration de faillite fut dûment publiée, le 14 février 1948, et elle fut immédiatement connue dans le monde entier<sup>2</sup>. Le délai de recours prévu par la loi (huit jours à compter de la publication, conformément à l'article 1028 du Code de commerce de 1829) expirait le 24 février 1948 à 24 heures.

*Barcelona Traction* disposa de *facto* de onze jours pour former recours d'opposition contre le jugement déclaratif de faillite, si elle le considérait injuste ou illégal. Elle ne forma cependant aucun recours. Le jugement de faillite devint en conséquence irrévocable et passa en force de chose jugée; ce caractère aurait pu être contesté par le moyen d'un recours de révision. La *Barcelona Traction* n'a cependant jamais voulu interjeter un tel recours.

La faillite n'a comparu que le 18 juin 1948. Le Gouvernement belge a cependant présenté sa première Note diplomatique dénonçant la prétendue existence d'une série de dénis de justice dès le 27 mars 1948<sup>3</sup>.

Un plaideur normal et raisonnablement prudent qui se croit injustement mis en faillite doit s'empresse de faire opposition, en renonçant même à la publication à son domicile — même s'il la juge indispensable — afin d'obtenir le plus tôt possible la révocation de la faillite.

C'est le Gouvernement belge qui a reconnu à plusieurs reprises que la *Barcelona Traction* avait décidé de s'abstenir de recourir devant les tribunaux espagnols en chargeant les filiales de cette mission<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Ne sont pas compris dans cet examen les actes concernant la vente des biens, qui seront traités dans la Section VIII, ni les actes concernant le prétendu retard ou paralysie de la procédure, qui seront traités dans la Section VI.

<sup>2</sup> Cf. *infra*, par. 452 et ss. et C.M., pp. 331/332 et A.C.M., 81, VIII, pp. 5 ss.

<sup>3</sup> Le 23 février 1948, vingt-quatre heures avant l'expiration du délai d'opposition, le Gouvernement britannique adressa une Note diplomatique au Gouvernement espagnol.

<sup>4</sup> Mémoire (I, p. 70), Observations et Conclusions (I, p. 229) et Procédure Orale (III, p. 629).

Le *Contre-mémoire* (p. 442) a démontré comment dans certains cas la *Barcelona Traction* avait motivé sa comparution tardive par la prétendue difficulté d'établir des procurations en Espagne pour ester en justice<sup>1</sup>. La difficulté est en réalité inexistante (voir *supra*, par. 205). Le *Gouvernement belge* reprend timidement le moyen dans la *Réplique* (p. 19), et il se contente de répéter que, la publication n'ayant pas été faite régulièrement, la *Barcelona Traction* n'avait légalement aucune obligation d'être présente à la procédure à un moment plutôt qu'à un autre (R., p. 602).

S'accrocher à la thèse erronée selon laquelle la publication aurait dû être faite au Canada, n'aurait de sens que si la *Barcelona Traction* avait complètement ignoré le jugement déclaratif de faillite. C'est cependant le contraire qui est vrai, comme l'a démontré le *Contre-mémoire* et comme le *Gouvernement belge* a dû lui-même l'avouer maintes fois par la suite<sup>2</sup>.

Le texte de l'acte d'opposition déposé par la *Barcelona Traction* en date du 18 juin 1948 (quatre mois après sa déclaration de faillite) était extrêmement bref et très simple et il n'était accompagné d'aucune annexe à l'exception des lettres patentes (A.C.M., 109, VIII, p. 135). Il aurait donc évidemment pu être déposé avant le 24 février 1948. Les recours interjetés dans les délais par les sociétés filiales ou sous-filiales et par les hommes de paille révèlent en outre une connaissance minutieuse de la procédure, ce qui prouve que la *Barcelona Traction* avait en effet eu immédiatement et intégralement connaissance du déroulement de la procédure.

Une fois écoulé le délai de huit jours prévu par l'art. 1028 du Code de commerce sans que la *Barcelona Traction* eût comparu ou eût formé un recours en bonne et due forme pour s'opposer au jugement déclaratif de faillite du 12 février 1948, celui-ci devint irrévocable et passa en force de chose jugée. Cela entraîna les conséquences qui ont été exposées dans le *Contre-mémoire* (pp. 352-364) et que le *Gouvernement belge* n'a pas jugé opportun de réfuter.

Le jugement de faillite étant devenu irrévocable, il devint impossible de discuter valablement et utilement de la légalité de la déclaration de faillite, de l'existence des conditions légales de la faillite et de la juridiction et compétence des tribunaux espagnols.

Mais la *Barcelona Traction*, tout en s'abstenant consciemment de recourir contre le jugement de faillite, prépara soigneusement une série d'interventions judiciaires de ses filiales et sous-filiales et d'obligataires complaisants — simples hommes de paille que la *Réplique* qualifie pudiquement de « cointéressés » — dont l'objet était de tourner les conséquences inéluctables de sa propre inactivité.

<sup>1</sup> Ce prétexte a également été invoqué devant la juridiction canadienne. Parmi les documents de la « receivership » déposés au Greffe de la Cour, se trouve le document probatoire A du Mémoire de Glasco G. 16 (11, p. 684) d'où il ressort que le 20 juin 1951 le juge Schroeder fut informé comme suit de ce que la *Barcelona Traction* avait comparu le 18 juin 1948, « ayant terminé les démarches nécessaires à la désignation d'un avoué, la *Barcelona Traction* comparut pour la première fois dans le procès de faillite (en Espagne) dans le but de s'y opposer ».

<sup>2</sup> Observations (I, p. 234), Procédure Orale (III, p. 627). Il est dit dans la *Réplique* (p. 364): « 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) ».

L'examen de ces interventions judiciaires confirme le caractère trompeur et en définitive inefficace de la stratégie de la *Barcelona Traction* de même que la justesse des décisions qui ont été prises par le juge à la suite de ces activités.

Le *Contre-mémoire* a clairement indiqué (IV, p. 362) quelle aurait dû être la conduite de la *Barcelona Traction* dans le procès si elle avait agi comme un plaideur normal:

« Si *Barcelona Traction* estimait que les tribunaux espagnols étaient incompétents, elle aurait dû comparaître devant le tribunal de Reus dans le délai de huit jours qui suivirent la publication de la faillite, et présenter en bonne et due forme son déclinatoire pour qu'il fût instruit selon la procédure propre aux incidents et, par demande accessoire (*otrosí*), formuler *ad cautelam* son opposition à la déclaration de faillite. A la faveur de la suspension de cette dernière, le déclinatoire aurait suivi son cours, sans que nul n'eût pu y opposer d'obstacle formel ».

Les 766 pages de la *Réplique* ne fournissent aucune réponse à cette question. La *Barcelona Traction* aurait pu contester d'emblée la juridiction et la compétence des tribunaux espagnols tout en conservant la possibilité de contester valablement la déclaration de faillite pendant les débats concernant la question de compétence.

Elle ne l'a cependant pas fait. Elle savait naturellement que les tribunaux espagnols étaient compétents et qu'elle ne pouvait contester légalement le bien-fondé de sa déclaration de faillite. Quelles qu'elles soient les raisons de l'inactivité de la *Barcelona Traction* dans la procédure, le seul fait significatif dans la procédure devant la Cour, et que personne ne saurait escamoter est le suivant: la *Barcelona Traction* n'a pas formé de recours en temps et forme utiles contre le jugement déclaratif de faillite parce qu'elle ne l'a pas voulu.

Cette inaction a irrémédiablement déterminé toute la procédure de faillite, jusqu'à ses dernières conséquences.

433. Du 14 février au 27 mars 1948, la *Barcelona Traction* a fait intervenir:

- MM. Teixidor et Sagnier;
- *Ebro*;
- *Barcelonesa*;
- d'autres filiales et sous-filiales;
- des dirigeants des filiales.

Au moment décisif où elle aurait pu faire opposition au jugement déclaratif de faillite, la *Barcelona* joua les cinq cartes indiquées, en oubliant qu'il n'en existait qu'une d'efficace: son intervention directe et personnelle par la voie d'une opposition à la faillite <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Il convient de souligner que la *Barcelona Traction* a renoncé à recourir non seulement contre le jugement déclaratif de faillite mais également contre d'autres décisions importantes dont la portée et le rôle décisifs sont incontestables. Ainsi par exemple:

<sup>1°</sup> L'ordonnance du 10 février 1948 (A.C.M., 20, VII, p. 127), qui a déclaré que la procédure de faillite était valablement introduite et qui a admis la qualité pour agir des demandeurs.

<sup>2°</sup> Les jugements des 25 février et 27 mars 1948 (A.C.M., 39 et 40, VII, pp. 223/225) qui ont étendu les mesures de saisie à diverses sociétés du groupe.

<sup>3°</sup> Les ordonnances des 2 et 17 mars 1948 (A.C.M., 103 et 105, VIII, pp. 127 et 130).

Les filiales ou sous-filiales et les hommes de paille de la *Barcelona Traction* n'ont pas recouru non plus contre ces diverses décisions.

B. Actes de procédure des obligataires Teixidor et Sagnier  
dans l'intérêt de la Barcelona Traction

434. M. Teixidor n'est mentionné dans aucun écrit du Gouvernement belge, et sa singulière activité n'est commentée nulle part. Le fait qu'il était un simple homme de paille de *Barcelona Traction* est absolument incontestable (voir *supra*, par. 201 et A.D.111, doc. 2.)

M. Teixidor a comparu dans la faillite le 24 février 1948 (Except. Prél. 1960, Annexe N° 177, vol. III, p. 666)<sup>1</sup> et a justifié sa qualité pour agir en indiquant qu'il était détenteur d'obligations de la *Barcelona Traction* en pesetas et en affirmant que ces obligations devaient être considérées comme automatiquement échues du fait de la déclaration de faillite. M. Teixidor affirmait donc tout le contraire de ce que soutint plus tard la *Barcelona Traction*.

M. Teixidor avait établi une procuration autorisant *expressément* son avoué à s'opposer au jugement déclaratif de faillite. Du point de vue de la procédure, il avait qualité pour former cette opposition. Il se contenta cependant de se joindre à l'opposition qui aurait pu être éventuellement formée<sup>2</sup>.

M. Teixidor dénonçait que la déclaration de faillite était mal fondée en raison de l'*incompétence* du juge de Reus<sup>3</sup>, du défaut de qualité pour agir des obligataires, du fait ceux-ci n'avaient pas réclamé auparavant le paiement de leurs obligations et, au surplus, en raison du fait que les titres étaient produits sans l'autorisation de l'*Instituto Español de Moneda*; M. Teixidor dénonçait aussi l'absence de notification du jugement de faillite de la *Barcelona Traction* par la voie diplomatique<sup>4</sup>.

Le juge décida de se prononcer sur les conclusions de M. Teixidor « quand décision sera prise sur l'opposition au jugement de faillite faite par le failli ». Cela démontre qu'il pensait que la faillite allait s'opposer à sa déclaration de faillite. Quelques jours plus tard cependant (le 6 mars 1948), M. Teixidor se désista de son adhésion à l'opposition et il abandonna le litige.

<sup>1</sup> A 22 heures, c'est-à-dire deux heures avant que le jugement de déclaration de faillite ne devint irrévocable, ce qui démontrait une pleine connaissance de ce que le délai prenait irrémédiablement fin le même jour à 24 heures (voir *supra*, par. 201).

<sup>2</sup> M. Teixidor déclarait que « pour le cas où une personne quelconque aurait déjà formé opposition à la déclaration de faillite... s'associe à la contestation aux fins de collaborer à tous recours qui pourraient se trouver introduits afin d'obtenir par là l'annulation d'une mesure préjudiciable ». L'A.D. 111, doc. 1, reproduit la procuration établie par M. Teixidor.

<sup>3</sup> M. Teixidor signalait la gravité de la faillite ordonnée « du fait que la société qui a été mise en faillite dans les conditions exposées est celle qui a construit d'importants barrages hydro-électriques en Catalogne qui fournissent environ les trois quarts de l'énergie de cette région et qui a prêté à l'économie de notre pays, notamment pendant les deux dernières guerres mondiales, l'inappréciable service de maintenir et de garantir l'activité industrielle de la Catalogne, ainsi que le développement normal de la production espagnole, en rendant ainsi possible un niveau élevé de nos exportations ».

Il est incompréhensible que M. Teixidor ait pu en même temps nier la juridiction des tribunaux espagnols. Néanmoins le Gouvernement belge tombe dans pareille contradiction.

<sup>4</sup> On constate qu'une partie des thèses de la société faillie étaient en fait exposées dans ces documents. Si l'on considère que l'acte a été rédigé par les avocats de la *Barcelona Traction*, il est encore plus étonnant que l'on ait décidé que celle-ci ne ferait pas opposition. Il est également singulier que les filiales n'aient pas attaqué le jugement de faillite — puisque l'on estimait qu'elles avaient qualité pour le faire — en utilisant et développant les mêmes motifs d'opposition que M. Teixidor; en réalité les filiales n'invoquèrent aucun de ces motifs.

435. M. Sagnier (dont la qualité d'homme de paille de la *Barcelona Traction* est reconnue par le Gouvernement belge) comparut dans la faillite le 23 février 1948, c'est-à-dire la veille de l'expiration du délai légal prévu par l'article 1028 du Code de commerce de 1829<sup>1</sup>. Il justifia de sa qualité d'obligataire en pesetas de la *Barcelona Traction* et il se contenta de demander que le jugement déclaratif de faillite soit notifié à la *Barcelona Traction* par la voie diplomatique.

M. Sagnier avait également établi une procuration donnant faculté expresse de demander la révocation de la déclaration de faillite de *Barcelona Traction*<sup>2</sup>. Il s'est cependant abstenu de faire opposition au jugement déclaratif de faillite.

436. Pourquoi la *Barcelona Traction* n'a-t-elle pas voulu que M. Teixidor demande la révocation de la faillite, au lieu de se joindre à une éventuelle opposition de la faillie?

Pourquoi la *Barcelona Traction* n'a-t-elle pas formé elle-même ou par l'intermédiaire d'une tierce personne l'opposition au jugement déclaratif de faillite que l'acte de procédure de M. Teixidor laissait attendre?

Pourquoi l'obligataire mentionné se désista-t-il de sa demande au bout de quelques jours?

Pourquoi M. Sagnier, qui avait également comparu dans la faillite avant l'expiration du délai légal et qui avait conféré aux avoués des pouvoirs les autorisant expressément à demander la révocation du jugement déclaratif de faillite de la *Barcelona Traction*, s'est-il aussi abstenu de le faire?

*Barcelona Traction* connaît naturellement la réponse à toutes ces questions. Il est en tout cas certain qu'elle aurait pu utiliser les obligataires mentionnés pour s'opposer, dans les délais, au jugement de déclaration de faillite, et qu'elle a renoncé à le faire. C'est là la seule chose qu'il importe de souligner, outre naturellement le fait que la *Barcelona Traction* aurait eu la possibilité matérielle de faire elle-même opposition à la faillite dans le délai légal.

### C. Actes de procédure d'Ebro

437. Pendant la période considérée, *Ebro* a essentiellement réalisé les actes de procédure suivants:

1) Elle a formé un recours en rétractation (« reposición ») (16 février 1948) contre le jugement de déclaration de faillite dans la mesure où il la concernait.

<sup>1</sup> Dans la Note diplomatique du 27 mars 1948, le Gouvernement belge reconnaît qu'il existait un « délai légal » en indiquant qu'un obligataire en pesetas (il s'agissait précisément de M. Sagnier) « a demandé dans le délai légal que pareille notification fût faite au domicile précité ».

<sup>2</sup> En effet, la procuration du 19 février 1948 (A. D. 112) prévoit: « Il leur confère aussi pouvoir spécial, pour comparaître dans la procédure universelle de faillite de la société *Barcelona Traction Light and Power Company*, en cours devant le tribunal de première instance de Reus pour formuler des offres de paiement des créances pouvant être produites par les créanciers demandeurs à la faillite et de n'importe quelles autres obligations dues, consigner judiciairement leur montant, demander la révocation de la déclaration de faillite de cette société, récuser le juge qui instruit ladite procédure universelle, se joindre personnellement au contenu desdites requêtes et de n'importe quelles autres pour lesquelles cette condition devrait être remplie et en général ester en justice dans ladite faillite, comme s'il s'agissait du mandant lui-même, usant des droits et recours conférés par les lois, sans aucune limitation ».

M. Teixidor avait conféré des pouvoirs identiques devant le même notaire.

2) Elle a fait opposition au jugement déclaratif de faillite (23 février 1948) également dans la mesure où il la concernait.

3) Elle a demandé la récusation du juge titulaire du tribunal de première instance n° 4 de Barcelone (16 février 1948), qui était chargé de l'exécution de la commission rogatoire concernant les mesures de saisie. Simultanément elle a également demandé la récusation du juge de Reus.

Elle a en outre formé recours contre les ordonnances qui ont rejeté ses demandes. Ces recours ne seront examinés que dans la mesure où cela sera indispensable et nous nous bornerons ici à l'examen des recours des 16 et 23 février 1948<sup>1</sup>.

La *Réplique* (V, pp. 482 à 490) se réfère uniquement au recours formé le 16 février 1948. Elle ne dit rien de l'opposition formée le 23 février 1948.

Le *Contre-mémoire* (IV, pp. 332 à 334) s'est déjà référé à ces deux recours. Il n'y a rien à changer à ce qui a déjà été exposé. La *Réplique* (p. 483) affirme cependant que le *Contre-mémoire* fait deux observations « de caractère purement polémique » lorsqu'il déclare que :

a) *Ebro* n'a jamais voulu former recours contre le jugement déclaratif de faillite; elle a seulement attaqué la partie du jugement qui ordonnait la saisie de ses biens.

b) Les recours étaient fondés sur l'affirmation fautive que la *Barcelona Traction* ne possédait pas la totalité, ni même une partie importante, des actions d'*Ebro* et qu'il s'agissait d'une société « distincte » et complètement « indépendante ».

Ces deux observations sont exactes et on ne peut que les confirmer.

En ce qui concerne la première, la *Réplique* se borne à dire que le recours d'*Ebro* aurait permis de « stériliser » le jugement de déclaration de faillite et de la priver de tout effet pratique. Mais ceci ne répond pas à l'argument qui subsiste intégralement : *Ebro* n'a pas formé recours contre le jugement déclaratif de faillite de la *Barcelona Traction*.

Même dans l'hypothèse où en droit espagnol quelqu'un d'autre que le failli ou ses créanciers pourrait s'opposer à la déclaration de faillite, la thèse que soutient le Gouvernement belge (la validité et la justesse de la décision de la *Barcelona Traction* de lancer en avant ses filiales pour combattre le jugement déclarant sa faillite) n'aurait de sens que si le jugement avait été intégralement attaqué, et si l'on avait invoqué à son encontre les mêmes griefs que le Gouvernement belge formule aujourd'hui. Mais tel n'a pas été le cas et il est évident que, même en cas de succès des recours d'*Ebro*, la faillite de *Barcelona Traction* aurait été maintenue. Il n'est pas vrai non plus qu'en cas de succès des recours d'*Ebro*, la faillite aurait été totalement « stérilisée »<sup>2</sup>.

Quant à la deuxième observation du *Contre-mémoire*, la *Réplique* tente, inutilement, de la minimiser en affirmant que l'accusation selon laquelle l'*Ebro* avait nié que ses

<sup>1</sup> La *Réplique* relègue les actions en récusation à l'*Annexe 109*; la Cour trouvera dans l'A.D. 113 la réfutation correspondante du Gouvernement espagnol.

<sup>2</sup> Ce qui serait arrivé c'est que les organes de la faillite auraient couru le risque de voir la masse vidée de son contenu économique. La faillite aurait sans doute profité de l'occasion pour faire disparaître dans la mesure du possible, les biens des filiales qui, il ne faut pas l'oublier, constituaient la seule garantie patrimoniale des créanciers de la *Barcelona Traction*.



actions appartenait à la *Barcelona Traction*, est totalement inexacte ou, plus exactement, fausse.

Le Gouvernement belge soutient (*Réplique*, V, p. 484) qu'il suffit, pour s'en convaincre, de lire les extraits mêmes du recours d'*Ebro* cités dans le *Contre-mémoire* et il ne cite lui-même que la phrase « nous ne voyons aucun inconvénient à admettre sur le plan spéculatif que *Barcelona Traction* puisse posséder toutes les actions émises par la société mandante ».

Mais le Gouvernement belge « oublie » les autres citations du *Contre-mémoire*, et notamment celle indiscutable, d'après laquelle « la décision de saisie des biens d'*Ebro* prend comme point de départ l'hypothèse entièrement inexacte et douteuse que la société faillie possède à présent toutes les actions émises par ma mandante ».

Et ce ne sont pas là les seules expressions de l'acte qui nient qu'*Ebro* et *Barcelona Traction* étaient « blanc bonnet, bonnet blanc », du fait que la totalité des actions d'*Ebro* appartenait à la faillie <sup>1</sup>.

La tentative consciente et préméditée d'*Ebro* de tromper le juge en niant que toutes ses actions étaient la propriété de la *Barcelona Traction*, est ainsi démontrée.

La *Réplique* ajoute que les représentants d'*Ebro* savaient que les actions de la société avaient été données en gage à la *National Trust* et qu'ils ignoraient quelle était la situation exacte le jour de la déclaration de faillite. Il aurait été de ce fait normal qu'ils se limitent « à mettre en doute les affirmations hâtives sur lesquelles reposait la décision du juge de Reus, et que celui-ci eut d'ailleurs soin de ne jamais vérifier comme l'*Ebro* l'y avait invité »<sup>2</sup>.

Il est toutefois évident, que le juge n'avait pas à obtempérer à l'« invitation » d'*Ebro*. C'est au contraire *Ebro* qui aurait dû prouver que la totalité de ses actions n'appartenait pas à la *Barcelona Traction* comme elle le prétendait. Mais *Ebro* ne le fit pas et ne pouvait le faire <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Il y est dit:

1° « ... sont deux personnes morales complètement distinctes et indépendantes. »

2° « ... Et même s'il était effectivement exact, ce qui ne nous appert pas, que parmi la masse des biens de ladite société faillie se trouvent comme lui appartenant la totalité des actions de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.*... »

3° « ... 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.*... »

4° « ... personne ici en Espagne ne peut affirmer avec raison que la *Barcelona Traction* continuait à posséder la totalité des actions de *Riegos* qu'elle possédait en 1946. »

5° « ... une supposition aussi mouvante et incertaine que la possession de titres en 1946 en les considérant comme actuellement possédés, sans aucune preuve ni référence digne d'être prise en considération... ». (Cependant, la possession des actions d'*Ebro* par la *Barcelona Traction* résultait du rapport du dernier exercice social de 1946, publié en novembre 1947!)

6° « Le droit doit s'appliquer sur des faits, non sur des suppositions hypothétiques et peut-être fausses. » Etc. etc. (A.C.M. 84, VIII, p. 23).

<sup>2</sup> Il ne s'agit là évidemment que d'un argument *ex post facto*.

<sup>3</sup> Le Gouvernement belge prétend (p. 485, note 1 de la *Réplique*) que le juge avait le « devoir » de demander des preuves à *Ebro* sur ce point. Il n'existe naturellement aucun précepte légal établissant ce singulier devoir. Il affirme aussi que si le juge avait demandé que les extraits du Registre des actions nominatives d'*Ebro* lui soient fournis (mais, l'*Ebro* n'avait-elle pas dit qu'elles étaient au porteur?), il aurait constaté qu'« un grand nombre d'actions » étaient inscrites au nom du *National Trust* et d'adminis-

D'après l'opinion exprimée par *Ebro*, le droit doit s'appliquer sur des faits, non sur des suppositions hypothétiques et peut-être fausses. Il est évident que quand le juge de Reus a considéré comme établi que la *Barcelona Traction* possédait la totalité des actions d'*Ebro*, il se fondait sur des faits et non sur des éléments hypothétiques et peut-être faux <sup>1</sup>.

438. Si l'on examine le recours en rétractation (« reposición ») formé par *Ebro* le 16 février 1948 (A.C.M., 84, VIII, p. 23), on constate que cette société n'a abordé aucun des points qui sont aujourd'hui à la base des griefs belges. *Ebro* avait exclusivement fondé son argumentation sur l'affirmation qu'elle-même et la *Barcelona Traction* étaient des personnes morales distinctes et indépendantes. A cette fin *Ebro* niait avec une évidente mauvaise foi que la totalité de ses actions appartint à la *Barcelona Traction*.

Et bien que l'on reconnaissait que seul le failli était qualifié pour faire opposition au jugement déclaratif de faillite, *Ebro* insistait sur ce point que son recours devait être admis, car, s'il n'en était pas ainsi, elle « serait en situation pire que les faillits, parce que finalement ceux-ci peuvent former recours contre la déclaration judiciaire, s'entendre avec leurs créanciers et par d'autres moyens obtenir la levée de la faillite ». Autrement dit, la *Barcelona Traction* faisait alléguer à l'*Ebro* qu'elle ne pouvait s'opposer à la faillite avec les recours et moyens dont dispose une société faillie et qu'elle-même n'avait jamais voulu utiliser <sup>2</sup>.

Le recours d'*Ebro* ne contenait pas un seul mot au sujet de la juridiction des tribunaux espagnols, de la qualité pour agir des obligataires demandeurs à la faillite, de la cessation de paiements de la *Barcelona Traction*, de la « no-action clause », etc. <sup>3</sup>. Il ne disait donc absolument rien des éléments qui sont à la base des griefs formulés plus tard par le Gouvernement belge.

---

trateurs. Il est en tout cas évident que la preuve de cette affirmation incombait à *Ebro*. Au surplus, ce qui importait c'était la propriété de ces actions et le *Mémoire* belge lui-même reconnaît qu'elles appartenaient à la *Barcelona Traction*. L'accusation est d'autant plus infondée que le juge, quoiqu'il n'eût pas le devoir de le faire, demanda effectivement à *Ebro* la preuve des faits qu'elle affirmait. Dans le jugement du 17 mars 1948 il a indiqué à *Ebro* qu'il existait une présomption *iuris tantum*, ce qui revenait à lui indiquer la nécessité de la preuve contraire (*supra*, par. 340, et *infra*, N° par. 440).

<sup>1</sup> La preuve rapportée sur ce point par les requérants à la faillite ne permettait aucune espèce de doute, puisqu'elle résultait du Rapport et du bilan de la *Barcelona Traction*. Le Gouvernement belge n'a pas adopté l'argument bizarre avancé par *Ebro* devant le juge et d'après lequel ce qui était dit dans le Rapport de 1946, ne permettait de tirer aucune conclusion quant à la situation des actions en février 1948; l'argument était puéril parce que le Rapport du Conseil d'administration de la *Barcelona Traction* correspondant au 31 décembre 1946, portait la date du 20 novembre 1947. Ce rapport, communiqué par les demandeurs à la faillite, n'était donc antérieur que de deux mois environ au jugement de faillite.

<sup>2</sup> Dans la conclusion additionnelle (« otrosí ») du même acte, on demande l'envoi d'une commission rogatoire télégraphique ordonnant au juge de première instance n° 4 de Barcelone de suspendre les mesures de saisie concernant *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.*

La thèse soutenue était que la décision n'était pas irrévocable et que bien qu'une partie seulement du jugement du 12 février 1948 avait été attaquée, le recours formé par *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* empêchait qu'il devienne irrévocable et, par conséquent, qu'il puisse être exécuté. *Ebro* reconnaissait que l'opposition du failli (art. 1334 du Code de procédure civile) ne suspend pas l'exécution du jugement de faillite. *Ebro* affirmait cependant que cette règle ne s'appliquait qu'au failli mais non aux tierces personnes atteintes par le jugement déclaratif de faillite, car ces dernières « sont alors protégées par les garanties de procédure de caractère général ».

Autrement dit, on voulait que le recours ait des effets que même l'opposition du failli, ne pouvait avoir (!).

<sup>3</sup> Il n'était notamment pas allégué que la faillite d'une société de services publics devrait faire l'objet d'une procédure spéciale comme le prétend maintenant, manifestement à tort, le Gouvernement belge.

Dans ces conditions, l'allégation du Gouvernement belge selon laquelle le recours de l'*Ebro* remplaçait valablement celui qu'aurait dû former la *Barcelona Traction*, n'est pas seulement contraire aux dispositions du droit espagnol. Elle est en outre inadmissible pour la bonne raison que l'*Ebro* n'a jamais invoqué les vices et les irrégularités que la *Barcelona Traction* d'abord, et le Gouvernement belge ensuite, ont prétendu relever dans le jugement déclaratif de faillite.

439. Quant à l'opposition formée par *Ebro* le 23 février 1948, elle était en ce qui concerne le fond, une simple transcription littérale du recours du 16 février. Il importe toutefois de souligner que cette opposition a été formée le 23 février 1948 « vu l'échéance prochaine de la fin du délai de huit jours signalé par l'article 1028 du Code de commerce de 1829 »<sup>1</sup>.

440. L'attitude adoptée par le tribunal au sujet des recours formés par l'*Ebro* a été claire et sans équivoques. Elle a évidemment été conforme au droit espagnol.

Il convient d'examiner les diverses décisions judiciaires qu'il a rendues, car la *Réplique* n'y a fait que superficiellement allusion.

a) Par ordonnance du 18 février 1948 le juge a déclaré irrecevable le premier recours en considérant qu'*Ebro* n'avait pas qualité pour faire opposition au jugement déclaratif de faillite (A.C.M., 87, doc. 1, VIII, p. 36).

b) Par ordonnance du 26 février 1948, rendue à la suite du recours d'*Ebro* du 23 février de la même année, il décida de surseoir à statuer jusqu'à droit dit sur le déclinaire de compétence García del Cid. Il exposa cependant clairement que sa décision intervenait:

« ... et sans reconnaître à Riegos y Fuerza del Ebro, S.A. la qualité juridique (« personalidad ») pour être partie à la procédure universelle de faillite de la *Barcelona Traction Light and Power Company Limited*, vu qu'elle n'a pas été mise en faillite et qu'aucune des allégations opposées n'a justifié que la totalité des actions soit détenue par des porteurs divers, alors que la thèse soutenue par les créanciers demandeurs à la faillite et admise par le jugement (*auto*) du douze courant démontre que ledit capital appartient à la société faillie... » (A.C.M., 88, doc. 1, VIII, p. 45).

Le recours fut, en définitive, déclaré irrecevable par ordonnance du 6 mars 1948 (A.C.M., 88, doc. 2, VIII, p. 46) également en raison du défaut de qualité pour agir.

<sup>1</sup> A.C.M., 85, VIII, p. 29.

Quoique le recours se soit faussement référé à la date de la notification:

« Aussi, vu l'échéance prochaine de la fin du délai de huit jours signalé par l'article 1028 du Code de commerce de 1829, depuis que lui a été notifié le jugement (*auto*) du douze février, ma mandante doit réitérer toutes les allégations formulées dans le recours dont il a été parlé plus haut. Elle agit ainsi, non pas parce qu'elle entend que lui soit applicable un acte de procédure institué pour que le failli puisse faire valoir ses droits, mais parce que, s'agissant d'un jugement (*auto*) qui l'affecte si directement et si profondément, elle veut qu'en aucun cas son silence ne puisse être interprété comme un assentiment, et que la fin du délai ne suppose pas la perte de son droit ou une atteinte portée à son droit.

Aussi formule-t-elle *ad cautelam* cet écrit dans lequel, en tant que fondement et justification de son droit, elle reproduit les allégations formulées dans le recours de rétractation mentionné, allégations qui sont les suivantes... ».

Il paraît raisonnable de se demander pourquoi la *Barcelona Traction* n'a pas pris la précaution élémentaire qu'elle fait prétendument prendre par *Ebro* dans le paragraphe cité ci-dessus.

c) Par jugement du 17 mars 1948 (A.C.M., 46, VII, p. 263) le juge rejeta le recours en rétraction (« reposición ») formé par *Ebro* contre l'ordonnance du 18 février 1948<sup>1</sup>, en motivant sa décision par les considérants suivants :

Le jugement du 12 février dernier part du fait que *Riegos y Fuerza del Ebro* n'a pas son capital entre les mains de plusieurs détenteurs, puisque ce capital appartient à la société faillie et qu'il n'y a donc pas pluralité de personnes; il en résulte, par conséquent, que la *Barcelona Traction*, étant le seul possesseur des actions représentatives du capital, c'est comme si la personnalité morale de la société appelante disparaissait du fait de l'inexistence de l'un des deux sujets qui doivent exister au minimum dans toute société commerciale aux termes de l'article 116 du Code de commerce; 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 ».

Cette procédure universelle se déroule entre deux parties, à savoir, d'une part, les créanciers, demandeurs à la faillite représentant la communauté des créanciers et, d'autre part, la société faillie; dans le cas où *Riegos y Fuerza del Ebro*, S.A. estimerait avoir été lésée par ledit jugement déclaratif de faillite, elle possède le moyen de se défendre par voie de *tercería* mais non pas dans le cours de la présente procédure<sup>2</sup>.

Les considérants des décisions mentionnées — que la *Réplique* omet d'examiner en détail — sont objectifs et irréfutables<sup>3</sup>.

Le juge a considéré qu'*Ebro* n'avait pas qualité pour agir parce que seuls le failli et ses créanciers peuvent être parties à la procédure de faillite. Il a en outre considéré que les demandeurs avaient prouvé que la totalité des actions d'*Ebro* appartenaient à la *Barcelona Traction* et qu'au contraire, *Ebro* n'avait pas rapporté la preuve que les actions se trouveraient entre les mains d'une pluralité de détenteurs. Le jugement du 17 mars 1948 invitait enfin *Ebro* à se défendre par voie de *tercería de dominio* si elle estimait malgré tout avoir été lésée par la faillite.

<sup>1</sup> *Riegos* forma un recours en rétraction (« reposición ») alléguant fondamentalement la théorie de l'intérêt pour justifier sa qualité et le fait que le jugement de déclaration de faillite lui avait été notifié. Et, par conclusion additionnelle (« otrosí ») elle demandait les certificats correspondants pour former le recours en responsabilité civile, qu'elle ne présentait jamais.

<sup>2</sup> Le dernier attendu constatait une insuffisance dans les pouvoirs présentés par l'avoué de *Riegos*. La *Réplique* (p. 483) prétend que cela signifie « que le juge était informé de la manœuvre que ce remplacement préparait et qui allait se produire six jours plus tard, le 23 mars 1948 ».

Cette nouvelle « découverte » de la pensée et des intentions du juge est, cela va sans dire, entièrement gratuite.

Ce sont les demandeurs à la faillite qui ont excipé du défaut des pouvoirs présentés en attaquant le recours d'*Ebro* dans leur acte du 25 février 1948, et ce pour des raisons qui n'avaient rien à voir avec la révocation ultérieure de pouvoirs. Il n'y a donc eu aucune prémonition du juge, contrairement à ce qu'allègue malicieusement et injustement la *Réplique*.

Le Gouvernement belge a déjà formulé cette accusation à la page 50, note 1, de sa *Réplique*, V, Mais le fait de répéter une même accusation ne peut pas rendre vrai ce qui ne l'est pas.

<sup>3</sup> Face à cette position du juge, *Ebro* prétendait :

a) Que le juge admette, sans aucune preuve, l'affirmation d'*Ebro*, selon laquelle il n'était pas vrai que la totalité des actions appartenaient à *Barcelona Traction*.

b) Qu'*Ebro* était une société distincte et indépendante de la *Barcelona Traction*.

c) Et que si sa demande était rejetée, *Ebro* se trouverait dans une situation pire que la faillie, « qui pouvait recourir ».

En d'autres termes, la *Barcelona Traction* qui n'a pas voulu recourir, a mis en avant ses filiales pour que, sur la base d'allégations fausses (nier que toutes leurs actions appartenaient à la *Barcelona Traction* et affirmer que les deux sociétés étaient indépendantes et distinctes) un recours soit admis pour éviter que les filiales ne se trouvent pas dans une « situation pire » que la faillie qui, elle, pouvait recourir mais ne le fit pas (!).

441. Comme il a été déjà exposé dans le *Contre-mémoire* (IV, pp. 337-339, et A.C.M., 89, VIII, pp. 50 ss.), les seules personnes qualifiées pour attaquer un jugement déclaratif de faillite sont le failli et les créanciers. Il n'y a rien à ajouter à cela.

Il n'est pas nécessaire de discuter ici point par point les nouvelles allégations de la *Réplique*, au sujet de la théorie de l'intérêt, notamment parce que le système adopté pour contester les explications données dans le *Contre-mémoire* rend toute controverse vraiment superflue <sup>1</sup>.

On a déjà démontré qu'en droit espagnol les tiers affectés par la faillite n'ont pas qualité pour intervenir dans le procès en recourant contre les décisions judiciaires qui les affectent, car elles sont pour eux « *res inter alios actas* ». Ils doivent agir contre les organes de la faillite qui ont pris les mesures qui leur portent tort et les attaquer en justice au moyen d'une action en revendication dite *tercería de dominio*, c'est-à-dire par une action en revendication de type déclaratif.

Il est vrai que le tribunal Suprême a consacré dans toute une série de décisions le principe « *nemo debet inaudito damnari* ». Ce principe n'est cependant pas vraiment applicable à la procédure de faillite puisque la décision fondamentale est prise précisément « *inaudita parte debitoris* »; la notification au failli n'étant pas non plus obligatoire, il est évident que tant celui-ci que ses créanciers seront affectés par la faillite, qu'ils comparaissent ou non dans la procédure <sup>2</sup>.

La *Réplique* se réfère (V, pp. 485 et 486) à toute une série de dispositions extraites de diverses lois espagnoles, et prétend en tirer la conclusion qu'elles prévoient la possibilité de l'intervention d'un tiers dans un procès <sup>3</sup>. La *Réplique* cite également toute une série de dispositions du Code de procédure civile et du Code civil. Or ses citations déforment le sens et la portée véritable de la loi. La Cour pourra en trouver la preuve à l'A.D. 114, Ap. 2.

Pour ce qui est de la jurisprudence, la *Réplique* revient sur celle déjà citée dans le *Mémoire*. La présente *Duplique* confirme, de son côté, l'analyse de cette jurisprudence faite dans l'A.C.M., 89, VIII, pp. 50 ss. On trouvera en outre dans l'A.D. 114, Ap. 1, un commentaire des observations faites dans la *Réplique* au sujet de certaines de ces décisions <sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Ainsi, par exemple, les passages de la *Réplique* (p. 408) qui se réfèrent aux auteurs cités dans le *Contre-mémoire*, indiquent seulement qu'il suffit de lire ces auteurs pour se rendre compte qu'ils n'ont pas envisagé la situation des tiers affectés par la faillite. Or s'ils n'envisagent pas cette situation, c'est évidemment parce qu'ils parlent du principe que deux parties seulement sont en cause dans la faillite, le failli d'une part, et les créanciers de l'autre.

<sup>2</sup> Le problème traité par l'arrêt du 9 juin 1932 du Tribunal Suprême invoqué par la *Réplique* (p. 485), n'a rien à voir non plus avec la question qui nous occupe (A.D. 114).

<sup>3</sup> Sont ainsi cités: la loi sur les sociétés anonymes du 17 juillet 1951; la loi sur les baux urbains du 13 avril 1956; le règlement sur les accidents du travail du 22 juin 1956, et la loi du 27 décembre 1956.

Toutes ces lois sont postérieures au 12 février 1948; elles n'ont en outre rien à voir avec les problèmes de la faillite, bien que certaines d'entre elles prévoient effectivement des cas d'intervention d'un tiers parfaitement compréhensibles et logiques du fait de la nature des procès qu'elles régissent.

Qui plus est, l'existence de ces dispositions particulières prouve que l'intervention d'un tiers dans le duel judiciaire qui oppose le demandeur au défendeur, constitue une exception.

<sup>4</sup> La seule véritable innovation de la thèse belge consiste dans la citation (R. p. 488) de l'arrêt du 12 avril 1913. La Cour trouvera également son analyse « *in extenso* » dans l'A.D. 114, Ap. 3.

Le Gouvernement belge soutient que ledit arrêt reconnaît à un associé commanditaire qualité pour faire opposition au jugement déclaratif de faillite en sa qualité de tiers intéressé. En réalité tant la Cour d'appel (« *Audiencia* ») que le Tribunal Suprême se sont bornés à rejeter une exception de défaut de qualité pour agir du commanditaire non parce que celui-ci avait le droit de former opposition, mais parce que le juge lui ayant reconnu ce droit — et l'arrêt ne précise pas si ce fut à tort ou à raison —, les autres parties avaient acquiescé à sa décision.

En ce qui concerne la doctrine, il faut souligner que l'opinion de Ramirez, si souvent invoquée à ce sujet par le Gouvernement belge, est totalement isolée par rapport à l'ensemble de la doctrine espagnole. Le fait que le Gouvernement belge n'ait pas pu trouver un seul autre auteur espagnol qui soutienne cette thèse en est la meilleure preuve <sup>1</sup>.

Le Gouvernement espagnol prend bonne note de ce que le Gouvernement belge reconnaît (R.p. 488), le bien-fondé du principe posé par l'arrêt du Tribunal Suprême du 8 novembre 1895, selon lequel les créanciers ont qualité pour former opposition. La remarque du Gouvernement belge d'après laquelle cet arrêt n'établissait pas comme une règle que seuls les créanciers peuvent former opposition à la faillite est illogique. Il ressort en effet clairement de cet arrêt que seuls ont qualité pour faire opposition à la faillite le failli lui-même et ses créanciers, mais personne d'autre. Cela est important, car *aucun* des divers créanciers qui ont été manœuvrés par la *Barcelona Traction*, à savoir MM. Teixidor, Sagnier, Lostrie, Andreu, etc., n'a formé opposition contre le jugement déclaratif de faillite <sup>2</sup>.

Conscient de la faiblesse de ses thèses, le Gouvernement belge affirme que c'est parce qu'ils sont intéressés au procès que les créanciers sont admis à faire opposition au jugement déclaratif de faillite. Puisque c'est leur intérêt dans le procès qui donne aux créanciers qualité pour agir, le Gouvernement belge ne comprend pas pourquoi les autres tiers également affectés par la faillite ne pourraient pas intervenir, la *ratio legis* étant la même.

L'argument comporte un sophisme. Les créanciers ne sont en effet pas de simples intéressés. Ils sont réellement des parties à la procédure de faillite, et ceci non seulement en raison de l'objet même de la procédure de faillite — la liquidation des biens du failli pour payer ses créanciers —, mais encore en raison de dispositions légales très précises. Ils sont parties au procès car la faillite ne met pas en jeu, en ce qui les concerne, un simple « intérêt » mais bien un droit de créance précis et concret.

Le *Contre-mémoire* (p. 338) avait en outre indiqué qu'*Ebro* elle-même avait reconnu que seul le failli avait qualité pour recourir contre le jugement déclaratif de faillite. Cela est absolument incontestable <sup>3</sup>.

La *Réplique se borne à répondre* (p. 487) que le Gouvernement espagnol « ...isole astucieusement quelques mots du texte de cette demande en reconsidération »; il suffit,

<sup>1</sup> RAMIREZ lui-même n'était sa théorie par l'autorité d'aucun auteur espagnol, mais par celle d'auteurs étrangers et dont les thèses se fondent non sur le droit espagnol mais sur la loi ou la jurisprudence de leurs pays respectifs (voir A.C.M., 89, VIII, pp. 50 ss., et A.D. 114).

<sup>2</sup> *Sidro* n'a pas recouru non plus, alors qu'elle pouvait le faire en sa qualité d'obligataire.

<sup>3</sup> L'*Ebro* disait en effet, dans son recours du 19 février 1948: « Pour apprécier l'utilité de ce recours, il suffit de constater que dans l'acte qui a motivé l'ordonnance (*providencia*), objet de ce recours, ce n'était pas précisément la faillite de la *Barcelona Traction* qui était contestée, mais bien les mesures qui dans cette décision étaient étendues à la société que je représente.

*Nous savons parfaitement que d'après l'article 1326 du Code de procédure civile c'est uniquement le failli qui a droit et qualité pour recourir contre la déclaration de faillite; mais la société que je représente n'a pas commis l'erreur procédurale, que lui attribue l'ordonnance, de s'immiscer dans les problèmes d'autrui; dans mon acte précédent je me suis borné à faire recours contre les dispositions qui ont été édictées expressément contre *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.*, telles: la saisie de ses biens, droits et actions, livres de comptabilité, documents de toute sorte, etc., et les dispositions consistant à la soumettre, sans qu'elle soit elle-même faillie, à un dépositaire et à un commissaire à la faillite de *Barcelona Traction.* » (A.C.M. N° 87, VIII, p. 37.)*

toutefois, de lire le recours ou les passages cités dans la note précédente pour constater la gratuité de l'affirmation belge.

442. Les explications qui précèdent établissent l'absence de fondement de la thèse belge d'après laquelle *Ebro* aurait eu qualité pour intervenir dans la faillite de la *Barcelona Traction*.

Il faut en outre souligner le caractère artificiel du problème de l'activité des filiales dans la procédure en Espagne. Ce caractère ne résulte pas des décisions discutables d'un juge. Il a été créé « ad hoc » par la *Barcelona Traction* dans le but exclusif d'échapper aux conséquences de sa déclaration de faillite, par la mise en marche d'un mécanisme juridique déjà conçu au moment même de la naissance de la société faillie.

Toute la théorie, et la pratique jurisprudentielle, concernant l'intervention incidente d'un tiers dans un procès déclaratif (et non dans une faillite) est incontestablement guidée par le principe de l'intérêt, d'un intérêt juridiquement digne de protection au résultat de l'action judiciaire en question. Mais, *une condition essentielle que la République semble ignorer est que l'intérêt doit être indépendant et distinct de ceux qui sont en jeu dans le procès.*

On ne peut admettre facilement qu'une personne physique ou morale puisse se soustraire à un procès en faisant comparaître à sa place une personne morale dont tout le capital lui appartient et en alléguant que cette personne aurait un intérêt *distinct* dans l'affaire.

L'intérêt d'*Ebro*, de *Barcelonesa* et des autres filiales n'était pas réellement distinct de celui de la faillite. C'était le même intérêt, pour la raison évidente que le seul titulaire en était la faillite elle-même. Qui, en dernière analyse, était intéressé à ce que les biens d'*Ebro* soient ou non saisis? Seulement *Barcelona Traction*; cela est évident.

Il est, aussi, évident, et le Gouvernement belge le reconnaît, que la *Barcelona Traction* et l'*Ebro* étaient une même chose. Cela interdisait que l'*Ebro* puisse faire état d'un intérêt distinct de celui de la *Barcelona Traction*.

On a essayé d'utiliser frauduleusement dans la faillite de la *Barcelona Traction* la personnalité « distincte » formelle des filiales. L'existence des sociétés filiales et le dépôt de leurs titres au Canada avaient été imaginés comme une « protection naturelle » contre les mesures que pourraient prendre les créanciers <sup>1</sup>.

Il semble légitime de conclure au caractère quelque peu byzantin de la discussion sur l'admissibilité ou l'inadmissibilité de l'intervention d'un tiers en qualité d'intervenant dans une procédure de faillite en application de la théorie de l'intérêt. *Ebro* n'aurait jamais pu valablement alléguer un intérêt distinct de celui de la *Barcelona Traction*; le véritable et seul titulaire de n'importe quel intérêt d'*Ebro* était la *Barcelona Traction*, et le recours de celle-ci, seul légalement relevant, aurait permis de contester simultanément non seulement le bien-fondé de la faillite de *Barcelona Traction*, mais aussi les mesures de saisie décidées à l'égard des filiales <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> La *Réplique* (V, p. 16, note 1) laisse entrevoir la vérité quand elle indique que le fait que les titres des filiales se trouvaient à Toronto « ne constituait plus une protection naturelle contre les mesures illégales prises à leur égard en Espagne »; si on remplace « mesures illégales » par « mesures des créanciers », on comprend parfaitement bien ce qu'on veut dire.

<sup>2</sup> C'est précisément parce qu'il doit exister un intérêt indépendant et distinct de celui de la partie qui est déjà dans le procès, que les demandes de l'*Ebro* insistent sur ce point, seule base permettant

## D. Actes de procédure de Barcelonesa

443. La *Réplique* ne souffle mot des recours formés par la *Barcelonesa*. Il est utile de donner le plus brièvement possible quelques indications à ce sujet.

La *Barcelonesa* avait déposé plusieurs requêtes avant que, le 22 mars 1948, un nouvel avoué ne comparaisse en son nom et ne se désiste de toutes les requêtes formulées. Deux de ces requêtes impliquaient un recours partiel contre le jugement déclaratif de faillite. Ce sont les plus importantes, et elle feront seules l'objet de notre exposé.

a) Le 19 février 1948, la *Barcelonesa* a formé un recours en rétractation (« reposición ») contre la partie du jugement déclaratif de faillite qui la concernait en requérant dans une conclusion additionnelle (« otrosí ») la suspension des mesures de saisie exécutées à Barcelone, et dans une seconde conclusion additionnelle, la récusation du juge de Reus<sup>1</sup>.

La *Barcelonesa* essayait d'établir sa qualité pour agir en invoquant la théorie de l'intérêt, et en affirmant que la *Barcelona Traction* et la *Barcelonesa* sont deux personnes juridiques complètement indépendantes; que la première est une société canadienne qui n'a ni domicile, ni succursale en Espagne, pays où elle n'exerce aucune activité sociale de quelque sorte que ce soit; que la *Barcelonesa* est par contre une société espagnole qui exerce ses activités depuis 1894<sup>2</sup>.

La requête affirmait qu'entre la *Barcelona Traction* et la société *Barcelonesa de Electricidad, S.A.*, « il n'existe même pas une unité de direction ou un autre élément de dépendance économique quelconque, hormis celui de posséder quelques actions, de la même façon que toute autre entité ou tout autre particulier pourraient les posséder »<sup>3</sup>.

La requête indiquait ensuite que, si les demandeurs estiment que la *Barcelonesa* se trouve en état de faillite — « s'ils se sentent le courage d'affirmer qu'elle a sursis de façon générale à l'exécution de ses obligations de paiement » —, ils n'ont qu'à demander la

---

d'appliquer la théorie de l'intérêt, non dans la faillite mais dans d'autres procédures, en particulier dans les procès déclaratifs (« juicios declarativos »). C'est pour cela que l'on a tenté d'induire le juge en erreur de la façon indiquée.

<sup>1</sup> A.D. 115.

La première conclusion additionnelle (« otrosí ») est la même que la conclusion additionnelle correspondante de la requête présentée par *Riegos y Fuerza del Ebro*, le 16 février 1948. La *Barcelonesa* y requiert la suspension des mesures de saisie en alléguant que le jugement du 12 février 1948 n'était pas irrévocable (« firme »), précisément parce qu'il avait fait l'objet d'un recours de la part de la *Barcelonesa*. La seconde conclusion additionnelle demandait la récusation du juge de Reus.

<sup>2</sup> Et il était ajouté ce qui suit:

« Il pourrait donc être vrai que des rapports financiers aient existé entre les deux sociétés, comme le déclarent les attendus du jugement déclaratif de faillite de *Barcelona Traction*. Nous admettons également qu'il soit possible que la *Barcelona Traction* possède ou ait pu posséder une fois ou l'autre des actions de la 'Compañía Barcelonesa de Electricidad, S.A.', mais pour les buts essentiellement poursuivis par le présent recours, il convient de rappeler au préalable que cette dernière société a une personnalité juridique propre et indépendante de celle de la *Barcelona Traction*, et ce dès le moment où elle s'est constituée jusqu'à ce jour ».

Il est donc évident que l'on connaissait exactement le jugement déclaratif de faillite.

<sup>3</sup> On indiquait ensuite:

« Même s'il était vrai, et ce n'est pas le cas, que la totalité des actions de la société *Barcelonesa de Electricidad, S.A.*, fassent partie de la masse des biens de ladite société en faillite comme lui appartenant [...] on ne pourrait soumettre ladite société au mécanisme de la faillite ».



faillite, et si le juge la prononce, la *Barcelonesa* devra « supporter ces onéreuses mais logiques mesures imposées par notre législation aux commerçants faillis »<sup>1</sup>.

Autrement dit, on invoque, comme dans le cas de l'*Ebro*, une qualité pour agir qui n'est pas reconnue par le droit espagnol, et qui repose en outre sur l'allégation de faits inexacts. Il n'est évidemment pas soufflé mot des soi-disant irrégularités et défauts du jugement déclaratif de faillite qui seront invoqués plus tard par la *Barcelona Traction* et par le Gouvernement belge.

b) La *Barcelonesa* a formé, le 23 février 1948, un recours par lequel elle s'est opposée *ad cautelam* aux dispositions du jugement déclaratif de faillite qui la concernaient (A.D. 116).

Ce recours est évidemment copié sur celui déposé à la même date par *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* La reproduction en est si littérale que le premier paragraphe indique ce qui suit, bien qu'il s'agisse de la *Barcelonesa*: « On n'a pas seulement pris des mesures contre la société déclarée en faillite, mais également contre mon mandant *qui est une société étrangère distincte* ayant une personnalité juridique complètement indépendante et possédant une succursale en Espagne dûment inscrite au Registre du commerce » (!).

Le recours indique ensuite que la société recourante « se trouve placée devant l'éventualité de voir le tribunal pouvoir en arriver à considérer que le délai de huit jours que la loi accorde au failli pour former opposition a commencé à courir à compter du jour qui a suivi la publication du jugement déclaratif dudit état légal (qui n'a même pas été convenablement faite dans ce procès) »<sup>2</sup>.

Pour le reste, le recours en question reprend simplement les arguments déjà connus<sup>3</sup>.

c) Le tribunal a rejeté les conclusions des recours des 19 et 23 février 1948 en raison du défaut de qualité pour agir des recourants. La *Barcelonesa* a formé, en date du 12 mars

<sup>1</sup> Pas la moindre allusion n'est faite à la procédure spéciale qui, d'après le Gouvernement belge, régirait la faillite des sociétés de services publics. Et il est naturellement admis que la condition requise pour déclarer la faillite est bien la cessation générale des paiements et non point l'insolvabilité, contrairement à ce qu'a, a posteriori, prétendu le Gouvernement belge.

La *Barcelonesa* continuait en disant:

« Un traitement égal serait certes injuste, mais plus encore le serait l'infériorité dans laquelle la 'Compañía Barcelonesa de Electricidad, S.A.' se trouverait placée par rapport aux faillis, car ceux-ci peuvent, en fin de compte, non seulement former un recours contre la déclaration judiciaire, mais encore parvenir à un arrangement avec les créanciers et faire lever la faillite, chose que ne pourra ni obtenir, ni chercher à obtenir mon mandant [...] du fait qu'il n'a pas été déclaré en état de faillite. Il ne pourrait pas non plus agir librement si le jugement déclaratif qui le lie de façon injustifiable au sort de la *Barcelona Traction*, la seule qui soit pourtant atteinte par cette déclaration, devenait irrévocable. »

On avançait ainsi le même « argument » déjà invoqué par l'*Ebro*. Or celui qui réellement avance un tel argument c'est la *Barcelona Traction* qui, elle, ne voulut pas former de recours!

<sup>2</sup> Cette déclaration constitue évidemment un nouvel aveu de ce que la *Barcelona Traction* savait parfaitement bien que le délai de recours expirait le 24 février 1948. Serait-ce l'une des raisons pour lesquelles la *Réplique* passe sous silence les recours de la *Barcelonesa*?

<sup>3</sup> Il est déclaré que bien que la voie de procédure adéquate ne soit pas celle de l'opposition à la faillite, il était formé opposition 'ad cautelam' contre le jugement du 12 courant en ce qui affectait la société afin que l'on ne puisse pas alléguer que telle était la voie que l'on devait suivre. La société fondait ce recours sur les allégations exposées dans le recours en rétractation (« reposición ») du 16 courant et le tenait en ce qui était nécessaire pour intégralement reproduit. Il ne se trouve donc dans ce recours rien de neuf. Comme l'acte correspondant est calqué sur celui présenté à la même date par *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.*, « on reproduit » le recours du 16 février, à savoir le recours formé par l'*Ebro*, la *Barcelonesa* ayant daté son recours du 19 février 1948.

1948, un recours en rétractation (« reposición ») contre l'ordonnance qui avait rejeté ces recours.

Ce recours est très bref et reproduit les arguments concernant l'indépendance des personnes morales, l'incertitude qui régnait sur le fait de la possession des actions de la *Barcelonesa* par la société faillie, et la nécessité de procéder en tout cas à la saisie matérielle des titres correspondants <sup>1</sup>.

E. *Les actes de procédure des autres filiales et sous-filiales de la Barcelona Traction*

444. La *Réplique* ne dit rien au sujet des recours formés par les autres sociétés filiales et sous-filiales de la *Barcelona Traction* pendant la période examinée ici.

La Cour pourra trouver des indications au sujet de ces actes de procédure dans l'A.D. 117.

Elle pourra constater que ces sociétés ont adopté dans leurs recours les mêmes techniques qu'*Ebro* et *Barcelonesa*. Elles ont cherché à tromper le juge au sujet de la propriété de leurs actions respectives et n'ont fait valoir aucun des griefs dont fait aujourd'hui état le Gouvernement belge. Ces sociétés ont notamment reconnu que seule la *Barcelona Traction* avait qualité pour recourir contre la déclaration de faillite, et elles ont clairement exposé que la condition de la faillite était la cessation générale des paiements et non l'insolvabilité. Ces sociétés n'ont enfin fait aucune allusion à la nécessité d'une procédure spéciale pour la faillite des sociétés exploitant un service public.

F. *Actes de procédure du personnel dirigeant des sociétés filiales et sous-filiales de la Barcelona Traction*

445. Le *Mémoire* (I, p. 70) avait consacré peu de place à cette Section. Le Gouvernement belge a par contre jugé utile de lui donner plus d'importance dans la *Réplique* (V, pp. 76-78 et 492).

Il n'y a rien à changer aux explications qui ont été données à ce sujet dans le *Contre-mémoire* <sup>2</sup>. Compte tenu de l'importance que le Gouvernement belge donne maintenant à cette question, les allégations de la *Réplique* seront cependant refutées (A.D. 118) malgré leur manque de pertinence.

G. *Les ordonnances des 2 et 17 mars 1948 qui ont prononcé l'irrévocabilité (« firmeza ») du jugement déclaratif de faillite* <sup>3</sup>

446. Le *Contre-mémoire* (IV, pp. 350-351) a déjà traité de ces ordonnances et de la raison pour laquelle elles avaient été rendues.

<sup>1</sup> Le recours fut déclaré recevable mais il ne donna lieu à aucune décision finale car il fut retiré par l'avoué nommé par le nouveau conseil d'administration de la société.

<sup>2</sup> Pp. 335 et 454 et A.C.M., 90, 91 et 201, VIII, pp. 57/60 et 61/62 et IX, pp. 290/291.

<sup>3</sup> A.C.M., 103 et 105, VIII, pp. 127 et 130.

D'après le Gouvernement belge (R., pp. 84 et 502), l'article 408 du Code de procédure civile reconnaît à une décision judiciaire l'autorité de la chose jugée au sens formel, du seul fait de l'écoulement du délai sans qu'elle ait fait l'objet d'un recours. Il n'est dès lors pas nécessaire que l'autorité de la chose jugée soit constatée par une déclaration expresse. Cela est vrai.

Mais la *Réplique* se contredit lorsqu'elle reproche au juge de ne pas avoir précisé la date à laquelle le jugement déclaratif de faillite était devenu irrévocable (« firme ») et de s'être contenté d'indiquer, dans le jugement du 7 juin 1963, que l'opposition avait été formée après l'échéance du délai<sup>1</sup>.

Le Gouvernement belge affirme (R., V, p. 503) que le juge n'aurait pu constater le caractère irrévocable (« firmeza ») du jugement déclaratif de faillite que si un recours en rétractation (« reposicion ») ou d'opposition avait été formé et rejeté du fait que le jugement déclaratif de faillite était devenu irrévocable.

Cette déduction est illogique et ne s'appuie évidemment sur aucune disposition légale. Partant de cette thèse, le Gouvernement belge prétend dans la *Réplique* que le juge de Reus, en rendant les ordonnances des 2 et 17 mars 1948, « ... excédait le pouvoir juridictionnel qui lui était conféré par la loi; son prononcé sur ce point n'avait pas le caractère d'une décision judiciaire, et ne pouvait donc produire aucun des effets juridiques qui s'attachent à celles-ci ».

Les allégations du Gouvernement belge ne sont compréhensibles que si l'on tient compte de ce qu'il se trouve dans la nécessité impérieuse de soutenir que les deux ordonnances en question « ne produisaient aucun effet juridique » (chose insoutenable par rapport à n'importe quelle décision judiciaire), car ces deux décisions furent acceptées (*consentidas*), aucun recours n'ayant été formé par personne<sup>2</sup>.

Le Gouvernement belge prétend que ces deux ordonnances n'ont eu aucun effet dans la faillite et que l'on n'a invoqué l'une d'elles que dans le jugement du 5 février 1952<sup>3</sup>.

Cette affirmation n'est pas exacte. La *Réplique* omet de dire que dans la décision du 15 mai 1963 (A.C.M., 193, IX, p. 270) par laquelle elle a confirmé le jugement du juge « a quo » rejetant l'exception d'incompétence Boter, la Cour d'appel de Barcelone a expressément déclaré au troisième attendu de son dispositif:

« Que pour rendre l'exposé plus clair il importe de préciser les points suivants qui ont un caractère général: a) que la *Barcelona Traction* a été mise en faillite par jugement

<sup>1</sup> En dehors de cette évidente contradiction, il est certain que l'article 408 n'interdit pas au juge de constater, dans des décisions postérieures, que certaines décisions antérieures sont devenues irrévocables (« firmes »). C'est ce qu'ont fait les ordonnances des 2 et 17 mars 1948 à l'égard du jugement déclaratif de faillite.

<sup>2</sup> Ni par la *Barcelona Traction* lorsqu'elle comparut, ni auparavant par les filiales, ni par aucun des complaisants « cointéressés » de la *Barcelona Traction*.

<sup>3</sup> A.C.M., 153, doc. 3, VIII, p. 332. Il a effectivement été fait allusion à cette ordonnance dans les termes suivants:

« ATTENDU que, en vue d'ultérieures déductions, il convient de tenir pour acquis: 1° que la faillite fut déclarée par un jugement du 12 février 1948; 2° qu'une ordonnance du 17 mars déclara que ledit jugement était devenu irrévocable, cette ordonnance l'étant devenue aussi à son tour et que, partant, les deux décisions sont irrévocables tant que par la voie de l'incident de nullité ou de tout autre recours il n'en sera pas dit autrement... ».

du douze février mil neuf cent quarante-huit, le Tribunal ayant invoqué, pour fonder sa compétence, l'article 15 du Code de commerce et les articles 63 (alinéa 9 a), 65 et 66 du Code de procédure civile, ainsi que l'arrêt du Tribunal Suprême du 3 avril 1922; b) que nul n'a intenté de recours contre ledit jugement dans le délai de huit jours prévu par l'article 1028 du Code de commerce de 1829, applicable à cette matière, et que, par conséquent, ce jugement est irrévocable (« firme ») et devenu exécutoire et que, bien que cela ne fût pas nécessaire, cela a été déclaré par ordonnances du Tribunal en date des deux et dix-sept mars mil neuf cent quarante-huit, qui sont également devenues irrévocables, faute d'avoir été attaquées en appel ».

D'autres décisions se sont également référées à l'ordonnance du 17 mars 1948 <sup>1</sup>.

447. Le *Contre-mémoire* (IV, p. 351) a exposé en détail quelles étaient les requêtes sur lesquelles l'ordonnance du 2 mars 1948 s'était prononcée <sup>2</sup>.

Il est inexact d'affirmer — comme le prétend la *Réplique* (p. 84) — que la requête des demandeurs ait eu pour seul objet d'obtenir du tribunal une ordonnance déclarant que le délai légal de recours contre la déclaration de faillite était venu à expiration. L'ordonnance du 2 mars 1948 faisait état du caractère irrévocable (« firmeza ») du jugement déclaratif de faillite au sujet du recours d'appel formé par M. García del Cid, et relevait que le dossier séparé de l'opposition à la faillite n'était pas transmis à la Cour parce que le délai de huit jours prévu par l'article 1028 du Code de commerce de 1829 s'était écoulé sans que la faillite ne comparaisse, et que l'article 408 du Code de procédure civile était dès lors applicable. L'ordonnance prévoyait enfin que toutes les décisions postérieures devraient être notifiées dans les locaux du tribunal.

La *Réplique* (p. 84) critique sans raison l'explication donnée dans le *Contre-mémoire* au sujet de la nature et de la portée de l'ordonnance du 17 mars 1948. Elle soutient que cette ordonnance admettait une requête des demandeurs tendant à ce que la faillite soit déclarée irrévocable. Comme cela a été indiqué dans le *Contre-mémoire*, la principale demande qui était à l'origine de cette ordonnance était cependant une demande de convocation de l'assemblée générale des créanciers pour procéder à la nomination des syndics. Il suffit pour s'en rendre compte de lire l'ordonnance elle-même et la demande sur laquelle elle se prononçait (A.C.M., 104 y 105, VIII, pp. 128 ss.).

448. D'après la *Réplique* (p. 85) le fait que l'ordonnance du 17 mars 1948 n'ait fait aucune allusion à l'ordonnance antérieure du 2 mars de la même année démontre que le tribunal sentait la « fragilité particulière » de l'ordonnance du 2 mars 1948. Cette conclusion est parfaitement gratuite et le juge n'avait pas à se référer nécessairement à l'ordonnance du 2 mars 1948.

La *Réplique* affirme enfin que la position du Gouvernement espagnol est « fluctuante » au sujet de la date à laquelle le délai pour former opposition a pris fin <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Ainsi, par exemple, les deux jugements des 23 et 24 mars 1950 (A.C.M., 148, doc. 3 et 4, VIII, pp. 266 et 270) qui ont rejeté les recours contre la nomination de syndics.

<sup>2</sup> L'appel interjeté par M. García del Cid contre le jugement rejetant le déclinatoire d'incompétence soulevé par lui et l'acte des demandeurs requérant qu'à l'avenir les notifications à la société faillie soient faites dans les locaux du tribunal en application de l'article 281 du Code de procédure civile et compte tenu de ce que le délai légal de huit jours s'était écoulé sans qu'elle comparaisse dans la procédure (A.C.M. 103, VIII, p. 127).

<sup>3</sup> Cette affirmation se fonde sur l'hypothèse formulée à la page 352 du *Contre-mémoire* selon laquelle, même si l'on admettait que le délai de recours avait été suspendu du fait du déclinatoire García del Cid, il n'en resterait pas moins que la *Barcelona Traction* n'avait pas formé de recours entre le 5 et le 31 mars 1948, délai pendant lequel la procédure de la faillite n'avait été suspendue par aucun déclinatoire d'incompétence.

Il n'y a aucune « position fluctuante ». Le calcul du délai pour recourir contre une décision est un simple calcul arithmétique. Le *Contre-mémoire* a soutenu en toutes circonstances que le jugement déclaratif de faillite était devenu irrévocable (« firme ») à l'expiration du huitième jour ouvrable qui a suivi la publication du jugement déclaratif de faillite. Le délai de recours de huit jours ouvrables a donc pris fin le 24 février 1948 à minuit.

On ne comprend pas comment le Gouvernement belge peut prétendre tirer argument des *Exceptions préliminaires* de 1963 puisqu'il y était dit textuellement :

« Dans le cas d'espèce, le jugement de Reus avait été prononcé le 12 février 1948. Par conséquent le délai de huit jours ouvrables octroyé par la loi pour former recours en 'reposición' a expiré le 24 février 1948, sans que la *Barcelona Traction* ait utilisé ce moyen » (E.P. 1963, p. 250).

Le tribunal dans son ordonnance du 17 mars 1948 (comme les demandeurs dans l'acte qui était à l'origine de cette décision) s'est borné à constater que la *Barcelona Traction* n'avait pas comparu dans la procédure et qu'elle ne s'était pas opposée à la déclaration de faillite ni pendant les huit jours qui avaient suivi la publication de la déclaration de faillite, ni pendant les huit jours qui avaient suivi l'ordonnance du 5 mars 1948 qui mettait fin à la suspension *García del Cid*. Cela aurait eu une certaine importance si la *Barcelona Traction* avait allégué, ce qu'elle n'a pas fait, que ladite question de compétence suspendait le délai pour former le recours.

Ces faits étant précisés, il faut rappeler que la *Barcelona Traction* n'a quant à elle jamais douté de ce que le délai prenait fin le 24 février 1948, comme le prouvent les recours formés par MM. Teixidor, Sagnier, l'*Ebro* et la *Barcelonesa* la veille de l'échéance du délai légal<sup>1</sup>.

#### H. Désignation de nouveaux avoués des filiales et des sous-filiales et désistement des recours formés

449. Le 23 mars 1948, le nouvel avoué de l'*Ebro* se désista de tous les recours interjetés (A.M., 92, II, p. 361).

Ce désistement et la substitution d'avoués qui l'avait précédé sont l'occasion pour le Gouvernement belge de déployer sa gamme la plus variée de griefs injurieux. Faisant preuve d'une audace extraordinaire, la *Réplique* se permet d'alléguer que les arguments du Tribunal Suprême sont « pharisaïques ».

Deux remarques s'imposent :

a) Même si l'*Ebro* ne s'était pas désistée de ses recours, ceux-ci seraient restés irrecevables et sans fondement.<sup>2</sup>

b) Si la *Barcelona Traction* avait fait ce qu'aurait dû faire n'importe quel plaideur raisonnable, à savoir recourir elle-même contre le jugement déclaratif de faillite, il aurait

<sup>1</sup> La chose est particulièrement évidente dans le cas de M. Teixidor, qui s'est hâté de présenter, le 24 février 1948 à 22 heures, l'acte par lequel il déclarait se joindre à l'opposition que l'on pourrait former.

<sup>2</sup> Il en va de même en ce qui concerne les recours des autres filiales et sous-filiales.

été impossible que qui que ce soit révoque les pouvoirs des avoués de la *Barcelona Traction* pour en nommer d'autres à leur place <sup>1</sup>.

Le Gouvernement belge feint de ne pas comprendre la véritable nature du problème exposé dans le *Contre-mémoire* (IV, p. 325) en fonction du droit espagnol. La substitution des avoués des filiales est un phénomène d'ordre interne, le résultat de décisions valablement prises par les nouveaux conseils d'administration des filiales. Ce sont en effet les filiales elles-mêmes qui ont pris la décision de nommer de nouveaux avoués et leur ont ordonné de se désister des actions exercées jusque-là <sup>2</sup>.

Une fois établis le bien-fondé du jugement déclaratif de faillite et la régularité de la nomination des nouveaux conseils d'administration des filiales à la suite des mesures prises à cette fin par le séquestre-dépositaire de la faillite, ce que les filiales ont pu faire par la suite est totalement irrelevant dans le présent procès.

Il n'y a dès lors pas lieu de discuter l'opportunité des mesures adoptées (sous la responsabilité personnelle des conseils d'administration respectifs) au sujet de la nomination d'avoués et des instructions de désistement qui leur ont été données.

L'exemple de ce qui s'est passé pour *Riegos y Fuerza del Ebro* est fort clair.

Le Conseil d'administration a décidé, lors de la séance du 16 mars 1948, de révoquer les pouvoirs que la société avait accordés à certains avoués, et d'en nommer d'autres <sup>3</sup>.

Dans la réunion suivante du Conseil, tenue le 2 avril 1948, le Président rend compte de ce que l'on avait accordé les pouvoirs nécessaires aux nouveaux avoués à la suite de la décision prise lors de la réunion précédente. Le président expliqua en outre que, conformément aux instructions du conseil, les nouveaux avoués s'étaient désistés des recours engagés <sup>4</sup>.

Que l'on soit ou non d'accord avec ces décisions, il est évident qu'elles sont étrangères à toute autorité judiciaire, et qu'elles ont été prises sous la responsabilité du Conseil d'administration de *Riegos*.

<sup>1</sup> Qui plus est, de nombreux recours ont été présentés contre diverses ordonnances admettant successivement la *Barcelona Traction* comme partie dans diverses sections de la faillite, mais tous furent systématiquement rejetés.

<sup>2</sup> Le fait que le séquestre-dépositaire ait décidé, le 16 mars 1948, de révoquer les pouvoirs (voir *supra par. 316*) n'y change rien.

<sup>3</sup> Dans le procès-verbal (A.D. 118, Ap. 1) correspondant, on peut lire:

« Premièrement. — Révoquer les pouvoirs que la société avait octroyés aux avoués des tribunaux de Reus, M<sup>e</sup> Francisco Just Clivillé et M. Antonio Creus Palau, par-devant M. Ramón Faus, notaire à Barcelone, le 15 février 1948, et à l'avoué de Barcelone, M. José Ignacio Anzizu Borrell, ainsi qu'en général tous les pouvoirs qui ont été jusqu'à cette date octroyés par le Conseil d'administration en faveur d'avoués, et charger le Président de ce Conseil, M. Alegre, de passer les actes publics correspondants de révocation.

Deuxièmement. — Que M. le Président Alegre concède de nouveaux pouvoirs en faveur d'avoués de Reus et de Barcelone, leur donnant tous pouvoirs nécessaires pour comparaître, agir et se présenter devant les tribunaux judiciaires, administratifs et gouvernementaux de toute sorte, avec les pouvoirs ordinaires, les autorisant en outre à se désister des actions déjà exercées ou à ratifier de tels désistements sans qu'il soit nécessaire, dans les cas où la loi le prévoirait, que le mandant ait à comparaître personnellement ».

<sup>4</sup> A.D. 119.

L'article 9 du Code de procédure civile dit que le pouvoir de représentation de l'avoué prend fin :

« 1<sup>o</sup> Par la révocation expresse ou tacite du pouvoir une fois qu'il a été constaté dans la procédure (« autos »). La révocation tacite sera présumée en cas de nomination postérieure d'un autre avoué qui se sera constitué dans la même affaire ».

Des pouvoirs ayant été octroyés par les nouveaux conseils d'administration à des avoués et ces pouvoirs ayant été inscrits dans le Registre du commerce correspondant, les diverses autorités judiciaires placées face à cette nouvelle situation légale devaient obligatoirement tirer les conséquences légales de la comparution des nouveaux avoués et considérer comme tacitement révoqués les pouvoirs des anciens avoués <sup>1</sup>.

450. La *Réplique* (V, pp. 80 à 83 et 496 à 502) examine la question de la révocation des pouvoirs et de la nomination des nouveaux avoués <sup>2</sup>, en assortissant cet examen de tout un ensemble de qualificatifs injurieux. Encore que les gens de la *Barcelona Traction* ont par la suite considéré que les décisions judiciaires correspondantes étaient bien fondées (voir *infra* par. 460).

Comme le Gouvernement belge, tout en donnant lui-même une version inexacte et très sommaire de ce qui s'est passé, critique le *Contre-mémoire* d'être peu explicite sur ce sujet, il est utile de donner une explication détaillée. Cela mettra davantage encore en évidence la grave faute que commet le Gouvernement belge en traitant cette matière, comme tant d'autres, avec une liberté de langage inadmissible.

Les nouveaux avoués nommés par les nouveaux conseils d'administration des filiales et sous-filiales procédèrent aux désistements qui affectèrent, séparément, les sociétés. *Ebro*, *Barcelonesa* et huit autres filiales et sous-filiales <sup>3</sup>.

Le juge a reconnu, tant dans le cas de l'*Ebro* que dans celui de la *Compañía Barcelonesa* et des autres filiales, les pouvoirs de nouveaux avoués en application des dispositions impératives du premier paragraphe de l'article 9 du Code de procédure civile <sup>4</sup>, et sa déci-

<sup>1</sup> L'article 18 du Règlement du Registre du commerce en vigueur à l'époque stipule que « les inscriptions du Registre se trouvent placées sous la sauvegarde des tribunaux et produisent tous leurs effets tant qu'elles n'ont pas été déclarées nulles ».

Outre la révocation tacite qui avait les effets de procédure mentionnés, il existait une révocation expresse des anciens avoués par le conseil d'administration dont la nomination était également inscrite au Registre du commerce.

<sup>2</sup> Faisant preuve de sa confusion habituelle, le Gouvernement belge mélange les désistements intervenus lors des premiers recours de l'*Ebro* avec ceux qui sont intervenus dans les deux actions déclaratives de 1949.

Fidèle à son propos de contrecarrer cette tendance à la confusion, le Gouvernement espagnol ne traitera ici que des premiers recours, reportant à plus tard l'étude de ce qui s'est produit au sujet desdites actions déclaratives de 1949 (cf. *infra* par. 454 et ss.).

<sup>3</sup> *Compañía de Aplicaciones Eléctricas, S.A., Saltos del Segre, S.A., Compañía General de Electricidad, S.A., Sociedad Española Hidráulica del Freser, S.A., Unión Eléctrica de Cataluña, S.A., Saltos de Cataluña, S.A., Saltos del Ebro, S.A. et Energía Eléctrica de Cataluña, S.A.*

L'*Ebro* se désista conjointement avec ces sociétés le 23 mars 1948. La *Barcelonesa* s'était désistée la veille d'une manière indépendante.

<sup>4</sup> L'ordonnance suivante a été rendue le 22 mars 1948, dans le cas de la *Barcelonesa* :

« L'acte présenté par M. Pablo Camps, avoué, agissant au nom et par représentation de la Compañía Barcelonesa de Electricidad, S.A., joint à la procuration, sera versé à la branche (« ramo ») à laquelle il appartient, ces documents devant être restitués après que copie certifiée en aura été annexée au dossier judiciaire (« autos ») et, conformément au numéro un de l'article 9 du Code de procédure civile,

sion a été suivie tant par la Cour d'appel (« Audiencia ») que par le Tribunal Suprême de la façon indiquée à l'A.D. 122. Se trouvant face à une situation prévue et résolue par la loi, les divers juges et tribunaux n'ont pu que l'appliquer.

On chercherait en vain dans la *Réplique* les décisions figurant dans cette annex. Elles apportent pourtant la preuve de la justesse de l'attitude des tribunaux espagnols, qui, informés de la nomination de nouveaux avoués désignés par ceux qui figuraient au Registre du commerce comme étant les nouveaux membres des conseils d'administration des filiales, ne pouvaient faire autrement que d'appliquer la loi.

451. Comme cela a déjà été exposé dans le *Contre-mémoire* (IV, p. 325), la *Barcelona Traction* ne s'est pas rendu compte de ce que le jugement déclaratif de faillite lui enlevait son pouvoir de domination sur les filiales. En décidant de faire agir celles-ci judiciairement, elle prenait le risque évident que, son pouvoir étant perdu, les nouveaux conseils d'administration prennent les décisions qui leur sembleraient bonnes sans tenir compte de la politique suivie jusque-là par la société faillie.

La *Réplique* (p. 496) affirme que les recours des sociétés auxiliaires « embarrassaient le groupe March ». Il importe peu qu'il en ait ou non été ainsi. Comme aucun des recours des filiales n'avait été déclaré recevable *a trámite*, on comprend en tout cas mal comment ils auraient pu « embarrasser » les créanciers de la *Barcelona Traction*. Il s'agissait, comme on l'a démontré, de recours condamnés à l'échec parce que totalement dénués de fondement<sup>1</sup>.

Après avoir affirmé que le but poursuivi par ces désistements révélait un « cynisme particulier », la *Réplique* s'en prend aux termes de l'acte de désistement présenté par l'*Ebro* et huit autres filiales le 23 mars 1948.

D'après la *Réplique*, la première irrégularité est constituée par le caractère collectif de ce désistement. Cette objection est doublement déraisonnable :

M. Antonio Creus Palau est considéré comme ayant cessé la représentation qu'il assumait de la société mandante; la société 'Compañía Barcelonesa de Electricidad, S.A.' est considérée comme s'étant désistée des demandes qu'elle a formulées dans la procédure de faillite à laquelle se rattache le présent incident, sans nécessité de ratification ultérieure puisque cette faculté apparaît avoir été concédée au susdit avoué dans la procuracion précitée, cette branche séparée (« ramo separado ») étant considérée comme terminée » (A.D. 120).

L'ordonnance suivante a été rendue le 23 mars 1948 dans le cas de l'*Ebro* et des autres filiales: « L'écrit présenté par M. Pablo Camps, avoué, agissant au nom et par représentation de 'Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.', 'Compañía de Aplicaciones Eléctricas, S.A.', 'Saltos del Segre, S.A.', 'Compañía General de Electricidad, S.A.', 'Sociedad Española Hidráulica del Freser', 'Unión Eléctrica de Cataluña, S.A.', 'Saltos de Cataluña, S.A.', 'Saltos del Ebro, S.A.' et 'Energía Eléctrica de Cataluña, S.A.', joint à la procuracion, sera versé à la branche (« ramo ») à laquelle il appartient, ces documents devant être restitués après que copie certifiée en aura été annexée au dossier judiciaire (« autos ») et, conformément au numéro un de l'article 9 du Code de procédure civile, M. Francisco Just Clivillé est considéré comme ayant cessé la représentation qu'il assumait desdites sociétés, celles-ci sont considérées comme s'étant désistées des demandes formulées dans la procédure universelle de faillite à laquelle se rattache le présent incident, sans nécessité de ratification ultérieure puisque cette faculté apparaît avoir été concédée au susdit avoué dans les procuracions précitées; cette branche séparée (« ramo separado ») est considérée comme terminée en vertu des demandes qui précèdent » (A.D. 121).

<sup>1</sup> Ainsi qu'on l'a déjà fait remarquer (*supra*, par. 316), si l'explication que le Gouvernement belge donne du but poursuivi était exacte, on ne s'expliquerait pas pourquoi le désistement s'est produit quarante jours après la nomination des nouveaux Conseils d'administration.



a) Parce qu'aucune disposition légale du droit espagnol n'interdit cette façon de procéder conjointe ou collective. Certaines dispositions la rendent au contraire obligatoire, même si les parties ont agi de façon indépendante<sup>1</sup>;

b) Parce que la *Barcelona Traction* elle-même avait fait agir « collectivement » dans un même acte pas moins de huit filiales, leur avoué étant M<sup>e</sup> Just qui avait également agi au nom de *Riegos y Fuerza del Ebro* (A.D. n<sup>o</sup> 117). On peut à juste titre citer ici l'aphorisme judiciaire anglo-saxon et constater que pour le Gouvernement belge « ce qui est bon pour l'oise ne l'est pas pour le jars ».

La *Réplique* critique également le contenu de l'acte qui par ailleurs est identique à celui présenté par la *Barcelonesa*. Les déclarations auxquelles la *Réplique* fait allusion étaient fondées sur des faits irréfutables<sup>2</sup>.

Les filiales et sous-filiales avaient accepté les conséquences de la faillite de la *Barcelona Traction* comme le seul moyen permettant que le but du procès de faillite — le paiement des créanciers — puisse être un jour atteint sans que la société faillie ne puisse, pendant l'interrègne, escamoter ou vider de son contenu ce qui constituait son seul patrimoine. Qu'y avait-il donc d'étonnant à ce que les nouveaux conseils d'administration prennent de telles mesures et fassent de semblables déclarations?<sup>3</sup>

On pourrait, à la rigueur, contester la légalité ou la validité de la nomination des nouveaux conseils d'administration, mais une fois celle-ci intervenue, les tribunaux devaient en tenir compte tant qu'une décision judiciaire déclarant l'illégalité ou l'absence de pouvoirs des conseils d'administration ou la nullité de leurs décisions n'avait pas été rendue<sup>4</sup>.

La *Réplique* (V, p. 498) critique enfin le fait que le désistement n'ait pas été communiqué aux avoués tacitement révoqués. En premier lieu, lesdits avoués ont été révoqués expressément. Le désistement leur a en outre été notifié. Une excellente preuve en est donnée par le fait qu'ils ont formé les recours correspondants devant le juge, devant la Cour d'appel (« Audiencia ») et devant le Tribunal Suprême<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Article 531 du Code de procédure civile.

<sup>2</sup> A.M., 92, II, p. 361.

<sup>3</sup> La *Réplique* affirme qu'il s'agissait d'un « auto-procès » dans lequel un des plaideurs était exclu de la procédure par son propre adversaire qui le remplaçait dans la procédure. Cela n'est pas vrai. Premièrement, parce que les filiales n'intervenaient pas dans leur propre procès mais dans celui de la *Barcelona Traction*. Deuxièmement, parce qu'il s'agissait toujours du même plaideur, à savoir les sociétés filiales et sous-filiales qui, par l'intermédiaire de leurs organes statutaires, soit leurs conseils d'administration respectifs, avaient pris des décisions nouvelles et avaient donné à leurs mandataires des instructions distinctes de celles données par leurs anciens organes.

<sup>4</sup> Il est utile de rappeler que tandis que dans le procès espagnol, les actes des nouveaux conseils d'administration et l'exécution de leurs décisions concernant la révocation des avoués et la nomination de nouveaux avoués se sont déroulés dans un cadre purement interne; dans la « receivership » canadienne, au contraire, ce fut le « receiver » qui agit à sa guise à l'égard des filiales et sous-filiales, donnant les instructions qu'il estimait nécessaires au sujet des actions à exercer, de la nomination d'avocats et d'avoués, etc., etc. On peut consulter, parmi les documents de la « receivership », I, pp. 68-69; II, pp. 169 ss., pp. 228 ss.; III, pp. 390, 394-395, 536 ss.; IV, pp. 666 ss., pp. 673-674, etc.

<sup>5</sup> La *Réplique* critique également (p. 498, note 1) le fait que l'ordonnance du 23 mars 1948 n'ait pas condamné les filiales aux dépens. On ne voit pas bien l'objet de cette critique.

Le tribunal a rejeté les actes et documents déposés après le désistement par les anciens avoués. Le juge ne pouvait pas agir autrement, puisque les anciens avoués n'avaient plus la possibilité d'intervenir<sup>1</sup>.

§ 2: ACTES DE PROCÉDURE RÉALISÉS ENTRE LE 27 MARS 1948 ET LE 4 JANVIER 1952.  
DATE DE LA VENTE AUX ENCHÈRES DES BIENS DE LA SOCIÉTÉ FAILLIE

452. On examinera ici les actes de procédure les plus importants effectués au cours de cette période<sup>2</sup>, en réfutant l'argumentation de la *Réplique* au sujet des deux procédures déclaratives engagées en 1949 par l'*Ebro*, et des diverses actions engagées par la *National Trust*.

Près de 70% des procès engagés en Espagne par la *Barcelona Traction* et son groupe entre 1949 et 1956 ont été précisément introduits après la vente. Cette constatation est intéressante parce que:

a) Le Gouvernement belge a reconnu à plusieurs reprises qu'à partir du 4 janvier 1952, ou si l'on préfère à partir du 17 juin de la même année, date à laquelle les syndics ont procédé à l'adjudication des biens à la société adjudicataire, tous les recours étaient « illusoire » (R., p. 608).

<sup>1</sup> La décision du juge à cet égard se trouve dans les trois ordonnances des 3 et 5 avril 1948, qui ont un texte pratiquement identique.

L'ordonnance du 3 (A.D., 123, doc. 1 et 2) concernant la *Barcelonesa* indiquait par exemple ce qui suit:

« L'acte et les documents annexés présentés par M<sup>e</sup> Antonio Creus Palau, avoué, disant représenter la société *Barcelonesa de Electricidad*, ne peuvent être inclus dans la procédure universelle de faillite de *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd.* dans la branche séparée (« ramo separado ») constituée pour l'instruction des questions soulevées par elle, parce que ledit avoué ne peut requérir la rétractation (« reposición ») de l'ordonnance du vingt-deux courant constatant l'extinction des pouvoirs de représentation accordés par ladite société à sa personne du fait de la comparution de M<sup>e</sup> Pablo Camps Pascual, avoué, muni de nouveaux pouvoirs de la même société, la révocation des pouvoirs conférés au premier avoué s'étant produite du fait et à l'instant même de la comparution du second avoué, ainsi que l'établit l'article neuf du Code de procédure civile, sans qu'il soit possible de former un recours contre cette décision puisque l'avoué révoqué perd la qualité de partie, qualité indispensable pour pouvoir former un recours quelconque. Les questions soulevées par cet acte sont totalement étrangères à la représentation de procédures. Nous nous trouvons en présence de nouveaux pouvoirs octroyés par le Président du Conseil d'administration de la société *Barcelonesa de Electricidad*. Ceux-ci remplissant les conditions légales, il est obligatoire de les accepter. On ne peut invoquer ici les articles 121, 155 et 156 du Code de commerce afin d'attaquer dans cet acte rien de moins que la validité de décisions prises par le Conseil d'administration, et ce dans le but de savoir si l'on a observé ou non les règles statutaires, car ce serait dévier le but de ce procès et y faire rentrer des questions qui relèvent d'un jugement déclaratif car, sous le couvert de ce soi-disant recours en rétractation (« reposición »), on exerce en fait une action en nullité relative à la constitution du Conseil d'administration lui-même. Tant que de nouveaux pouvoirs révoquant ceux actuellement détenus par M<sup>e</sup> Camps, avoué, n'auront pas été conférés, ce sera ledit M<sup>e</sup> Camps qui représentera la société *Barcelonesa de Electricidad*, car sans lui reconnaître la qualité de partie, il est le seul qui puisse agir au nom de la susdite société, toute autre personne étant obligatoirement étrangère au concept de partie au sens matériel et de la procédure du fait qu'elle n'est titulaire ni du droit, ni de l'action. Étant donné que M<sup>e</sup> Creus, avoué, ne peut désormais plus constituer un des éléments du présent procès, l'acte en question lui sera retourné avec le document et les copies annexées, et annotation suffisante en sera prise dans le dossier judiciaire (« autos ») par le moyen d'une copie faite par le Greffier de l'en-tête et des conclusions dudit acte, afin de justifier du motif de la présente décision ».

<sup>2</sup> A l'exclusion de ceux concernant la vente des biens (Section VIII) et de ceux qui sont en rapport avec les prétendus retards apportés à la procédure (Section VI).

b) Le *Mémoire* prend soin de préciser (p. 74) que la *Barcelona Traction* était pleinement responsable de ses actes de procédure en Espagne depuis le 24 juin 1952, puis que l'intervention du « receiver » en cette matière avait cessé depuis cette date <sup>1</sup>.

Il est surprenant de voir que la *Barcelona Traction* n'a engagé aucun procès en 1949, en 1950, en 1951 et en 1952. Par contre, de 1953 à 1956 la société faillie a engagé cinq procédures déclaratives dites *de mayor cuantía* <sup>2</sup>.

#### A. Actions déclaratives intentées par le pseudo-Conseil d'administration d'Ebro en 1949

453. Le *Contre-mémoire* (IV, pp. 340 à 345) a exposé tout ce qu'il y avait à dire sur ce sujet.

Le 30 avril 1949, soit 14 mois après que la faillite de la *Barcelona Traction* a été déclarée et est devenue irrévocable (« firme »), une prétendue assemblée des actionnaires d'Ebro s'est tenue à Toronto et a désigné un nouveau Conseil d'administration.

A cette assemblée, l'actionnaire majoritaire était naturellement la *Barcelona Traction* <sup>3</sup>.

Il est cependant évident que la *Barcelona Traction* n'avait pas qualité d'après le droit espagnol pour prendre une mesure de cette nature postérieurement au 12 février 1948. Le jugement déclaratif de faillite a en effet pour conséquence de dessaisir le failli de tous ses biens, droits et actions et d'en transférer corrélativement et automatiquement la possession aux organes de la faillite.

Ce nouveau Conseil d'administration introduisit une action le 6 juillet 1949 devant le tribunal de première instance n° 9 de Barcelone. Le 15 septembre 1949, il introduisit une action pratiquement identique devant le juge spécial qui instruisait la faillite de *Barcelona Traction*.

Un mois avant que ne soit introduit le premier procès de l'Ebro (6 juillet 1949), la Cour d'appel (« Audiencia ») avait déjà, par décision du 7 juin 1949, autorisé l'assemblée des créanciers à nommer les syndics. Le second procès de l'Ebro (15 septembre 1949)

<sup>1</sup> La chose est confirmée dans la documentation de la « receivership » canadienne (vol. V, pp. 921 ss.) où l'on peut lire dans le mémorandum G-27 du « receiver » canadien Glassco, en date du 2 mars 1953: « 9. Depuis que la décision du tribunal du 24 juin 1952 a été rendue, je n'ai plus aucune responsabilité dans la façon dont le procès est mené en Espagne au nom de la société défenderesse... ».

Curieusement, comme cela se produit pour certains autres documents, la décision du 24 juin 1952 ne figure pas dans le dossier original de la « receivership ».

<sup>2</sup> Ce n'est qu'en 1953 que la *Barcelona Traction* engage son premier procès; la même année *Sidro* dépose sa requête pour fraudes dans la procédure, la même année également, deux nouveaux procès sont engagés par la *National Trust* au Canada, tandis qu'un autre procès est introduit par les fidèles « co-intéressés » de la *Barcelona Traction*, MM. Lostric et Andreu. En 1954, la *Barcelona Traction* introduit un nouveau procès. En 1955, elle en engage deux. La même année, divers actionnaires de la *Barcelona Traction* (MM. Duvivier, Mathot, Escobar Raggio et Brementhal) introduisent trois autres litiges dans la faillite. En 1956, la *Barcelona Traction* introduit encore un autre procès déclaratif. La *National Trust* fait de même ainsi que l'*International Utilities*.

(Voir *infra* par. 681 et ss.).

<sup>3</sup> Ainsi que l'a exposé le *Contre-mémoire* (p. 341, note 1), la *Barcelona Traction* figurait en tant que titulaire de 125.000 actions libérées avec droit de vote et 150.000 actions différées.

a été engagé quatre jours avant la réunion de l'assemblée générale des créanciers pour la nomination des syndics.

Il semble clair que les deux demandes avaient pour objet d'entraver la désignation des syndics ou l'exercice de leur activité<sup>1</sup>.

Le 23 mars 1948 était intervenu, dans la forme indiquée ci-dessus, la révocation des pouvoirs des anciens avoués des filiales et sous-filiales de la *Barcelona Traction* et le désistement, par les nouveaux avoués, de tous les recours formés. La *Barcelona Traction* savait évidemment *a priori* que les requêtes présentées en 1949 par l'*Ebro* étaient, de ce seul fait, vouées à l'échec.

Le 27 mars 1948, le Gouvernement belge a présenté sa première note diplomatique. Tous les actes de procédure postérieurs de la *Barcelona Traction*, de ses filiales, sous-filiales et coïntéressés, ont dès lors été introduits alors que l'on savait *a priori* qu'ils étaient voués à l'échec, et uniquement parce que l'on voulait pouvoir présenter par la suite les échecs comme des « preuves manifestes » d'un soi-disant déni de justice<sup>2</sup>.

La *Duplique* pourrait se contenter de renvoyer purement et simplement à ce qu'il a été exposé dans le *Contre-mémoire* puisque les observations faites dans la *Réplique* au sujet des demandes d'*Ebro* (V, pp. 80-83, 490-491 et 498-502) n'infirmen en rien son exposé. On procédera néanmoins à l'analyse des allégations faites dans la *Réplique*.

454. La *Réplique* prétend (p. 82) que les décisions judiciaires espagnoles avaient établi qu'en cas d'intervention simultanée dans un procès de deux avoués représentant la même personne morale, il fallait reconnaître les avoués dont les pouvoirs avaient été octroyés en dernier lieu. D'après le Gouvernement belge, c'est en raison de ces décisions que l'assemblée du 30 avril 1949 fut réunie et que le nouveau conseil délivra de nouveaux pouvoirs.

L'explication n'est pas très vraisemblable<sup>3</sup>. La thèse du Gouvernement belge repose en outre sur une grossière déformation de la réalité.

La décision des tribunaux espagnols sur ce point était certainement fondée sur le paragraphe premier de l'article 9 du Code de procédure civile. Mais elle était aussi fondée

<sup>1</sup> La volonté d'empêcher la désignation des syndics est incontestable, car le fait que les procès avaient ce but a été mentionné dans le procès-verbal de l'assemblée générale des créanciers (A.M. 155, III, p. 604).

Quant au désir de paralyser l'activité des syndics, il est clair que la *Barcelona Traction* avait intérêt à ce que des réclamations comme celles d'*Ebro* soient formellement *sub judice*.

<sup>2</sup> La *Barcelona Traction* avait ainsi la possibilité de préfabriquer toutes les réclamations qu'elle voulait en agissant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'autres personnes. Rien n'empêchait l'*Ebro* de présenter en 1949 quatre ou dix requêtes au lieu des deux qu'elle a présentées, en sachant d'avance qu'elles ne pouvaient aboutir à rien. Le Gouvernement belge aurait ainsi pu faire état aujourd'hui d'un plus grand nombre de procès avortés et les présenter comme la conséquence des desseins « machiavéliques » des autorités judiciaires espagnoles.

<sup>3</sup> Si les choses s'étaient effectivement passées comme le prétend le Gouvernement belge, l'assemblée du 30 avril 1949 aurait dû être réunie treize mois auparavant. Les nouveaux avoués auraient alors pu comparaître immédiatement dans les recours qui avaient fait l'objet des désistements du 23 mars 1948 et dans les recours qui avaient suivi l'admission des désistements.

sur le fait que le conseil d'administration qui avait conféré les pouvoirs les plus récents, était inscrit au Registre du commerce de même que les pouvoirs qu'il avait délivrés.

455. A propos de l'examen des procès introduits en 1949 par *Ebro*, le *Contre-mémoire* signalait que les décisions de la prétendue assemblée d'*Ebro* étaient radicalement nulles parce que la *Barcelona Traction* y avait assisté et que la décision avait été prise avec les votes exercés par la faillie (cf. *supra* par. 148, AD 58).

Le *Contre-mémoire* (IV, p. 341, note 2) citait l'abondante jurisprudence qui a établi à plusieurs reprises la nullité radicale et définitive de tous les actes d'administration de son patrimoine, effectués par le failli après la déclaration de faillite. La *Réplique* garde un silence total sur la jurisprudence en question.

Le *Contre-mémoire* a expliqué clairement (p. 344) que le problème de la validité de l'assemblée de Toronto ne touchait pas le fond de l'affaire. Le pouvoir conféré aux nouveaux avoués, en exécution des décisions de cette assemblée, était en effet fondé sur un acte nul en droit espagnol, en application de l'article 878 du Code de Commerce. Il n'était pas besoin d'une décision judiciaire préalable pour le constater. La *Réplique* garde également le silence sur les explications données à ce sujet dans le *Contre-mémoire*, p. 344, note 1, et sur les références faites sur ce point à la jurisprudence belge.

La *Réplique* feint d'ignorer (V, p. 82) que le *Contre-mémoire* a signalé que la question pouvait être posée de deux façons distinctes <sup>1</sup>.

A la page 344 du *Contre-mémoire* il était cependant indiqué :

« Or cette question pouvait être posée par deux voies ou procédures distinctes; la première consistait pour les défendeurs à soulever l'exception de défaut de qualité; la seconde consistait pour les personnes qui, en vertu du droit interne espagnol, avaient légalement qualité pour représenter *Ebro* — car un acte radicalement nul, comme l'assemblée de Toronto, ne pouvait les déposséder de leurs droits —, à refuser aux avoués, MM. Anzizu et Creus, et à leur mandante le droit de parler au nom d'*Ebro* devant les tribunaux espagnols » <sup>2</sup>.

Il est en outre étrange que la *Réplique* (p. 82) reproche au *Contre-mémoire* d'avoir qualifié de nulle la réunion de Toronto. La *Réplique* elle-même se réfère en effet à la décision de la Cour d'appel (« Audiencia ») du 8 février 1950 qui signalait <sup>3</sup> que l'assemblée tenue à Toronto le 30 avril 1949 était nulle du fait que la *Barcelona Traction* y avait

<sup>1</sup> La *Réplique* prétend que le défaut de qualité du demandeur n'a pas été dénoncé par voie d'exception car cela aurait obligé les tribunaux à examiner la question de la validité de l'assemblée tenue à Toronto. Et elle ajoute : « comment les tribunaux espagnols auraient-ils pu contester la régularité d'une assemblée générale d'une société canadienne tenue en territoire canadien? ». Le Gouvernement belge trouvera la réponse dans la *Réplique* même (par. 575, p. 431), où il est dit que les tribunaux espagnols ne peuvent reconnaître — sans obtenir l'*exequatur* au préalable — la qualité d'un *receiver* nommé au Canada pour exercer les droits de *Barcelona Traction* (vid. A.D. 58).

<sup>2</sup> Et le *Contre-mémoire* ajoutait :

« C'est cette dernière voie que prirent les intéressés à qui il appartenait de choisir en vertu du principe dispositif de la *justicia rogada*; et les tribunaux espagnols ne pouvaient que statuer en droit sur la question telle qu'elle leur était posée. »

<sup>3</sup> Après avoir établi que les avoués qui comparaissaient au nom d'*Ebro* avaient des pouvoirs conférés par un conseil d'administration inscrit au Registre du commerce (comme l'étaient les pouvoirs eux-mêmes).

assisté et avait voté, par l'intermédiaire de M. Clarkson, alors que celui-ci n'avait pas été désigné par les organes de la faillite qui seuls peuvent exercer eux-mêmes ou par délégation les droits du failli.

456. La *Réplique* (p. 83) se permet de critiquer le *Contre-mémoire* d'avoir imputé aux avocats d'*Ebro* la responsabilité de leurs échecs successifs parce que leur propre position était insoutenable.

Cette accusation est gratuite: la compétence des avocats et les instructions qu'ils reçoivent de leurs clients sont deux choses tout à fait différentes <sup>1</sup>.

Ainsi que cela a été indiqué dans le *Contre-mémoire*, il est évident que la seule action pertinente aurait été une action personnelle des administrateurs du Conseil d'administration révoqué. Cette voie était d'ailleurs indiquée dans les actes produits devant les tribunaux espagnols (*infra*, par. 460).

La réponse que donne la *Réplique* sur ce point est on ne peut plus faible: elle se demande à quoi aurait servi une telle action. Mais la réalité est que l'action n'a pas été exercée. Or, le grief belge ne porte pas sur le fond de la question mais sur le fait que ce fond n'a pas été discuté, par suite de la comparution des nouveaux avoués. L'action personnelle aurait permis que les tribunaux espagnols se prononcent sur ce que le Gouvernement belge considère comme le fond de la question. Le grief belge, tel qu'il a été formulé, aurait ainsi disparu.

457. La *Réplique* (p. 499) fait état de trois décisions du Tribunal Suprême concernant des demandes d'*Ebro*: les jugements (« autos ») des 14 mai 1949, 13 octobre 1950 et 3 juillet 1953.

Elle affirme que toutes ces décisions sont semblables et qu'elle se limite pour cela, à titre d'exemple, au jugement du 14 mai 1949.

Ce jugement est cependant celui qui a le moins de rapport avec la question parce qu'il concerne l'incident de récusation du juge N° 4 de Barcelone (voir A.D. 124). La façon dont la *Réplique* l'interprète est un nouvel exemple de sa curieuse façon d'argumenter.

La *Réplique* prétend que le Tribunal Suprême a essentiellement fondé sa décision sur le fait que la décision frappée du recours ne mettait pas fin au procès; et elle a l'effronterie d'ajouter « l'argument était on ne peut plus pharisaïque ».

La *Réplique* ose qualifier l'argument de pharisaïque, mais elle reconnaît ensuite que la décision frappée du recours ne mettait effectivement pas fin au procès <sup>2</sup>. L'argument prin-

<sup>1</sup> Il est raisonnable de penser qu'aucun des avocats de la *Barcelona Traction* n'a eu la maladresse de soutenir spontanément qu'il ne fallait pas recourir, même « ad cautelam », contre le jugement de déclaration de faillite. Une telle décision n'a certainement pas été prise par négligence ou incompétence professionnelle mais, plus vraisemblablement, à la suite d'instructions précises du client. Il ne semble pas non plus que ce soit par incompétence que les avocats de la *Barcelona Traction* ont imaginé les actions exercées par *Ebro* en 1949. On peut consulter à ce sujet, A.C.M., 12, IX, p. 355.

<sup>2</sup> Le Gouvernement belge indique que la reconnaissance du nouvel avoué ne mettait « sans doute pas fin au procès » (R., p. 499), or cela rendait le rejet du recours obligatoire, conformément à l'article 1729 du Code de procédure civile.

*cipal* de la décision du Tribunal Suprême était en outre tout autre, à savoir que la décision frappée de recours avait son origine dans l'exécution d'une commission rogatoire par le juge de première instance N° 4. Le Tribunal Suprême signalait que le juge requis n'exerce pas des fonctions de juridiction, mais des fonctions d'assistance quand il exécute une commission rogatoire décernée par un autre juge. C'est pourquoi les actes qu'il effectue en exécution d'une commission rogatoire n'engagent pas sa responsabilité.

Mais la *Réplique*, après avoir durement attaqué la décision, indique au bas de la page (*Réplique*, V, p. 499, note 1) que le jugement du 14 mai contenait « un autre motif de rejet, plus sérieux » et il explique ce qui vient d'être exposé, reconnaissant par là le bien-fondé de la décision. Etant donné que cet argument est l'argument fondamental exposé dans le premier attendu du jugement, il est inadmissible d'attaquer violemment les autres attendus du jugement énoncés *ex abundantia*, même dans le cas où ces autres motifs seraient erronés, ce qui n'était évidemment pas le cas, comme le reconnaît le Gouvernement belge lui-même <sup>1</sup>.

458. La *Réplique* (p. 499) prétend que *Riegos y Fuerza del Ebro* et *Ebro Irrigation* n'étaient qu'en apparence la même personne et que, par conséquent, c'est en apparence seulement qu'une même personne désignait des avoués successifs.

La vérité est qu'*Ebro Irrigation* et *Riegos y Fuerza del Ebro* étaient une même personne et que la première avait transféré son siège en Espagne en 1911 avec la totalité de son capital social, en choisissant un domicile en Espagne, en adoptant le nom espagnol de *Riegos y Fuerza del Ebro* et en s'inscrivant au Registre du commerce.

Il s'agissait donc de la même personne morale que prétendaient représenter deux avoués différents <sup>2</sup>.

L'un d'eux avait été nommé par un Conseil d'administration désigné par une assemblée tenue à Toronto. Cette assemblée avait pris ses décisions grâce au vote majoritaire de la *Barcelona Traction* qui, du fait de sa mise en faillite, était incapable depuis plus d'un an d'exercer les droits sociaux des actions d'*Ebro*, qui avaient, en outre, été saisies par les organes de la faillite. Ni l'assemblée qui avait nommé le Conseil d'administration, ni ce dernier, ni les pouvoirs de l'avoué n'étaient inscrits au Registre du commerce de Barcelone où toutes les modifications concernant l'*Ebro* étaient enregistrées depuis 1911.

L'autre avoué produisait par contre des pouvoirs octroyés à une date postérieure par le conseil d'administration inscrit au Registre du commerce en vertu d'un procès-verbal qui y figurait également. La procuration de l'avoué avait enfin fait elle-même l'objet d'une inscription.

La question posée était claire, et la réponse à lui donner aussi.

<sup>1</sup> Et c'est justement de cet argument fondamental que le Tribunal Suprême déduisait le caractère non définitif de la décision. Le Tribunal Suprême signalait ensuite que même s'il avait pu aborder le fond du litige, il aurait dû rejeter le recours en application du paragraphe premier de l'article 9 du Code de procédure civile, étant donné que la question soulevée « pourra seulement être résolue par l'action déclaratoire pertinente intentée par ceux qui estiment être pourvus du droit et de l'action à cet effet ».

<sup>2</sup> C'est ce qu'a constaté la Cour d'appel dans sa décision du 8 février 1950 (A.C.M., 99, VIII, p. 116).

Pour éviter la confusion volontairement créée dans la *Réplique*, la présente *Duplique* examinera séparément le sort des deux actions déclaratives intentées par *Ebro* en 1949.

### 1. Demande d'*Ebro* de juillet 1949

Comme cela a été expliqué dans le *Contre-mémoire*, le procès introduit le 6 juillet 1949 a été engagé devant le juge de première instance n° 9, avec un mépris total pour la compétence et la juridiction évidentes du juge spécial, dont la nomination avait été demandée par *Ebro* elle-même.

La requête fut reçue « a trámite » et son inscription préventive au Registre du commerce fut même ordonnée.

Deux des défendeurs formèrent un recours, mais par jugements des 27 juillet 1949 et 1<sup>er</sup> août 1949, leurs recours furent rejetés.

Les deux décisions furent frappées d'appel et c'est devant la Cour d'appel (« Audiencia ») que le nouvel avoué d'*Ebro*, c'est-à-dire l'avoué légalement nommé, comparut. La Cour d'appel, par ordonnance du 18 janvier 1950, accepta sa comparution et ordonna l'exclusion du procès de l'avoué précédent.

Cette décision ayant fait l'objet d'un recours, la Cour d'appel (« Audiencia ») le rejeta par jugement du 8 février 1950<sup>1</sup>.

Un recours en cassation ayant été interjeté, il fut rejeté par jugement (« auto ») du 13 octobre 1950<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Cette décision (A.C.M., 99, VIII, p. 116) a posé le principe suivant:

« CONSIDÉRANT que la question débattue se ramène à déterminer — étant donné l'impossibilité pour deux avoués représentant la même partie d'intervenir simultanément dans un litige — si le demandeur doit être représenté par M. Anzizu, comme l'estime celui-ci, ou si, au contraire, il doit l'être par l'avoué M. Lago, qui a comparu au nom de la *Riegos y Fuerza del Ebro*, alors que le premier comparaisait au nom de la *Ebro Irrigation and Power*.

CONSIDÉRANT que la première affirmation qui s'impose — étant donné ce qui se dégage du dossier — est qu'il s'agit non pas de deux sociétés distinctes, hypothèse qui ne présenterait pas de problème, mais bien d'une seule société commerciale, comme il découle: a) de leurs noms mêmes, car la dénomination espagnole est la traduction exacte de l'anglaise; b) des inscriptions portées au Registre du commerce de cette province, où les deux noms apparaissent attribués à la même entité; c) et des déclarations mêmes de toutes les parties intervenantes dans le dossier qui coïncident entièrement à cet égard, il est donc parfaitement logique d'admettre que la dénomination étrangère comme l'espagnole ne se rapporte qu'à une seule société, la demanderesse, représentée dans le dossier d'abord par M. Anzizu, puis par M. Lago.

CONSIDÉRANT que, ce qui précède étant établi, il faut discerner quelle est la procuration qui doit prévaloir et, à cet effet, il faut s'en tenir aux éléments figurant au litige, dont il ressort ce qui suit: 1° la procuration en faveur de M. Lago est de date postérieure à celle qu'a présentée M. Anzizu, ce qui permet d'appliquer l'article 9 du Code de procédure civile; 2° apparemment ni la procuration conférée à ce dernier par M. Nicanor Alonso Macías, à Madrid, ni celle qui a été établie en faveur du mandant cité ne sont inscrites au Registre du commerce; et 3° par contre, la procuration présentée par M. Lago est inscrite dans ce registre, de même que son mandant, en sorte qu'il faut estimer que la capacité procédurale de M. Lago a la préférence, ce qui entraîne l'élimination de l'autre avoué, ainsi que l'a considéré l'ordonnance qui fait l'objet de l'appel.

Le jugement lui-même établissait en outre (cf. *supra*, par. 455), que l'assemblée de Toronto était sans pouvoir puisque le « receiver » canadien avait comparu en qualité de représentant de la *Barcelona Traction* alors qu'il n'avait point été nommé par les syndicats, seuls qualifiés pour agir à la suite de l'incapacité de la *Barcelona Traction* consécutive à sa faillite.

<sup>2</sup> Après que le Tribunal Suprême eut déclaré que « le présent recours rentre dans le cas d'irrecevabilité prévu dans le n° 3 de l'article 1729 du Code de procédure civile en relation avec le n° 1 de l'article 1690 du même Code », il ajoutait:



Mais le nouvel avoué n'annonça aucun désistement et la Cour d'appel (« Audiencia ») confirma les décisions frappées d'appel par jugement du 3 avril 1951. Ce fut plus tard, le 11 octobre 1951, que le nouvel avoué renonça aux actions exercées.

## 2) Demande d'Ebro de septembre 1949

Le 15 septembre 1949, *Ebro* intenta un autre procès pratiquement identique au précédent, mais cette fois devant le juge spécial.

Le 17 mars 1950, un nouvel avoué de *Riegos y Fuerza del Ebro* comparut. Le juge l'admit et ordonna la révocation de celui qui avait précédemment agi et qui avait été constitué par l'assemblée de Toronto du 30 avril 1949.

Un recours en rétractation (« reposición ») ayant été formé, il fut rejeté par jugement du 23 mai 1950<sup>1</sup>. Un appel ayant été formé, il fut rejeté par la Cour d'appel (« Audiencia ») par jugement du 25 avril 1951, qui confirma la décision attaquée<sup>2</sup>.

« CONSIDÉRANT, que d'un autre point de vue, si l'on tient compte du contenu du recours, il faudra également ne pas l'admettre parce que la question de base sur laquelle a statué la Cour d'appel de Barcelone en rejetant par son jugement du 8 février 1950, le recours en reconsidération contre son ordonnance du 18 janvier précédent, était de déterminer quelle était, étant donné la concurrence de deux représentations en justice pour une même personne morale comparissant à la cause, celle des deux qui, en raison de sa validité actuelle, devait être prise en considération dans la procédure poursuivie et que pour ce faire elle a dû se conformer aux dispositions du n° 1 de l'article 9 du Code de procédure civile, sans que cette nouvelle reconnaissance de mandataire soit susceptible d'interrompre le cours de la cause principale et, moins encore, revête le caractère de décision définitive aux fins de cassation ou doive créer une situation juridique irrévocable, étant donné la condition de révocabilité qui est essentielle dans le mandat, raison pour laquelle, conformément à la doctrine récente de cette Chambre, réaffirmée, entre autres, dans ses décisions des 14 mai et 20 octobre 1949, on se trouve dans le cas d'application dudit n° 3 de l'article 1729 du Code de procédure civile, et il est obligatoire de repousser dans cette procédure le recours de cassation interjeté, sans qu'il y ait lieu d'entamer l'examen des questions que le requérant soulève dans son écrit, non seulement parce qu'elles vont au-delà du point de base réellement débattu et résolu, mais parce qu'elles touchent à des situations juridiques et à l'exercice d'actions sur lesquelles il n'y a pas lieu de statuer sous le couvert d'un simple changement de représentation en justice ».

Cette décision, évidemment bien fondée, est celle que la *Réplique* qualifie d'« abracadabrante ».

<sup>1</sup> Dans ce jugement déposé au Greffe, passé sous silence par la *Réplique*, il était dit :

« Qu'étant établi et admis par tous, que *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* et *Ebro Irrigation and Power Co. Ltd.* ne sont qu'une seule et même société, il est incontestable qu'elle ne peut avoir dans la procédure qu'un seul représentant et comme deux avoués se sont présentés devant le juge en prétendant tous les deux représenter légitimement la partie demanderesse, il a été nécessaire d'examiner les procurations et la documentation apportées par l'un et l'autre, pour décider, conformément au Code de procédure civile, lequel des deux devait cesser son mandat, et il appert de cet examen, en premier lieu, que la procuration en faveur de M. Creus a été conférée le 24 juin 1949, tandis que celle établie au nom de M. Camps porte la date du 16 mars 1950; c'est pourquoi le juge spécial, en exécution des dispositions catégoriques du paragraphe premier de l'article 9 du Code de procédure civile dont il a été fait mention, a accepté l'intervention de ce dernier et prononcé la cessation du mandat du premier, selon ce qui a été consigné à l'ordonnance dont appel ».

La décision ajoutait : « M. Camps est aussi mieux qualifié pour représenter la société en question en vertu des dispositions des articles 17, 21, 26, 29 et 119 du Code de commerce et des articles 18, 107, 111, 112 et 115 du Règlement du Registre du commerce, puisque aussi bien la procuration établie en sa faveur par le Conseil d'administration de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* que la constitution de ce même Conseil, sont inscrites au Registre du commerce de Barcelone, tandis que ni la procuration de M. Creus, ni celle de son mandant, n'ont ce caractère authentique. »

<sup>2</sup> Cette décision déposée au Greffe n'est pas non plus citée dans la *Réplique*. La Cour d'appel (« Audiencia ») approuvait les considérants du jugement objet de l'appel et ajoutait :

« CONSIDÉRANT, au surplus, que cette Chambre a rendu un jugement identique à celui dont est appel le 8 février 1950 dans un litige analogue au présent, et que cette décision est irrévocable (« firme ») et exécutoire, le Tribunal Suprême ayant décrété irrecevable le recours en cassation formé par M. Anzizu, avoué, la confirmation du jugement dont appel est obligatoire car puisque les circonstances sont les mêmes, il n'existe pas de motifs pour changer l'opinion adoptée antérieurement ».

Finalement, le Tribunal Suprême, par arrêt du 3 juillet 1953, a rejeté le pourvoi en cassation <sup>1</sup>.

Le 10 novembre 1953, *Riegos* se désista de la demande <sup>2</sup>.

459. Il était nécessaire d'exposer le détail des décisions les plus importantes non seulement pour suppléer à l'information défectueuse donnée dans la *Réplique* <sup>3</sup>, mais encore parce que le texte précis des décisions pose correctement le problème et démontre le bien-fondé de la solution qui lui a été donnée.

Il est évident que la substitution des avoués dans les actions en cours relevait exclusivement de l'organisation interne de la société *Ebro* et échappait par conséquent totalement à l'intervention des autorités judiciaires. Devant le résultat de la décision prise par le Conseil d'administration légitime de *Riegos*, les autorités judiciaires ont adopté la seule attitude légalement possible. Toute autre attitude aurait constitué une violation pure et simple de la loi.

Le procès-verbal de la réunion du Conseil d'administration de *Riegos*, du 23 décembre 1949, se réfère à ces litiges et à l'attitude adoptée par la société <sup>4</sup>.

460. Il est curieux de constater de quelle manière *Ebro* se référerait dans son recours du 28 janvier 1950 <sup>5</sup>, à tous les jugements rendus par le Tribunal Suprême et par la Cour

<sup>1</sup> Déposé au Greffe. Le Tribunal Suprême rejeta le recours avec la motivation suivante:

« CONSIDÉRANT: que bien que le recours soit directement formé contre un jugement rejetant un appel rendu le 25 avril 1951, par la Chambre civile n° 1 de la Cour d'appel (« Audiencia ») de Barcelone, la décision judiciaire qui en est la cause première, est une ordonnance du juge spécial, du 24 mars 1950, qui a admis, comme partie en cause, un avoué qui comparaisait avec une procuration plus récente que celle produite par un autre avoué qui représentait la même personne dans le même procès, et dont les pouvoirs de représentation dans le procès furent par conséquent considérés comme éteints. Et une telle décision, selon une doctrine jurisprudentielle constante, manque de par sa nature et ses effets, de la qualité de définitive requise pour l'accès à la cassation, parce qu'elle ne met pas fin au litige dans lequel elle est rendue et qu'elle n'empêche pas sa continuation; et si l'on tient compte, en plus de ce que l'ordonnance mentionnée a un caractère nettement procédural, puisqu'elle est imposée par le texte explicite du paragraphe deuxième de l'article 9 du Code de procédure civile, il est clair que le recours en cassation dont elle est l'objet tombe sous le coup du n° 3 de l'article 1729 en rapport avec les articles 1689 et 1690 du Code de procédure civile mentionné, et il convient en conséquence de déclarer ici son irrecevabilité sans qu'il soit pertinent, comme le demande l'appelant, d'examiner sous le couvert d'un simple incident de procédure, la capacité de ceux qui ont conféré les procurations mentionnées, ce problème devant être examiné dans une autre procédure plus adéquate ».

<sup>2</sup> Une particularité distingue cette demande du litige précédent. La *Barcelona Traccion* se constitue dans le procès instruit par le juge spécial, et a formé un recours contre l'ordonnance qui acceptait la désistement, et le recours fut reçu. Un recours d'appel ayant été formé, il fut rejeté par la Cour d'appel (« Audiencia ») (par décision du 17 juillet 1954); un pourvoi en cassation contre la décision de la Cour d'appel fut rejeté par le Tribunal Suprême.

<sup>3</sup> La *Réplique* (V, p. 82) ne cite que la décision de la Cour d'appel du 8 février 1950 et celle du Tribunal Suprême du 13 octobre 1950, sans pour autant en examiner intégralement le contenu.

<sup>4</sup> « Il décide également d'effectuer les comparutions nécessaires devant les tribunaux ou juges en exerçant les actions qui seront estimées opportunes pour que soit reconnue la légalité des assemblées et des Conseils d'administration de *Riegos* et de leurs décisions, en se désistant, en cas de besoin, des actions qui auraient été introduites à ce nom ou au nom d'*Ebro Irrigation*, en établissant si nécessaire les procurations opportunes (A.D. 125).

<sup>5</sup> Par cet acte elle interjetait un recours dit de *súplica* contre la décision de la Cour d'appel (« Audiencia »), qui avait jugé que son avoué avait été révoqué dans le procès pendant devant le juge de première instance n° 9. Ce recours fut rejeté par un jugement du 8 février 1950, cité plus haut (A.D. 126).

d'appel (« Audiencia ») au sujet de la substitution des avoués intervenue en mars 1948, et qui a été examinée auparavant.

*Ebro* utilisait les termes suivants:

« Desdites décisions font partie: le jugement du 14 mai 1949, Chambre civile n° 1 du Tribunal Suprême; le jugement du 20 octobre 1949, Chambre civile n° 1 du Tribunal Suprême, et le jugement du 18 janvier 1949, Chambre civile n° 2 de la Cour d'appel (« Audiencia »).

*Dans toutes ces décisions, est exprimée la doctrine exacte* que, pour discuter et, le cas échéant, obtenir une décision au sujet de la validité des procurations et de la détermination des personnes qui ont qualité pour les conférer, il est nécessaire d'avoir recours au procès déclaratif correspondant.

Et c'est cela, exactement, ce que nous avons fait. »

Ces lignes sont incontestablement une reconnaissance expresse, de ce que les décisions prises par les autorités judiciaires au sujet du problème de la substitution des avoués dans ce que la *Réplique* appelle « première vague » (les substitutions et désistements de mars 1948), étaient purement et simplement correctes.

Comment peut-on concevoir que le Gouvernement belge ait pu attaquer lesdites décisions? (*Supra*, par. 450).

Il est au surplus évident, comme on l'a indiqué plus haut, que l'argument d'*Ebro* n'était pas valable. Il est exact que la Cour d'appel (« Audiencia ») et le Tribunal Suprême avaient déclaré que les questions soulevées dans les recours au sujet de la légitimité du Conseil d'administration devaient faire l'objet d'un procès déclaratif. Ils n'avaient cependant pas affirmé, et ils n'auraient pas pu le faire, que le procès déclaratif devait être intenté par le propre conseil d'administration d'*Ebro*, agissant en qualité de représentant légal de la société dont l'avoué avait été considéré comme révoqué de ses fonctions dans les premiers recours <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Dans différentes décisions rendues dans les procès déclaratifs intentés en 1949, les autorités judiciaires espagnoles ont de nouveau insisté sur la question (par exemple, le Tribunal Suprême, dans son jugement du 3 juillet 1953), preuve évidente de ce que le procès déclaratif auquel ils se référaient dans leurs premières décisions, était celui qui devait être introduit à titre personnel par les représentants du pseudo Conseil d'administration d'*Ebro* nommé à Toronto.

*Mais en outre les avoués légitimes de l'Ebro eux-mêmes ont indiqué que la question ne pouvait être discutée qu'au cours d'une procédure déclarative de la nature indiquée.* Si une telle procédure avait été engagée, personne n'aurait pu discuter sa recevabilité.

Il a été fait allusion à cette question dans différents recours; on disait ainsi textuellement dans l'acte du 5 avril 1950 (A.D. 127):

« Or, si ce groupe de messieurs qui habitent au Canada, n'aiment pas M. Camps en tant qu'avoué de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.*, ou bien le Conseil d'administration de cette société, parce qu'ils croient que l'assemblée générale qui l'a élu était mal constituée, ou en raison de n'importe quel autre prétendu vice, ce qui convient c'est qu'ils entament un litige, intentent un procès, mais en leur propre nom, individuellement ou collectivement, s'ils ont le droit d'être partie dans la cause, s'ils ont qualité pour agir en ce sens (ce que, en temps et lieu, nous examinerions et discuterions), mais non pas qu'ils plaident au nom de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.*, s'intitulant Conseil d'administration de la société, comme s'ils avaient déjà eu gain de cause, et ce faisant, il devait arriver à ce groupe de messieurs ce qui est arrivé. Ils sont donc les seuls responsables de l'échec.

Mais ceci, qui est si clair et qui leur a été déjà dit lors du dépôt d'un recours analogue devant la Cour d'appel (« Audiencia ») de Barcelone, et leur a été répété dans l'acte de comparation de l'avoué soussigné, il semble qu'ils ne le comprennent pas (ne serait-ce pas plutôt qu'ils ne veulent pas le comprendre?), et ainsi on ne doit pas s'étonner de ce qui est arrivé ».

Et dans l'acte du 17 mars 1950 (A.D. 128) on faisait des observations analogues.

Le procès déclaratif en question aurait dû être intenté à titre personnel par ceux qui s'estimaient en droit de le faire, c'est-à-dire les prétendus administrateurs d'*Ebro*. Il est évident que si les administrateurs avaient agi en leur propre nom, aucune substitution d'avoué n'aurait pu intervenir, et les tribunaux auraient dû nécessairement se prononcer sur le fond même de la question.

La procédure à suivre était claire et avait été indiquée à plusieurs reprises. Mais les hommes de la *Barcelona Traction* n'ont point voulu la suivre.

461. Le *Contre-mémoire* (IV, p. 342) avait signalé que les procès déclaratifs de 1949 indiquaient un changement de direction notable par rapport aux actions exercées antérieurement par *Ebro*. Les recours des 16 et 23 février 1948 (*infra* par. 437 et ss.) n'avaient pas en effet attaqué la déclaration de faillite, mais seulement les mesures de saisie qui avaient affecté les filiales, en arguant que la faillite de *Barcelona Traction* ne concernait en rien *Ebro*, société totalement distincte et « indépendante ». Au contraire, les actions introduites par *Ebro* en 1949 attaquaient, en définitive, le jugement de déclaration de faillite de 1948.

Cela est évident et il suffit de lire les recours en question pour constater cette différence fondamentale<sup>1</sup>.

En ce qui concerne la demande introduite le 15 septembre 1949, le *Contre-mémoire* (p. 343) avait signalé non seulement que l'action devait être intentée à titre personnel par les prétendus administrateurs d'*Ebro*<sup>2</sup> mais encore qu'il ne s'agissait pas d'une demande en revendication ou d'une action dite *terceria de dominio*, quoi qu'elle fût qualifiée d'« action en restitution ». Et après la normalisation des filiales, décidée par l'ordonnance du 7 avril 1948, il n'y avait plus de base matérielle pour une *terceria de dominio*.

Le Gouvernement belge (p. 492 de la *Réplique*, V) prétend répondre à cette double argumentation du *Contre-mémoire* de la façon suivante:

a) En ce qui concerne la normalisation des filiales, il renvoie simplement à ce qui a été exposé antérieurement sur ce point dans la *Réplique*; c'est pourquoi la présente *Duplique*, pour sa part, doit formuler le même renvoi (*Supra*, par. 298).

<sup>1</sup> La *Réplique* (p. 490) qualifie cette observation du *Contre-mémoire* d'argument « purement polémique » fondé sur une présentation « caricaturale » des actions introduites par *Ebro*.

Le Gouvernement belge allègue que les recours en rétractation (« reposición ») et d'opposition formés par *Ebro* en 1948 attaquaient en définitive le jugement déclaratif de faillite dans la mesure où il affectait *Ebro*, mais ceci ne répond évidemment pas à l'argument puisque le jugement de déclaration de faillite n'était nullement attaqué en tant qu'il ordonnait la faillite de *Barcelona Traction*, avec toutes les conséquences qui s'ensuivaient.

La *Réplique* (p. 491) indique également que dans la requête de juillet 1949, on demandait que soit reconnue la légitimité du Conseil d'administration d'*Ebro* désigné à Toronto, le 30 avril 1948, ce qui impliquait une attaque des déclarations du jugement du 12 février 1948 uniquement dans la mesure où elles affectaient *Ebro*, tandis que les autres dispositions du jugement de déclaration de faillite n'étaient pas attaquées. Ceci n'est cependant pas exact, car dans cette requête (A.C.M., 96, VIII, p. 105 ss.) l'on discutait la validité de la saisie des actions d'*Ebro* et l'exercice des droits saisis par le séquestre-dépositaire; il est donc clair que les actions d'*Ebro* étaient la propriété de *Barcelona Traction* et non pas de sa filiale. Le Gouvernement belge confond ici le patrimoine d'une société — lequel appartient à celle-ci — avec les actions de la même société — qui sont la propriété des actionnaires.

<sup>2</sup> La *Réplique* (p. 491) prétend, sur ce point, que le grief consiste en ce que les autorités espagnoles ont examiné seulement la question de forme de la désignation des avoués sans se poser la question de fond de la détermination des personnes ayant qualité pour représenter *Ebro*. Mais le *Contre-mémoire* avait signalé que la demande d'*Ebro* n'avait d'autre objet que de faire exercer une action en nullité de la procédure par une personne qui n'avait pas qualité pour agir et cela sous le prétexte d'une action en restitution.

b) Le Gouvernement belge reconnaît que l'action exercée par *Ebro*, le 15 septembre 1949, n'était pas à proprement parler une action de *terceria de dominio*, « mais une action complexe » qui mélangeait des demandes de nullité relatives à certaines conclusions du jugement de déclaration de faillite et à une demande de restitution de certains biens. Cet aveu rend superflue toute discussion de la thèse belge.

Le Gouvernement belge prétend (R., V, p. 492) qu'il n'aurait pas été adéquat de n'introduire qu'une *terceria de dominio* « ... puisqu'il ne s'agissait pas de revendiquer des biens saisis par erreur par le séquestre provisoire ... », mais d'attaquer les dispositions de la faillite même, sans l'annulation desquelles la demande en restitution ne pouvait avoir de succès. On pourrait difficilement imaginer une reconnaissance plus claire et explicite de ce que l'action exercée n'était pas une authentique action de *terceria de dominio*<sup>1</sup>.

462. La *Réplique* (R., p. 500) prétend comparer la question de la double représentation d'une même personne avec les questions connues en droit anglo-saxon sous le nom de « procès d'interférence » et, en droit allemand, sous le nom de « Streit um die Parteilrolle »; il affirme que la question se présente aussi en droit français et en droit belge<sup>2</sup>. Le Gouvernement belge soutient enfin qu'il est reconnu dans tous ces systèmes de procédure que la question n'est pas un problème formel mais une véritable question de fond.

La question n'est évidemment pas là: on ne conteste pas que la question puisse être une question de fond étant donné qu'elle l'aurait en effet été si elle avait été discutée dans un procès déclaratif intenté à titre personnel par les personnes qui prétendaient former le conseil d'administration d'*Ebro*. Ce qu'il faut affirmer c'est que telle qu'elle a été posée devant les tribunaux espagnols, la question n'était pas une question de fond mais de forme. Cela est évidemment différent.

L'A.D. 129 met en évidence que les procès de « interférence » du droit anglo-saxon n'ont pas la signification que leur prête le Gouvernement belge et que la comparaison que ce dernier prétend faire avec le « Streit um die Parteilrolle » n'est pas faisable<sup>3</sup>.

463. La *Réplique* prétend, en ne parlant toujours que de l'arrêt du 14 mai 1949, que le Tribunal Suprême ne s'est pas prononcé sur la question par « excès de formalisme ».

<sup>1</sup> La *Réplique* (p. 492, note 1) prétend que l'exposé fait par le Gouvernement espagnol dans A.C.M., 50, VII, p. 288, porte complètement à faux. L'objet de cette affirmation n'est pas, bien entendu, de contester ce que dit l'annexe, mais simplement de soutenir que les articles 908 et suivants du Code de commerce font seulement référence à l'incorporation « par erreur » de biens d'autres personnes à la masse de la faillite. Il suffit de lire les articles en question pour se rendre compte de la gratuité de l'affirmation du Gouvernement belge, car dans ces articles le mot « erreur » ne figure même pas et il n'y a donc aucune référence à des biens saisis par « erreur ».

La *Réplique* cite l'arrêt du Tribunal Suprême du 4 décembre 1958. Cet arrêt n'a absolument rien à voir avec ce que soutient le Gouvernement belge, car la seule chose que le Tribunal Suprême a établie c'est que dans la société d'acquêts (« gananciales ») la propriété exclusive des biens qui la constituent n'est attribuée à aucun des associés, jusqu'à ce que la société soit liquidée par dissolution et que l'exercice d'une *terceria de dominio* de la femme sur des biens saisis à son mari, patrimoine de la société d'acquêts, n'est pas admissible étant donné que la qualité de participant dans la société d'acquêts n'est pas un titre de propriété suffisant pour permettre une *terceria*.

<sup>2</sup> La *Réplique* ne contient cependant aucune citation concrète de droit français.

<sup>3</sup> On trouve dans la même annexe un commentaire des citations de droit et de jurisprudence belges faites dans la *Réplique*.

Il est évident que cette critique inadmissible est dépourvue de tout fondement. Il est en effet fort clair que le Tribunal Suprême s'est prononcé sur les matières sur lesquelles il devait se prononcer. S'il ne s'est pas prononcé sur d'autres questions, ce n'est pas par suite d'un excès de formalisme, mais parce qu'elles auraient dû être posées au cours d'un procès déclaratif engagé à titre personnel par les membres du conseil d'administration nommé à Toronto <sup>1</sup>.

La *Réplique* insiste (p. 500) à tort sur le fait qu'il n'était pas exact qu'il eût fallu introduire une action déclarative distincte de celle engagée, puisque M. Menschaert, président de l'*Ebro*, l'avait fait sans succès le 2 mars 1948. M. Menschaert avait en effet recouru contre certaines décisions prises dans le cadre de la faillite mais il s'était abstenu d'introduire à titre personnel l'action déclarative correspondante.

La *Réplique* n'hésite pas à se plaindre également (p. 501) de ce que le Tribunal Suprême soit, suivant ses dires, demeuré « indifférent et passif » face à la substitution des avoués. Les décisions citées ci-dessus démontrent que le Tribunal Suprême n'est demeuré ni passif, ni indifférent, mais qu'il a au contraire résolu, conformément aux dispositions de la loi, tous les problèmes portés devant lui. Il ne pouvait évidemment agir autrement, et il a même indiqué à la partie recourante, sans y être obligé, quelle était la voie appropriée.

464. La *Réplique* critique, aussi (p. 501) le fait que le *Contre-mémoire* ait repris l'argumentation utilisée par la Cour d'appel (« Audiencia ») de Barcelone dans sa décision du 8 février 1950 citée plus haut, à savoir l'absence d'inscription au Registre du commerce et la nullité du vote de la *Barcelona Traction* à l'assemblée de Toronto.

Sur le premier point il affirme que les parties intéressées pouvaient facilement « réparer l'oubli » sans qu'il puisse en résulter pour elles une incapacité définitive. L'argument est dépourvue de fondement, car non seulement la nomination du conseil d'administration de l'*Ebro* à Toronto et les pouvoirs accordés à des avoués par ledit conseil n'ont jamais été inscrits au Registre du commerce, mais encore aucune tentative n'a été faite pour obtenir ces inscriptions et réparer ainsi l'« oubli » <sup>2</sup>.

Pour ce qui est du second point, à savoir la nullité de l'assemblée réunie à Toronto du fait que la *Barcelona Traction* y avait voté, quoiqu'elle n'eût point, en droit espagnol, qualité pour le faire en raison de la déclaration de faillite, la *Réplique* se borne à dire que les procès introduits par l'*Ebro* avaient pour objet une « réformation partielle » du jugement déclaratif de faillite. La *Réplique* en déduit que les décisions des tribunaux espagnols sur ce point impliqueraient une pétition de principe et démontreraient en outre que la déclaration de faillite avait affecté les filiales sans que celles-ci puissent se défendre contre les mesures prises à leur égard.

L'argument est tout à fait sans pertinence. Les effets du jugement déclaratif de faillite sur la capacité de la *Barcelona Traction* étaient en effet totalement distincts des consé-

<sup>1</sup> La position adoptée par le Tribunal Suprême dans son arrêt du 3 juillet 1953 est particulièrement claire puisqu'il a dit, comme nous l'avons signalé plus haut: « ... sans qu'il y ait lieu dans ce simple incident de procédure et comme le demandeur le voudrait, d'aborder l'examen de la question de la qualité de ceux qui ont accordé les pouvoirs en question, matière qui doit être étudiée dans une procédure autre et qui soit plus appropriée ».

<sup>2</sup> Il est évident que le Registre aurait dû repousser toute tentative d'inscription.

quences du même jugement à l'égard des filiales, et la déclaration de faillite en elle-même n'avait pas été mise en question par les filiales dans les recours de février 1948, ni par l'*Ebro* dans les deux procédures déclaratives dont il a été fait mention<sup>1</sup>.

465. Le Gouvernement belge se rend compte de l'absence de fondement de son argumentation et de la conformité des décisions prises par les tribunaux espagnols avec le droit espagnol.

Pleinement conscient de cette situation, il a, à nouveau, recouru au « standard minimum » (R., V, p. 502), mais il n'apporte évidemment pas la moindre preuve de ce que le droit espagnol serait en la matière au-dessous dudit « standard minimum ».

Dans ces conditions, le Gouvernement espagnol se croit dispensé d'apporter la preuve contraire. Qui plus est, l'idée selon laquelle le droit espagnol pourrait ne pas être conforme au « standard minimum » est « une fable pieuse » à laquelle personne ne saurait croire, s'agissant précisément d'un droit qui a été la source du droit de nombreux autres pays, et dont les principes, en matière de faillite, ont inspiré l'orientation de multiples législations (C.M., IV, par. 227, p. 557).

#### B. Actions introduites par la National Trust jusqu'au 4 janvier 1952

466. Le Gouvernement belge procède aux pages 78, 79 et 493 à 496 de la *Réplique* à l'examen de quelques actions introduites par la *National Trust*. Mais il limite son exposé à la comparaison de cet organisme dans la faillite le 27 novembre 1948, et à l'action en revendication dite de *tercería de dominio* introduite la veille de la vente aux enchères des biens de la *Barcelona Traction*. Encore la référence faite à cette dernière action est-elle extrêmement sommaire, toute la dialectique de la *Réplique* se trouvant en fait centrée sur la comparaison de la *National Trust* afin de prouver que l'on se trouve en présence d'un cas de discrimination.

Le *Contre-mémoire* (pp. 364-367, 430-432, 443-446 et 454) a suffisamment examiné ces actions de la *National Trust* et il n'y rien à changer aux explications données à la suite des allégations belges. La présente *Duplique* tient par contre à insister sur le fait que le Gouvernement belge n'a aucune qualité pour soulever la moindre question concernant la *National Trust* et encore moins pour la présenter comme la victime d'un traitement discriminatoire des tribunaux espagnols.

Néanmoins, fidèle à la volonté d'informer objectivement la Cour de tous les aspects de cette affaire, la présente *Duplique* réfutera également les nouvelles allégations de la *Réplique*.

467. Le 27 novembre 1948, la *National Trust* a demandé à être admise comme partie dans la procédure de faillite, et a présenté un déclinatoire de juridiction en faveur des tribunaux d'Ontario (A.C.M., 122, doc. I, VIII, p. 173).

<sup>1</sup> Il est d'autre part évident que même un recours dans les formes de la *Barcelona Traction* n'aurait pas modifié les effets de la faillite sur la capacité du failli, sauf, bien entendu, si l'opposition avait été admise.

La *National Trust* avait été autorisée à intervenir dans la procédure de faillite en Espagne par un ordre du tribunal canadien daté du 26 novembre 1948<sup>1</sup>.

Il est utile que la Cour soit informée de certains détails en rapport avec la décision de faire comparaître la *National Trust* en Espagne, tels qu'ils ressortent de la documentation de la « receivership » déposée par le Gouvernement espagnol.

M. McKelcan, représentant de la *National Trust*, avait fait allusion à l'existence du déclinatoire Boter et au fait que le délai extraordinaire de preuve imparti arrivait à terme le 30 novembre 1948. M. Duncan, membre du conseil d'administration de la *Barcelona Traction*, a d'autre part déclaré dans un « affidavit » avec la plus grande clarté qu'en droit espagnol « une exception relative à la compétence du tribunal entre un tribunal spagnol et un autre tribunal, suspendait automatiquement la procédure devant le tribunal dont la compétence était attaquée » (Receivership, II, p. 349). Cela permet de déduire que le but poursuivi par la comparution de la *National Trust* était vraisemblablement de maintenir les effets suspensifs du déclinatoire Boter, et que c'est pour cela que la *National Trust* avait demandé que le déclinatoire qu'elle soulevait soit joint à celui soulevé par Boter<sup>2</sup>.

Mais il y a mieux encore. Pour démontrer la nécessité d'une comparution de la *National Trust* en Espagne, le représentant de la *Barcelona Traction* indiqua qu'il fallait « arrêter la procédure ». Cela démontre que l'on ne voulait pas contester sérieusement la compétence des tribunaux espagnols mais paralyser la procédure de faillite, « en l'arrêtant » par l'effet suspensif du déclinatoire de juridiction soulevé par la *National Trust*<sup>3</sup>.

On chercherait naturellement en vain la moindre référence à ces faits dans la *Réplique* ou dans le *Mémoire*.

<sup>1</sup> On ne saurait trouver de meilleur exemple de célérité puisque, le lendemain du jour où cet ordre était donné, la *National Trust* comparut devant les tribunaux espagnols. Autrement dit, vingt-quatre heures avaient suffi pour que l'ordre franchisse l'Atlantique, qu'il parvienne aux conseils juridiques espagnols et que ces derniers rédigent un long document de procédure auquel étaient en outre joints de nombreux documents. Faisant preuve de savants dons de prévision, le représentant en Espagne de la *National Trust*, M. Duncan, avait accordé des pouvoirs à des avoués le 23 novembre 1948. Cette affaire ne présente pas une importance démesurée, mais il serait injuste de monter en épingle, comme le fait malicieusement la *Réplique*, la célérité des tribunaux espagnols et de passer sous silence des exemples de célérité comme celui que nous venons de signaler.

L'ordre du juge canadien ne fut pas remis au juge espagnol qui ne reçut que celui du 15 juillet 1948 par lequel un *receiver* avait été désigné.

<sup>2</sup> Pour le cas où il subsisterait un doute quelconque, M. McKelcan lui-même a déclaré, au point 8 de son interrogatoire, que l'avocat espagnol, M. Roberto Sánchez Jiménez, était entré en contact avec la *National Trust* pour lui demander d'intervenir, en déclarant « qu'il attachait une grande importance à ce que cette intervention ait lieu avant l'échéance de la période de suspension ».

Le représentant de la *Barcelona Traction*, M. Graydon, déclara qu'il n'avait connaissance d'aucun précédent où l'on aurait ordonné à un demandeur, comme l'était la *National Trust*, d'engager une procédure, mais il a chaleureusement défendu l'opportunité d'une comparution de la *National Trust* dans la procédure espagnole (Receivership, II, p. 244).

<sup>3</sup> « Il convient donc d'arrêter cette procédure. S'il n'en était point ainsi et que la question était poussée plus loin, toute action engagée ici pour réaliser le portefeuille ne donnerait simplement aucun résultat. Le portefeuille que possède la *National Trust* et dont M. Clarkson est le dépositaire et l'administrateur, ne serait plus qu'un morceau de papier mouillé. Cela annulerait la procédure devant le Tribunal Suprême d'Ontario, bien que celui-ci soit celui qui possède juridiction en la matière » (Receivership canadienne, déclaration de F. R. MacKelcan, II, p. 244). On comprend qu'il a été décidé, sur demande de l'un des représentants de la *National Trust*, que le texte sténographié de la discussion ne serait pas porté à la connaissance du public. Le juge canadien a rappelé qu'il existait un ordre prévoyant que tous les documents devraient être mis sous enveloppe cachetée à la cire et que ces enveloppes ne devaient pas être ouvertes sans ordre d'un tribunal, car « il pourrait être désavantageux pour les personnes que le tribunal cherche à protéger que les renseignements qu'elles contiennent tombent entre les mains de personnes qui ne doivent pas les connaître » (Receivership, II, pp. 247/248).



468. Le *Contre-mémoire* a exposé avec clarté (C.M., IV, p. 365) comment s'est passée la comparution de la *National Trust* et comment cette dernière a été écartée du prétoire du fait qu'elle n'avait point qualité pour y comparaître.

Il a également exposé (p. 366) la situation absolument distincte du Comité des obligataires *Prior Lien* qui a comparu dans la faillite et a été admis comme partie « à la seule fin qu'il puisse faire valoir les droits que la loi accorde aux créanciers ».

Si la *National Trust* avait comparu en tant que créancière, le juge espagnol l'aurait admise sans discussion dans la procédure de faillite, comme il a admis d'autres créanciers.

Comme l'avait fait le *Mémoire*, la *Réplique* est ainsi obligée de passer sous silence le fait que lorsque la *National Trust* comparut dans la faillite en tant que créancière, elle ne se heurta ni à la moindre difficulté, ni à la moindre objection. La *National Trust* put ainsi comparaître lors de l'assemblée réunie le 19 septembre 1949 pour la nomination des syndics<sup>1</sup>.

La *National Trust* a donc cherché en novembre 1948 à comparaître dans la faillite comme « trustee », et le juge ne l'a pas admise en raison de son défaut de qualité. En septembre 1949, au contraire, la *National Trust* est intervenue comme créancière et a comparu en tant que telle à l'assemblée des créanciers où elle a exercé ses droits sans aucune restriction et sans que personne ne discute sa qualité.

La *National Trust* avait trouvé la voie procédurale correcte pour intervenir dans la faillite. Toutes les interventions de la *National Trust* après 1949 n'ont cependant pas été faites en sa qualité de créancière, mais en sa qualité de trustee, et lorsque cette société est rejetée du prétoire, le Gouvernement belge prétend y voir une discrimination et une injustice<sup>2</sup>.

Autre paradoxe. Le 27 novembre 1949, la *National Trust* dénonçait « urbi et orbi » le défaut de juridiction des tribunaux espagnols. Mais dans le premier acte de procédure déposé un an plus tard (17 novembre 1950), la *National Trust* indiquait déjà dans son argumentation en droit:

« Conformément aux articles 51 du Code de procédure civile, 32 du décret royal du 17 novembre 1852 et 15 du Code de commerce, la juridiction espagnole est compétente » (AD 130).

<sup>1</sup> Sur la liste des créanciers assistant à l'assemblée figure littéralement: « M. Roberto Sánchez Jiménez, mandataire de la *National Trust Company*, créancier pour \$9.952,58 ».

M. Sánchez Jiménez est en effet intervenu dans l'assemblée de la façon rapportée comme suit dans le procès-verbal:

« M. Sánchez Jiménez, en représentation de la *National Trust*, fait constater qu'il ne reconnaît aucune validité, non seulement à la présente assemblée, mais à toute la procédure de faillite poursuivie jusqu'à présent, et qu'il s'en tient à l'accomplissement et au contenu des contrats de *trust* qui lient les obligations *Prior Lien* et *First Mortgage*, joignant pour le reste sa protestation à celles formulées par le failli et les personnes qui s'y sont ralliées » (A.M., 155, III, p. 604).

<sup>2</sup> Si l'on songe que la société faillie, les filiales, les sous-filiales et la *National Trust* ont systématiquement choisi, au cours de la procédure espagnole, les voies les moins adéquates, on arrive facilement à la conclusion que les actes de procédure du groupe en Espagne n'ont tendu qu'à l'obtention de décisions négatives qui devaient lui permettre d'établir ensuite la liste des griefs formulés par le Gouvernement belge.

Autrement dit, et sans aucune réserve, la *National Trust* présentait comme fondement de la juridiction des tribunaux espagnols les mêmes dispositions que celles que le Gouvernement belge estime inadéquates (?).

469. La *Réplique* prétend (V, p. 494), comme l'avait fait le *Mémoire*, que les tribunaux espagnols ont infligé à la *National Trust* un traitement discriminatoire, surtout si l'on compare leur attitude envers elle avec leur attitude envers le Comité des obligataires Prior Lien nommé à Londres le 8 avril 1948.

Comme toujours, il convient tout d'abord de rétablir la vérité. La liste de ceux qui ont assisté à ladite réunion d'obligataires et les voix qui ont déterminé la nomination du Comité et ses pouvoirs, sont indiquées dans le procès-verbal de la réunion (A.C.M., 118, doc. 9, II, p. 516). Mais ce qu'il importe de savoir, c'est que ledit Comité a été nommé avec l'assentiment, nécessaire ou non, de la *National Trust*<sup>1</sup>.

Eu égard à l'importance que le Gouvernement belge donne à cette question on pourrait penser que les actes dudit Comité ont joué un rôle décisif dans la faillite de la *Barcelona Traction*. Tel n'est cependant pas le cas. Le dit Comité a comparu dans la faillite le 11 août 1948; et il n'a présenté par la suite que quatre requêtes dépourvues de toute influence pratique sur la marche de la faillite<sup>2</sup>.

La *Réplique* prétend (p. 78), avec un manque de rigueur manifeste que la procédure était suspendue pour la *National Trust* alors qu'elle ne l'était pas pour le Comité des obligataires.

La comparution du Comité des obligataires Prior Lien n'avait pas été immédiatement affectée par la suspension pour la raison simple et élémentaire qu'elle était intervenue trois mois avant celle de la *National Trust*<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Il était dit ce qui suit à ce propos dans le *Contre-mémoire* (IV, p. 143):

« Par ailleurs, le 8 avril 1948 eut lieu à Londres l'assemblée générale des porteurs d'obligations *Prior Lien de Barcelona Traction* que l'on avait réussi à faire convoquer par *National Trust Co. Ltd.* (démarche du mois d'août 1947 rappelée ci-dessus). Cette assemblée désigna un comité qui reçut les pouvoirs énoncés dans la résolution extraordinaire adoptée par l'assemblée (Chap. I, Annexe N° 118, doc. N° 10); c'était un comité de sept membres, dont trois — c'est ce qui fut dit à l'assemblée — devaient représenter le groupe qui était à l'origine de la désignation du comité; les quatre membres indépendants étaient des personnalités de premier plan, jouissant d'un grand prestige dans les milieux financiers et du barreau de Londres (Chap. I, Annexe N° 118, doc. N° 8). A cette assemblée, M. Duncan déclara qu'à son avis, le comité désigné était parfait et le représentant de *National Trust Co. Ltd.* se déclara satisfait de ce qu'eût été désigné un comité qui aurait le sens de ses responsabilités (Chap. I, Annexe N° 118, doc. N° 9) ».

<sup>2</sup> Lesdites requêtes avaient les objectifs suivants:

1) Attaquer le recours en rétractation (« reposición ») de la *Barcelona Traction* contre l'ordonnance qui avait admis la comparution du Comité (requête du 26 octobre 1948);  
 2) Recourir contre l'ordonnance qui avait admis « a trámite » ledit recours de la *Barcelona Traction* (requête du 25 octobre 1949). Le recours ne fut pas admis « a trámite »;  
 3) Attaquer le recours en rétractation (« reposición ») de la *National Trust* contre l'ordonnance qui n'avait pas admis cette société comme partie (requête du 16 février 1949);  
 4) Adhérer au recours de Namel contre l'ordonnance qui avait déclaré qu'il n'y avait pas lieu de convoquer l'assemblée des créanciers (requête du 26 juillet 1949).

<sup>3</sup> Ledit Comité a comparu le 11 août 1948.

Le Gouvernement belge fait état de ce que la *National Trust* avait formé un recours en rétractation (« reposición ») contre la décision qui avait refusé d'admettre sa comparution et de ce que par ordonnance du 26 mars 1949 le tribunal avait décidé de surseoir à statuer sur ce recours jusqu'à droit dit sur le déclinatoire d'incompétence Boter. Cela était inévitable puisque la veille, soit le 25 mars 1949, l'appel interjeté par M. Boter contre le jugement du 12 février 1949 rejetant le déclinatoire avait été déclaré recevable avec effet dévolutif et effet suspensif (« en ambos efectos »).

La *Barcelona Traction* avait formé recours contre l'ordonnance qui avait admis la comparution du Comité et sa qualité de partie en cause et son recours avait été rejeté; la *Barcelona Traction* fit appel et, par ordonnance du 26 mars 1949, la Cour décida de surseoir à statuer jusqu'à la fin de la suspension puisque l'appel Boter avait été admis la veille avec effet dévolutif et effet suspensif (« en ambos efectos »).

Le Gouvernement belge n'a pu formuler son grief que parce qu'il n'a pas tenu compte des dates auxquelles se sont produits les différents incidents.

470. Par ordonnance du 4 février 1949 (A.C.M., 122, doc. 3, VIII, p. 175), le juge refusa d'admettre comme partie la *National Trust*, estimant qu'elle n'avait pas qualité pour comparaître dans la faillite; la *National Trust* recourut et la *Réplique* (p. 493) soutient qu'après examen dudit recours, qui était particulièrement bien motivé, le juge admit l'appel Boter avec effet dévolutif et effet suspensif (« en ambos efectos »), « ce qui le dispensait de statuer sur la demande de reconsidération de la *National Trust* ».

Cette affirmation est dénuée de fondement. Le juge a déclaré l'appel Boter recevable avec effet dévolutif et suspensif (« en ambos efectos ») parce que la loi le lui ordonnait. Cela a eu pour conséquence la suspension automatique de nombreuses procédures dont celle consécutive au recours de la *National Trust*<sup>1</sup>.

La *Réplique* (V, p. 493) critique le *Contre-mémoire* d'avoir gratuitement attribué au juge les motifs de l'ordonnance du 4 février 1949, en se basant sur les motifs qui figurent dans le jugement du 8 juin 1963 (A.C.M., 199, IX, p. 287) qui a rejeté le recours de la *National Trust*. La référence à ce jugement est néanmoins correcte parce que c'est lui et non un autre qui a rejeté le recours de la *National Trust*.

Le Gouvernement belge prétend que le raisonnement du juge, dans son jugement du 8 juin 1963, ne trouve confirmation en droit espagnol, parce que l'institution du *trustee* n'est pas contraire à l'ordre public espagnol. Mais, ce n'est évidemment pas là le problème, et aucun juge n'a prétendu que l'institution du *trust* était contraire à l'ordre public espagnol; ce qui importe, c'est que l'institution du *trustee* est inconnue en droit espagnol et que seuls les créanciers ont qualité pour comparaître dans la faillite.

Consciente de la faiblesse de son argument, la *Réplique* (p. 494) fait à nouveau appel à la théorie de l'intérêt en soutenant qu'il était indifférent que la *National Trust* fût créancière du moment qu'elle démontrait un intérêt légitime; le *Contre-mémoire* et la présente *Duplicque* ont suffisamment démontré l'inadmissibilité de la théorie de l'intérêt dans le procès de faillite, dans lequel seuls peuvent intervenir le failli d'une part et les créanciers de l'autre.

471. La *Réplique* prétend contester l'allégation du *Contre-mémoire* selon laquelle le juge avait admis, par ordonnance du 20 septembre 1948, la comparution du Comité des obligataires « à la seule fin qu'il puisse faire valoir les droits que la loi accorde aux créanciers » (A.C.M., 124, VIII, p. 189).

<sup>1</sup> L'appel interjeté par la *Barcelona Traction* contre le jugement qui avait rejeté son recours contre la comparution et l'admission dans la procédure du Comité des obligataires a également été suspendu; la comparution de nombreux obligataires, la requête de *Numel* relative à la convocation de l'assemblée des créanciers, etc., ont également été atteintes par la suspension.

D'après le Gouvernement belge (R., p. 495), « cette interprétation constitue une *altération manifeste* » du contenu de l'ordonnance mentionnée.

Il cherche à étayer cette affirmation par trois arguments :

a) Il prétend tout d'abord que pour faire admettre le Comité en qualité de mandataire de certains créanciers, il aurait fallu indiquer quels étaient les obligataires que le Comité représentait.

L'objection est sans pertinence. Si les rédacteurs de la *Réplique* s'étaient donné la peine de consulter le jugement du 10 décembre 1948<sup>1</sup>, ils auraient pu constater que dans son deuxième attendu le juge admettait la qualité de mandataire du Comité des obligataires en raison des décisions prises par l'assemblée réunie le 8 avril 1948 à Londres, dont le contenu était dûment transcrit dans la procuration, et qui indiquaient le nom des obligataires qui avaient pris les décisions.

b) La seconde objection formulée dans la *Réplique* était que le Comité des obligataires aurait dû posséder la capacité juridique. Cet argument est fondé sur l'article 2 du Code de procédure civile qui ne dit rien en faveur de la thèse belge, puisqu'il prévoit seulement que les corporations, les sociétés et autres personnes morales, doivent comparaître par l'intermédiaire des personnes qui les représentent légalement.

La désignation du Comité résultait des pouvoirs attribués à l'assemblée des obligataires<sup>2</sup> par le *trust deed* correspondant, qui prévoyait que les créanciers dûment réunis pouvaient désigner, à la majorité des trois quarts au moins des obligataires présents, un comité formé par des obligataires qui les représenterait avec les pouvoirs indiqués.

Il n'était pas nécessaire que le Comité eût la personnalité juridique comme une personne morale : juridiquement, il s'agissait d'un contrat de mandat par lequel plusieurs intéressés désignaient certains d'entre eux pour qu'ils les représentent avec les larges pouvoirs susmentionnés<sup>3</sup>.

c) La troisième objection que fait la *Réplique* c'est que « le Comité, dans son écrit, n'alléguait nullement qu'il était lui-même créancier, ni que ses membres le fussent à titre personnel ».

Cela est inexact. L'écrit par lequel comparaisait le Comité des obligataires, indiquait :

Le soussigné Manuel Borrajo Pujol, avoué près les tribunaux, agissant en vertu du mandat en due forme ci-joint, octroyé par le Comité d'obligataires porteurs de Consoli-

<sup>1</sup> Qui rejeta le recours en rétractation (« reposición ») formé par *Barcelona Traction* contre l'ordonnance du 20 septembre 1948 (A.D. 131).

<sup>2</sup> Dans l'Annexe III à l'acte public de fidéicommis du 10 juillet 1915, figure le pouvoir suivant de l'assemblée générale des obligataires :

« K. Pouvoir pour désigner les personnes qui doivent constituer ledit Comité, qui représente les intérêts des obligataires et pour conférer audit Comité les pouvoirs, l'autorité et les pouvoirs discrétionnaires qui seraient jugés opportuns, y compris le pouvoir de faire tout ou une partie des actes auxquels se réfèrent les sous-sections précédentes de cette clause. »

<sup>3</sup> Le Tribunal Suprême d'Espagne (arrêt du 5 avril 1956) a reconnu la qualité pour ester en justice à un groupement occasionnel ou union sans personnalité juridique. L'arrêt du 8 février 1960 a reconnu la qualité nécessaire aux mandataires d'un groupe occasionnel, considérant qu'ils agissaient, en définitive, en vertu d'un mandat indirect ou simplement économique.

dated 6½% Prior Lien Bonds en circulation de la Société *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.* pour un montant total de (livres sterling) £2.684.900 et, partant, créanciers de ladite société, comparait dans la procédure de faillite de ladite société et, sans préjudice de toutes autres conclusions que de droit, déclare ce qui suit...<sup>1</sup>.

Il est donc clair que le Comité a fait valoir les droits des créanciers. Et dans l'ordonnance par laquelle il admettait sa comparution en qualité de partie, le juge spécifia qu'il l'admettait au procès uniquement pour qu'il puisse faire valoir les droits que la loi accorde aux créanciers.

d) La *Réplique* prétend finalement que le juge ne devait pas admettre le Comité des obligataires parce que dans la résolution de l'assemblée de Londres du 8 avril 1948, il était dit qu'il était conféré au Comité « pouvoir de représenter les obligataires dans toute procédure en cours ou future, où qu'elle soit intentée, et le cas échéant, de nommer dans cette procédure telle personne, ou personnes, que le comité estimera opportunes, sans préjudice des droits existants du trustee ».

L'objection est sans valeur parce que le juge espagnol n'aurait pu tenir compte d'une telle restriction dans le cas où il aurait estimé que les droits des *trustee* étaient lésés. Un doute quelconque au sujet de la question de savoir si l'action du Comité des obligataires affectait ou non les droits de la *National Trust* aurait dû être tranché dans le cadre d'une autre procédure<sup>2</sup>.

472. La *Réplique* (V, p. 496) se réfère à l'opinion du juge Danckwerts dans le procès introduit par *Sidro*, le 28 juillet 1949, devant un tribunal anglais contre le Comité des obligataires Prior Lien. La citation n'est pas pertinente parce qu'en définitive, le juge anglais s'est abstenu de faire une déclaration quelconque, non seulement parce que le Comité avait été dissout, mais aussi parce qu'il exprima clairement l'opinion que l'absence de la *National Trust* dans le procès empêchait de prendre toute décision.

Et la *National Trust* n'est intervenue dans l'affaire ni à Londres ni en Espagne, ce qui montre qu'elle n'a pas osé contester la pertinence de l'action du Comité des obligataires<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Et dans le « *petitum* » du même écrit (A.C.M., 123, VIII, p. 176) il était dit : «...en tant que représentant agissant au nom des porteurs des obligations Consolidated 6½% Prior Lien de la Société *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.* en vertu de la décision prise par l'Assemblée générale d'obligataires tenue à Londres le 8 avril 1948 et de la décision du 26 juillet 1948 du Comité représentant les obligataires, en tant que partie à la procédure de faillite de ladite société et, en conséquence, permettre au soussigné de recevoir communication des documents et des divers actes de procédure de ladite affaire de faillite, à telles fins qu'il conviendrait à mes mandants en qualité de créanciers de la société en faillite; le tout aux fins d'une meilleure défense de leurs intérêts patrimoniaux conformément aux dispositions légales en vigueur en la matière.»

L'écrit du Comité des obligataires contient de continuelles références au fait que le Comité agissait au nom et en qualité de représentant des créanciers de la *Barcelona Traction*, titulaires d'obligations *Prior Lien*.

<sup>2</sup> C'est précisément ce qu'a signalé le juge dans son jugement du 10 décembre 1948, quand il a dit que « ceci conduirait à interpréter le contenu et la portée de clauses déterminées dudit acte (il fait allusion à celui de *trust deed*), ce qu'il n'est pas possible de faire dans cette procédure, et moins encore dans l'état actuel où elle se trouve » (A.D. 131).

<sup>3</sup> Et cela est confirmé, non seulement par l'Annexe 31 à la *Réplique* (où la *National Trust* n'éleva aucune protestation contre la présence du Comité des obligataires dans la faillite), mais encore par le fait que dans la « *receivership* » canadienne elle-même en novembre 1948, précisément lors de la discussion de la demande tendant à ce que la *National Trust* soit autorisée à comparaître en Espagne, le repré-

473. La présente *Duplique* doit insister sur le fait que toute la question du Comité des obligataires ne présente aucune importance dans le cadre du litige pendant devant la Cour, notamment en raison du fait qu'aucune décision importante n'a été prise dans la faillite à la requête ou avec l'intervention dudit Comité. En définitive, le Comité représentait une majorité d'obligataires Prior Lien de la *Barcelona Traction* qui, en leur qualité de créanciers, ont exprimé leur accord avec la procédure de faillite. Cette volonté de nombreux créanciers mérite, au moins, du respect.

On ne comprend pas non plus les critiques formulées sur ce point si l'on considère que dans la procédure de faillite espagnole a comparu également, en tant que créancier, une entité similaire au Comité des obligataires Prior Lien. Le Gouvernement espagnol se réfère à la comparution de l'« Association nationale de porteurs français de valeurs mobilières ».

Ladite association a comparu dans la faillite le 5 mars 1949. Et comme l'appel Boter était déjà introduit, il a été décidé de surseoir à statuer jusqu'à ce que la suspension fût levée.

La comparution fut ordonnée par décision du Président du Tribunal civil de la Seine, du 5 octobre 1948, à la demande de la Chambre syndicale des Agents de change de Paris agissant en qualité de représentante de la majorité des porteurs d'obligations First Mortgage de la *Barcelona Traction* en circulation en France pour un montant de 150.000 livres sterling.<sup>1</sup>

Le Tribunal français n'a naturellement pas pensé un instant que les termes de l'acte de fidéicommis, pourraient empêcher la comparution des obligataires français à travers l'Association Nationale mentionnée et, bien entendu, ni le Gouvernement belge, ni la *Barcelona Traction*, ni la *National Trust* n'ont jamais formulé la moindre protestation au sujet de cette comparution.

474. La *Réplique* (p. 79) traite brièvement de l'action en revendication, dite *terceria* formée par la *National Trust* le 3 janvier 1952 (A.C.M., 181, doc. 1, IX, p. 125), la veille de la vente aux enchères des biens de la *Barcelona Traction*.

Comme cela a été indiqué dans le *Contre-mémoire* (IV, p. 432), ladite action n'avait d'autre but que d'essayer d'empêcher la vente aux enchères. On demandait que 24.840

---

sentant de *National Trust* M. MacKelcan, rendit compte des actes de procédure du Comité des obligataires *Prior Lien*, sans contester la légitimité de son action. En réalité, la seule objection faite était que l'obligataire majoritaire avait acquis cette qualité après l'échec du Plan d'arrangement et M. MacKelcan se plaignit de ce que « tous les obligataires que nous représentons, disons de 1936 à 1946, ont vendu, dans leur plus grande partie, à Juan March ».

<sup>1</sup> Dans la demande on informait le Tribunal de la Seine de la déclaration de faillite en Espagne, de la désignation du « receiver » au Canada et de la constitution du Comité des obligataires *Prior Lien*, et on disait ensuite :

« ... Qu'il n'a pas été possible d'organiser jusqu'à présent, malgré les démarches de l'Association Nationale auprès du 'trustee', une représentation générale des intérêts des porteurs d'obligations 5½% (auparavant 5%). 'Qu'il importe dans ces conditions, de constituer, conformément au décret-loi du 30 octobre 1935, la masse des porteurs d'obligations circulant en France, afin que ces obligataires puissent assurer la défense de leurs intérêts' » (A.D. 132).

actions ordinaires d'*Ebro* et 990 actions de *Catalonian Land* soient déclarées la propriété exclusive de la *National Trust* et, bien sûr, que la vente soit suspendue.

Par ordonnance du 4 janvier 1952, le juge rejeta la demande, motif pris de ce que le titre exigé par l'article 1537 du Code de procédure civile n'avait pas été joint à la demande <sup>1</sup>.

La *National Trust* recourut et le juge rejeta le recours par jugement du 10 janvier 1952; cette décision fut confirmée d'abord par la Cour d'appel (« Audiencia ») et ensuite par le Tribunal Suprême.

La *Réplique* soutient que, comme le juge ne pouvait pas utiliser l'argument de la suspension parce que l'action était présentée dans le cadre de la deuxième section de la faillite, il a invoqué une irrévabilité de la requête pour insuffisance des preuves présentées par la *National Trust* en tant que titulaire des actions sur lesquelles elle fondait la *terceria*. D'après la *Réplique*, cela aurait constitué « une faute grossière et manifeste ».

Le Gouvernement belge s'abstient cependant de citer les attendus du jugement du 10 janvier 1952. Leur lecture démontre que la faute grossière et manifeste invoquée par le Gouvernement belge n'existe pas <sup>2</sup>.

L'action en revendication dite *terceria de dominio* est une procédure très rigoureuse qui doit être basée sur un document qui prouve la qualité de propriétaire de celui qui exerce l'action. Il est évident que les documents présentés par la *National Trust* ne remplissaient pas ces conditions, comme l'a justement déclaré le juge.

En réalité, le Gouvernement belge n'ose pas discuter l'argumentation du jugement indiqué ou plus exactement (R., V, p. 79, note 1), il se réfère uniquement au fait que les

<sup>1</sup> Ledit article dit: « Le titre sur lequel la *terceria* est fondée devra être présenté avec la requête de *terceria*, sans quoi elle ne sera pas déclarée recevable.

<sup>2</sup> A.C.M., 181, doc. 2, IX, p. 126.

Le juge a en effet déclaré:

« CONSIDÉRANT que, dans le document autorisé par le notaire canadien Roderick Walker, ce fonctionnaire atteste que la *National Trust Co.* lui a présenté un livre de cette société dans lequel figure l'enregistrement de 24.840 actions d'*Ebro* en tant que propriétaire de la citée; que le fonctionnaire en question a transcrit dans l'acte notarié le contenu de l'inscription faite dans le livre du demandeur lui-même, mais que des garanties suffisantes de la véracité de l'inscription mentionnée, dont l'efficacité qu'on peut lui attribuer n'est pas déterminée, n'existent pas; il faut considérer comme presque nulle la valeur de l'inscription quand elle se rapporte au demandeur parce que celui-ci est le seul à attester la véracité des inscriptions mentionnées, toutes raisons pour lesquelles le document du notaire manque d'efficacité en tant que titre et pour lesquelles on ne peut attribuer qu'une valeur d'appréciation personnelle à ses propres déclarations.

CONSIDÉRANT qu'en ce qui concerne les actions de *Catalonian Land Company Ltd.*, c'est le secrétaire de ladite société lui-même qui présente au notaire M. Walker, le livre de registre dans lequel la *National Trust Company, Ltd.* apparaît en tant que fiduciaire et détenteur de 990 actions de la société mentionnée, mais que la nature du livre, indispensable pour pouvoir juger de la valeur des inscriptions qui y sont faites, n'est pas mentionnée dans l'acte; les déclarations du notaire, analogues aux précédentes, ne peuvent être prises en considération.

CONSIDÉRANT que, mis à part les documents notariés, il reste à examiner l'arrêt de la Cour Suprême d'Ontario; que cette décision est également dépourvue d'efficacité, puisqu'elle se rapporte à des négociations conclues entre la *National Trust Company, Ltd.* et la *Barcelona Traction* concernant les actions en question, négociations en vertu desquelles lesdites actions ne sont pas remises à la *National Trust* comme cela aurait dû être le cas, si on considère que le fait d'être détenteur des actions en vertu du registre équivalait à être propriétaire de celles-ci, mais au contraire déposées au siège du tribunal, et que ce fait met en doute la qualité de propriétaire qu'on prétend attribuer au demandeur; que par conséquent il n'est pas possible d'affirmer que les demandes judiciaires, ainsi que les inscriptions notariées, puissent mériter légalement la qualité de titres suffisants pour agir en justice. »

documents certifiés par le notaire étaient des documents émanant de la partie elle-même, c'est-à-dire de la *National Trust*. La *Réplique* reconnaît que le fait est exact, mais elle ajoute qu'il était « sans incidence » puisque la *National Trust* ne tenait pas le registre nominatif des actions d'*Ebro* « à titre personnel », mais en qualité de « teneur de registre (registrar) » d'*Ebro*. Il est cependant vrai que les documents destinés à prouver la titularité étaient signés par la personne même qui se disait titulaire des actions. Le demandeur « prouvait » ses droits par des documents signés par lui-même <sup>1</sup>.

475. La *Réplique* (p. 79) critique finalement les observations faites dans le *Contre-mémoire* (p. 364) au sujet de l'attitude singulière de la *National Trust* qui n'avait fait aucun usage de ses pouvoirs tant que la société faillie persistait dans le non-paiement de ses obligations, et qui déploya, au contraire, une remarquable activité dès que la faillite fut déclarée par les tribunaux espagnols et cela bien que cette faillite n'eût d'autre but que de faire recouvrer aux obligataires ce qui leur était dû, comme cela se produisit en effet.

Le Gouvernement belge cite ici l'Annexe 31 de la *Réplique* qui contient des déclarations de la *National Trust*. Il semble au Gouvernement espagnol que cette citation est dépourvue de pertinence et, indépendamment des observations faites auparavant sur ce point (*supra*, par. 277), il a l'impression que la *National Trust* a peut-être été victime, à certains égards, d'une information défectueuse de la part de *Barcelona Traction*, qu'il lui aurait toutefois été facile de remplacer par une information directe. Mais la seule chose qu'il importe de souligner ici est qu'il n'est fait allusion à la question de la faillite espagnole qu'aux paragraphes 14 et 15 de l'Annexe 31, doc. 2, quoique en réalité tout ce qui est dit ait plutôt trait à la « receivership ». Ainsi, les points 10 et 11 du questionnaire remis à la *National Trust* par *Sidro* (A.R. 31, doc. 1), restent sans réponse. La *National Trust* ne se réfère que très discrètement aux procédures en cours en Espagne <sup>2</sup>.

Et bien entendu, l'Annexe mentionnée montre clairement que la *National Trust* a conseillé aux obligataires de présenter leurs obligations dans la faillite aux fins de recouvrement et qu'elle a présenté elle-même les obligations qu'elle avait entre ses mains <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Les documents avaient en outre été établis deux ans auparavant; ils ne pouvaient dès lors être suffisants pour établir la situation des titres en 1952.

Le notaire, M. Walker, après avoir examiné les livres de *National Trust*, exprimait l'avis que du 11 avril 1913 au 13 octobre 1950, la *National Trust* était restée propriétaire de 24.840 actions d'*Ebro*. Il disait: « En exprimant l'avis qui précède, je n'ai pas omis de tenir compte de la question de la pleine propriété qui donne évidemment lieu à d'autres considérations. Cependant, jusqu'à ce qu'une personne qui prétend posséder la pleine propriété sur certaines actions complète son titre sur celles-ci au moyen de l'inscription comme détenteur de ces actions dans les livres de la Compagnie (que ce soit par transfert du propriétaire enregistré ou par ordre d'un tribunal ayant juridiction compétente pour rectifier le registre d'une autre manière), la personne au nom de laquelle sont enregistrées les actions dans les livres de la compagnie est considérée comme propriétaire absolue de celles-ci à tous les effets. »

<sup>2</sup> La seule référence précise concerne sa décision de ne pas réaliser l'hypothèque constituée en sa faveur par *Ebro* parce que « la *National Trust* a tiré la conclusion qu'en somme cette action n'était pas à conseiller étant donné que ses dangers potentiels excédaient ses possibles bénéfices, et c'est ainsi qu'elle l'a fait savoir au Tribunal Suprême dans l'action de la 'receivership' ».

<sup>3</sup> La *Réplique* termine en alléguant que l'Annexe prouve la fausseté et la gratuité de l'affirmation espagnole selon laquelle la *National Trust* était liée à la *Barcelona Traction* et à son groupe.

Il faut se borner à remarquer qu'une déclaration de la *National Trust* elle-même pourrait difficilement constituer une preuve à l'encontre d'une accusation de cette nature. Le Gouvernement espagnol s'est d'autre part borné à mettre en évidence ce qui résulte purement et exclusivement des faits et il estime que ceux-ci ont, en eux-mêmes, une signification très claire et sans équivoque.



476. Le 17 novembre 1950, la *National Trust* a introduit un procès déclaratif dit *de mayor cuantía*, devant le juge spécial (A.C.M., 177 et 178, IX, pp. 90 et 99).

Le 16 août et le 8 septembre 1951, elle a introduit deux autres procès déclaratifs, dits *de mayor cuantía*, le premier devant le juge spécial et le deuxième devant le juge n° 5 de Barcelone (A.C.M., 179 et 180, IX, pp. 104 et 115).

La *Réplique* ne s'occupe pas de ces procédures <sup>1</sup>.

Le *Contre-mémoire* a fait déjà état de ces procédures (IV, pp. 430 à 432). Devant le silence de la *Réplique*, il suffit de se référer à ce qui a déjà été dit.

Il est utile de souligner l'importance du silence gardé par la *Réplique* sur ces procès et en particulier sur la manœuvre effectuée lors de la levée de l'effet suspensif <sup>2</sup> et sur l'acquiescement de la *National Trust* à toutes les décisions rendues dans le cadre desdits procès en 1963.

---

<sup>1</sup> La *Réplique* mentionne seulement que ces trois procédures furent suspendues par suite du déclina-toire Boter.

<sup>2</sup> Lors de la levée de la suspension, alors que la mise en marche de la procédure était imminente, et avant même qu'aucun acte n'ait été fait, l'avoué de la *National Trust* a présenté une requête (« escrito ») par laquelle il renonçait à son mandat et dans laquelle il demandait que l'on suspende la procédure jusqu'à ce que la *National Trust* ait désigné un nouvel avoué. La manœuvre a échoué parce que la requête a été rejetée par le juge conformément aux dispositions de l'article 9 du Code de procédure civile, aux termes duquel l'avoué qui désire renoncer doit notifier au préalable à son mandataire sa décision, et tant que cette notification n'est pas faite, la renonciation est dépourvue de tout effet.

## SECTION VI

LE PRÉTENDU RETARD DANS LA PROCÉDURE: INEXISTENCE  
DE BLOCAGE OU DE PARALYSIE DE RECOURS

## A. CONSIDÉRATION GÉNÉRALE

477. Quand on examine les divers problèmes que présente le Gouvernement belge, on constate, souvent, qu'un grief concret ne cadre pas, du point de vue logique, avec l'accusation générale et fondamentale de prétendue collusion entre l'administration de la justice, à tous ses degrés et durant de longues années, et les créanciers de la faillite.

Cette contradiction devient manifeste, dans le problème du déclinatoire Boter et dans le prétendu blocage des recours.

En essence, l'argumentation belge est la suivante: toutes les autorités judiciaires espagnoles<sup>1</sup>, sans solution de continuité et dans le temps et dans l'espace, ont pris une attitude d'hostilité délibérée à la *Barcelona Traction*, soit pour des motifs vaguement inavouables, soit, en mettant les choses au mieux, poussé par une obsession nationaliste malade. Il s'agissait d'annihiler la *Barcelona Traction* et de la spolier au bénéfice d'un groupe privé espagnol; et à cette fin, selon le Gouvernement belge, on a eu recours à tous les moyens, y compris les plus hardis, les plus astucieux et ceux qui constituaient les plus flagrantes violations du droit espagnol.

Mais, quand il s'agit du déclinatoire Boter, la thèse, dans son essence toujours, est la suivante: tant les créanciers de la *Barcelona Traction* que les autorités judiciaires espagnoles n'ont épargné aucun effort et n'ont reculé devant aucune illégalité pour suspendre *sine die* les actions exercées et bloquer, sous les prétextes les plus divers, les recours et les actions formés par la société en faillite et par ses « co-intéressés ».

Or, s'il y avait vraiment collusion, si vraiment les autorités judiciaires espagnoles étaient au service des créanciers de la *Barcelona Traction*, on peut se demander quel besoin avaient les uns et les autres de suspendre *sine die* le cours de la procédure et de bloquer les recours. Le plus simple était précisément de faire le contraire.

C'est-à-dire, que le procès de faillite fût conduit, fût « téléguidé », pour employer une expression belge, à une vitesse supersonique. Il n'y aurait pas eu intérêt à suspendre

---

<sup>1</sup> Le juge de Reus, les juges spéciaux successifs, les diverses Chambres de la Cour d'appel de Barcelone, composées de membres différents au cours des années, et la Chambre civile du Tribunal Suprême, formée elle aussi de magistrats différents dans l'examen des divers recours relatifs à l'affaire de la *Barcelona Traction* qui lui ont été soumis.

le cours de la procédure; il était beaucoup plus simple d'instruire les recours et de statuer à leur sujet, en les rejetant jusqu'au dernier ressort.

Et c'est indiscutablement ce qui eût été logique si les accusations réitérées de connivence que formule le Gouvernement belge avaient été fondées. Mais c'est précisément parce qu'elles ne sont pas fondées que le contraire s'est produit; la procédure a été compliquée par les actions de l'une et de l'autre partie, par la lutte acharnée entre les deux groupes, créanciers et débiteurs, chacun usant, en outre, de la stratégie judiciaire qu'il jugeait, à tort ou à raison, appropriée.

478. Mais, de surcroît, l'accusation de manœuvres dilatoires ou de suspension ne serait logique que si elle avait été formulée à l'égard des recours et actions en justice ayant trait à la vente.

Or la deuxième section de la procédure a été exceptée de la suspension et c'est dans cette section qu'ont été effectués tous les actes judiciaires qui se réfèrent à la vente et que l'on a examiné tous les recours et actions formés par le groupe de la *Barcelona Traction*; et dans toutes les instances, aucun de ces recours n'a été atteint ni par la suspension ni par le blocage.

Cela est si incontestable que le Gouvernement belge s'est vu obligé dans le *Mémoire* de chercher une issue et il a cru la trouver dans le fait que les appels interjetés dans la section seconde de la faillite n'ont été admis qu'à un seul effet et non aux deux effets, et n'ont donc pas suspendu l'exécution des diverses décisions intervenues.

L'objection est inadmissible (C.M., IV, p. 544) parce que, le procès de faillite étant un procès d'exécution universelle, les appels interjetés dans la section seconde doivent être admis uniquement à un seul effet et non aux deux effets <sup>1</sup>.

L'issue cherchée par le Gouvernement belge pour échapper à une contradiction *in terminis* absolue, ne lui sert à rien, car elle débouche sur une nouvelle « impasse ».

479. La *Réplique* (V, par. 107, p. 63) renouvelle l'accusation contenue dans le *Mémoire* au sujet de la prétendue connivence de M. García del Cid avec les demandeurs à la faillite et dit que le *Contre-mémoire* ne la nie pas, mais qu'il se borne à soutenir (p. 347, note 3) qu'il s'agit d'un problème qui échappe à l'appréciation du juge, vu que nul ne peut empêcher dans aucun pays l'action simultanée de plusieurs personnes dans une procédure universelle comme la faillite, si elles ont qualité pour agir ainsi, qu'il y ait ou non accord entre elles.

Effectivement, le *Contre-mémoire* a fait cette déclaration que la présente *Duplique* n'a aucune raison de rectifier <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Disposition de caractère général énoncée dans l'article 1531 du Code de procédure civile. L'admission des appels à un seul effet est si incorporée dans la faillite que le jugement qui statue sur l'opposition à la faillite n'est susceptible d'appel qu'à un seul effet, par disposition expresse de l'article 1330 du Code de procédure civile.

<sup>2</sup> Il n'est pas exact que ce soit l'unique allégation faite dans le *Contre-mémoire* à cet égard; par exemple, à la page 540, on peut lire: « Avant tout, il convient de relever qu'on ne saurait aucunement rendre l'Etat espagnol responsable de recours judiciaires que peuvent former devant les tribunaux des particuliers de bonne ou de mauvaise foi ayant qualité pour agir. Normalement, l'organe judiciaire n'a pas les moyens de connaître l'intention ni les relations de celui qui présente le recours; il a le devoir d'instruire et de juger tous les recours dont il est saisi en les réputant formés en toute bonne foi et émanant d'un droit légitime propre. »

Pour la *Réplique* (p. 65), cette explication est « une reprise de l'antienne du principe dispositif » qu'elle qualifie de « fable pieuse ».

Le Gouvernement espagnol pense que, du moment que l'on invoque des principes juridiques, il faut les réfuter sur le terrain du droit et non recourir au procédé commode de phrases qui se veulent ironiques.

La *Réplique* s'exprime à plusieurs reprises comme si l'existence du principe dispositif en droit espagnol, sa portée, son importance et ses limites, ainsi qu'il a été exposé dans l'A.C.M., I, VII, p. 5, était une sorte d'invention de dernière heure du *Contre-mémoire*.

Deux considérations suffisent pour démontrer le contraire :

a) On cherchera en vain, dans les deux volumes d'Annexes à la *Réplique*, une seule annexe destinée à prouver que le principe dispositif qui régit dans la juridiction espagnole est une « fable pieuse ». La raison en est simple: le principe est indiscutable, aussi bien en Espagne que dans beaucoup d'autres pays.

b) Les *Exceptions préliminaires* de 1963, avaient déjà attiré l'attention sur l'existence du principe <sup>1</sup>, sur lequel le Gouvernement belge, dans ses *Observations*, n'a pas cru devoir faire de commentaire, ce qui signifie qu'il l'a implicitement accepté.

Le Gouvernement espagnol veut rappeler au Gouvernement belge que la législation espagnole prévoit des moyens véritablement efficaces pour qu'un plaideur puisse combattre utilement une « comédie judiciaire jouée dans un but frauduleux par des hommes de paille » (R. p. 65). Le recours en révision convient parfaitement pour porter remède à une situation comme celle qui, selon le Gouvernement belge, s'est produite dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, mais ni la société faillie ni personne ne l'a jamais formé <sup>2</sup>.

La *Réplique* prétend, en définitive, récuser les mobiles supposés des créanciers de la *Barcelona Traction* qui ont agi dans la faillite; mais, même dans l'hypothèse où ces mobiles auraient existé, il n'y a là en droit espagnol aucune irrégularité; c'est ce que reconnaissent aussi la jurisprudence belge <sup>3</sup> et la jurisprudence française <sup>4</sup>.

<sup>1</sup> A la page 49 des *Exceptions préliminaires*, 1963, I, on peut lire: « La procédure civile espagnole, aussi bien que celle de la majorité des pays, suit le système dit dispositif (justice priée). L'exposé des questions, la formulation d'exceptions, l'exercice des actions et des recours appartiennent à l'initiative des parties. Par conséquent, l'habileté ou la négligence des avocats peut avoir une importance décisive dans le cours d'un litige. L'intérêt des parties elles-mêmes peut coïncider — bien que ce soit pour atteindre des buts différents — pour retarder ou paralyser le cours d'une procédure. Dans ce cas, la partie qui, par négligence ou intentionnellement, par son activité ou sa passivité, empêche ou entrave le cours normal d'une procédure judiciaire, ne sera pas fondée à se plaindre de la durée excessive de celle-ci ou des résultats défavorables de cette conduite. »

<sup>2</sup> C'est pourquoi quand la *Réplique* (p. 618) doit traiter de la non-formation du recours en révision, dans le cadre de l'exception du non-épuisement des recours internes, elle opte pour affirmer qu'il n'y a pas eu de machinations frauduleuses dans la faillite de la *Barcelona Traction*.

<sup>3</sup> Le Tribunal de commerce d'Anvers, dans son jugement du 8 février 1962, a décidé qu'ayant constaté l'état de cessation de paiements, le juge est tenu de prononcer la faillite sans tenir compte d'autres circonstances, telles que la solvabilité du débiteur, la cause de la cessation de paiements, *les motifs des demandeurs en déclaration de faillite* et l'intérêt des créanciers à ce que la faillite soit prononcée ou non.

La citation se trouve dans le *Contre-mémoire* (p. 560); la *Réplique* garde le silence sur cette décision.

<sup>4</sup> L'ouvrage classique de PERCEROU, *Des faillites et banqueroutes*, tome I, N° 316, p. 306, éd. 1907, signale que, quand existent les circonstances de la faillite prévues à l'article 437 du Code de commerce

Mais, ce qui est suffisamment démontré de surcroît, c'est que les uniques mobiles qui inspiraient les actes des créanciers de la *Barcelona Traction*, avant et après la faillite, avant et après la vente des biens, étaient d'obtenir une chose aussi légitime que le recouvrement de leurs créances<sup>1</sup>.

Une dernière réflexion s'impose.

Le Gouvernement belge ne laisse passer aucune occasion de souligner que tel ou tel obligataire était un « homme de paille » du groupe March. Abstraction faite de ce qui a été exposé et de ce que pareilles affirmations reposent sur de simples présomptions, ce qui est étrange, c'est que le Gouvernement belge prétende ignorer que la faillite a également utilisé, et à maintes reprises, les services d'obligataires apparemment indépendants, mais dirigés et manœuvrés par la *Barcelona Traction*, à sa convenance. Le Gouvernement belge qualifie MM. Andreu, Teixidor, Lostrié, Sagnier et autres, de « co-intéressés », en réservant l'épithète d'« hommes de paille » aux divers obligataires qui sont intervenus comme authentiques créanciers de la faillite, c'est là en définitive un procédé pour dissimuler qu'en tout cas la société faillie et ses créanciers ont, à cet égard, employé dans le litige une tactique identique.

Bien plus, pour ce qui est de la suspension de la procédure, la société faillie comme ses créanciers sont arrivés simultanément, au cours de certaines phases du procès, à des actes judiciaires actifs ou passifs qui entraînaient la suspension ou le retard de la procédure et dont on devine parfois la portée à travers les contacts ou pourparlers que les deux groupes adverses tentaient d'avoir en coulisse.

480. Les questions, objet de cette section, sont traitées par la *Réplique*, V, aux pages 62 à 75 et 461 à 482.

La *Réplique* prétend adopter une méthode descriptive pour éviter les « sinuosités » du *Contre-mémoire* et rendre l'exposé « plus clair »<sup>2</sup>. S'il faut y voir plus exactement le désir de porter de l'eau à son moulin, la méthode choisie devient compréhensible.

---

(qualité de commerçant et cessation de paiements), le juge n'a pas la faculté de refuser la faillite pour aucun motif, car il manque de pouvoir discrétionnaire à cet égard; il cite l'arrêt du 15 février 1897, intervenu dans un procès où tous les créanciers, à l'exception de ceux qui demandaient la faillite, avaient consenti un accord de règlement à l'amiable avec le débiteur; la demande en faillite a été initialement rejetée pour le motif que la déclaration de faillite «... serait ruineuse pour ses créanciers et, d'autre part, sur ce que l'attitude des poursuivants était le résultat d'une animosité personnelle ou d'une tentative d'intimidation», mais la Cour de cassation a révoqué la décision, estimant « qu'en subordonnant la déclaration de faillite à des considérations de cette nature, les juges ont violé les textes de loi susvisés (Art. 437 et 440 du Code de commerce) ».

<sup>1</sup> En payant ou en consignat en pesetas, la faillite n'aurait pu être prononcée; une fois la faillite déclarée, la *Barcelona Traction* aurait pu proposer à ses créanciers un concordat qui, s'il avait été accepté, aurait supposé la fin de la faillite; le cahier des charges de la vente aux enchères publiques permettait à la *Barcelona Traction* de présenter un tiers qui pouvait se subroger aux droits de l'adjudicataire dans les mêmes conditions que celui-ci (essentiellement une: payer les obligataires de la *Barcelona Traction*) et la propre entité adjudicataire, sans obligation aucune à cet égard, a étendu l'option à *Sidro*.

Or aucune de ces occasions n'a été mise à profit pour éviter la faillite, ou ses conséquences, simplement en payant ce qui était dû.

<sup>2</sup> La *Réplique* (p. 461) affirme que, pour l'exposé du thème, elle ne suivra pas « le Gouvernement espagnol dans les sinuosités de son argumentation », qui consistent, selon le Gouvernement belge, à avoir inclus dans le chapitre III du *Contre-mémoire*, bien des questions relatives au droit espagnol. Que la méthode soit bonne ou mauvaise, elle n'a rien de sinueux; au reste, on pourrait facilement faire le même reproche à la *Réplique*, qui inclut les développements juridiques et des citations juridiques dans le Chapitre I de sa première partie.

Cependant, le Gouvernement espagnol ne voit aucun inconvénient à suivre la méthode à laquelle le Gouvernement belge a donné sa préférence, et il réfutera les accusations contenues dans la *Réplique* en suivant <sup>1</sup> l'ordre établi dans les épigraphes correspondantes, en ayant soin de corriger patiemment leurs erreurs et d'opposer leurs affirmations à ce qui résulte du *Contre-mémoire* et des documents de l'affaire, replaçant chaque problème dans la période chronologique qui lui correspond, ce qui confère souvent une signification spéciale à certains actes ou décisions.

## B. QUESTION DE LA COMPÉTENCE GARCÍA DEL CID

481. La *Réplique* affirme (V, pp. 63-64) que le but du déclinatoire García del Cid était de suspendre la procédure pour bloquer l'opposition que l'on attendait de la société faillie, et dit que « c'est tellement vrai » que le juge, bien qu'on ne le lui ait pas demandé, a constaté officiellement la suspension de la procédure.

L'accusation est juridiquement insoutenable; l'article 114 du Code de procédure civile ordonne la suspension de la procédure comme conséquence du fait que la question de la compétence est soulevée par déclinatoire, et le juge s'est limité à observer la loi quand il a prescrit, dans son ordonnance du 14 février 1948, que « le cours de la procédure est suspendu jusqu'à ce qu'il soit décidé sur la question soulevée » (A.M., 71, II, p. 318); aucune demande n'était nécessaire à cet égard du moment qu'il existait une prescription légale ordonnant la suspension <sup>2</sup>.

D'après le *Mémoire*, il y avait contradiction dans l'attitude du juge déclarant, par ordonnance du 14 février 1948, la procédure suspendue et déclarant, le 18 février 1948 (A.C.M., 87, doc. 1, VIII, p. 36) dans une autre ordonnance, qu'il n'admettait pas, pour défaut de qualité, le recours en rétractation (« reposición ») présenté par *Ebro* deux jours avant. De quoi, le Gouvernement belge déduisait une manière arbitraire d'appliquer l'effet suspensif prononcé par le juge <sup>3</sup>.

Le *Contre-mémoire* (IV, p. 339) a éclairci parfaitement la question, en tenant compte de ce que, le 18 février 1948, l'ordonnance du 14 février n'était pas encore irrévocable (*firme*) et que, par conséquent, le juge avait sans doute estimé prudent de ne pas appliquer la suspension prononcée <sup>4</sup>.

<sup>1</sup> La *Réplique* inclut arbitrairement le sujet « Décisions qui ont déclaré les recours irrecevables ou qui y ont définitivement fait obstacle » (pp. 75 à 85 et 482 à 503) dans son exposé sur la question que nous examinons, sans doute pour pouvoir traiter le problème plus superficiellement; le Gouvernement espagnol lui a consacré la section V (voir *supra*, par. 431 et ss.).

<sup>2</sup> La *Réplique* affirme ensuite (p. 64) que, comme c'est *Ebro* qui a formé le recours le 16 février 1948, et non la *Barcelona Traction*, ni les demandeurs à la faillite ni le juge de Reus n'ont pensé à faire valoir face à *Ebro* la suspension de la procédure.

Véritablement, l'argument belge est « concluant »: on impute au juge de Reus d'avoir suspendu la procédure sans que les requérants l'aient demandé, alors qu'il existe une règle légale, l'article 114, qui le prescrit ainsi; et quand vient l'occasion d'appliquer la suspension projetée, selon le Gouvernement belge, pour bloquer les recours, le juge ne le fait pas parce qu'il « oublie » la manœuvre si soigneusement préparée, du fait que ce n'est pas la société en faillite qui forme le recours, mais *Ebro*.

<sup>3</sup> La déduction est inexacte; il y aurait erreur et non arbitraire, qui, en tout cas, favoriserait *Ebro*.

<sup>4</sup> La *Réplique* (p. 464, note 2) prétend que l'article 377 du Code de procédure civile était inapplicable en l'espèce. C'est absurde; les articles 376 et 377 ont un caractère général qui s'applique totalement, sauf disposition contraire expresse. Par contre, l'article 749 du même Code, cité par la *Réplique*, est absolument inapplicable. Dans l'A.D., 133, on trouve une explication à cet égard. La position belge

Par contre, une fois cette ordonnance devenue irrévocable, il était logique que le juge, en se prononçant sur le recours en rétractation formé par *Ebro* contre l'ordonnance du 18 février 1948, s'abstint de l'instruire en raison de la suspension de la procédure <sup>1</sup>.

La *Réplique* prétend opposer à cet argument du *Contre-mémoire* une double objection.

a) Il s'agit d'un argument *ex post facto*, que le juge n'a pas utilisé. L'observation est dépourvue de fondement parce que la question n'a jamais été posée au juge et que, par conséquent, il n'a pas eu à se prononcer à son égard; il n'avait pas non plus à expliquer les motifs de son ordonnance <sup>2</sup>.

b) L'argument peut s'appliquer à l'ordonnance du 18 février 1948, mais non au jugement du 25 février 1948 (A.C.M., 39, VII, p. 223), qui a étendu la saisie des biens à certaines filiales de la *Barcelona Traction*; mais le Gouvernement belge oublie que ce dernier jugement fut rendu dans la section de l'administration, qui n'était pas touchée par la suspension; c'est pourquoi, une fois devenue irrévocable, l'ordonnance du 14 février 1948, qui prononçait la suspension de la procédure, le juge ne pouvait suspendre, et n'a pas suspendu, la section seconde de la faillite <sup>3</sup>.

482. Le *Contre-mémoire* n'avait pas manqué de signaler (IV, p. 347, note 3) que le démenti le plus clair à l'affirmation belge que le déclaratoire *García del Cid* avait pour but de bloquer les recours, venait des faits eux-mêmes.

a) Ni *Barcelona Traction*, ni personne, n'a formé de recours contre le jugement déclaratif de faillite du 12 février 1948 <sup>4</sup>.

---

est incompréhensible, non seulement parce que, juridiquement, l'application de l'article 377 est indiscutable, mais parce que les propres gens de la *Barcelona Traction* l'ont appliqué plusieurs fois dès le début, *Ebro* et *Barcelonesa* ayant formé un recours partiel contre le jugement déclaratif de faillite en invoquant cet article. (Cf. *supra*, pars. 438 et 443).

<sup>1</sup> La *Réplique* prétend (V, p. 64) rattacher aussi à cette prétendue anomalie de n'avoir pas invoqué le fait de la suspension dès le premier moment et de l'avoir fait ensuite, l'ordonnance du 3 mars 1948 qui statuait sur les recours formés par le personnel dirigeant d'*Ebro* et de *Barcelonesa* contre les décisions du commissaire les révoquant de leurs charges. Cependant, si on lit cette ordonnance (A.M., N° 86, vol. II, p. 347), la question apparaît sans le moindre rapport, car le juge s'est borné à considérer que le problème posé par ces dirigeants était lié aux recours formés par *Ebro* et *Barcelonesa* et que la possibilité que ces sociétés puissent être ou non parties dans le procès de faillite, étant « sub judice », on ne pouvait reconnaître un tel droit à leurs employés; et comme ces recours étaient atteints par l'admission aux deux effets de l'appel interjeté contre l'arrêt *García del Cid*, le juge a ordonné d'inclure, dans les pièces à remettre au tribunal supérieur, celle qui concernait les recours du personnel dirigeant d'*Ebro* et de *Barcelonesa*.

Quand *García del Cid*, le 5 mars 1948, s'est désisté de son appel, le juge, par ordonnance du 6 mars 1948, a déclaré qu'il n'y avait pas lieu d'admettre la demande; les effets de la suspension avaient duré exactement trois jours.

<sup>2</sup> Le juge n'a aucune obligation d'expliquer les motifs des ordonnances (*providencias*), car celles-ci, à la différence des *autos* et des *sentencias*, ne requièrent pas d'*attendus* (*considerandos*).

L'article 370 dit que le texte des ordonnances se limitera à la décision du juge ou du tribunal, sans autre fondement ni additions que la date de la décision et le nom du juge ou de la Chambre qui l'a rendue.

Le Gouvernement espagnol s'estime légitimement en droit, par ailleurs, d'avoir recours à des arguments qui ne se trouvent pas dans les décisions judiciaires.

<sup>3</sup> Les raisons en sont exposées de la façon la plus claire, dans le *Contre-mémoire* (pp. 347-352) qui souligne, en outre, que la décision du juge d'exclure de la suspension cette section se déduit du texte de l'ordonnance du 2 mars 1948 (A.C.M., 103, VIII, p. 127 et A.D. N° 134).

<sup>4</sup> Les recours des filiales étaient des recours non contre le jugement déclaratif de la faillite, mais contre la partie de ce jugement qui les affectait.

b) Une fois le déclinatoire de compétence rejeté par jugement du 27 février 1948, M. Garcia del Cid s'est désisté, le 5 mars 1948, de l'appel qu'il avait interjeté le 28 février 1948. La suspension n'avait affecté la procédure que durant vingt jours exactement.

L'objection est tellement évidente que la *Réplique* doit se réfugier, à nouveau, dans des arguments fondés sur une supposée divination de la pensée des requérants et du juge de Reus et déclarer (V, p. 64) que le désistement s'est produit parce que les demandeurs de la faillite et le juge se sont rendu compte que la suspension s'appliquait à toute la procédure de la faillite.

Il n'en est rien. La seconde section de la faillite était certainement exceptée de la suspension, et c'est précisément pourquoi le juge a pu rendre:

a) diverses décisions dans la section d'administration, parmi elles, le jugement du 25 février 1948;

b) l'ordonnance du 27 février 1948, se prononçant sur une demande d'*Ebro* pour qu'il suspendit les actes de saisie<sup>1</sup>, répondant « qu'il n'y avait pas lieu à admission de la pétition, parce que l'administration de la faillite entraîne l'adoption de mesures de nature urgente, ce qui, en cas de suspension, perturberait le développement normal de la fonction confiée à l'entité en faillite ... »; et les actes de saisie, effectivement, n'ont pas été suspendus;

c) l'ordonnance du 2 mars 1948<sup>2</sup>, où il a ordonné: « le greffe du tribunal conservera le dossier de la saisie et de l'administration des biens composé de divers documents qui forment une unité organique et qui exigent une action permanente ».

### C.. LA QUESTION DE COMPÉTENCE BOTER

483. La question de compétence Boter a été soulevée le 30 mars 1948 (A.C.M., 117, doc. 1, VIII, p. 148). A cette date, le jugement déclaratif de faillite était devenu irrévocable (*firme*). Deux ordonnances, des 2 et 17 mars 1948, que personne n'avait attaquées, avaient déclaré l'irrévocabilité dudit jugement. Selon le Gouvernement belge, la question de compétence soulevée par Boter avait prétendument pour but d'empêcher de résoudre les recours de la *Barcelona Traction*, ce qui manque *ab initio* de sens, car:

a) Aucun recours n'avait été formé contre le jugement déclaratif de faillite; la *Barcelona Traction* elle-même n'a pas comparu avant le 18 juin 1948.

b) Les filiales avaient repris leur vie normale et leurs nouveaux Conseils d'administration avaient révoqué les pouvoirs donnés à leurs avoués et donné des instructions à leurs successeurs pour qu'ils se désistent des recours formés, *avant* que M. Boter ne présente sa demande.

<sup>1</sup> La pétition a été faite par acte du 24 février 1948 (A.D., 135), dont le fondement était précisément que l'on continuait à effectuer les actes de saisie, c'est-à-dire que l'on n'avait pas suspendu l'instruction de la seconde section.

<sup>2</sup> L'ordonnance admettait *a trámite* l'appel de Garcia del Cid contre le jugement du 27 février 1948 qui avait rejeté la question de compétence (A.C.M., 103, VIII, p. 127).



c) Comme le jugement déclaratif de faillite était irrévocable, tout recours qui serait formé était condamné à l'échec.

La question de compétence soulevée par M. Boter était dépourvue de tout fondement. C'est ainsi qu'elle fut rejetée d'abord par le tribunal et par la Cour d'appel ensuite condamnant Boter aux dépens.

Mais, comme M. Boter était obligataire de la *Barcelona Traction*, l'accès à la faillite ne pouvait lui être refusé; du point de vue procédural, il avait qualité pour soulever la question de compétence comme il l'a fait, bien qu'au fond elle était erronée. Les tribunaux espagnols ne pouvaient, d'après le droit espagnol, la rejeter *in limine litis*.

Bien que tout ce qui a été exposé dans le *Contre-mémoire* (IV, pp. 352/367, 540/541 et 547/552) reste valable, la présente *Duplique* réfutera une à une les thèses belges.

484. La première allégation belge (R., V, p. 466) consiste à prétendre que la contestation portant sur la juridiction des tribunaux espagnols ne pouvait se poser que comme moyen d'opposition au fond, mais non comme question de compétence dans la forme prévue par les articles 72 et suivants du Code de procédure civile.

L'accusation est nouvelle: telle qu'elle est formulée il n'y en a pas trace dans le *Mémoire*<sup>1</sup>.

Le Gouvernement belge qui a voulu présenter comme un grief le fait que la question de compétence soulevée par *National Trust* n'a pas été admise, oublie maintenant que cette question de compétence a été soulevée formellement comme un incident et exactement comme l'a fait M. Boter<sup>2</sup>.

La *Barcelona Traction* a adhéré plus tard à l'appel interjeté par M. Boter contre l'arrêt du 12 février 1949 (A.C.M., 117, doc. 4, VIII, p. 153) qui rejetait la question de compétence soulevée; par cette adhésion, non seulement elle admettait la pertinence, du point de vue du fond et de la forme de cette question de compétence, la faisant réellement sienne, mais elle reconnaissait expressément l'incident en tant que voie appropriée<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> La *Réplique* (note 2, page 468) dit que les demandeurs à la faillite, dans leur requête du 3 avril 1948 (A.C.M., 117, doc. 3, VIII, p. 151), ont exprimé le même avis que le Gouvernement belge, à savoir que le déclinatoire de juridiction ne pouvait être soulevé dans la forme prévue par l'article 72 du Code de procédure civile et ne pouvait pas supposer la suspension conformément à l'article 114. Cette allégation ne correspond pas aux faits. Les demandeurs à la faillite n'ont nullement allégué que la discussion sur la juridiction des tribunaux espagnols dût s'instaurer sous forme d'opposition au jugement déclaratif de faillite et moins encore qu'il était impossible d'appliquer l'article 114 du Code de procédure civile, qui n'est même pas mentionné dans cette requête.

Dans la note même, il est affirmé que la société Namel a soutenu le même avis dans son acte du 3 janvier 1949, ce qui n'est pas exact non plus. En premier lieu, parce que cette société a défendu la compétence des tribunaux espagnols et n'a, en aucune façon, déclaré que la discussion de la compétence devait se faire comme exception à l'opposition au jugement déclaratif de faillite; quant à l'article 114 du même Code, sa position était qu'il fallait excepter de la suspension ce qui était relatif à la convocation de l'assemblée des créanciers pour la désignation des syndics.

<sup>2</sup> *National Trust* ne s'est pas opposée au jugement déclaratif de faillite, elle ne l'a même pas fait en se bornant à formuler l'exception fondée sur le défaut de juridiction des tribunaux espagnols.

<sup>3</sup> Dans son acte du 11 avril 1953 (A.M., 229, IV, p. 887), elle ajoutait: « Et comme le droit judiciaire espagnol ne mentionne aucune voie spéciale et adéquate par laquelle traiter cette question d'incompétence juridictionnelle, nous devons estimer suffisante la voie incidente du déclinatoire ».

Qui plus est, le seul arrêt du Tribunal suprême qui existe en la matière, relativement à une faillite, celui du 17 janvier 1912, se limite à la faillite de la société belge *Minera del Moncayo* et juge une question de compétence instruite sous la forme d'incident et non sous celle d'exception de fond de l'opposition au jugement déclaratif de faillite <sup>1</sup>.

L'objection belge est donc dépourvue de fondement. Le Code de procédure civile espagnol ne renferme pas de règles spéciales pour la discussion du défaut de juridiction des tribunaux espagnols, mais on applique les règles des articles 72 et suivants du Code de procédure civile dans la mesure où elles ont trait au déclinatoire.

Le fait que certains préceptes qui réglementent les questions de compétence internes ne peuvent s'appliquer quand on discute la juridiction des tribunaux espagnols n'entraîne nullement l'application de la manière de soulever la question de compétence <sup>2</sup>.

La doctrine espagnole a accepté que la discussion sur la juridiction des tribunaux espagnols puisse et doive se faire procéduralement sous forme d'un déclinatoire de juridiction <sup>3</sup>.

485. Le deuxième grief que formule la *Réplique* (p. 469) est que le juge aurait dû rejeter la question de compétence soulevée par Boter, parce qu'elle ne pouvait être introduite par un Espagnol.

Effectivement, comme le *Contre-mémoire* l'a reconnu (p. 359), une jurisprudence bien établie indique que les Espagnols ne peuvent nier la compétence de leurs tribunaux.

Cela est certain; ce qui ne l'est pas, en revanche, c'est que pour cette raison le tribunal devait rejeter *in limine litis* le déclinatoire. L'arrêt du Tribunal suprême du 17 janvier 1912 a cité précisément comme une des raisons pour rejeter le déclinatoire le fait que le demandeur est Espagnol; mais il n'a pas affirmé que le déclinatoire aurait dû être rejeté *in limine litis* et le fait que la question a été instruite dans toutes ses instances et est arrivée jusqu'au Tribunal Suprême démontre, clairement, que le déclinatoire n'a pas été purement et simplement rejeté (« *de plano* ») <sup>4</sup>.

Le Gouvernement espagnol ratifie ici ce qui a été déjà exposé dans le *Contre-mémoire* <sup>5</sup>.

<sup>1</sup> La *Réplique* mentionne l'affaire de la *Niel-on-Rupell*, dans laquelle a été soulevée l'exception pour défaut de juridiction des tribunaux espagnols comme faisant partie des exceptions de fond qui intégraient l'opposition, mais le Tribunal Suprême n'est pas arrivé à connaître de cette affaire.

<sup>2</sup> La *Réplique* fait état de l'existence de l'article 115 du Code de procédure civile comme d'un argument décisif en faveur de sa thèse. Cet article établit que les actes de procédure réalisés par le juge incompétent seront valables sans qu'il soit nécessaire qu'ils soient ratifiés devant le juge ou le tribunal qui sera déclaré compétent.

Mais il est clair que cette disposition devient simplement inapplicable quand ce que l'on discute dans le déclinatoire de compétence est la juridiction même des tribunaux. Le fait que cet article est inapplicable ne veut évidemment pas dire que toute la procédure qui régit les questions de compétence par déclinatoire le soit également.

<sup>3</sup> Dans A. D. N° 48, on réfute dans leur totalité les allégations de la *Réplique* en faisant les références qui s'imposent à la doctrine et à la jurisprudence.

<sup>4</sup> Le même raisonnement vaut en ce qui concerne les divers arrêts cités dans le *Mémoire* (par. 132).

<sup>5</sup> La *Réplique* signale que la nationalité de M. Boter « n'était pas le moins du monde douteuse ». Effectivement, M. Boter était Espagnol; or on peut affirmer que, même dans le cas — que le Gouvernement espagnol n'admet évidemment pas — où le tribunal aurait dû examiner *ex officio* le facteur nationalité pour rejeter la demande *in limine litis*, le juge n'aurait pas pu prendre de décision, parce que, dans aucun des documents présentés, ni même dans l'acte de procuration correspondant, n'était indiquée la nationalité de M. Boter.

486. La *Réplique* (V, p. 469) signale, comme raison supplémentaire qui aurait dû faire rejeter le déclinatoire Boter, que le juge lui-même avait déclaré irrévocable (*firme*) le jugement déclaratif de faillite dans ses ordonnances des 2 et 17 mars 1948.

Comme il a été précisé dans le *Contre-mémoire* (IV, p. 360), le fait que le jugement déclaratif de faillite était effectivement irrévocable ne supposait pas que la question de compétence puisse être rejetée *in limine litis*, vu que cela est possible seulement au cas où une disposition légale exprime l'ordonne.

L'extemporanéité ne joue que quand il s'agit d'actes judiciaires soumis à un délai fixe ou qui ne peut être prorogé, et dont l'expiration entraîne forclusion; mais ce n'est pas le cas du déclinatoire.

Le *Contre-mémoire* a indiqué l'existence d'une jurisprudence (résumée dans A.C.M., 116, VIII, p. 145), dont il résulte que le Tribunal suprême n'a jamais soutenu la thèse qu'une question de compétence devait être rejetée *in limine litis* en cas d'infraction à l'article 76 du Code de procédure civile. La *Réplique* s'abstient, bien entendu, de réfuter l'annexe sus-mentionnée <sup>1</sup>.

L'impossibilité de rejeter *in limine litis* une question de compétence, si celui qui la soulève avait qualité pour le faire, rend plus incompréhensible encore que la *Barcelona Traction* ne l'ait pas soulevée elle-même dès le premier moment, surtout si elle prétendait sérieusement que les tribunaux espagnols n'étaient pas compétents dans l'affaire.

Or la *Barcelona Traction* n'a soulevé aucune question de compétence; c'est seulement en 1953, alors que ses biens avaient été vendus aux enchères depuis un an, qu'elle s'est jointe à la question de compétence Boter.

Cette passivité initiale de la société faillie est franchement inexplicable.

487. La *Réplique* prétend (p. 470/71) que le juge, d'accord avec la demande des requérants de la faillite dans leur écrit du 3 avril 1948, a excepté de la suspension, par ordonnance du 5 avril 1948, « la phase de la deuxième section que l'on peut considérer comme administrative et conservatoire », et que, si l'on prétend qu'il a suspendu toute la seconde section, il aurait outrepassé les pouvoirs que lui conférait l'article 114 du Code de procédure civile. (A.C.M., 102, doc. 2 et 3, VIII, pp. 125/126).

<sup>1</sup> Le Gouvernement belge (R. p. 470) cite comme exemple de discrimination que le juge de Reus ait rejeté *in limine litis* les récusations qui lui avaient été formulées. Mais il oublie que les articles 191 à 193 du Code de procédure civile supposent tous la nécessité de l'existence de conditions ou de circonstances déterminées, dont l'absence oblige à rejeter *in limine litis* la récusation. Le juge a invoqué expressément l'article 191, qui déclare que « pourront seuls user du droit de récusation ceux qui sont parties légitimes ou qui ont le droit de l'être », et il est évident qu'aucune des filiales n'était partie (les seules parties étaient proprement les demandeurs et la société en faillite), et n'avait droit à l'être, parce qu'elles n'étaient pas créancières de la *Barcelona Traction*. Pour la même raison, le juge a rejeté *in limine litis*, le 4 février 1949 (A.C.M., 122, doc. 3, VIII, p. 175), la question de compétence soulevée par *National Trust*. L'existence de cette règle spécifique autorisait parfaitement à rejeter *in limine litis* les récusations mentionnées, car, en outre, et de manière générale, le juge doit rejeter *in limine litis* les demandes, quelles qu'elles soient, de ceux qui ne sont pas ou ne peuvent pas être parties au procès de faillite, c'est-à-dire de quiconque n'est pas la société en faillite ou ses créanciers.

Mais il n'en est pas ainsi. Les motifs invoqués par les demandeurs à la faillite sont une chose et ce qu'ils ont demandé de façon concrète en est une autre; on peut en dire autant de l'ordonnance du 5 avril 1948<sup>1</sup>.

Et comme nous l'avons expliqué auparavant, l'application de l'article 114 du Code ne peut jamais entraîner la suspension de la seconde section<sup>2</sup>.

Le *Contre-mémoire* (p. 355) avait mis en évidence que la *Barcelona Traction* avait demandé, en formulant son incident de nullité des actes de procédure du 5 juillet 1948 (A.C.M. 75, doc. 1, VII, p. 393), que soient exceptées de la suspension la section seconde de la faillite et la branche séparée (*ramo separado*) des comptes<sup>3</sup>.

Le fait que la *Barcelona Traction* ait formulé cette demande enlève toute raison d'être à l'analyse du Gouvernement belge sur la prétendue irrégularité du fait que cette section deuxième ne fût pas suspendue.

S'en rendant bien compte, la *Réplique* dit que la *Barcelona Traction*, quand elle a demandé, le 5 juillet 1948, que la seconde section ne soit pas suspendue, se référerait « dans son esprit » seulement à la phase conservatoire.

Quand, pour interpréter un acte judiciaire, il faut se reporter non à ce qui a été effectivement dit, mais à l'esprit dans lequel on l'a dit, c'est déjà suspect; si l'on examine l'incident de nullité des actes de procédure de la *Barcelona Traction*, on constate que la société en faillite a demandé littéralement de déclarer l'incident recevable *a trámite*, mais aussi « de décider la suspension du cours de la procédure (« autos »). [...] à l'exception de la section deuxième et de la branche des comptes (« ramo de cuentas »), jusqu'à ce qu'une décision exécutoire se soit prononcée sur cet incident »<sup>4</sup>.

La *Réplique* (p. 471), après avoir dénoncé ces prétendues « graves » irrégularités, dit que le fait d'avoir excepté de la suspension toute la section seconde « ... n'aurait donc pas été, par elle-même, génératrice du préjudice, s'il ne s'y était ajouté, le 7 juin 1949, un déni de justice supplémentaire; c'est la *conjonction* de manquements graves à la légalité qui ici, comme dans bien d'autres cas, dans ce procès, a permis d'aboutir à la spoliation finale »<sup>5</sup>. Ceci n'est qu'un aveu par le Gouvernement belge lui-même, de la faiblesse de son argumentation.

<sup>1</sup> Le *petitum* de l'écrit du 3 avril 1948 ne laisse subsister aucun doute: on demandait que « ... il ne suspende point, de par le même fondement, l'instruction de la deuxième section (*pieza*), ayant trait à la saisie (*ocupación*) », et le juge a déclaré exactement que « soit exceptée la suspension accordée par l'ordonnance (*providencia*) du deux courant, conséquemment au déclinatoire des compétences (*declinatoria de jurisdicción*), les actes de procédure devant être réalisés dans la deuxième section (*pieza*) découlant de l'exécution du jugement (*auto*) déclaratif de faillite et des décisions ultérieures prononcées par suite dudit jugement ».

<sup>2</sup> Cf. *supra*, par. 478, et C.M., pp. 348/349, et A.C.M. 1, VII, p. 10.

<sup>3</sup> On ne manquera pas de relever que, si le juge avait déclaré recevable l'incident de nullité, celui-ci aurait opéré immédiatement en suspendant la question de compétence, ce qui était peut-être ce que cherchait la *Barcelona Traction*.

Sur l'intérêt de la *Barcelona Traction* à suspendre la question de compétence Boter, voir *infra* par. 509

<sup>4</sup> La *Réplique* prétend que la société Namel, en demandant la convocation de l'assemblée des créanciers (requête du 3 janvier 1949), a souligné qu'il s'agissait d'un acte rentrant dans le cadre de l'administration de la faillite. C'est exact, mais le Gouvernement espagnol ne voit pas quel rapport cela a avec le problème qui nous occupe.

D'autre part, Namel reconnaissait que l'ordonnance du 5 avril 1948 avait exclu de la suspension « la deuxième section (*pieza*) en général ».

<sup>5</sup> Le jugement du 7 juin 1949 sera examiné plus loin (*infra*, par. 520 et ss.) lorsqu'il sera question de la nomination des syndics.

488. La *Réplique* continue d'insister (V, p. 66) sur la prétendue collusion entre M. Boter et les demandeurs à la faillite; mais, comme l'a signalé le *Contre-mémoire* (IV, p. 359), cela était sans pertinence vis-à-vis du juge espagnol, même si la prétendue collusion eût été prouvée, ce qui n'était pas le cas <sup>1</sup>.

La *Réplique* (p. 67) prétend faire une énumération des actes restés en suspens comme conséquence du déclinatoire Boter; cette énumération est superflue, car il est évident que sont restées en suspens tous les actes de procédure, à l'exception de ceux de la section seconde de la faillite <sup>2</sup>. Le Gouvernement belge cherche à créer une atmosphère propice, mais avec tant de négligence qu'il rattache à la suspension des actes qui sont restés en marge de celle-ci, parce qu'ils ont été soumis à un juge autre que le juge spécial, lequel n'a jamais eu à s'en occuper; c'est ainsi que dans l'énumération figure comme touchée « de fait » par la suspension résultant du déclinatoire Boter, la demande formée en 1953 par *Sidro* devant le tribunal de première instance N° 14 de Madrid (!).

Il serait superflu de commenter cette manière d'agir. Mais il convient de souligner que le nombre des actes de procédure atteints par la suspension manque en soi de signification intrinsèque. Si la *Barcelona Traction* n'avait pas craint sans doute de pécher par exagération, elle aurait pu aujourd'hui fournir au Gouvernement belge une liste beaucoup plus longue d'actions ou de recours atteints par la suspension du déclinatoire Boter <sup>3</sup>.

#### D. LES PRÉTENDUS MOYENS POUR PROLONGER LES EFFETS DU DÉCLINATOIRE BOTER. INTÉRÊT ET RESPONSABILITÉ DE LA BARCELONA TRACTION DANS LA SUSPENSION

489. La *Réplique* (p. 471) examine les moyens qui, selon elle, ont été utilisés pour prolonger les effets du déclinatoire Boter. Ces moyens seraient, suivant le Gouvernement belge, l'admission d'un incident relatif à la qualité des demandeurs à la faillite soulevé par Boter, et octroi à celui-ci d'un délai extraordinaire de preuve; la prétendue discrimination dans l'admission des appels; l'incident Genora et l'application abusive du principe « le criminel tient le civil en état ».

Comme sur tout le problème pèse le poids des agissements de la *Barcelona Traction* elle-même et de ses « co-intéressés », le Gouvernement belge se voit obligé d'ajouter un paragraphe exclusivement destiné à tenter, désespérément, de nier la responsabilité évidente de la société faillie et de ceux qui agissaient dans son intérêt dans les retards qui auraient pu se produire.

On va traiter séparément ces sujets qui, comme tant d'autres, sont traités deux fois dans la *Réplique* (pp. 69/75 et 471/481).

<sup>1</sup> Voir *supra*, par. 479.

<sup>2</sup> A l'exception de nombreuses procédures indépendantes. Par exemple, la *Barcelona Traction* a entamé, entre 1953 et 1956, cinq procès, dont un seul fut touché par la suspension (C.M., pp. 426/429). Ne furent pas non plus atteints par la suspension la demande formée par *Sidro*, en 1953, pour fraude procédurale (C.M., p. 433), *quelques-uns des procès intentés par International Utilities* (C.M., p. 429), etc.

<sup>3</sup> En effet, si l'on pense que, dès le 27 mars 1948 (date, on le sait, de la première note diplomatique belge), avant que ne soit soulevée la question de compétence Boter et alors que la procédure n'était l'objet d'aucune suspension, il y avait déjà, selon le Gouvernement belge, non pas un, mais plusieurs dénis de justice, il est facile de conclure qu'« a posteriori » et une fois le déclinatoire Boter présenté, il était aisé d'accumuler les recours ou actions qui permettraient aujourd'hui d'offrir une longue énumération de diligences judiciaires suspendues par ce déclinatoire.

1) *Les demandes de M. Boter en ce qui concerne le défaut de qualité des demandeurs à la faillite, et l'octroi d'un délai extraordinaire de preuve.*

490. Le Gouvernement belge critique (p. 472) l'ampliation que M. Boter a donnée à sa question de compétence, par un écrit du 2 avril 1948, posant le problème du manque de qualité des promoteurs de la faillite (A.R., 30, I, p. 101).

Cet écrit était dépourvu de tout fondement, comme l'ont fait valoir l'arrêt rendu par le tribunal le 12 février 1949, rejetant la question de compétence Boter, et l'arrêt du 15 mai 1963 de la Cour d'appel de Barcelone, confirmant la décision du tribunal <sup>1</sup>.

Mais il est absurde de penser, comme le Gouvernement belge le prétend, que l'administration de la justice est responsable du fait que l'on a formulé devant elle des demandes sans fondement qu'elle a rejetées.

En marge de ce grief, il convient de se rappeler que :

a) La *Barcelona Traction* a été présente dans la procédure de la faillite à partir du 18 juin 1948. La question de compétence Boter est restée sans solution jusqu'au 12 février 1949. Pendant toute cette période la *Barcelona Traction* s'est soigneusement abstenue d'intervenir dans la question de compétence et d'y former un recours, sans même émettre la moindre protestation.

b) Dans l'ampliation de sa demande, M. Boter sollicitait qu'il soit déclaré que les demandeurs à la faillite étaient sans qualité dans l'instance. Or c'est exactement la même prétention qu'ont formulé plus tard, devant la Cour d'appel de Barcelone, MM. Andreu et Sagnier, « co-intéressés » de la *Barcelona Traction*, et cela précisément dans le cadre de la question de compétence Boter, obtenant avec cet incident la suspension du cours de l'appel de Boter <sup>2</sup>.

La *Réplique*, après avoir dénoncé la prétendue irrégularité, si manifestement inexistante, relève qu'elle avait pour but d'obtenir un délai extraordinaire de preuve de huit mois <sup>3</sup>.

Il paraît clair que, si l'intention avait été véritablement de retarder la procédure, les parties en jeu non seulement auraient demandé ce délai extraordinaire de preuve, mais auraient épuisé tous les délais normaux de la question de compétence. <sup>4</sup>

<sup>1</sup> A.C.M., 117, doc. 4, VIII, p. 153; et 193, IX, p. 270.

<sup>2</sup> C'est-à-dire que le Gouvernement belge se plaint d'une action que la société faillie elle-même a intentée par l'intermédiaire de MM. Andreu et Sagnier, et avec des effets bien plus considérables que ceux qu'a provoqués l'ampliation de Boter, car celle-ci n'a pas été formulée comme incident de la question de compétence, mais conjointement avec elle; par contre, l'action introduite par MM. Andreu et Sagnier a suspendu, comme nous l'avons dit, le cours de la question de compétence Boter elle-même.

<sup>3</sup> Le délai extraordinaire de preuve a été accordé par jugement du 14 avril 1948 (A.D. 136) le jour même où le fondé de pouvoirs de la *Barcelona Traction*, M. Muntaner Felip, donnait pouvoirs à ses avoués qui ont comparu au nom de la société faillie, deux mois plus tard; ces pouvoirs avaient été octroyés à Toronto le 9 mars 1948.

Bien que les décisions qui accordent un délai de preuve ne soient pas susceptibles de recours, mais si la *Barcelona Traction* avait été présente dans la procédure, le juge devait lui communiquer la demande et elle aurait pu s'y opposer ou présenter au tribunal les documents, objet de la preuve, qui serait alors devenue superflue.

<sup>4</sup> Or les demandeurs à la faillite se sont abstenus de demander une prorogation du délai pour

Que la question de compétence Boter ait attendu dix mois avant d'être tranchée en première instance, après l'octroi d'un délai extraordinaire de preuve, ne saurait nullement être considéré comme anormal ou excessif.

D'autre part, l'objet de la preuve étant d'obtenir les actes de « trust », il est évident que la *Barcelona Traction* pouvait les produire au moment qui lui conviendrait, ce qui aurait enlevé toute efficacité à la prétendue manœuvre; mais, comme nous l'avons déjà souligné, la *Barcelona Traction* n'a effectué aucun acte de procédure dans la question de compétence Boter.

Le *Contre-mémoire* a fourni des explications sur tous ces points (pp. 502 et 503) et il n'y a rien à modifier de ce qui y est dit.

Selon la *Réplique*, le fait que le délai extraordinaire de preuve a été sollicité conjointement par les demandeurs à la faillite et M. Boter aurait dû avertir le juge qu'il s'agissait d'une manœuvre.

L'accusation de la *Réplique* est sans fondement et sans pertinence. Dans la procédure espagnole, il est fréquent que les deux parties s'adressent simultanément au tribunal, pour lui demander une chose dans laquelle elles ont un intérêt commun, par exemple la suspension de la procédure, celle d'une diligence, la proposition d'une preuve déterminée, etc.

2) *L'admission des appels, avec effet dévolutif et avec effet dévolutif et suspensif* (« en uno y ambos efectos »).

491. La *Réplique* (V, p. 473) prétend qu'il y a eu discrimination dans l'admission des appels et que cette discrimination non seulement témoignait « d'une animosité systématique » des juridictions espagnoles à l'égard de la *Barcelona Traction*, mais a joué un rôle déterminant dans la « genèse du préjudice ».

Elle cite, comme manifestations concrètes de ces prétendues discriminations, l'admission aux deux effets de l'appel interjeté par Boter contre l'arrêt du 12 février 1949, qui avait rejeté son déclinatoire; le jugement (« auto ») de la Cour d'appel du 7 juin 1949, qui a excepté de la suspension les actes nécessaires pour que l'assemblée générale des créanciers pût se réunir afin de nommer des syndics et le fait d'avoir admis au seul effet dévolutif les recours d'appel formés par la *Barcelona Traction* contre la procédure de vente<sup>1</sup>.

La *Réplique* prétend faire une exégèse de certains articles du Code de procédure civile et, plus précisément, des articles 380 à 400. Les conclusions auxquelles arrive le Gouverne-

---

répondre à la demande et n'ont même pas épuisé ce délai; ni eux ni M. Boter n'ont demandé de débats oraux, etc.

Le Gouvernement belge a soin de passer sous silence le fait que les demandeurs à la faillite ont sollicité, le 31 juillet 1948, certaines preuves, dont l'envoi d'une commission rogatoire à Londres en vue d'obtenir une copie des accords intervenus dans les assemblées des obligataires *Prior Lien* le 18 avril 1948. Mais le juge, qui, selon le Gouvernement belge, était si bien disposé à faciliter toutes les manœuvres dilatoires a rejeté la pétition et, quand les requérants ont formé un recours en reconsidération, il les a déboutés par jugement (*auto*) du 20 septembre 1948 (A.D. 137).

<sup>1</sup> On examinera ici seulement la première et la troisième questions, la deuxième étant analysée dans la section VII.

ment belge ne sont pas exactes, et le Gouvernement espagnol s'en tient à ce qu'il a exposé dans le *Contre-mémoire* (IV, pp. 544-547).

L'article 384 du Code de procédure civile établit les cas dans lesquels, de façon générale, l'appel est admis aux deux effets. Et le premier de ces cas est celui « des jugements définitifs (*'sentencias definitivas'*) en toute sorte de procédures, quand la loi ne prévoit pas le contraire ».

Pour discuter sérieusement l'admission aux deux effets de l'appel interjeté contre l'arrêt du 12 février 1949, qui avait résolu en première instance la compétence Boter, il devrait exister une disposition concrète ordonnant le contraire. Or pareille disposition n'existe pas.

Comme l'explique le *Contre-mémoire* (p. 545), les déclinatoires doivent s'instruire dans les procédures déclaratives comme des exceptions dilatoires et dans les autres procédures dans la forme établie pour les incidents. Dans les deux hypothèses, la décision qui intervient est susceptible d'appel aux deux effets (articles 538 et 758 du Code de procédure civile)<sup>1</sup>.

La *Réplique* (V, p. 474) affirme que le fait que les questions de compétence s'instruisent conformément à l'article 79 du Code de procédure civile, dans le cadre des procédures d'incidents, n'est qu'une règle « de forme » qui n'exclut pas l'application à ces incidents des règles générales relatives aux recours et que, seulement quand le législateur veut que l'on applique les règles spécifiques relatives aux recours en matière d'incidents, il le déclare de manière formelle comme c'est le cas à l'article 1594 du Code de procédure civile.

L'observation rend quelque peu perplexe.

Les règles générales des recours obligent d'admettre aux deux effets (article 384 du Code de procédure civile) les appels interjetés contre tout genre de jugements (*sentencias*), à moins que la loi n'en dispose autrement, et il n'existe aucune disposition contraire en ce sens, ce qui fait que le Gouvernement belge ne peut la citer.

Il n'est pas exact que, quand le législateur veut que s'appliquent les règles spécifiques relatives aux recours en matière d'incidents, il le déclare ainsi expressément; ce que fait le législateur, c'est de s'en remettre normalement à la procédure des incidents et, quand il veut que ne jouent pas les règles relatives à leurs recours, particulièrement celles qui concernent l'admission à un effet ou aux deux effets, il le dit expressément. On en trouve un exemple frappant dans l'article 1330 du Code de procédure civile, qui présente un intérêt particulier parce qu'il se réfère à la faillite et qu'il suppose une dérogation spécifique au principe général de l'article 758 du même Code, selon lequel les jugements en matière d'incidents seront susceptibles d'appel aux deux effets<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> En outre, se trouvait posée la question du défaut de qualité des demandeurs à la faillite, ce qui supposait une raison de plus pour l'application de l'article 758 du Code de procédure civile. La *Réplique* évoque ici aussi la thèse que la question de compétence ne pouvait s'instruire dans un incident, mais comme un motif d'opposition au jugement déclaratif de faillite. Nous avons déjà vu que cette objection n'est pas admissible (*supra*, par. 484).

<sup>2</sup> L'article 1330 du Code de procédure civile établit, que le jugement qui statue sur l'opposition au jugement déclaratif de faillite n'est susceptible d'appel qu'à un seul effet, conformément aux dispositions de l'article 1031 du Code de commerce de 1829.



L'article 1594 du Code de procédure civile, qui régit certaines procédures de congé, énonce une simple redondance en établissant que l'instruction se fera suivant les formalités et les recours prévus pour les incidents. Et il est évident que, même s'il n'avait pas mentionné les recours, on aurait toujours appliqué le mécanisme des recours établis pour les incidents<sup>1</sup>.

En définitive, il est évident que le raisonnement du Gouvernement belge ne tient pas.

a) L'instruction des questions de compétence doit se faire, selon l'article 79 du Code de procédure civile, suivant la procédure des incidents et l'article 758 oblige impérativement à l'admission aux deux effets de l'appel interjeté contre le jugement qui a statué sur l'incident.

b) Quand le législateur veut qu'il n'en soit pas ainsi, il le dit de façon expresse; et l'exemple le plus typique est celui de l'opposition à la déclaration de faillite qui suit les formalités de la procédure des incidents et dont, cependant, l'appel n'est admis qu'à un seul effet par disposition expresse de l'article 1330 du Code de procédure civile.

c) Si, contrairement à l'exposé du *Contre-mémoire*, il fallait appliquer ce que le Gouvernement belge appelle « les règles générales du recours », nous constaterions que l'article 384 du Code de procédure civile établit clairement l'admission de l'appel aux deux effets des jugements, à moins que la loi n'en dispose autrement; or il n'existe aucune disposition légale en ce sens, car les seules qui jouent spécifiquement en la matière sont les articles 79 et 758, susmentionnés, qui disent exactement le contraire<sup>2</sup>.

Mais, en outre, la *Barcelona Traction* s'est jointe, en avril 1953, à l'appel du déclinaire Boter, ce qui lui a fait admettre sans équivoque possible, non seulement la forme procédurale de poser la question, un incident, mais aussi que l'appel soit instruit aux deux effets<sup>3</sup>.

492. Pour la *Réplique* (V, p. 473), la question de l'admission à un ou aux deux effets des appels constitue « une discrimination inadmissible ».

<sup>1</sup> Comme cela se produit dans d'autres cas, par exemple, celui de l'article 1416 qui s'en remet pour l'opposition aux saisies conservatoires (*embargo preventivo*) à la procédure des incidents, sans en dire davantage, et cependant les appels, en ce cas, s'admettent aux deux effets.

<sup>2</sup> La Cour d'appel de Barcelone a estimé qu'elle devait admettre l'appel de Boter, dans la question de compétence, aux deux effets, par jugement du 7 juin 1949 (A.C.M., 13, IX, p. 357), avec le considérant suivant:

« CONSIDÉRANT qu'en demandant au tribunal devant lequel fut présentée la déclaration en faillite de la société *Barcelona Traction Light and Power Company, Ltd.*, de décliner la connaissance de l'affaire, le réclamant créancier M. Juan Boter Vaquer estimant qu'elle est du ressort des tribunaux d'un autre pays que j'ai indiqué, on constate que la procédure suivie, en vertu des dispositions de l'article 79 du Code de procédure civile, a été celle qui est prescrite pour les incidents, raison pour laquelle il faut s'en tenir à ce qui est prévu au deuxième paragraphe de l'article 758 du même code qui stipule de manière catégorique que le jugement de première instance rendu dans une telle procédure sera susceptible d'appel avec effet dévolutif et effet suspensif; cette règle impérative empêche d'accéder à la prétention formulée dans la demande accessoire ('otrosí') de l'acte de comparution de la société en faillite, étant donné que les dispositions légales qu'elle invoque à l'appui de sa demande n'affaiblissent pas la prescription observée par le juge 'a quo' en décidant de recevoir le recours, et ne présentent pas même un rapport quelconque d'équité et d'analogie qui entraînerait la recevabilité de l'exception et qui rendrait possible ce qui est demandé aux termes de l'article 397 du Code de procédure. »

<sup>3</sup> Le contenu de l'acte d'adhésion de la *Barcelona Traction* à l'appel Boter est très intéressant; voir *infra*, par. 501.

Le *Contre-mémoire* a suffisamment expliqué cette question, tant en ce qui concerne le mécanisme des appels aux deux effets (IV, p. 368, note 2, et A.C.M. 131, VIII, p. 201) que le fait que, dans la procédure de la faillite, il est de principe que les appels ne s'admettent qu'à un seul effet (p. 373, et A.C.M., 140, VIII, p. 218), en tout ce qui se réfère à la vente de biens et au paiement des créanciers.

Avant tout, il convient de souligner le silence prudent de la *Réplique* sur la thèse que la *Barcelona Traction* a soutenue devant les tribunaux espagnols à ce sujet: *la faillie a adopté une position qui est identique à celle du Contre-mémoire et qui concorde entièrement avec les décisions des divers tribunaux, position qui est aux antipodes de celle que défend actuellement le Gouvernement belge*<sup>1</sup>.

En 1948, 1949, 1950 et jusqu'à la fin du mois de septembre 1951, la *Barcelona Traction* a soutenu *urbi et orbi* que les appels dans les procédures de faillite n'étaient admissibles qu'à un seul effet et que le mécanisme de l'article 385 du Code de procédure civile était inapplicable.

C'est à partir du 24 septembre 1951 (quand la vente apparaît imminente) que la *Barcelona Traction* commence systématiquement à demander que les appels soient admis aux deux effets et, quand on le lui refuse, essaie d'invoquer les dispositions de l'article 385 du Code de procédure civile<sup>2</sup>.

La documentation relative à la « *receivership* » canadienne rend plus facile la compréhension de ce changement d'attitude. En effet, on y trouve un rapport de l'avocat-conseil du « *receiver* », dont il ressort qu'une fois rendue l'ordonnance du 27 août 1951 ordonnant la vente aux enchères publiques des biens de la société en faillite, « des instructions me furent immédiatement données pour que je tâche de gagner du temps et de retarder autant que possible l'exécution de l'ordre »<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Dans A.C.M., 141, VIII, p. 219, on joignait une série d'actes de la *Barcelona Traction* où elle avait systématiquement demandé que l'appel ne soit admis qu'à un seul effet, vu le caractère exécutif de la procédure de faillite. Le Gouvernement espagnol se complait maintenant à compléter cette *Annexe* par l'A.D. 138, où l'on trouvera d'autres actes produits dans la première section et dans la seconde section de la faillite, où la *Barcelona Traction* a soutenu à maintes reprises la nécessité d'admettre les appels à un seul effet et même l'inapplicabilité de l'article 385.

<sup>2</sup> En dehors de la faillite, cette position présente un autre intérêt. Le 7 novembre 1951 (A.M., 256, IV, p. 989), le Gouvernement belge remettait au Gouvernement espagnol une note diplomatique, accompagnée d'une note dite juridique, dans laquelle, après avoir fait allusion aux effets dévolutif et suspensif dans lesquels les appels peuvent être admis, il concluait à l'application obligatoire des dispositions de l'article 385, si l'appelant insistait sur le préjudice irréparable qui lui était causé et offrait de donner une garantie. Il est certain qu'avant cette date, le Gouvernement belge n'avait jamais rien dit de cette question et ne pouvait évidemment rien dire, étant donné la position qu'avait toujours adoptée la *Barcelona Traction* sur ce point.

<sup>3</sup> Après avoir affirmé que, « suivant ma première intention, j'ai dit aux clients que je croyais possible d'obtenir que les choses se prolongent pendant un mois, en donnant ou faisant donner des instructions pour que l'on forme une série de recours contre l'ordre de vente du 27 août 1951 », il ajoute que, « conformément aux instructions que j'ai reçues des clients en vue de paralyser la procédure de vente, j'ai fait tout mon possible pour gagner du temps, obtenant un résultat plus favorable que celui que j'avais cru possible au début. La série de recours auxquels je me réfère produit l'effet désiré d'empêcher que fussent prises des mesures importantes pour l'exécution de l'ordre de vente du 27 août 1951, amenant pratiquement la paralysie de toute activité qui aurait permis de rendre effectif ledit ordre de vente pendant une période de près de trois mois ». (Document probatoire (N.), annexé au memorandum du « *receiver* » du 24 décembre 1951 — vol. V, doc. 104.)

Mais s'il avait l'espoir d'obtenir que les choses permettent de gagner « un mois », il savait évidemment que le mécanisme de l'article 385 du Code de procédure civile ne pouvait pas jouer, car, dans le cas contraire, tout recours, quel qu'il fût, aurait entraîné une suspension beaucoup plus longue.

C'est le « receiver » lui-même qui affirme qu'un des résultats les plus importants de l'action devant les tribunaux espagnols est « d'avoir conduit, pour le moins, à retarder substantiellement la fin de la faillite espagnole »<sup>1</sup>.

Ces faits permettent d'apprécier à leur juste valeur les accusations du Gouvernement belge et expliquent la volte-face opérée par la *Barcelona Traction* dans le problème que nous traitons, à partir de septembre 1951.

493. Il convient de rappeler ce qui s'est passé la première fois où s'est posée la question de l'admission d'un appel à l'un ou aux deux effets.

La *Barcelona Traction* a comparu, comme on le sait, le 18 juin 1948 (A.C.M., 109, VIII, p. 135) et, par ordonnance du 26 du même mois (A.C.M., 110, VIII, p. 137), a été admise comme partie dans la procédure; les requérants à la faillite ont formé un recours contre cette ordonnance et, par jugement du 5 août 1948, le juge, oubliant que, selon le Gouvernement belge, il était au service des demandeurs à la faillite, a rejeté le recours. Les requérants ont interjeté appel, en demandant qu'il fût admis aux deux effets; mais le juge, oubliant de nouveau de servir les requérants, n'a admis l'appel qu'à un seul effet, par ordonnance du 20 septembre 1948<sup>2</sup>.

Les requérants, invoquant l'article 385 du Code de procédure civile, ont insisté, alléguant que la décision dont ils faisaient appel leur portait préjudice et ont offert de donner une garantie, mais le tribunal a à nouveau rejeté leur requête par ordonnance du 25 septembre 1948.

Les requérants ont alors formé un recours en rétractation (« reposición ») contre cette ordonnance; et la *Barcelona Traction* a fait de même, non quant au fond, mais quant aux motifs, vu, qu'à son avis, l'article 385 ne pouvait s'appliquer aux faillites (c'est-à-dire le contraire exactement de ce que soutient actuellement la *Réplique*). Le juge, ne témoignant guère des intentions « discriminatoires » que lui reproche le Gouvernement belge, a rendu deux jugements à la même date, le 10 décembre 1948, par lesquels il a rejeté le recours des requérants et celui de la *Barcelona Traction*, imposant à chacun d'eux les dépens correspondants, pour sanctionner la témérité de leurs recours respectifs<sup>3</sup>.

494. Le *Contre-mémoire* expose clairement (IV, p. 373) que l'article 1319 du Code de procédure civile renvoie, pour tout ce qui n'est pas expressément prévu dans les règles de la faillite, aux articles qui réglementent le concours des créanciers et parmi lesquels se trouve l'article 1236 qui renvoie, à son tour, à l'article 1531 du même Code concernant

<sup>1</sup> Mémoire du « receiver » du 18 avril 1952. (« Receivership », Vol. 5, p. 853).

<sup>2</sup> Le juge a allégué que la décision frappée d'appel n'était comprise dans aucun des cas prévus dans l'article 384 et qu'en outre, on ne pouvait admettre l'appel aux deux effets, vu « la nature et l'état de la présente procédure ».

<sup>3</sup> Le juge a rejeté, fondamentalement, le recours de la *Barcelona Traction*, en estimant qu'il n'existe pas de recours contre les motifs d'une décision; à cet égard, il a dit: « ... et pour cela, même si le motif invoqué dans l'ordonnance du 25 septembre était erroné ou s'il en existait d'autres que le juge n'ait pas exposés et qui conduisent à la même conclusion, cela n'autorise pas la partie qui, en dernière analyse, est favorisée par l'ordonnance en question, à recourir contre elle, dans le dessein que le tribunal fasse certaines déclarations ou fixe un critère pour de possibles situations procédurales futures qui se produiraient dans le procès, parce que le juge rend chacune de ces décisions pour un cas concret et déterminé, en tenant compte des éléments de jugement qui résultent du dossier et des déclarations des parties, mais ne doit pas anticiper des opinions ni prononcer des règles de caractère général pour des incidents ultérieurs qui pourraient se produire dans le procès ».

toutes les formalités établies pour la vente, vu qu'il ordonne d'appliquer les règles qui régissent la voie de l'astreinte d'exécution dans la procédure exécutive <sup>1</sup>.

La *Réplique* (V, p. 476) affirme que l'article 1531 n'a rien à voir avec les formalités de la vente que mentionne l'article 1236; mais il est évident que la portée des recours qui peuvent se produire dans la vente font partie, dans la procédure, des formalités de la vente; il ne faut pas oublier que toutes ces dispositions se trouvent dans le Code de procédure civile et que, par conséquent, quand on se réfère à des conditions de forme, il ne peut s'agir que de formalités de procédure et non de fond.

Il est certain que l'article 1531 s'applique aux procédures d'exécution individuelle; mais, dans la mesure où il fait partie « de contrainte des procédures d'exécution (*juicio ejecutivo*) », il s'applique aussi au concours de créanciers, par application expresse et littérale de l'article 1126 qui, à son tour, est applicable à la faillite comme supplétoire en vertu de la disposition expresse de l'article 1319 du même Code <sup>2</sup>.

495. La *Réplique* (p. 477) se réfère aux jugements (« *autos* ») de la Cour d'appel de Barcelone des 27 novembre 1951 (A.C.M., 17, IX, p. 362) et 13 juin 1952 (A.C.M., 18, IX, 364), les qualifiant de décisions « contradictoires ».

Le *Contre-mémoire* (IV, pp. 545 à 547) a précisé la portée de ces deux décisions et a démontré qu'elles étaient pleinement conformes au droit. Le Gouvernement espagnol n'a rien à rectifier à cet égard.

La *Réplique* critique la décision du 13 juin 1952, parce que le juge spécial, dont la décision a été révoquée par la Cour d'appel, avait admis l'appel aux deux effets, en invoquant l'article 758 du Code de procédure civile, qui était celui en vertu duquel le déclinatoire Boter avait été admis aux deux effets.

Cependant, le Gouvernement belge passe sous silence, comme il est logique, une différence fondamentale: il s'agissait d'un incident soulevé au sujet de la prétendue nullité de la vente aux enchères publiques, et comme cet incident atteignait la vente de la façon la plus directe, il fallait admettre l'appel à un seul effet par application impérative de l'article 1531 du Code de procédure civile, auquel on s'est référé antérieurement.

Par contre, dans la question de compétence Boter, comme nous l'avons déjà expliqué, il fallait appliquer purement et simplement les règles relatives à l'instruction des incidents, à l'égard desquelles il n'existe aucune règle spéciale dérogeant au principe général que les jugements prononcés dans un incident sont susceptibles d'appel à deux effets.

Il n'y a donc aucune contradiction.

<sup>1</sup> L'article 1531 établit que « tous les appels recevables dans la voie de contrainte de la procédure d'exécution (*juicio ejecutivo*) sont admis à un seul effet ».

On ne comprend dans cette disposition ni les incidents qui s'instruisent dans une pièce séparée ni ceux qui sont sans rapport avec la vente des biens et le paiement des créanciers.

La *Réplique* (p. 476) prétend que le *Contre-mémoire* a traduit l'article 1531 d'une manière apparemment littérale mais cependant erronée. L'objection ne peut être admise et l'article était bien traduit; la *Réplique* en tout cas s'est bien gardée d'en donner une meilleure.

<sup>2</sup> Il s'agit non pas de la nature de la procédure d'exécution, mais de l'applicabilité absolue, en matière de faillite, de l'article 1531, de la manière expliquée.

La *Réplique* (V, p. 477) prétend faire ressortir que la position adoptée par la Cour d'appel dans le jugement (« auto ») incriminé du 13 juin 1952 était distincte ou, plus exactement, « neuve » par rapport à celle que la même Cour d'appel avait adoptée antérieurement, dans le jugement (« auto ») du 27 novembre 1951.

Il ne s'agissait pas d'une position nouvelle, mais les deux décisions intervenaient dans des situations procédurales manifestement différentes. La première se référait à un incident, la seconde non <sup>1</sup>.

La discussion s'était ouverte devant la Cour d'appel en 1951, non sur le point de savoir si les jugements prononcés dans un incident étaient toujours susceptibles d'appel à deux effets (hypothèse tranchée par le jugement du 13 juin 1952), mais simplement si l'article 385 du Code de procédure civile était applicable ou non au cas d'espèce. Le tribunal d'abord, la Cour d'appel ensuite, ont estimé que cet article n'était pas applicable, soutenant la même thèse que la *Barcelona Traction* avait soutenue les années précédentes, de la façon que nous avons expliquée antérieurement <sup>2</sup>.

### 3) L'incident Genora

496. Le troisième moyen qui, selon la *Réplique* (p. 478), a servi à prolonger l'effet suspensif du déclinatoire Boter a été l'incident Genora.

Le Gouvernement espagnol n'a aucune raison de modifier ce qu'il a exposé sur ce point dans le *Contre-mémoire* (IV, pp. 369, 371, 548 et 549), à savoir que, contrairement à ce que prétend le Gouvernement belge, il n'a pas présenté l'incident Genora comme une chose « absolument normale », ni non plus comme une chose anormale; il l'a présenté tel qu'il résulte de la réalité des faits: une procédure avec effet suspensif, mise en jeu par l'une des parties et suivie d'autres proposées par l'autre partie.

Un examen approfondi de l'incident Genora permet d'affirmer ce qui suit:

a) Les tribunaux espagnols se sont bornés à agir conformément aux dispositions de la loi; et, de la même façon qu'ils s'étaient comportés dans l'incident Genora, ils se sont comportés plus tard dans l'incident soulevé par la *Barcelona Traction* par l'intermédiaire de ses « co-intéressés », MM. Andreu et Sagnier.

<sup>1</sup> En effet, la *Barcelona Traction* avait fait appel du jugement du 15 septembre 1951 (A.C.M., 153, doc. 2, VIII, p. 324), qui avait rejeté le recours en rétractation (« reposición ») contre l'ordonnance qui avait ordonné la vente des biens (le 27 août 1951) (A.C.M., 152, doc. 6, VIII, p. 318). La *Barcelona Traction* a intenté l'appel aux deux effets et le tribunal a rejeté sa demande; la société faillie a demandé une amélioration de l'appel en invoquant l'article 385 du Code de procédure civile, ce qui lui a été refusé par le juge spécial, puis par la Cour d'appel dans son jugement (« auto ») du 27 novembre 1951.

<sup>2</sup> La *Réplique* (p. 477) fait allusion au fait que la Cour d'appel de Barcelone avait rendu, le 4 décembre 1950, dans une autre faillite, un jugement dans lequel elle admettait aux deux effets un appel, en invoquant l'article 385. Le *Contre-mémoire* (p. 546) a expliqué les différences qui existaient entre le cas tranché par ce jugement et celui qui a motivé, dans le cas de la *Barcelona Traction*, le jugement (« auto ») de la Cour d'appel du 27 novembre 1951. La *Réplique*, au lieu de réfuter ces explications, se contente de dire que « les explications embarrassées que le *Contre-mémoire* cherche à donner de ces deux décisions contradictoires laissent intact le grief de discrimination que le Gouvernement belge a fait valoir ».

Il paraît raisonnable d'expliquer cette réponse évasive par l'impossibilité de réfuter les raisons données; il suffira donc de renvoyer à l'exposé du *Contre-mémoire*.

b) La *Barcelona Traction* n'a fait aucune opposition à l'admission *a trámite* de l'incident Genora.

c) Avant que Genora ne soulève son incident, la *Barcelona Traction* avait introduit (le 11 juillet 1949) un incident de nullité d'actes de procédure, dans lequel elle demandait, en outre, la suspension de l'appel Boter, ce qui a été refusé (A.D., 139); on ne comprend pas comment il est possible de critiquer les effets suspensifs de l'incident Genora, alors qu'ils étaient identiques à ceux que la *Barcelona Traction* voulait obtenir le mois précédent<sup>1</sup>.

497. Genora a exercé un recours contre l'ordonnance qui avait admis la *Barcelona Traction* comme partie dans la question de compétence Boter; à ce recours se sont joints les demandeurs à la faillite, et la *Barcelona Traction* s'est opposée. La Cour d'appel par jugement (« auto ») du 21 mai 1949 (A.C.M., 135, VIII, p. 208) a rejeté le recours Genora.

Si la Cour d'appel était si « complaisante » à l'égard des demandeurs à la faillite et de Genora, comment expliquer qu'elle ait rejeté le recours?

Ensuite, Genora a soulevé l'incident qui a été déclaré recevable (*a trámite*) par ordonnance du 12 août 1949 (A.M., 114, II, p. 422)<sup>2</sup>. L'article 743 du Code de procédure civile prévoit clairement l'existence d'un recours en rétractation (*reposición*) et l'appel subséquent à un effet dans le cas où n'est pas admise la recevabilité *a trámite* de l'incident soulevé en application de l'article 742 (article invoque par Genora); la pratique des tribunaux admet aussi le recours, et cela est logique, dans l'hypothèse contraire, c'est-à-dire quand l'incident est déclaré recevable.

Mais la *Barcelona Traction* n'a formé aucun recours<sup>3</sup>.

498. Le but de l'incident Genora, ne pouvait être que contester la qualité de la *Barcelona Traction* pour être partie à la faillite et l'insuffisance des pouvoirs avec lesquels elle

<sup>1</sup> La Cour d'appel a rejeté l'incident de nullité d'actes de procédure parce que n'avait pas été observée la condition préalable d'épuisement de tous les recours ordinaires, condition établie par une abondante jurisprudence.

<sup>2</sup> Quand MM. Andreu et Sagnier ont soulevé, le 29 avril 1953 (A.M., 230, IV, p. 913), un incident en contestant la qualité des demandeurs à la faillite, pourquoi la Cour d'appel a-t-elle admis la recevabilité de l'incident et suspendu le cours de l'appel? Si elle était systématiquement « complaisante » à l'égard des requérants et hostile à la *Barcelona Traction*, la logique aurait voulu le contraire.

Cependant, dans les deux incidents, la Cour d'appel a conservé la même attitude: les déclarer recevables et suspendre le cours de l'appel Boter.

<sup>3</sup> S'agissant d'un incident soulevé devant la Cour d'appel, le recours pertinent était, bien entendu, le recours dit de *suplica*.

La *Barcelona Traction* a discuté la recevabilité (« a trámite ») de l'incident en répondant à la demande incidente et s'est opposée à la pétition de Genora. La *Réplique* ne dit pas que M. Boter en a fait autant.

Il est intéressant de rappeler ce que disait la *Barcelona Traction* dans sa requête du 2 septembre 1949 (A.D., 140):

« Dans cette situation, le temps passe et l'on arrive à une réalité véritablement incompréhensible: celle de ne pas permettre à la société prétendue en faillite de démontrer que cette faillite est inexistante et que les créanciers ne peuvent aboutir à une des deux seules situations, qui doivent vraiment les intéresser: ou bien que leur débiteur ne reste pas en situation de faillite et, avec une solvabilité plus que suffisante, leur assure le recouvrement de ce qui peut légitimement leur appartenir, ou que les propres créanciers, si la situation de faillite est véritablement certaine, ne souffrent pas les conséquences de la paralysie de la procédure imposée par l'un des intéressés, qui empêche ainsi que puisse se réaliser rapidement ce qui est la base et le fondement de la procédure universelle de faillite, c'est-à-dire la réalisation de l'actif du failli et la perception du passif dans toute la mesure de ce qu'il peut donner... »

avait comparu. Cette prétention pouvait être plus ou moins raisonnable, mais la question avait été soulevée et devait s'instruire.

Pour les créanciers de la *Barcelona Traction*, on ne voit pas l'avantage que pouvait présenter l'incident Genora dans la mesure où il suspendait l'appel Boter<sup>1</sup>; par contre, la *Barcelona Traction* qui avait déjà essayé de suspendre l'appel Boter, sans succès, et qui essaierait de nouveau, avec succès, à peine tranché l'incident Genora, était la seule qui raisonnablement pouvait avoir intérêt aux effets suspensifs de l'incident, vu qu'elle avait porté l'affaire sur le plan international depuis le 27 mars 1948<sup>2</sup>.

499. L'incident Genora a commencé en août 1949; et, en moins d'un an il était en état d'être jugé, puisque la date pour les débats oraux fut fixée au 3 juillet 1950; *en vérité, l'instruction de l'incident n'avait duré que onze mois, y compris ceux du délai extraordinaire de preuve sollicité par Genora.*

A ce délai, la *Barcelona Traction* s'est évidemment opposée, mais la Cour d'appel, par jugement (« auto ») du 13 septembre 1949, a accordé le délai extraordinaire de preuve.

Cependant, si, au lieu de s'y opposer, comme l'a fait observer la *Contre-mémoire* (p. 549), la *Barcelona Traction* avait produit les documents objet de la preuve demandés par Genora, documents de la société faillie qui étaient en sa possession, il est évident que la Cour d'appel n'aurait pas admis la preuve sollicitée, qui aurait été superflue. La *Réplique* ne répond pas à cet argument<sup>3</sup>.

Genora, qui avait joint à sa demande la commission rogatoire correspondante, laquelle n'a pas été exécutée au Canada, a sollicité de la Cour d'appel, comme nouvelle diligence de preuve, l'envoi au Canada, en temps opportun, d'une nouvelle commission rogatoire; mais la Cour d'appel a rejeté expressément cette demande par décision de 29 janvier 1951<sup>4</sup>.

Si la complaisance de la Cour d'appel de Barcelone était réelle, on ne s'expliquerait pas qu'elle n'ait pas accédé à la demande, dont la légalité était garantie par l'article 340 du Code de procédure civile et qui, dans le cas d'espèce, était, en principe, justifiée par la résistance des autorités canadiennes et de la société faillie elle-même à exécuter la commission rogatoire<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> En effet lors de l'introduction de l'incident (4 août 1949) la Cour d'appel avait admis à deux effets l'appel Boter par deux jugements du 7 juin 1949 et avait excepté de la suspension les actes de procédure précis pour que le juge puisse se prononcer sur la convocation de l'assemblée des créanciers pour la nomination des syndics.

<sup>2</sup> Et d'ailleurs, cet état de choses lui permettait de continuer à proclamer la prétendue absence de juridiction des tribunaux espagnols, l'absence de décision irrévocable à cet égard et la non-solution donnée à son annonce d'opposition et à ses incidents de nullité d'actes de procédures, etc.

Cela était fondamental pour donner du poids aux notes diplomatiques que plusieurs gouvernements envoyaient simultanément au Gouvernement espagnol.

<sup>3</sup> Ce qui ne l'empêche pas de qualifier la demande de Genora d'« impudence ».

<sup>4</sup> A.D., 141.

<sup>5</sup> Dans sa requête, demandant l'envoi d'une nouvelle commission rogatoire au Canada, Genora fait allusion en particulier à la résistance opposée par la société faillie en ces termes:

« Pour tout cela, cette partie estime qu'elle doit signaler à la Chambre que la preuve extraordinaire proposée n'a pas été apportée en raison de la résistance patente de l'autorité compétente de Toronto, à laquelle ne doivent pas être étrangers les représentants de la société en faillite, qui ne se contentent pas de se refuser à verser la comptabilité de celle-ci au dossier de la faillite, mais prétendent éluder sa simple présentation, qui certainement les compromet. Quand, comme dans le cas de cet incident, on

500. Aux faits très significatifs déjà exposés, on peut en ajouter d'autres.

Comme nous l'avons dit, les débats oraux avaient été fixés au 3 juillet 1950, onze mois après l'introduction de l'incident Genora. Cependant, plusieurs fois suspendus, ils n'eurent pas lieu avant le 20 janvier 1951. Le *Mémoire* (I, p. 67) avait fait vaguement allusion au fait, en parlant de « diverses remises ».

Le *Contre-mémoire* (IV, p. 370) a précisé les causes de ces suspensions et démontré comment la *Barcelona Traction* avait, plusieurs fois, fait usage du droit de suspension, fréquent dans la pratique judiciaire espagnole, soit pour motif de maladie, soit pour des raisons d'incompatibilité professionnelle de l'avocat qui dirige l'affaire<sup>1</sup>.

La *Réplique* (V, p. 72) se défend, de façon surprenante, en invoquant le fait que le Gouvernement belge ne fait aucun reproche quant aux effets de cette suspension, que l'affaire est dépourvue de pertinence et que c'est une « diversion ».

Mais si les suspensions ne sont pas critiquables dans le cas d'espèce, l'arrêt prononcé le 29 janvier 1951 (A.D., 141) rejetant l'incident Genora, aurait parfaitement pu intervenir en juillet 1950.

Contre cet arrêt, Genora et les demandeurs à la faillite ont formé un recours de rétractation (*súplica*), conformément aux dispositions de l'article 759 du Code de procédure civile. La Cour d'appel, toujours si « complaisante » à l'égard des créanciers de la *Barcelona Traction*, a rejeté le recours, et dans les premiers jours du mois de mars 1951, Genora et les demandeurs à la faillite ont préparé un pourvoi en cassation devant le Tribunal Suprême, lequel, dans le cas de Genora, a fait l'objet d'un désistement, et, dans le cas des seconds, a été rejeté.

La reprise de l'appel Boter n'a pas eu lieu avant le mois de mars 1953, c'est-à-dire deux ans après l'introduction des susdits recours.

Il convient d'observer que l'article 1786 du Code de procédure civile permet d'exécuter provisoirement un arrêt, à la requête du plaideur favorisé par cette décision, la *Barcelona Traction en l'occurrence*, et cela bien qu'il fasse l'objet d'un pourvoi en cassation<sup>2</sup>.

Dans la version romancée que le Gouvernement belge donne de la faillite de la *Barcelona Traction*, un lecteur objectif espérerait trouver, sur ce point, une allégation relative aux efforts désespérés de la *Barcelona Traction* pour que fût exécuté l'arrêt prononcé dans l'incident Genora, en application de l'article 1786, et un émouvant récit de la série d'astuces employées par les autorités espagnoles pour rendre vains ces efforts.

---

attaque la qualité du failli et les documents avec lesquels il prétend la justifier, il est logique et régulier (article 597 du Code de procédure civile) que le failli lui-même provoque la confrontation et que les autorités de son pays n'y fassent pas obstacle ».

<sup>1</sup> Les cas où les suspensions sont autorisées sont réglementés par l'article 323 du Code de procédure civile.

<sup>2</sup> L'article est ainsi conçu :

« La Cour d'appel pourra prononcer l'exécution de l'arrêt à la demande de la partie qui l'aurait obtenu, bien que le pourvoi en cassation ait été formé et admis, si cette partie donne une garantie suffisante, suivant l'opinion de la même Cour, pour répondre de ce qu'elle aurait reçu si la cassation était prononcée ».



Mais la vérité, c'est que la *Barcelona Traction* n'a pas fait usage de l'article 1786 du Code de procédure civile. Elle a donc accepté, avec préméditation que les effets suspensifs de l'incident Genora se prolongent deux ans de plus.

Ce fait, si soigneusement escamoté par le Gouvernement belge, signifie la confirmation de l'intérêt de la *Barcelona Traction* à ce que la suspension provoquée par l'incident Genora dure le plus longtemps possible.

Le moins que l'on puisse dire, c'est que l'incident Genora a suspendu jusqu'en mars 1953 l'appel Boter avec la « complaisance » de la *Barcelona Traction*...

4) *L'incident soulevé par les « co-intéressés », MM. Andreu et Sagnier.*

501. La *Réplique* (V, pp. 73-75 et 479) traite de la suspension de l'appel Boter comme conséquence de l'incident soulevé par MM. Andreu et Sagnier<sup>1</sup>.

Le Gouvernement belge affirme hardiment que « ... loin d'avoir un but dilatoire, leur intervention répondait manifestement, au contraire, au seul souci de faire échec aux interminables ajournements provoqués par la partie adverse ».

Etrange façon, en vérité, « de faire échec aux interminables ajournements »; l'incident allait provoquer, par lui-même, une suspension considérable de la procédure et permettait aux syndics d'exercer certaines actions pénales et de demander<sup>2</sup>, par application du principe que « le criminel tient le civil en état », la suspension de la procédure qui suspendait l'appel. Et dans la poursuite criminelle, il était facile aux « co-intéressés » de la *Barcelona Traction*, voire au Gouvernement belge, de continuer « à faire échec aux interminables ajournements » par les diverses procédures mises en relief dans le *Contre-mémoire* (pp. 505-506).

La *Réplique* explique, que Boter ayant sollicité le délai extraordinaire de preuve, la *Barcelona Traction* l'a attaqué le 11 avril 1953<sup>3</sup> et s'est jointe au déclinatoire de juridiction Boter, « mais en fondant ce moyen d'incompétence sur une argumentation sérieuse et solide que Boter, agissant dans un but purement dilatoire, n'avait jamais eu cure de présenter ». Et elle ajoute que « ... ayant ainsi repris à son compte le déclinatoire de Boter », la *Barcelona Traction* a fait introduire l'incident de MM. Andreu et Sagnier<sup>4</sup>.

La *Réplique* ne prêtant guère d'attention, et pour cause, à l'adhésion de la *Barcelona Traction* à l'appel Boter, il n'est pas inutile de faire ressortir quelques-uns des points de l'acte correspondant, avant d'analyser l'incident Andreu-Sagnier.

a) Dans la première des conclusions additionnelles (« otrosí ») de l'acte du 11 avril 1953, la *Barcelona Traction* s'oppose à la demande de preuve de Boter et ses raisons sont

<sup>1</sup> La condition d'hommes de paille de la *Barcelona Traction* n'est pas évoquée par le Gouvernement belge.

<sup>2</sup> Par tout créancier, par les syndics et aussi, évidemment, par la *Barcelona Traction* et son équipe de « co-intéressés ».

<sup>3</sup> *Exceptions préliminaires*, annexe 181 (o), II, p. 940.

<sup>4</sup> La *Réplique* (p. 73) reconnaît que c'est la *Barcelona Traction* qui a provoqué l'intervention de MM. Andreu et Sagnier, disant, en se référant à elle « qu'elle chercha, en invoquant le moyen indiqué ci-dessus, à débarrasser la procédure de cet encombrant personnage et de ses comparses ».

celles que la Cour d'appel, en définitive, invoquera quelques années plus tard pour rejeter la requête de Boter <sup>1</sup>.

Le retard de la procédure importait peu à la *Barcelona Traction*. En effet, dans la conclusion additionnelle précitée, on lit :

« C'est pourquoi, si nous nous opposons à la prétention de M. Boter *ce n'est pas que nous soyons pressés de terminer l'affaire*, mais c'est qu'elle dépasse les limites de ce qui est permis, car admettre cette prétention équivaudrait à méconnaître les postulats les plus élémentaires, non de la procédure civile, mais du simple bon sens ».

b) Dans la troisième conclusion additionnelle, la *Barcelona Traction* se joint à l'appel Boter <sup>2</sup>.

La société faillie accepte pleinement la formulation procédurale du déclinatoire Boter (identique, d'autre part, à celle qu'avait essayé d'introduire en son temps, la *National Trust*), signalant que « comme dans le droit de procédure espagnol, il n'existe aucune voie spéciale et adéquate pour instruire cette question d'incompétence juridictionnelle, nous devons estimer suffisant l'incident de déclinatoire, car, en définitive, le résultat sera identique, pour autant que le juge auquel on soumet l'incident se récuse, soit qu'il le fasse en faveur d'un autre tribunal national, soit qu'il se dessaisisse simplement, estimant que la juridiction espagnole est incompétente » <sup>3</sup>.

La *Barcelona Traction* a soin de signaler une série d'« éléments indispensables » à une « juste solution » de la compétence Boter mettant en relief les « points de fait » suivants :

1) « Que la *Barcelona Traction* n'a pas de succursale, d'agence, de domicile secondaire ni même de représentation en Espagne ».

2) « Que la *Barcelona Traction* n'a pas et n'a jamais eu de biens sur le territoire espagnol »; on a saisi des biens « qui n'appartenaient pas à la *Barcelona Traction*, mais à des sociétés qui lui sont étrangères et, pour autant, appartenant à des tiers ».

3) « Qu'aucune des dettes de la *Barcelona Traction* n'étaient contractées sur le territoire espagnol et ne pouvaient donner lieu à l'intervention des tribunaux de l'Espagne ».

4) « Que les créanciers obligataires étaient en grande majorité des étrangers ».

5) « Qu'à Toronto et devant son Tribunal Suprême (seul compétent) il y a en cours une procédure équivalente à celle de la faillite espagnole, contre la société débitrice *Barcelona Traction* » <sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Ce qui prouve que, si la *Barcelona Traction* s'était opposée en première instance à la demande de preuve, critiquée par le Gouvernement belge comme un grief constitutif de déni de justice, l'opposition aurait vraisemblablement été accueillie. Et cela sans préjudice de la possibilité, non utilisée par la *Barcelona Traction*, de fournir les documents objet de cette preuve.

<sup>2</sup> Dans la deuxième conclusion additionnelle, la *Barcelona Traction* a demandé la traduction en espagnol de documents rédigés en anglais.

<sup>3</sup> Comme nous l'avons déjà fait observer (*supra*, par. 484), ce raisonnement est l'inverse de celui que le Gouvernement belge soutient maintenant pour les besoins de la cause.

<sup>4</sup> Cette procédure, selon la *Barcelona Traction*, était intentée par « un créancier légitime », et présentait « la nature, l'extension et la portée des procédures universelles espagnoles avec leur séquelle de saisie des biens, d'administration et de perte par le failli de son droit de disposition concernant son patrimoine ».

Cependant, l'annexe 134 de la *Réplique* nie catégoriquement cette équivalence.

6) Elle niait que la *Barcelona Traction* soit une société holding et exprimait l'opinion que le juridique doit l'emporter sur l'économique et que le contraire est le propre uniquement des doctrines juridiques marxistes.

Pour celui qui connaît les faits, la prétention belge selon laquelle les points en question constituent une « argumentation sérieuse et solide » prête à bien des ironies.

c) Dans la quatrième conclusion additionnelle, la *Barcelona Traction* sollicitait que l'on admette la preuve de l'incident, parce qu'elle « avait été défaillante (*en rebeldias*) durant toute la période comprise entre la demande et la fin du délai ordinaire de preuve ».

Que la *Barcelona Traction* accepte ou affirme avoir été défaillante <sup>1</sup> équivaut à accepter qu'elle s'était abstenue de comparaître dans la procédure dans le délai légal correspondant, et, dans le cas d'espèce, c'est une reconnaissance de l'efficacité de la publication, car, passés les huit jours qui ont suivi cette publication, le tribunal a ordonné que soient notifiées à la *Barcelona Traction*, sous forme de la signification par défaut (« en estrados »), toutes les décisions, étant donné sa non-comparution <sup>2</sup>.

502. Le *Contre-mémoire* s'est déjà référé (IV, pp. 371/372 et 504/506) à l'incident soulevé par MM. Andreu et Sagnier et aux vicissitudes des poursuites pénales engagées contre eux.

Il n'a rien à rectifier, parce que véritablement la *Réplique* ne conteste pas les allégations formulées dans le *Contre-mémoire* et moins encore ce qui résulte des annexes présentées par le Gouvernement espagnol (A.C.M., 138 et 139, VIII, pp. 213 et 216).

L'importance du silence observé par le Gouvernement belge est évidente, du fait que la *Réplique* (pp. 479/481) tente de justifier la prétendue absence de responsabilité de la *Barcelona Traction* ou du Gouvernement belge lui-même dans le retard apporté à l'instruction de cette procédure, absence de responsabilité que lesdites annexes démentent de façon catégorique <sup>3</sup>.

503. L'incidence de la procédure pénale a suspendu l'incident soulevé par MM. Andreu et Sagnier (qui suspendait à son tour la question de compétence Boter) du mois de mars 1953 au mois de mars 1959.

<sup>1</sup> Elle invoquait le paragraphe 5 de l'article 862 du Code de procédure civile, qui prévoit précisément la possibilité que puisse demander la preuve en deuxième instance « le défendeur déclaré défaillant, quand il aurait comparu après le délai pour proposer la preuve ».

Les ordonnances des 2 (A.C.M., 103, VIII, p. 127) et 5 mars 1948 (A.D., 142) ont ordonné la notification à *Barcelona Traction* de toutes les décisions « en estrados » (signification au défaillant faute de comparaître), conformément aux dispositions de l'article 281 du Code de procédure civile, invoqué par les requérants dans leur acte du 28 mars 1948. Cet article établit que, quand est déclaré défaillant un plaideur qui n'a pas comparu, après avoir été cité en forme, on effectuera les citations et notifications « en estrados »; la citation en forme, dans un procès de faillite, est la publication du jugement correspondant.

<sup>2</sup> La prétention, d'autre part, aurait pu être formulée parfaitement en première instance.

Le Gouvernement espagnol a attiré plusieurs fois l'attention sur le fait que les pouvoirs en vertu desquels la *Barcelona Traction* a comparu en juin 1948, avaient été octroyés au Canada en mars de la même année et que, par conséquent, si elle l'avait voulu, elle aurait pu parfaitement proposer la preuve dans la question de compétence Boter.

<sup>3</sup> La première des annexes citées établit clairement la responsabilité du Gouvernement belge dans la paralysie de la procédure de faillite de la *Barcelona Traction*; la seconde réfute les arguments contenus dans les Observations du Gouvernement belge quant à la non-exécution des commissions rogatoires envoyées en Belgique, à l'occasion des poursuites criminelles engagées contre MM. Andreu, Sagnier et Lostré.

La *Réplique* (V, p. 73) prétend que le véritable grief du Gouvernement belge est que la procédure pénale susmentionnée ait visé conjointement MM. Lostré, Andreu et Sagnier, alors que M. Lostré n'avait rien à voir avec l'incident soulevé par MM. Andreu et Sagnier, et que ce n'est que tardivement que l'on a séparé du dossier de l'instruction criminelle les actes nécessaires pour éclaircir les responsabilités des uns et des autres.

L'objection est inadmissible. Les syndics ont porté plainte conjointement contre MM. Andreu, Lostré et Sagnier, parce que les trois ensemble avaient agi illégalement, avec des obligations qui ne leur appartenaient pas ou qui avaient déjà été honorées, dans deux procédures distinctes <sup>1</sup>. Etant donné que les trois inculpés avaient agi simultanément, il était logique que l'action pénale fût dirigée conjointement contre les trois. En raison de la procédure pénale, les deux procédures civiles ont été suspendues <sup>2</sup>.

504. Les deux seuls points qui pourraient, peut-être, donner lieu à discussion seraient l'un, l'absence de fondement technique de la suspension dans les deux procédures, l'autre, la non-conformité au droit de l'action criminelle exercée.

Mais le Gouvernement belge ne discute, en réalité, aucun de ces deux points.

Au sujet du premier, parce qu'il est clair, en droit espagnol, que s'applique le principe du caractère préjudiciel des questions pénales en vertu de la règle que « le criminel tient le civil en état », consacrée dans la procédure espagnole par les articles 362 et 514 du Code de procédure civile et 114 du Code d'instruction criminelle <sup>3</sup>.

Quant au second, M. Sagnier a été inculpé et a bénéficié d'un non-lieu, non parce que les éléments délictuels correspondants n'existaient pas, mais parce qu'après son aveu qu'il n'était que l'homme de paille de la *Barcelona Traction* et qu'il ignorait le rôle qu'on lui faisait jouer dans la procédure, le juge d'instruction a estimé qu'il pouvait le décharger de toute responsabilité, considérant sans doute que sa bonne foi avait été surprise.

Quant à M. Andreu, il n'a pas été possible d'établir sa responsabilité et le non-lieu a été prononcé. Par contre, M. Lostré a été inculpé de faux et d'escroquerie et il continue à l'être actuellement, sans que le Gouvernement belge nie sa responsabilité.

En juin 1959, le Ministère public a demandé que soient séparés du dossier de la poursuite pénale les actes nécessaires pour instruire dans un dossier indépendant le cas de M. Lostré, ce qui fut accordé par le juge d'instruction (voir A.D., 144).

505. La *Réplique* (p. 75) fait observer que l'affirmation du *Contre-mémoire* que c'est le Ministère public lui-même qui, devant la passivité des parties, a demandé au juge d'instruction la séparation des procédures pénales, n'explique pas pourquoi il a tardé six ans à la demander.

<sup>1</sup> MM. Andreu et Sagnier, en soulevant l'incident de défaut de qualité par lequel ils avaient obtenu la suspension de l'appel Boter; le même M. Andreu, cette fois de concert avec M. Lostré, avait intenté, le 14 avril 1953, une action contre l'un des syndics, en demandant son remplacement (A.C.M., N° 4, vol. IX, p. 327).

<sup>2</sup> Le 31 octobre 1953 a été suspendu l'incident soulevé par MM. Andreu et Sagnier, et le 16 janvier 1954 (A.D., 143), le procès intenté par MM. Andreu et Lostré.

<sup>3</sup> La *Réplique* (p. 479) ne cite pas l'article 114. Quant aux autres articles, elle se borne à dire qu'ils ont été appliqués d'une manière « abusive », mais elle n'en donne pas la raison.

Il ne paraît pas raisonnable au Gouvernement espagnol de demander « qu'il explique » pourquoi le représentant du Ministère public a fait cette demande à tel moment, et pas avant. Par contre, il estime utile de faire ressortir les circonstances suivantes :

a) Si MM. Andreu, Sagnier et Lostré n'avaient pas agi conjointement de la manière illégale dont ils l'ont fait, il n'aurait pas été possible que les syndics soient dans l'obligation de déposer une plainte contre eux et aucune incidence ne se serait produite. Cela ne peut être oublié et c'est l'essentiel. Or, c'est la *Barcelona Traction* qui a fait intervenir ces personnalités. Si les actions qu'ils ont formées l'avaient été par la société faillie elle-même, il n'y aurait pas eu de poursuites criminelles et, par conséquent, les tribunaux espagnols n'auraient pas été contraints d'appliquer avec toutes ses conséquences le principe que « le criminel tient le civil en état ».

b) Le juge d'instruction a notifié, par la voie des annonces légales (« edictos »), à M. Lostré son inculpation en mars 1954, mais c'est le Consul de Belgique qui, remarquant l'annonce légale publiée dans le Bulletin Officiel de la Province, a invoqué la convention consulaire hispano-belge du 19 mars 1870 et a demandé la notification personnelle à M. Lostré de son inculpation, indiquant à cet effet son domicile à Bruxelles.

c) Le juge d'instruction a accédé à la demande du Consulat et, pendant plus de quatre ans, a envoyé patiemment commission rogatoire sur commission rogatoire, sans que jusqu'ici il ait pu notifier à M. Lostré la décision d'inculpation correspondante<sup>1</sup>.

L'instruction de la procédure criminelle aurait tardé un temps minimum sans l'obstruction de M. Lostré, réalisée sous le patronage du Gouvernement belge lui-même. Ce qui est exposé aux annexes susmentionnées, et que le Gouvernement belge n'a pas été capable de réfuter, est suffisamment explicite; aussi le Gouvernement espagnol s'en remet-il expressément à ces affirmations (A.C.M., 137, 138 et 139, VIII, pp. 212, 213 et 216).

Il ne paraît pas admissible que le Gouvernement belge considère sérieusement comme constituant un « grief » le fait que les autorités judiciaires espagnoles, Ministère public et juge d'instruction, ont tardé à chercher une formule pour sortir de « l'impasse » qu'avait créée dans la procédure, l'acceptation de la demande du Consul de Belgique et le fait que les autorités belges se refusaient à exécuter les commissions rogatoires envoyées pour faire droit à cette demande<sup>2</sup>.

Et à cet égard, le silence qu'observe également le Gouvernement belge sur cette question dans ses notes diplomatiques est symptomatique.

<sup>1</sup> Etant donné l'argumentation fantaisiste du Gouvernement belge, on peut penser que, si le juge d'instruction n'avait pas fait droit à la demande du Consul de Belgique ou avait renoncé à faire la notification après la première commission rogatoire, la *Réplique* présenterait, aujourd'hui, le fait comme un nouveau grief.

<sup>2</sup> La *Réplique* (V, p. 479) prétend que l'usage que le Ministère public a fait de son pouvoir discrétionnaire en requérant l'inculpation 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. Cependant, les faits s'expliquent d'eux-mêmes, et c'est à eux que s'en tient le Gouvernement espagnol. Le Ministère public n'a d'ailleurs pas requis l'inculpation de MM. Sagnier et Lostré et n'a fait aucune intervention pour que la procédure suivie contre eux et M. Andreu soit instruite conjointement.

5) *Absence de relation entre la procédure interne et la procédure internationale.*

506. La *Réplique* (p. 75) insiste sur l'idée émise dans le *Mémoire* d'établir une relation entre l'objet de la procédure internationale et le fait que « les juridictions espagnoles se décident à sortir de leur sommeil ».

L'accusation est aussi injuste que gratuite.

Il est certain que la première requête a été présentée le 15 septembre 1958 et le premier *Mémoire* le 15 juin 1959.

Mais le Gouvernement belge oublie que c'est dans sa Note du 8 juillet 1957 (A.M., 265, IV, p. 1030) qu'il a annoncé formellement son intention de recourir à la Cour et qu'à cette Note il a joint un projet de compromis qui, s'il n'était pas accepté dans le délai d'un mois, lui permettrait de recourir directement à la Cour internationale de justice par la voie de requête unilatérale.

Si l'interprétation malveillante que donne le Gouvernement belge de ce qui, en définitive, est un simple rapprochement de dates, était exacte, la logique aurait voulu que, dès 1957 et non en 1959, aient lieu les actes judiciaires incriminés et, de façon concrète, que les pièces relatives à M. Lostric aient été retirées du dossier de la procédure pénale.

En outre, le Gouvernement belge oublie aussi que cette action ne permettait pas par elle-même de mettre en marche l'instruction de l'appel Boter; parce que la *Barcelona Traction continuait* à maintenir l'incident Andreu-Sagnier, qui maintenait en suspens cet appel; c'était toujours la *Barcelona Traction* qui contrôlait la suspension de la procédure.

La *Réplique* prétend aussi (V, p. 74) qu'il y a un « synchronisme » entre les alternatives « d'inaction et d'activité » des autorités judiciaires espagnoles et les « aléas de la réclamation belge par suite du désistement survenu le 4 avril 1961, suivi de l'introduction de l'instance actuelle le 19 juin 1962 ».

Une fois de plus, les affirmations belges sont gratuites et injustes.

La thèse belge (M., I, pp. 110-111) est la suivante: quand le litige international suit son cours, activité; quand il disparaît, inactivité; quand il reprend, en 1962, regain d'activité dans la procédure.

Cependant, la confrontation des dates et, mieux encore, les réalités de la procédure ne permettent pas, en bonne logique, de confirmer ce prétendu parallélisme <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Appel compétence Boter.

8-2-61: arrêt sur l'incident Andreu-Sagnier (A.C.M., 192, IX, p. 267).

8-3-61: arrêt rejetant le recours en rétractation (*súplica*) formé contre l'arrêt précédent (A.M., 235, IV, p. 931).

6-4-61: une des parties déboutées prépare un pourvoi en cassation contre l'arrêt du 8-3-61.  
18-11-61: acte est pris de la formalisation du pourvoi en cassation.

Actes sur la plan international.

23-3-61: désistement du Gouvernement belge.  
9-10-61: note diplomatique belge annonçant la réintroduction d'une nouvelle instance.

Selon le Gouvernement belge, la réintroduction de la procédure internationale supposait un regain d'activité du procès interne. Pourtant, l'annonce de la réintroduction a lieu en octobre 1961 et c'est le mois suivant, le 18 novembre 1961, qu'il y a formation d'un pourvoi en cassation contre l'arrêt qui avait résolu l'incident Andreu-Sagnier, qui continuait à maintenir les effets suspensifs de la procédure intentée par eux.

Si l'accusation belge était fondée, il est évident que les requérants se seraient empressés, en octobre 1961, de se désister du susdit pourvoi en cassation, ce qui aurait permis, sans doute, de gagner au moins un an, car l'arrêt de l'incident Andreu-Sagnier étant devenu définitif, on aurait pu résoudre l'appel Boter, en six ou sept mois, temps requis en 1963.

Ainsi on voit bien le manque de fondement et la partialité des allégations du Gouvernement belge.

6) *La responsabilité de la Barcelona Traction dans les suspensions de la procédure.*

507. La *Réplique* (V, pp. 479/481) tente de minimiser la responsabilité de la *Barcelona Traction* et du Gouvernement belge dans la suspension de la procédure, et notant que « cette question de la suspension est un des points cruciaux de la présente affaire »<sup>1</sup>, elle n'hésite pas à parler de « scandale majeur » et affirme que, même en admettant que le droit espagnol ait été correctement appliqué, il serait en dessous du « standard minimum de protection des droits des étrangers, imposé par le droit international ».

Les pages qui suivent feront ressortir la fragilité des excuses alléguées dans la *Réplique* et, récapitulant ce qui a été exposé tout au long de cette section, énuméreront les actes effectués par la *Barcelona Traction* et ses « co-intéressés » sans autre but évident que de compliquer ou de ralentir la procédure pour contribuer de façon décisive à son retard. Pour terminer, nous ferons quelques brèves réflexions sur cette dernière allusion du Gouvernement belge au « standard minimum », qui traduit sa propre conviction que les prétendues violations du droit espagnol sur lesquelles il fonde ses griefs sont dénués de fondement.

508. La *Réplique* cherche en vain à dénaturer l'observation du Gouvernement espagnol selon laquelle il fallait en dernière analyse imputer à la *Barcelona Traction* le retard qu'aurait supposé l'octroi d'un délai extraordinaire de preuve (compétence Boter et incident Genora), car la société en faillite elle-même aurait pu fournir les documents faisant l'objet de la preuve.

23-4-62: le Tribunal Suprême déclare irrecevable le pourvoi.

3-10-62: l'exécution de la décision du Tribunal Suprême est ordonnée avec invitation aux parties d'agir conformément à leur intérêt.

22-4-63: jugement (« auto ») rejetant la demande de preuve de l'incident sollicitée par Boter et la *Barcelona Traction* (A.C.M., 22, IX, p. 370).

7-5-63: débats sur l'appel Boter.

15-5-63: arrêt sur l'appel Boter, confirmant celui du juge (A.C.M., 193, IX, p. 270).

14-6-62: nouvelle Requête.

30-10-62: nouveau *Mémoire*.

15-3-63: deuxième exceptions préliminaires.

14-8-63: Observations belges.

<sup>1</sup> La *Réplique* prétend que le Gouvernement espagnol « perçoit » cela et renvoie à la page 369 du *Contre-mémoire*, mais rien à la page indiquée ne permet d'affirmer que le Gouvernement espagnol partage l'opinion du Gouvernement belge sur ce point.

Dans le cas de la question de compétence Boter, « l'explication » de la *Réplique* est que le délai extraordinaire de preuve a été accordé le 14 avril 1948 et qu'à cette date la *Barcelona Traction* n'avait pas encore comparu dans la procédure.

L'excuse est ingénue. La *Barcelona Traction* n'avait pas comparu parce qu'elle ne l'avait pas jugé à propos et pour aucune autre raison spéciale. Les pouvoirs mêmes avec lesquels ses mandataires ont comparu au mois de juin avaient été conférés à Toronto le 9 mars 1948. En outre, pendant les huit mois écoulés après la comparution de la *Barcelona Traction* (juin 1948), la société faillie n'a effectué aucun acte de procédure dans la question de compétence Boter, laquelle n'a été tranchée qu'en février 1949<sup>1</sup>.

Dans le cas de l'incident Genora, l'« explication » de la *Réplique* consiste à dire que la *Barcelona Traction* s'est opposée à la pratique de la preuve; mais, comme cela ne correspond pas à l'objection espagnole — ne pas avoir fourni les documents — la *Réplique* ajoute que, si la société faillie avait produit les documents, « ses adversaires n'auraient pas manqué d'y voir une soumission tacite de sa part à la compétence du tribunal ». L'excuse est absurde; il est évident que le fait de présenter des documents ne peut supposer, dans les conditions de l'incident Genora, une acceptation de compétence d'aucune sorte<sup>2</sup>.

Les explications de la *Réplique* ne peuvent, en fin de compte, récuser l'argument du Gouvernement espagnol: si les documents avaient été produits, dans l'un ou dans l'autre cas, il n'y aurait pas eu octroi du délai extraordinaire de preuve.

509. Le Gouvernement belge cherche à minimiser l'importance des A.C.M., 133 et 134, VIII, pp. 206 et 207; la première annexe se réfère à l'activité déployée par les tribunaux espagnols et la deuxième cite des exemples significatifs de la durée des procès de faillite dans divers pays du monde, dont la Belgique<sup>3</sup>.

La *Réplique* ne discute pas les deux annexes, mais reconnaît expressément l'activité déployée par les tribunaux espagnols, malgré la paralysie de la procédure qui résultait de la stratégie judiciaire des deux parties, et elle admet que la durée de la procédure de faillite n'est pas anormale.

Le Gouvernement belge affirme que son véritable grief est que la liquidation du patrimoine de la *Barcelona Traction* a été opérée sans que soient résolues la question de compétence et celle de fond. L'objection est dénuée de fondement, mais l'endroit adéquat pour traiter cette question est celui qui a trait à la vente et où d'ailleurs le Gouvernement belge s'efforce de fonder son grief; ces questions seront donc examinées plus loin<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Et même si elle avait produit les documents en juin quand elle a comparu, les effets dilatoires du délai extraordinaire de preuve auraient duré moins de quarante jours.

<sup>2</sup> Et en tout cas, cette acceptation de compétence aurait eu lieu antérieurement, lors de la réponse à la demande incidente de Genora, chose qu'a faite la *Barcelona Traction* le 2 septembre 1949, avant que Genora ne sollicite le délai extraordinaire de preuve; ceci s'était déjà produit le 18 juin 1948, date de la comparution de *Barcelona Traction* dans la procédure.

<sup>3</sup> VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, IV, 1965, p. 225, en parlant du caractère répressif de la faillite, critiquent le fait que la perte des droits politiques, inhérente à la déclaration de faillite, cesse automatiquement au bout de dix ans, car « elle risque de se produire avant la clôture de la faillite ».

<sup>4</sup> Voir *infra*, par. 563.



On ne peut oublier non plus que, ce que la *Réplique* cherche à dénier ici, c'est la responsabilité de la *Barcelona Traction* dans les suspensions de la procédure, mais comme l'affirmait le *Contre-mémoire*, il est hors de doute que la faillie a contribué de manière décisive à la suspension de la compétence Boter.

Dès le moment où la *Barcelona Traction* a comparu dans le procès de faillite, elle n'a eu d'autre idée que de suspendre, à tout prix, le cours des actes de procédure, essayant d'y parvenir soit directement, soit par l'intermédiaire de ses « co-intéressés », ou en s'abstenant en ce qui concerne les actions introduites par ses créanciers qui entraînaient la suspension de la première section de la faillite ou de l'appel Boter.

Il est révélateur, à cet égard, de faire une synthèse des actions de la *Barcelona Traction* ou de ses « co-intéressés ».

Le premier acte de la *Barcelona Traction*, après sa comparution, a été de soulever un incident de nullité de procédure le 5 juillet 1948<sup>1</sup> (amplifié le 31 du même mois et an), dans lequel elle a demandé la suspension des actes de procédure (ce qui supposait la suspension de la compétence Boter déjà en cours d'instruction) et simultanément que soit exceptée de la suspension la seconde section de la faillite qui est la section relative à la vente.

Quand le problème a été porté devant la Cour d'appel<sup>2</sup>, comme conséquence de l'appel interjeté par Boter contre la décision du 12 février 1949, l'attitude d'obstruction de la *Barcelona Traction* s'est manifestée dans les faits suivants:

a) Le 11 juillet 1949, elle a soulevé un incident de nullité d'actes de procédure, avec demande expresse de suspension de la procédure.

b) Quand a été admis à l'instruction l'incident Genora (ordonnance du 12 août 1949) qui suspendait l'appel Boter, la *Barcelona Traction* s'est abstenue de former un recours contre la décision.

c) Quand est proposé le délai extraordinaire de preuve, la *Barcelona Traction* s'y oppose formellement, mais, simultanément, elle s'abstient de produire les documents objet de la preuve proposée par Genora qui étaient en son pouvoir.

d) Une fois la décision rendue dans l'incident Genora, les requérants forment (16 mars 1951) un pourvoi en cassation, mais la *Barcelona Traction* s'abstient de solliciter de la Cour d'appel l'exécution de la décision attaquée en cassation, en invoquant les dispositions de l'article 1786 du Code de procédure civile.

<sup>1</sup> A.C.M., N<sup>o</sup> 75, doc. 1 et 75, doc. 2, vol. VII, pp. 393 et 396.

<sup>2</sup> La *Barcelona Traction* s'était abstenue d'intervenir en première instance dans la question de compétence, mais s'est empressée de comparaître devant la Cour d'appel quand Boter a fait appel; la raison en est claire: elle avait intérêt à « veiller » de près à ce que la suspension puisse continuer à opérer. Le fait d'avoir demandé l'admission à un seul effet ne veut rien dire; pour la *Barcelona Traction*, c'était une demande sans risque, car, vu qu'en droit espagnol les appels d'une décision doivent toujours s'admettre aux deux effets (sauf disposition contraire, qui n'existe pas dans ce cas), sa demande n'avait aucune « chance » d'être accueillie.

e) Quand l'appel Boter se remet en action, la *Barcelona Traction* soulève, le 21 mars 1953, un nouvel incident sur le montant litigieux.

f) Quand l'incident n'est pas admis, elle se joint à l'appel Boter (11 avril 1953), ce qui lui permet évidemment d'empêcher qu'un éventuel désistement de Boter ne fasse disparaître la suspension de la procédure.

g) Mais cette solution risque de ne pas réussir, car, contre l'ordonnance qui admet l'adhésion de la *Barcelona Traction* à l'appel (16 avril 1953), Boter et les demandeurs à la faillite forment un recours (le recours a été rejeté par la Cour d'appel) et, devant l'incertitude du résultat souhaité, la *Barcelona Traction* s'empresse de se l'assurer, en obtenant qu'Andreu et Sagnier, à la date du 29 avril 1953, soulèvent un incident sur la qualité des demandeurs à la faillite et autres et demandent et obtiennent la suspension de la procédure.

Il est inutile de continuer: la succession des événements est plus que suffisamment connue et particulièrement la suspension de l'incident Andreu-Sagnier, conséquence de la procédure pénale soulevée par les syndics, et les obstacles qu'y ont opposés les autorités belges.

Mais il est intéressant de noter que la *Barcelona Traction* qui, depuis 1956 avait adopté, soit par elle-même, soit par l'intermédiaire de tiers, une attitude d'inhibition totale dans la procédure espagnole, s'est cependant abstenue parallèlement de retirer ses « co-intéressés » (par exemple, M. Andreu) ou de se retirer elle-même, en sorte que la procédure a dû suivre son cours et qu'il a fallu entendre les parties qui continuaient à comparaître dans l'instance, mais comme, en définitive, il n'y a pas eu d'autre obstruction, la procédure de faillite a pu avancer sans obstacles sérieux, vers son dénouement final.

A ce point, il convient d'enchaîner avec ce qui était mis en relief au début de cette section.

La suspension de la procédure ne présentait aucune utilité pratique pour les demandeurs à la faillite, même en admettant cette prétendue connivence des autorités judiciaires, administratives et gouvernementales avec les créanciers de la *Barcelona Traction*.

Si cette prétendue connivence avait existé, il eût été raisonnable, il eût été logique d'accélérer la procédure et de résoudre toutes les questions en suspens dans le moindre délai possible.

On faisait ainsi disparaître, en outre, le « leit motiv » des protestations diplomatiques, des actes de la *Barcelona Traction* s'opposant à la vente, etc., c'est-à-dire ce qui constitue aujourd'hui les principaux arguments du Gouvernement belge.

Par contre, pour la *Barcelona Traction* et pour le Gouvernement belge, il était essentiel que subsiste la situation procédurale qui résultait de la suspension. Le 27 mars 1948, le Gouvernement belge invoque sur le terrain diplomatique la prétendue existence « d'une série de dénis de justice »; il est évident qu'à partir de cette date, toute l'activité procédurale de la *Barcelona Traction* devait logiquement être conditionnée par l'existence de la réclamation internationale entamée par la voie diplomatique qui, dans l'avenir immédiat, permettait de continuer à exercer une pression sur le Gouvernement espagnol pour qu'il

se décide à empiéter sur l'indépendance de son pouvoir judiciaire, et, à longue échéance, faisait entrevoir la possibilité de forcer même la présentation d'une demande devant la Cour internationale.

A ces fins, il était essentiel que continue la suspension de la procédure, que le « receiver » canadien lui-même, reconnait comme un des succès obtenus dans le procès espagnol.

Il faut se rappeler que:

a) La juridiction des tribunaux espagnols est indiscutable dans l'affaire de la *Barcelona Traction*.

b) La faillite a été demandée par des créanciers de la *Barcelona Traction* et que celle-ci était en état de cessation générale de paiements depuis de nombreuses années.

c) La *Barcelona Traction* n'a pas formé de recours contre le jugement de faillite parce qu'elle ne l'a pas voulu.

d) Le prétendu « fait du prince » résultant du refus de devises, outre qu'il n'avait pas d'incidence sur la faillite, est démenti par l'Acte tripartite du 11 juin 1951.

e) La *Barcelona Traction* n'a voulu ni consigner les dettes en pesetas avant la faillite ni proposer à ses créanciers un concordat après la faillite, c'est-à-dire qui n'a jamais voulu payer.

f) Après la vente des biens, ni la *Barcelona Traction* ni *Sidro* n'ont exercé les options dont elles disposaient pour récupérer le patrimoine vendu sans autre obligation que celle de payer les obligataires de la *Barcelona Traction*.

Compte tenu de ces six points, que nul ne peut raisonnablement discuter, il convient de se demander comment il aurait été possible de porter une réclamation devant la Cour internationale, sans jouer du problème de la suspension. Avec raison, cette question est, pour la thèse belge, « un des points cruciaux »<sup>1</sup>.

510. La *Réplique* (V, p. 481), se rendant compte que les raisons exposées pour nier la responsabilité du Gouvernement belge et celle de la *Barcelona Traction* dans la suspension de la procédure sont faibles, recourt à un remède héroïque: invoquer le « standard minimum de protection des droits des étrangers, imposé par le droit international ».

En principe, cette allusion au « standard minimum » n'est pas sans laisser perplexe.

<sup>1</sup> Il faut aussi tenir compte de ce que l'existence de la question de compétence en suspens a permis à la *Barcelona Traction* elle-même, ou par l'intermédiaire de ses « co-intéressés », de former une série d'actions judiciaires qu'elle *savait* devoir rester en suspens (voir C.M., IV, pp. 428, 430, 431, etc.).

Dans d'autres cas le procédé de « mise en scène » du déni de justice était plus simple encore: il s'agissait de présenter des demandes à d'autres juridictions que celle du juge spécial, qui naturellement devaient être initialement rejetées, une fois que le tribunal connaissait l'existence du juge spécial. Ainsi, les actions formées par *International Utilities*, en avril 1956, par *National Trust*, en mars 1956, par *Sidro*, en février 1953 (voir C.M., pp. 429, 432 et 433).

Devant l'impossibilité de répondre aux nombreuses références faites dans le *Contre-mémoire* aux systèmes juridiques d'autres pays, la *Réplique* (p. 393) affirme que ces références sont dépourvues de pertinence car le fait que la déclaration de faillite de la *Barcelona Traction* peut être justifiée dans d'autres pays « ne suffit évidemment pas à la rendre valable en droit espagnol » (!).

Et fidèle à ce point de vue forcé, la *Réplique* a laissé sans réponse la plupart des allusions faites par le Gouvernement espagnol à d'autres systèmes juridiques et, plus précisément, a laissé pratiquement en blanc la réponse à la Section IV du *Contre-mémoire* (pp. 556 à 574), qui porte le titre significatif « Le droit espagnol et les autres systèmes de droit en matière de faillite ».

Mise à part la contradiction flagrante et significative dans laquelle se trouve la *Réplique*, ce qui est certain, c'est que quiconque connaît les glorieuses lettres de noblesse du droit espagnol, qui a inspiré celui de nombreux pays, ne peut sérieusement penser qu'il est en dessous d'un « standard minimum » théorique<sup>1</sup>.

Quiconque connaît les actes de la faillite de la *Barcelona Traction* ne peut, non plus, soutenir objectivement que le droit espagnol a été enfreint.

La *Réplique* essaie de justifier son allusion malheureuse au « standard minimum » dans quatre paragraphes que nous allons brièvement réfuter:

a) Il n'est pas exact qu'en droit espagnol un procès puisse être indéfiniment suspendu parce qu'il n'existe pas de limite à la possibilité de soulever des questions de compétence. Si l'on en soulève une, on ne pourra pas en soulever une autre, car une fois la première tranchée par une décision irrévocable, la décision produira tous ces effets.

Ce que ne peut faire le juge espagnol, c'est de rejeter *in limine litis* une question de compétence, bien qu'il ait la conviction qu'elle n'est pas fondée; il est obligé de l'instruire et de la résoudre, même si un sujet espagnol soulève la question en discutant la juridiction des tribunaux espagnols.

b) Que les décisions prononcées dans les questions de compétence soient susceptibles d'appel aux deux effets, comme cela a lieu dans le droit espagnol, la chose est prévue dans le droit de procédure d'autres pays.

c) Il n'est pas exact que, comme le prétend le Gouvernement belge, les questions de compétence puissent être suspendues simplement quand un incident est soulevé, cela n'est possible en droit espagnol que quand l'incident se réfère aux hypothèses concrètes prévues dans l'article 745 du Code de procédure civile<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Or cette allégation vise un système juridique qui existait quand la *Barcelona Traction* a été créée pour s'occuper d'installations hydro-électriques en Espagne et qui, évidemment, continuait d'exister quand le Traité hispano-belge a été signé en 1928.

<sup>2</sup> Cet article est ainsi conçu:

« Outre ceux qui sont déterminés expressément par la loi, seront considérés compris dans le cas de l'article précédent les incidents qui se réfèrent: 1) à la nullité des actes de procédure ou d'une ordonnance; 2) à la qualité de l'un quelconque des plaideurs ou de son avoué, pour des faits qui ont eu lieu après réponse à la demande; 3) à tout autre incident qui se produirait durant le procès et sans la solution préalable duquel la continuation de la demande principale deviendrait absolument impossible, en fait et en droit ».

Non seulement la suspension indéfinie de la procédure par déclinatoires successifs de compétence est impossible, mais il est aussi impossible de suspendre indéfiniment le déclinatoire de compétence par toute espèce d'incidents supplémentaires. Le juge doit rejeter *ex officio* les incidents qui n'ont pas de rapport immédiat avec l'affaire principale ou avec la validité de la procédure, et seuls ont des effets suspensifs du procès principal les incidents qui, exigeant un prononcé préalable, font obstacle à la continuation du procès <sup>1</sup>.

d) Le caractère préjudiciel du procès pénal est une chose qui normalement ne se discute pas; l'application du principe « le criminel tient le civil en état » est reconnue en pratique dans beaucoup de systèmes juridiques. Et le Gouvernement belge n'a pas pu démontrer que les motifs des poursuites pénales intentées contre MM. Andreu, Sagnier et Lostric fussent « les prétextes les plus fallacieux »; en réalité, il ne l'a même pas discuté sérieusement.

L'inexactitude notoire des prémisses sur lesquelles le Gouvernement belge fonde son allusion au « standard minimum » international en exclut aussi la recevabilité.

---

<sup>1</sup> Articles 742 et 743:

« Ces questions, pour qu'elles puissent être qualifiées d'incidents, doivent être en rapport immédiat avec l'affaire principale faisant l'objet du procès dans lequel elles sont soulevées ou avec la validité de la procédure ».

« Les juges rejettent d'office les incidents qui ne se trouvent dans aucun des cas de l'article qui précède, sans préjudice du droit des parties qui les ont soulevés de formuler la même prétention dans la forme correspondante.

Contre cette ordonnance, il y a lieu de former le recours en rétractation (*reposición*) et, s'il n'est pas admis, celui d'appel à un seul effet ».

## SECTION VII

LA NOMINATION DES SYNDICS ET LA LÉGITIMITÉ DE LEUR  
ACTIVITÉ AVANT LA VENTE ET AU MOMENT OÙ ILS L'ONT  
PROPOSÉE

## § 1: LA NOMINATION DES SYNDICS

511. La *Réplique* (V, pp. 86/92 et 508/518) soutient que la convocation de l'assemblée pour la nomination de syndics ne pouvait avoir lieu qu'à condition de surmonter deux obstacles: l'absence d'une liste de créanciers et la suspension de la procédure. Ces obstacles ont été écartés, d'après le Gouvernement belge, en violation du droit espagnol, par des actes « complaisants » des autorités espagnoles.

Le *Mémoire* avait traité de la question aux paragraphes 168 à 173 (I, pp. 78 à 80). Le *Contre-mémoire* (IV, pp. 387 à 393) a répondu comme il convenait sur ce point; il n'y a rien à modifier à ce qui y a été exposé.

Devant la réponse espagnole, la *Réplique* s'est vue dans l'obligation de présenter une nouvelle version. Il y sera répondu en traitant séparément des deux griefs belges sur ce point.

A. *Prétendue absence de la liste de créanciers*

512. Le premier grief formulé par la *Réplique* est l'absence de liste des créanciers. La *Réplique* critique le *Contre-mémoire* en lui reprochant d'avoir gardé le silence sur ce point<sup>1</sup>.

Cependant, ni dans la *procédure interne*<sup>2</sup> ni dans le *Mémoire* il n'est rien dit de cette question. Le Gouvernement belge reproche au Gouvernement espagnol de ne pas répondre à un argument qui n'a pas été invoqué, par conséquent, il lui reproche de ne pas avoir « deviné » les arguments que le Gouvernement belge utiliserait dans la *Réplique* (!).

Le grief supposé est en outre mal fondé « de jure » et « de facto ». La *Réplique* feint d'ignorer les préceptes de droit espagnol applicables et, simultanément, omet certains faits tandis qu'elle en dénature d'autres.

<sup>1</sup> Aux termes de la *Réplique* (pp. 87 et 510), le *Contre-mémoire* « est complètement muet » et a passé « cette question entièrement sous silence ».

<sup>2</sup> Effectivement, cette allégation ne se trouve ni dans l'acte du 13 mai 1949 (A.M., N° 149, vol. III, p. 572) (s'opposant à la demande de Genora pour retour du dossier au Tribunal, afin qu'il instruisse le recours de Namel); ni dans le recours dit *de súplica* (14-6-49) (A.M., N° 151, vol. III, p. 583), interjeté contre la décision du 7 juin 1949 (A.C.M., N° 14, vol. IX, p. 358); ni dans l'opposition à la nomination des syndics (21-9-49).

513. La réglementation en droit espagnol est claire :

a) Le commissaire doit présenter au juge la liste des créanciers du failli, liste qu'il a dû établir dans les trois jours suivant la déclaration de faillite <sup>1</sup>.

b) Mais la convocation des créanciers doit se faire compte tenu des dispositions des articles 1062 et 1063 du Code de commerce de 1829 et, « s'il y a des créanciers dont le domicile est inconnu », ils seront cités par voie d'avis <sup>2</sup>.

c) En aucun cas la réunion de l'assemblée ne peut avoir lieu plus de 30 jours « après la déclaration de faillite ».

d) Le commissaire, après avoir établi la liste des créanciers, les convoque à l'assemblée générale *par circulaire* adressée par la poste. Mais, « si le failli n'a pas présenté son bilan, la liste des créanciers qui doivent être convoqués individuellement est établie d'après le grand livre ou, à défaut, d'après les autres livres et papiers du failli et d'après les renseignements fournis par celui-ci ou par ses employés » (art. 1063 cit.).

514. Contrairement donc à ce que prétend la *Réplique*, l'établissement de la liste des créanciers n'est pas une « condition sine qua non » ; c'est une condition de pure forme que l'on respecte lorsqu'il est possible de le faire. Autrement, elle est remplacée par la

<sup>1</sup> L'article 1342 du Code de procédure civile déclare :

« Le commissaire présentera au juge l'état des créanciers du failli qu'il a dû établir dans les trois jours suivant la déclaration de faillite, et au vue de cette liste, compte tenu des dispositions de l'article 1062 du Code, modifié par la loi du 20 juillet 1878, on fixera la date de la première assemblée générale et les créanciers sont convoqués *de la manière* prévue par l'article 1063 dudit Code.

S'il y a des créanciers dont le domicile est inconnu, on les convoquera par avis conformément aux dispositions de l'article 1197 de ce Code. »

La *Réplique* transcrit cet article, mais elle omet de préciser que l'article 1197 du Code de procédure civile régit la convocation par voie d'avis.

La *Réplique* (V, p. 87, note 1) soutient que le *Contre-mémoire* a traduit cet article de manière erronée ; il y a effectivement une erreur de traduction, mais le *Contre-mémoire* n'a jamais nié, bien au contraire, que l'assemblée des créanciers doit être convoquée par le juge.

<sup>2</sup> La convocation par avis résulte des articles 1342 et 1197, mentionnés dans la note qui précède.

Les articles 1062 et 1063 du Code de commerce de 1829 sont ainsi conçus :

« Article 1062. — Le jour de la réunion de la première assemblée des créanciers est fixé eu égard au délai absolument nécessaire pour que les créanciers qui se trouvent dans le Royaume reçoivent l'avis de faillite et puissent désigner des personnes qui les représentent à l'assemblée. En aucun cas la réunion ne peut avoir lieu plus de 30 jours après la déclaration judiciaire de faillite.

Si l'assemblée ne peut être tenue au jour dit pour quelque motif que ce soit, on fixera le jour le plus proche possible dans les quinze jours suivants, en l'annonçant par simple avis qui est apposé sur les panneaux d'avis du tribunal pour parvenir à la connaissance des créanciers, cette apposition de l'avis produisant les mêmes effets que si la citation était faite en personne.

Dans le cas où une seule séance ne suffit pas aux fins de l'assemblée, celle-ci continue les jours suivants ».

« Article 1063. — Le commissaire veillera à établir, dans les trois jours suivant la déclaration de la faillite, la liste des créanciers du failli, d'après ce qui résulte du bilan, et les convoquera à l'assemblée générale par une circulaire établie à cet effet, qui est adressée à domicile aux créanciers résidant dans la même localité, et par le premier courrier aux créanciers absents, l'une et l'autre de ces formalités étant mentionnées au dossier.

Si le failli n'a pas présenté son bilan, la liste des créanciers qui doivent être convoqués individuellement est établie d'après le Grand Livre ou, à défaut, d'après les autres livres et papiers du failli et d'après les renseignements fournis par celui-ci ou par ses employés ».

La *Réplique* omet de donner le texte de l'article 1062, qui est fondamental, car il prouve que les 30 jours dans lesquels doit avoir lieu l'assemblée des créanciers doivent être comptés à partir de la déclaration de faillite et non du moment où elle devient irrévocable ; on reviendra sur ce point plus loin.

liste que le commissaire dresse au moyen des pièces qu'il a en sa possession; aux créanciers compris dans la liste, il envoie une circulaire annonçant la réunion de l'assemblée, en citant les autres par voie d'avis.

La Cour observera, en outre, que cette éventualité dépend principalement du fait que le failli ait ou non déposé son bilan.

La Réplique, dans son exposé des faits, ne parle pas des points fondamentaux suivants :

a) Outre ceux qui l'ont été personnellement par circulaire, les créanciers de la *Barcelona Traccion* ont été cités par voie d'avis publiés non seulement en Espagne (journaux officiels, national et provinciaux), mais aussi par la presse des principales villes européennes et par des journaux de Toronto <sup>1</sup>.

b) La *Barcelona Traccion* n'a pas présenté son bilan, bien qu'elle en ait été requise <sup>2</sup>.

c) Non seulement les avis susmentionnés ont été publiés mais, en outre, le commissaire a cité par la circulaire visée, c'est-à-dire dans les formes prévues par la loi, les créanciers qu'il connaissait et parmi eux, évidemment, les « cointéressés » de la *Barcelona Traccion*, MM. Sagnier, Teixidor et Andreu. On trouvera en annexe (A.D. 146) la pièce correspondante portant la liste des créanciers cités personnellement, et des différents journaux européens et de Toronto dans lesquels était paru l'avis correspondant avec l'indication de la date à laquelle l'annonce avait été publiée <sup>3</sup>.

d) Le commissaire a présenté, en outre, une liste de créanciers comprenant 470 créanciers; cette liste a été établie le 16 septembre 1949, c'est-à-dire trois jours avant l'assemblée, et elle a été dressée avec les créanciers qui ont présenté leurs créances devant

<sup>1</sup> Le juge spécial, statuant sur le recours de Namel par la décision du 28 juillet 1949 (A.M., N° 153, vol. III, p. 600), a expressément ordonné à ce sujet :

« ... on citera la société faillie au moyen de l'avis prévu à l'article 1343 de la Loi de procédure civile et on convoquera les créanciers de la façon ordonnée dans l'article 1342 de la dite Loi en relation avec l'article 1063 du Code de commerce de 1829, et en ce qui concerne les créanciers dont le domicile est ignoré, on les citera par avis qui seront publiés et affichés aux endroits habituels pour ce Tribunal, et on les insérera en outre dans les *Bulletins Officiels de l'Etat et des Provinces de Barcelone et de Tarragone*, et dans deux journaux parmi ceux de plus grande circulation de *Madrid, Barcelone, Tarragone, Reus, Toronto, Londres, Genève, Paris et Rome*. On remettra à M. le Commissaire, suffisamment par avance, cette partie des dossiers et toutes les autres, dans l'état où elles se trouvent, afin qu'en présidant l'Assemblée avec l'assistance du greffier soussigné, il puisse se conformer aux dispositions des articles 1344 et suivants de la Loi de procédure. »

<sup>2</sup> Dans la même décision du 28 juillet 1949 susmentionnée, le juge spécial a requis la *Barcelona Traccion* de présenter, dans le délai de cinq jours, le bilan général de ses affaires, en l'avertissant que si elle ne le faisait pas, le bilan serait établi par les soins d'un commerçant local, comme prévu par l'article 1061 du Code de commerce de 1829.

Le tribunal, par ordonnance du 4 août 1949 (A.D. N° 145), considérant que la faillie n'avait pas présenté le bilan, a désigné un commerçant de la localité, M. Martorell, pour procéder à sa rédaction; il est évident qu'aux termes de l'article 1063, ce fait permettait simplement au commissaire de pouvoir établir la liste des créanciers d'après les livres et documents du failli et d'après les renseignements fournis par celui-ci ou par ses employés.

<sup>3</sup> Outre les *Bulletins officiels de l'Etat et des provinces de Tarragone et de Barcelone*, la publication a eu lieu dans les journaux suivants : « *La Vanguardia Española* » et « *Diario de Barcelona* » (Barcelone); « *Ya* » et « *A.B.C.* » (Madrid); la « *Presse Française* », « *Le Figaro* » et « *Le Monde* » (Paris); « *Journal de Genève* », « *Courrier* » et « *Tribune de Genève* » (Genève); « *Il Messaggero* » et « *Il Tempo* » (Rome); « *The Times* » et « *The Financial Times* » (Londres); « *Toronto Daily Star* » et « *The Globe and Mail* » (Toronto).



le tribunal aux fins de pouvoir assister à la réunion. Parmi eux se trouvaient les « coïntéressés » de la *Barcelona Traction*<sup>1</sup>.

Le silence total de la *Réplique* sur ces faits est surprenant.

Ce qui vient d'être exposé démontre que le commissaire a respecté les dispositions de la loi, vu les circonstances de l'espèce, auxquelles la faillie elle-même n'était pas étrangère, ayant adopté une attitude de défaut caractérisée devant la requête du tribunal d'avoir à présenter le bilan.

Les faits expliqués, soigneusement escamotés par la *Réplique*, prouvent non seulement que l'on a agi conformément au droit espagnol, mais que le tribunal a pris raisonnablement toutes les précautions nécessaires pour que la convocation de l'assemblée des créanciers ait une publicité suffisante.

515. La *Réplique*, qui formule tant d'allégations au sujet de l'assemblée pour la nomination des syndics, passe sous silence, ce qui est singulier, ce qui s'est passé à l'assemblée elle-même.

En lisant le procès-verbal (A.M., N° 155, vol. III, p. 604), on peut constater que le représentant de la faillie n'a pas dénoncé l'absence de la liste de créanciers, mais a allégué, par contre, que certains créanciers domiciliés à l'étranger, dont les noms et domiciles avaient été antérieurement communiqués par la *Barcelona Traction*, le 20 août 1949, n'avaient pas été cités personnellement.

Cet incident, également passé sous silence par la *Réplique*, ne manque pas d'être significatif dans la mesure où il révèle, une fois de plus, la manière anormale dont la faillie a procédé.

En effet, le 20 août 1949 (A.D. N° 148), la *Barcelona Traction* a adressé au commissaire une requête (*requerimiento*) assez curieuse dans laquelle elle mentionnait treize créanciers de la *Barcelona Traction*, dont la *National Trust* et *Ebro Irrigation and Power Co., Ltd.*, et demandait au commissaire de les convoquer personnellement.

La manœuvre était claire: il s'agissait de tenter d'obtenir l'envoi de commissions rogatoires pour la citation de ces créanciers à l'étranger et de demander ensuite la remise de l'assemblée.

Mais la seule obligation du commissaire était, dans tous les cas, de citer ces créanciers par la poste et non de délivrer des commissions rogatoires qui, comme cela est logique, peuvent être délivrées non par le commissaire mais seulement par le tribunal.

En outre, au lieu de présenter cette requête au tribunal, la *Barcelona Traction* a demandé à un notaire de Barcelone de la remettre au commissaire à un domicile sis à Barcelone (!).

<sup>1</sup> L'A.D., 147 contient la liste en question. Sous les numéros 462 à 468 y figurent MM. Sánchez Giménez (représentant la *National Trust*), Pi y Suñer (représentant M. León Bersez, M. René Lostrité et M. Alphonse Soetens), Miguel Piñol (représentant M. Andreu Cervera), Condomines Valls (représentant M. Carlos Rossi Arnaiz, M<sup>me</sup> Antonia Cortina Mestre et M. Jaime Güell Cortina), Gómez y Gómez Jordana (représentant M. Pablo Sagnier Costa), Mauroso Gorgas (représentant M<sup>me</sup> Pilar Robreño Gómez) et Roda Ventura (représentant M. Bartolomé Estelles).

Naturellement, le commissaire a donné l'ordre de retourner cette requête sans en faire mention dans le dossier, car elle n'avait pas été introduite selon les formes prescrites <sup>1</sup>.

Le caractère superflu de la citation demandée est évident si l'on tient compte de ce que plusieurs des créanciers mentionnés dans la requête ont comparu à l'assemblée des créanciers pour la nomination des syndics <sup>2</sup>.

516. La *Réplique* (V, p. 86) déclare que ce qui peut paraître surprenant, ce n'est pas que l'assemblée générale des créanciers ait été convoquée si tôt mais, au contraire, qu'elle le fût si tard car, effectivement, elle devait se tenir dans les trente jours suivant la déclaration de faillite.

Mais la *Réplique* en profite pour affirmer que les trente jours en question ne courent qu'à partir du moment où le jugement (« auto ») déclaratif de faillite est devenue irrévocable (*firme*) ce qui, nous le verrons plus loin, n'est pas exact <sup>3</sup>, bien que, dans le cas de la *Barcelona Traction*, cela n'ait pas d'importance, car le jugement était effectivement irrévocable lorsque l'assemblée des créanciers a été convoquée. Sur ce dernier point la *Réplique* affirme que la date à laquelle la faillite a pris un caractère irrévocable n'est pas précisée.

Cette affirmation est inexacte. Le jugement déclaratif de faillite a été publié le 14 février 1948, et les huit jours ouvrables pour introduire un recours prenaient fin à vingt-quatre heures, le 24 février 1948. Il n'est pas nécessaire qu'une décision de justice dise quel jour se termine un délai; il suffit amplement qu'elle indique clairement que le délai est écoulé.

C'est ce qu'a fait le juge dans son ordonnance du 17 mars 1948, qui a constaté l'irrévocabilité (*firmeza*) du jugement déclaratif de faillite,

« ... étant donné que le failli, bien que la déclaration de faillite ait été publiée le quatorze février, n'a pas comparu durant les huit jours suivant cette publication, délai fixé par l'article 1028 du Code du commerce de 1829 »

D'autre part, la *Barcelona Traction* elle-même a démontré qu'elle savait parfaitement que le délai expirait à la date indiquée (voir *supra*, part. 201.)

<sup>1</sup> La *Barcelona Traction* a formé un recours contre cette décision, et le tribunal a ordonné au commissaire d'expliquer les raisons pour lesquelles il avait retourné la requête; celui-ci a indiqué, dans un acte du 17 octobre 1949 (A.D. N° 149), qu'il avait rejeté la requête car il considérait qu'elle n'avait pas été présentée dans les formes légales, étant donné qu'elle aurait dû être présentée au greffe du tribunal et que, de surcroît, elle était signée par un avoué de *Barcelone*, dont rien ne prouvait qu'il soit l'avoué de *Barcelona Traction*, mais qui, de toute façon, n'avait pas justifié de sa qualité dans le document correspondant. Le juge, par décision du 17 novembre 1949 (A.D. N° 150), n'a pas fait droit au recours, estimant que la requête n'avait pas été présentée selon les procédures et dans les conditions normales et qu'au surplus l'avoué n'apparaissait pas non plus comme dûment mandaté.

La Cour d'appel a confirmé la décision du tribunal par un arrêt du 30 mai 1950; ayant formé un pourvoi en cassation, la *Barcelona Traction* n'y a pas donné suite, et la déchéance a été prononcée.

<sup>2</sup> Tel est le cas de *National Trust, Ebro Irrigation* et de MM. Bersez, Soetens et Lostric; le Gouvernement espagnol reviendra plus loin sur ce point, au sujet de l'A.R. N° 35, vol. I, p. 127.

<sup>3</sup> La contradiction est évidente. La loi (art. 1062 du Code de commerce de 1829) est catégorique: l'assemblée doit être convoquée dans les 30 jours suivant la déclaration de faillite, c'est-à-dire dans les 30 jours suivant le 12 février 1948.

517. La *Réplique* (V, pp. 87/88) critique ensuite les listes des créanciers arrêtées par le commissaire le 27 février et le 17 avril 1948 (A.R., n° 34, vol. I, p. 126).

Cela n'a aucun intérêt vu qu'il n'en a pas été tenu compte pour l'assemblée des créanciers tenue le 19 septembre 1949<sup>1</sup>, étant donné que, comme nous l'avons vu, on a utilisé les circulaires, la liste des créanciers et les exploits dont il a été question, et que la *Réplique* ignore, on ne sait pourquoi.

Selon la *Réplique* (p. 87), la liste qui a été présentée par le commissaire le 27 février 1948 n'était pas à proprement parler une liste de créanciers; c'était une liste des créances, au demeurant incomplète, car elle omettait d'autres dettes portées au bilan sous la rubrique « *Accounts payable and accrued charges* ».

Cette objection n'est pas motivée. L'état était effectivement un état de créanciers — le seul que pût rédiger le commissaire —, dans lequel il indiquait le montant des obligations en déclarant qu'il ignorait quels en étaient les détenteurs; ledit compte faisait partie, sous l'intitulé « *Current liabilities* », de comptes se rapportant au revenu des obligations, de sorte qu'il n'était pas nécessairement assimilable à des créances appartenant à des titulaires différents des obligataires<sup>2</sup>.

En mars 1948, les requérants ont demandé au juge d'expédier une commission rogatoire (*exhorto*) au Tribunal n° 4 de Barcelone, chargé des formalités de saisie, pour que le commissaire remette l'état des créanciers « si les opérations de la saisie lui permettent de connaître les créanciers »<sup>3</sup>.

La commission rogatoire (*exhorto*) a été envoyée et le commissaire a présenté, le 17 avril 1948, un nouvel état qui comprenait les trois émissions d'obligations existantes, déclarant à nouveau qu'il n'avait pu obtenir le nom des créanciers et que les obligations étaient des titres au porteur dont il ignorait quels pouvaient être les détenteurs<sup>4</sup>.

La *Réplique* (p. 88) soutient qu'il y avait « de nombreuses obligations nominatives » dont les titulaires étaient inscrits dans le registre correspondant et, pour en faire la preuve, elle joint l'annexe 35<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> C'est pourquoi dans l'état des créanciers qu'il a présenté trois jours avant l'assemblée, le commissaire déclarait expressément: « *Il est indiqué que la liste des créanciers de l'entreprise en faillite ne se trouvant pas dans le dossier, aucun de ceux qui ont été mentionnés auparavant ne peut y figurer* » (A.D. N° 147, vol. III, p. 254).

<sup>2</sup> Le compte « *Accounts payable and accrued charges* » pouvait même se composer de créanciers pour des obligations amorties; en tout cas, le Gouvernement belge n'a pas donné l'identification réelle des créanciers compris dans ce compte. Les deux autres comptes qui composaient l'intitulé étaient ceux des « *Dividendes et intérêts d'obligations non réclamées* » et ceux des « *Intérêts dus sur les obligations en pesetas depuis le 1<sup>er</sup> décembre 1946* ».

Quoi qu'il en soit, il est évident que la question n'a aucune importance.

<sup>3</sup> Dans l'acte, en date du 16 mars 1948 (A.C.M., N° 104, vol. VIII, p. 128), il est dit clairement que le tribunal avait décidé, par ordonnance du 2 mars 1948, que le jugement déclaratif de faillite était irrévocable et que le failli tombait sous le coup de l'article 408 du Code de Procédure civile, car le 24 février 1948, fin du délai pour sa comparution, était passé et le failli n'avait pas usé de son droit.

<sup>4</sup> En effet, les obligations étaient au porteur et la Cour peut le vérifier en lisant les fac-similés qui sont à sa disposition.

<sup>5</sup> Il faut souligner le peu de consistance de cet argument. Si le registre qui figure dans l'annexe 35 citée s'était trouvé dans le dossier de la faillite ou parmi les documents saisis, on pourrait reprocher au commissaire de les ignorer. Mais le registre se trouvait ... en Angleterre! (A.D., N° 177).

Si l'on examine l'annexe en question, on constate : que les créanciers étaient au nombre de dix en ce qui concerne les obligations *Prior Lien*, et quatre en ce qui concerne les obligations *First Mortgage*; que 448.100 livres étaient enregistrées en obligations *Prior Lien*, dont 411.000 au nom de *Helvetia*, et que 1.960 livres étaient enregistrées en obligations *First Mortgage*, dont 300 au nom de *Helvetia* et 1.600 au nom de *National Trust*. L'une et l'autre sociétés sont intervenues dans la faillite et ont assisté à l'assemblée de nomination des syndics, ce qui prouve l'efficacité de la convocation <sup>1</sup>.

518. La *Réplique* (p. 88) soutient, avec une partialité singulière, que la Cour d'appel (*Audiencia*) de Barcelone « ne s'embarassa pas du défaut de cette exigence légale (l'absence de la liste des créanciers) et décida, pour les besoins de la cause ... », dans son *auto* du 7 juin 1949, que la liste des créanciers pouvait être remplacée par les déclarations ou excuses que le commissaire aurait pu formuler; cette accusation est doublement absurde :

a) parce que, comme on l'a vu, la liste des créanciers est une chose qui peut exister ou non et, si elle n'existe pas, les motifs seraient consignés dans le dossier;

b) parce que, dans notre cas, les états de créanciers présentés par le commissaire le 27 février et le 17 avril 1948 n'ont pas été pris en considération en ce qui concerne l'assemblée des créanciers <sup>2</sup>.

La *Réplique* (p. 510) affirme que cette décision de la Cour d'appel signifie « statuer *ultra petita* », ce qui entraîne une violation du principe dispositif invoqué par le Gouvernement espagnol.

Le Gouvernement belge désire, une fois de plus, traiter du principe dispositif avec ironie, sans tenter de le réfuter; il l'accepte plutôt. L'accusation est par ailleurs injuste, car la Cour d'appel (*Audiencia*) s'est contentée d'établir les pièces qui devaient être séparées de la première section pour former la copie de pièces (*testimonio de particulares*) qui permettrait au juge de décider librement sur la demande de *Namel* concernant la convocation de l'assemblée des créanciers <sup>3</sup>.

Finalement, il est vraiment incompréhensible que la *Réplique* (p. 509) ose soutenir que le commissaire n'avait fait aucune tentative pour entrer en possession des livres et documents nécessaires pour établir, le cas échéant, la liste des créanciers.

Comme il a été dit, le juge, par décision du 28 juillet 1949, a mis la faillie en demeure de présenter le bilan général de ses affaires. Mais la faillie n'a pas rempli cette obligation.

<sup>1</sup> La plus grande partie des obligataires qui étaient inscrits comme obligataires nominatifs, suivant l'annexe visée, faisaient partie de la liste que la *Barcelona Traction* a présentée au commissaire le 22 août 1949 dans les formes irrégulières et aux fins dilatoires qui ont déjà été indiquées; il est curieux de constater que, de toute manière, il n'existe pas identité totale entre le certificat présenté aujourd'hui et l'état des créanciers présenté alors.

<sup>2</sup> Seul l'état des créanciers du 27 février 1948 fait partie de la copie de pièces que la Cour a ordonné d'extraire afin que le juge « a quo » puisse se prononcer sur la demande de convocation d'assemblée générale formée à l'époque par *Namel*.

<sup>3</sup> *Genora*, dans sa requête du 23 avril 1949 (A.D. N° 151), a demandé que l'on extraie non pas des pièces déterminées, mais les pièces « nécessaires »; la Cour, en disant que, parmi ces pièces, était compris « le rapport ou l'état des créanciers qu'aurait produit le commissaire ou, le cas échéant, les déclarations ou excuses présentées » (A.C.M., chap. IV, N° 14, vol. IX, p. 359), ne statuait pas au-delà de ce qu'on lui avait demandé. Cela paraît évident.

Il a déjà été dit que lorsque sommation a été faite à la *Barcelona Traction* de remettre aux syndics tous les biens, valeurs et effets dont elle était propriétaire (ce qui inclut logiquement les livres et documents), elle s'y est également refusée<sup>1</sup>.

### B. La suspension de la procédure

519. La *Réplique* (V, p. 89) affirme qu'en 1948 personne n'avait pensé que le retard dans la nomination des syndics puisse causer un préjudice irréparable, ce qui lui aurait permis d'échapper à la suspension frappant la procédure<sup>2</sup>.

Ce qui est certain, c'est que le 16 mars 1948 la convocation de l'assemblée avait été demandée et que cette demande a été réitérée en janvier 1949 par *Namel*.

La *Réplique* (p. 90) rapporte à sa manière la demande de *Namel* du 3 janvier 1949 (A.M., n° 144, vol. III, p. 559) pour la convocation de l'assemblée générale des créanciers et la façon dont le juge a rejeté la demande par son ordonnance du 12 février 1949 (A.M n° 145, vol. III, p. 564).

En réalité, cette relation n'apporte aucun argument nouveau et, dans ces conditions, la présente *Duplique* s'en remet à ce qui a été déclaré sur ce point dans le *Contre-mémoire* (IV, pp. 388/390).

Les besoins de l'argumentation belge entraînent la *Réplique* dans des va-et-vient continus; ainsi, maintenant, la nomination des nouveaux conseils d'administration des filiales et sous-filiales se trouve minimisée (on parle de « contrôle indirect et précaire ») et l'intérêt que l'on avait prêté au juge de rendre service aux créanciers de la *Barcelona Traction* est désormais attribué à la Cour d'appel (*Audiencia*) qui serait chargée, suivant la *Réplique*, de la « volte-face judiciaire » (R., p. 90).

<sup>1</sup> *supra*, pars. 294 ss.

Dans les deux cas, l'objection fondamentale a été que la sommation n'était pas valable parce qu'adressée à l'avoué de la société et qu'elle devait être adressée personnellement à la faillie.

Le tribunal, dans son jugement du 17 novembre 1949 (A.D. N° 152), a souligné ce qu'il y avait d'inadmissible dans la position adoptée par la *Barcelona Traction*:

« CONSIDÉRANT: que le Tribunal, en rendant la décision frappée d'appel, n'a pas violé l'article 1060 du Code de commerce de 1829, ni aucun autre des textes invoqués par le requérant, mais qu'il s'en est tenu expressément aux dispositions dudit article, en ordonnant que le failli soit sommé par l'entremise de son représentant légal d'établir le bilan général de ses affaires dans le délai de cinq jours en présentant au commissaire à cette fin les livres et documents de la faillite qui existent, sans les sortir du dossier, et qu'il a été décidé que cette sommation serait faite à son représentant légal, lequel ne pouvait être autre que son avoué dans la procédure dûment qualifiée, en premier lieu parce que ni l'article visé ni aucun autre article de nos lois principales ou supplétives n'exige que la démarche soit faite auprès de la personne même du failli, en second lieu parce que son mandataire était expressément autorisé pour adresser toutes requêtes et pour y répondre, comme il est consigné dans la procuration qui, en temps utile, a été présentée dans la procédure par l'avoué, M<sup>o</sup> Francisco Just Clivillé, et enfin parce que la société faillie n'avait pas de siège en Espagne et que l'on ne lui connaissait pas ici d'autre représentant aux fins de la procédure que ledit avoué ».

<sup>2</sup> Il est inexact que, dans l'acte du 26 octobre 1948 (A.R., N° 36, vol. I, p. 131), le Comité des obligataires reconnaisse, comme le prétend la *Réplique* (p. 89, note 3), que dans l'état de la procédure l'on ne pouvait procéder à la nomination de syndics. Dans cet acte, on ne présentait que certains arguments pour appuyer le droit de tous les créanciers, d'une manière générale, à comparaître à la faillite (comme cela résulte clairement du quatrième intitulé dudit acte que la *Réplique* écarte dans son annexe 36). D'autre part, le Comité des obligataires a accepté, à l'époque, les décisions relatives à la convocation de l'assemblée générale pour la nomination des syndics, donnant son accord à ce sujet. Mais en tout cas, il est évident que le fait que certains créanciers avaient un avis différent de celui du juge ne signifie rien en soi.

La réalité des faits met en évidence ce que la position belge a de gratuit et met en lumière ce que ses déclarations ont de faux et d'inadmissible.

La *Réplique* (p. 92) s'offusque de ce que le *Contre-mémoire* donne un résumé incomplet de la procédure et ne reproduise qu'un court extrait du jugement du 7 juin 1949.

Il suffit de lire le *Mémoire* (I, pp. 78-79) et le *Contre-mémoire* (pp. 387 à 393) pour constater que, contrairement à ce que soutient la *Réplique*, le *Contre-mémoire* a donné une explication suffisamment détaillée, face à une relation du *Mémoire* qui se caractérisait non seulement par son manque de fondement, mais aussi par ses termes vagues et son manque de précision<sup>1</sup>.

D'autre part, il semble que la *Réplique*, pour être conséquente avec elle-même, devrait présenter une version complète sur ce point; mais la vérité c'est qu'elle ne le fait pas.

Il est utile de faire la synthèse des décisions qui ont été rendues dans l'affaire, pour en déduire les conséquences opportunes, surtout en ce qui concerne les accusations concrètes de la *Réplique*.

520. La *Réplique* prétend faire un exposé « complet » de cette phase de la procédure en examinant des fragments de deux décisions de la Cour d'appel (*Audiencia*) de Barcelone, celles des 7 et 30 juin 1949 (A.C.M., 14, IX, p. 358 et A.R., 110, II, p. 580); par la première, on le sait, la Cour, sur la demande de Genora, a excepté de la suspension les éléments nécessaires pour que le juge puisse statuer sur la demande de convocation de l'assemblée des créanciers pour la nomination de syndics; et, dans la seconde, la Cour a rejeté le recours dit de *súplica* interjeté par la *Barcelona Traction* contre la décision précédente.

Mais la *Réplique* passe sous silence, malgré l'insistance avec laquelle le *Contre-mémoire* a précisé ce point, que la Cour n'a pas décidé la convocation de l'assemblée générale des créanciers, mais que celle-ci a été ordonnée par le tribunal « a quo », par son jugement du 28 juillet 1949; cette décision et la décision (*auto*) de la Cour d'appel du 17 juin 1950 qui l'a confirmée sont donc indispensables pour l'examen de la question (A.D. N° 153); cependant l'exposé de la *Réplique* n'en tient aucun compte.

La *Réplique* commence par faire (R., p. 511) un résumé de l'état de la procédure avant que Genora ne demande à la Cour d'appel, par sa requête du 23 avril 1949 (A.M., 148, III, 569), d'extraire les pièces nécessaires pour que le juge puisse se prononcer sur la demande de convocation de l'assemblée générale des créanciers, ce qui a été décidé dans la décision (*auto*) attaquée du 7 juin 1949.

Cette relation des faits est incomplète. La *Réplique*, en effet, omet de préciser :

a) que le même jour où Genora sollicitait la séparation des pièces, la *Barcelona Traction* comparait devant la Cour et demandait que soit déclaré recevable avec effet dévo-

<sup>1</sup> Le *Mémoire* se contentait d'accuser la Cour d'appel de Barcelone de n'avoir pas accepté ses arguments et de dire que le juge spécial, de son côté, n'avait pas jugé convaincant l'acte « soigneusement étudié » que la faillie avait présenté le 26 juillet 1949 (C.M., p. 391).

lutf seulement (« en un solo efecto ») l'appel interjeté par M. Boter contre le jugement du 12 février 1949<sup>1</sup>;

b) que la *Barcelona Traction* n'a pas formé de recours contre l'ordonnance qui a reçu a trámite la demande de Genora, ce qu'elle aurait pu faire, comme le prouvent les recours mentionnés dans la note qui précède;

c) que le tribunal avait rendu les ordonnances des 2 et 17 mars 1948, qui constataient le caractère irrévocable du jugement déclaratif de faillite et contre lesquelles aucun recours n'avait été exercé;

d) que le tribunal lui-même avait ordonné l'envoi, le 9 avril 1948 (A.C.M., 108, VIII, p. 134), d'une commission rogatoire au Canada *communiquant la saisie des biens de la Barcelona Traction* « sans préjudice du caractère irrévocable (« firme ») de la déclaration de faillite de la *Barcelona Traction* »; la commission rogatoire, exécutée, a été versée au dossier le 14 février 1949<sup>2</sup>.

521. La *Réplique* commence (V, p. 512) par discuter le dispositif du jugement du 7 juin 1949; son grief fondamental consiste à soutenir que la Cour a statué « ultra petita ».

L'accusation est injuste, car Genora a exactement demandé que:

« ... il soit donné acte de la demande contenue dans la présente conclusion additionnelle (*otrosí*), qu'elle suive le cours prévu par l'article 395 du Code de procédure civile, et que la restitution du présent dossier au tribunal spécial soit décidé pour qu'il en prenne copie des documents nécessaires pour instruire la rétractation (*reposición*) de l'ordonnance du 12 février dernier, ou que le conseiller rapporteur l'établisse pour le remettre audit tribunal aux fins susdites ».

<sup>1</sup> Contre l'ordonnance accueillant la comparution de la *Barcelona Traction*, Genora a introduit un recours en se fondant principalement sur un prétendu défaut de pouvoir; les demandeurs ont formé un recours incident, et la Cour a rejeté le recours par *auto* du 21 mai 1949.

Genora elle-même avait introduit un recours dit *de súplica* contre l'ordonnance qui avait déclaré recevable la demande de la *Barcelona Traction*. La Cour d'appel, par décision même du 21 mai 1949, a également rejeté ce deuxième recours de Genora.

<sup>2</sup> La *Barcelona Traction* n'a fait aucune réserve sur le caractère irrévocable du jugement déclaratif de faillite, mais s'est bornée à faire les déclarations suivantes:

« 1. La réception de ce document ne signifie ni ne signifiera la reconnaissance par la *Barcelona Traction Light and Power Company, Limited*, de la compétence des tribunaux espagnols pour connaître de la question de la faillite de ladite société.

2. Sans préjudice de ce qui précède, la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, proteste contre la déclaration de faillite prononcée par les tribunaux de Reus, Espagne, et contre toutes les mesures de toute nature qui ont été prises comme conséquence de celle-ci.

3. La *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, se réserve tous ces droits pour introduire et poursuivre toutes actions pénales et civiles.

4. En particulier, la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, ne peut considérer comme saisies, ni légalement, ni pratiquement, les actions et obligations de sa filiale, *Ebro Irrigation and Power Company Limited*, ni la dette représentée par les coupons impayés des obligations, cela étant matériellement impossible puisque les titres se trouvent tous au Canada et hors d'Espagne. La saisie est également illégale, car ces actions, obligations et coupons impayés sont entre les mains de la *National Trust Company Limited*, ayant été gagés ou hypothéqués en faveur de celle-ci comme partie de la garantie des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage* de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*.

5. En conséquence de ce qui précède, la remise de ce document n'a aucune validité ni aucun effet tant au Canada qu'en Espagne» (A.D. N° 154, doc. 3).

La Cour d'appel avait le choix entre trois décisions : a) rejeter la demande de Genora ; b) ordonner la restitution du dossier au tribunal spécial pour qu'il en extraie la copie des pièces nécessaires pour instruire le recours dont il s'agissait (celui de Namel contre la décision qui avait rejeté sa demande de convocation) ; c) indiquer elle-même les pièces qui devaient composer la copie à remettre au tribunal aux fins de l'instruction du recours visé.

Les solutions b) ou c) supposaient l'acceptation de la demande de fond présentée par Genora, qui était précisément d'excepter de la suspension les pièces nécessaires pour que le juge puisse statuer sur le recours de Namel ; c'est ce qui était demandé dans l'acte <sup>1</sup>.

C'est pourquoi la Cour d'appel, lorsqu'elle a décidé d'« excepter de la suspension de procédure dans laquelle se trouve la première section de cette procédure universelle de faillite tous les actes pour la convocation de la première assemblée générale des créanciers et désignation de syndics avec les effets prévus dans la deuxième section qui a trait à l'administration des biens saisis », ne faisait autre chose que statuer conformément à la demande de Genora, qui avait reproduit les fondements de la demande de Namel.

Il n'y a donc pas eu de décision « ultra petita » ; la Cour a accepté la position de Genora et a ordonné que soit délivré la copie des pièces (*testimonio de particulares*) qu'elle jugeait nécessaire, en exceptant de la suspension, comme l'avait demandé Genora, tout ce qui était nécessaire pour la convocation de la première assemblée de créanciers et la désignation de syndics <sup>2</sup>.

La *Réplique* prétend, on l'a vu, que les conclusions des actes reproduisent littéralement ce qui figure dans le corps même des actes, ce qui est absurde. La remise d'une copie des pièces au tribunal *a quo* était la conséquence automatique de l'acceptation des alléga-

<sup>1</sup> Dans l'acte de Genora, on lit :

« Cette partie estime que la demande de convocation de l'assemblée générale et de nomination de syndics qui suivra est conforme au paragraphe 2 de l'article 390 du Code de procédure civile, s'agissant de la garde, de la conservation et de l'administration des biens saisis dans la faillite, et que, par conséquent, le tribunal spécial aurait dû conserver copie des documents nécessaires de la première section pour instruire le recours en rétractation (*reposición*) ».

Ensuite, après avoir mentionné les arguments soulevés par Namel et invoqué les articles 390 et 1342 du Code de procédure civile et 1044 et 1062 du Code de commerce de 1829, Genora ajoute :

« Une fois admis, avec effet dévolutif et effet suspensif (*en ambos efectos*), l'appel formé contre le jugement rendu sur la compétence, il fallait excepter du retour à l'instance supérieure non seulement le document d'administration mais aussi les pièces nécessaires pour instruire la rétractation (*reposición*) de l'ordonnance du 12 février dernier, qui touche à une question fondamentale de l'administration des biens de la faillite qui, en aucun cas, ne peut être retardée ».

<sup>2</sup> La Cour d'appel elle-même, dans sa décision du 30 juin 1949, rejetant le recours dit de *súplica* de la *Barcelona Traction* contre la décision du 7 juin 1949, a déclaré expressément :

« CONSIDÉRANT : Que la décision attaquée, tant dans ses motifs que dans son dispositif, ne dépasse pas le cadre de la demande et qu'un motif déterminant de cet arrêt était qu'il serait difficile d'extraire la copie de pièces demandée pour instruire le recours en rétractation (*reposición*) formé devant le tribunal « a quo » sur la convocation de l'assemblée générale des créanciers et la désignation de syndics demandées, sans maintenir au préalable qu'il était pertinent de l'excepter de la suspension de la procédure, et aux termes de ces préceptes conjugués, la décision étant, à la fin indiquée, limitée précisément à ce point et sans autre portée que celle qui a été mentionnée, ces considérants étant l'expression pure et simple du fondement légal de la décision prise, comme prévu dans l'article 371 en relation et conformité avec le paragraphe 3 de l'article 372 du Code de procédure civile et qu'en outre les recours sont formés contre le dispositif des décisions et non contre leurs motifs, qui ne sont qu'une explication ou un raisonnement, mais qui ne lient pas ; que le dispositif de la décision attaqué ne préjuge nullement ce que devait statuer le juge « a quo », puisqu'il est expressément indiqué que, suivant son avis, il décidera ce qu'il jugera convenir dans le dossier séparé qu'il est ordonné de constituer, comme moyen nécessaire et pour que, conformément au droit, il soit possible de procéder aux actes successifs qui en découlent ».

La *Réplique* passe ce considérant sous silence.



tions de Genora, à savoir que la convocation de l'assemblée générale des créanciers ne pouvait être touchée par la suspension et, sans cette déclaration, la décision relative à la remise des copies des pièces n'avait aucun sens et n'avait pas de raison d'être<sup>1</sup>.

522. La *Réplique* (V, p. 513) analyse ensuite les motifs de la décision du 7 juin 1949 pour en extraire des phrases isolées; il faut bien avertir que l'on ne considère pas que ce soit une manière convenable de procéder.

La Cour a décidé que, si l'article 114 du Code de procédure civile imposait effectivement la suspension de la procédure, « cela ne fait pas obstacle à ce que, dans des cas comme le présent, s'agissant d'une procédure universelle dans laquelle figurent un grand nombre de créanciers intéressés, une masse énorme de biens et un complexe d'affaires en activité, il soit fait une exception quant aux actes qui concernent la manière de régler la direction dans la gestion et l'utilisation de la masse du patrimoine ».

Mais ensuite, la Cour d'appel signale que cela est possible :

« ... ce pour autant que la Loi elle-même exprime une urgence dans ses dispositions ou prescriptions en tant qu'expression claire de l'importance qu'elle attache à leur exécution; c'est pourquoi, étant donné qu'aux termes de l'article 1333 dudit Code de procédure civile, en relation avec l'article 1044 du Code de commerce de 1829, lors de la déclaration de faillite — ou, comme le dit la règle elle-même, « en rendant le jugement (*auto*) » — on prévoira la convocation des créanciers du failli à la première assemblée générale, dont le but est précisément de désigner les syndics, ainsi que cela est prescrit à l'article 1346 du Code de procédure civile, et que, d'autre part, l'article 1342 de ce même Code exige du commissaire désigné l'élaboration, dans les trois jours suivant la déclaration de faillite, de la liste des créanciers, avec détermination du jour où se tiendra l'assemblée qui, aux termes de l'article 1062 de ce Code de 1829, ne pourra être en aucun cas différée plus de trente jours depuis la déclaration judiciaire de la faillite... »

Il est clair que la Cour d'appel a raisonné et justifié par de nombreux textes légaux, dont la *Réplique* ne mentionne que l'article 1062, passant les autres sous silence, la pertinence d'excepter de la suspension ce qui était nécessaire pour que le juge puisse se prononcer sur la demande de convocation de l'assemblée générale des créanciers pour la nomination de syndics<sup>2</sup>.

La *Réplique* (p. 514) critique la décision pour n'avoir pas invoqué le paragraphe 2 de l'article 114 du Code de procédure civile, et déclare que c'est parce que « la Cour n'aurait pu alléguer qu'il y avait péril en la demeure, puisque les biens saisis se trouvaient confiés à un séquestre provisoire, lequel, sous le contrôle du commissaire, disposait de tous les pouvoirs nécessaires à l'administration et à la conservation des biens de la masse »<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Il est absurde donc que la *Réplique* (p. 513) soutienne que: « la seule réception, par le juge spécial, d'un extrait du dossier, qu'il possédait tout entier lorsque déjà il avait statué le 12 février, n'eût apporté aucun élément nouveau qui lui eût permis de modifier sa décision. Saisi à nouveau des pièces du dossier, le juge spécial n'aurait pu que déclarer non-fondé le recours en rétractation de Namel ».

<sup>2</sup> La Cour a jugé nécessaire d'excepter du principe général de suspension, non pas en usant des pouvoirs discrétionnaires que lui confère le paragraphe 2 de l'article 114 du Code de procédure civile mais en vertu de plusieurs dispositions légales.

<sup>3</sup> Une nouvelle fois, la *Réplique* discute de la « pensée » d'un tribunal espagnol lorsqu'il rend une décision.

Or, si nous lisons la décision, nous nous trouvons en présence d'un raisonnement (passé sous silence par la *Réplique*) qui dément totalement cette « raison » supposée indiquée par le Gouvernement belge. En effet, la Cour d'appel a précisé que :

« ... ces dispositions qui ont un caractère spécial et qui doivent donc s'appliquer de préférence aux dispositions de caractère général, imposent de façon nécessaire que l'on excepte de cette suspension tout ce qui concerne la convocation de l'assemblée des créanciers pour la désignation des syndics, en tant que ceux-ci constituent par définition un organisme chargé de la direction et de l'administration de la masse des biens, lesquels ne sauraient demeurer pendant un laps de temps de durée indéterminée entre les mains d'un séquestre-dépositaire étranger à l'affaire et dont la loi a voulu dans ses prescriptions de procédure que la mission fût momentanée, provisoire et ne se prolongeât pas plus qu'il ne le faut absolument jusqu'au moment où le patrimoine est confié à ceux qui représentent véritablement les créanciers; c'est pourquoi il s'avère opportun de faire droit à l'exception demandée... »

Cela revient à dire que la Cour d'appel a allégué exactement ce que la *Réplique* prétend qu'elle n'a pu alléguer (!).

La décision citait également les articles 390, paragraphe 2, et 1321 du Code de procédure civile <sup>1</sup>.

Sur l'article 390, la *Réplique* (p. 514) se borne à dire qu'elle a déjà expliqué, dans le paragraphe 693, que cet article n'aurait pas permis au juge de faire droit au recours de *Namel*; mais la vérité, c'est que, dans ce paragraphe, il n'est même pas fait mention de l'article en question, lequel dispose clairement que peut être excepté des effets suspensifs de l'appel admis avec effet dévolutif et effet suspensif (« *en ambos efectos* ») tout ce qui se réfère à l'administration, à la garde et à la conservation des biens saisis ou appréhendés judiciairement, pourvu que l'appel ne porte sur aucun de ces points, ce qui était évidemment le cas de l'appel de la question de compétence *Boter*.

Quant à l'article 1321, on le sait, il divise la procédure de faillite en cinq grandes sections. Mais le même article autorise la subdivision de chaque section « en autant de branches (*ramos*) nécessaires pour le bon ordre et pour la clarté de la procédure et pour que celle-ci suive son cours le plus rapidement possible, sans être ralentie par des incidents qui ne pourraient être instruits simultanément ».

La *Réplique* se borne à affirmer que ce texte n'est pas pertinent, alors que sa portée et sa signification sont cependant claires.

Le Gouvernement belge affirme (R., p. 515) qu'en tout cas, il fallait utiliser cet article pour organiser une procédure séparée afin de connaître des recours introduits par la *Barcelona Traction*. Il suffit amplement à ce sujet de noter que la *Barcelona Traction* n'a jamais demandé que soit excepté de la suspension de la question de compétence la copie des pièces nécessaires pour que le tribunal se prononce sur son acte du 18 juin 1948 ou sur les incidents de nullité qu'elle avait soulevés.

<sup>1</sup> La *Réplique* (p. 514) prétend trouver une « démonstration » des difficultés de la Cour d'appel pour justifier sa décision dans le fait qu'à la fin de celle-ci elle ne cite plus les articles qu'elle avait déjà invoqués « comme il est pratique courante » et se borne à invoquer les articles 390 et 1321. Le Gouvernement espagnol prend acte de cette conclusion; il va de soi que la « pratique » visée par la *Réplique* n'existe pas; parfois les textes qui servent à justifier la décision sont cités et parfois ils ne le sont pas; dans d'autres cas, on se borne à une expression générale de « vu les textes cités et les autres qui sont applicables », etc.

Le fait de recourir à ces méthodes démontre le peu de consistance de l'argumentation de la *Réplique*.

La présente *Dupliche* ne peut, comme il est logique, préjuger de ce qu'aurait été la décision des tribunaux espagnols et elle se borne à mentionner le fait, qui suffit à mettre en évidence l'inadmissibilité de l'argument.

523. La *Réplique* (V, p. 515) affirme que la décision du 7 juin 1949 n'a pas répondu à l'un des arguments de la *Barcelona Traction* <sup>1</sup>.

L'argument en question est que la convocation de l'assemblée générale des créanciers pour la nomination de syndics ne pouvait avoir lieu, d'après la *Barcelona Traction*, qu'une fois le jugement déclaratif de faillite était devenu irrévocable (*firme*).

Une première observation s'impose: le grief est nouveau, car il n'apparaît pas dans le *Mémoire*.

Il est évident, quelle que soit la solution en droit espagnol, que la question n'a aucune importance dans le cas d'espèce puisque, en juin 1949, le jugement déclaratif de faillite était irrévocable depuis plus d'une année <sup>2</sup>.

L'argument de la *Barcelona Traction* était fondé sur une citation de Rives y Martí et sur une autre de Plaza.

Le premier déclare effectivement qu'à son avis, la convocation de la première assemblée générale des créanciers pour la nomination de syndics ne peut avoir lieu dans le cas des faillites nécessaires qu'après que le jugement déclaratif de faillite est devenu irrévocable.

Cette opinion est reprise par DE LA PLAZA, cependant avec des mots différents de ceux que reprend la *Réplique* (p. 516, note 3). Le texte original (DE LA PLAZA, *Derecho Procesal Civil Español*, II, Madrid, 1945, p. 652) dit: « Rives y Martí estime raisonnablement... » et reprend l'opinion de cet auteur. Par contre la *Réplique* traduit ce passage d'une façon inexacte lorsqu'elle dit: « Rives y Martí estime avec raison... ». La différence est évidente; le texte original reprend une opinion qualifiée de raisonnable; la traduction

<sup>1</sup> La *Réplique* (note 1, p. 515) soutient que le fait de ne pas examiner un par un tous les arguments d'une partie constitue une violation du principe dispositif.

Que les tribunaux aient l'habitude d'examiner chacun des points exposés par les plaideurs ne signifie pas qu'ils doivent nécessairement le faire: cela signifie encore moins qu'en s'abstenant de le faire, ils enfreignent ledit principe dispositif.

Il y a défaut de prononcé lorsqu'une requête étant présentée ou une question de fond étant soulevée pour que le tribunal statue, celui-ci ne tranche pas. La question de fond, dans ce cas, était de savoir s'il y avait ou non lieu à la suspension et s'il convenait ou non de délivrer l'extrait de pièces; or la Cour d'appel de Barcelone a statué sur l'un et l'autre points. Si la *Barcelona Traction* avait demandé que la Cour d'appel déclare expressément que le jugement de faillite n'était pas irrévocable, la Cour d'appel aurait dû se prononcer ou exposer les motifs pour lesquels elle ne se prononçait pas; mais il est évident que cette demande n'a jamais été formulée, ni ne pouvait l'être dans le cadre de la demande de Genora. On ne peut donc confondre une question qui exige une décision indépendante avec un simple argument invoqué à l'appui d'une demande. Ainsi, par exemple, Prieto Castro définit le défaut de prononcé comme la faute commise « lorsque la décision ne statue pas sur une demande des parties » (voir PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal Civil*, I, Madrid, 1964, p. 625).

<sup>2</sup> Peut-être consciente de ce fait, qui rend l'argument superflu, la *Réplique* n'a pas cru opportun d'en traiter séparément; on a déjà vu que les deux seuls griefs formulés d'une manière spécifique, en ce qui concerne la convocation de l'assemblée de nomination de syndics, sont l'absence de liste des créanciers et la suspension de la procédure.

belge transforme cette qualification en une adhésion sans équivoque de Plaza à l'opinion de Rives y Marti, adhésion qui n'existe pas <sup>1</sup>.

Il n'est pas admissible que l'opinion d'un auteur, ou de plusieurs <sup>2</sup>, interprétant certains préceptes légaux qui disent littéralement le contraire de ce que l'on prétend, puisse servir de base à une accusation de déni de justice concernant la décision d'un tribunal qui se fonde et applique ce qui résulte littéralement et raisonnablement desdits préceptes, conformément en outre aux besoins inhérents à la nature et au but d'une procédure de faillite <sup>3</sup>.

L'article 1333 du Code de procédure civile (correspondant à l'article 1044 du Code de commerce de 1829) prévoit comme une des décisions du jugement déclaratif de faillite lui-même la convocation des créanciers à la première assemblée générale, et l'article 1062 du Code de commerce dispose expressément qu'en aucun cas la réunion de l'assemblée ne peut tarder plus de trente jours.

L'argument de l'auteur en question est fondé sur l'opinion que, si l'opposition à la déclaration de faillite triomphe, il n'y a pas lieu d'avoir nommé les syndics, dont la nomination donne à la procédure de faillite une impulsion très importante; il se fonde aussi sur certaines règles concernant non la faillite mais la faillite civile (« *concurso* »). L'erreur est double; d'une part, on oublie que si l'opposition à la déclaration de faillite triomphe, la faillite devient immédiatement sans effet, avec toutes les conséquences qui en découlent, car l'appel correspondant n'est déclaré recevable qu'avec effet dévolutif, et l'arrêt qui statue sur l'opposition devient, par suite, immédiatement exécutoire; si l'opposition est rejetée, l'appel n'est également déclaré recevable qu'avec effet dévolutif, ce qui fait qu'il est absurde de devoir attendre que la décision soit irrévocable puisque la loi veut qu'elle soit immédiatement exécutoire, prévoyant que l'appel correspondant se poursuit seulement avec effet dévolutif, mais non avec effet suspensif <sup>4</sup>.

D'autre part, les dispositions relatives à la faillite civile (« *concurso* ») ne peuvent pas s'appliquer en l'occurrence, car leur réglementation est totalement différente de celle de la

<sup>1</sup> La preuve en est que lorsque l'auteur (*op.cit.*, p. 666) traite le sujet de la nomination des syndics et de la convocation, il ne se réfère nullement au problème du caractère irrévocable du jugement déclaratif de faillite; il dit textuellement:

« a) La convocation pour l'assemblée suppose l'établissement de l'état de créanciers visé à l'article 1342 du Code de procédure civile et, dans ces conditions et compte tenu des dispositions de l'article 1062 du Code de commerce de 1829, on fixe le jour de la réunion, convoquant les créanciers par circulaire, à domicile, s'ils résident dans la même ville, et par la poste pour ceux qui ne sont pas dans le même cas, si l'on connaît leur domicile. Si l'on ignore ce domicile, la convocation se fait par voie d'avis (articles 1062-I du Code de commerce, 1342 et 1343 du Code de procédure civile) ».

<sup>2</sup> RAMIREZ, en soutenant la même opinion (*La quiebra*, vol. I, p. 489), ne peut cependant faire autrement que considérer que cette opinion va à l'encontre du texte clair et sans équivoque de la loi, ce qui l'oblige à dire, en commentant l'article 1062 du Code de commerce de 1829 (qui déclare que l'assemblée doit être tenue dans les 30 jours suivant la déclaration de faillite): « Mais, pour nous, en corrigeant la pensée du législateur, sur le vu des considérations qui ont été exposées plus haut, nous considérons que ce délai doit courir non à partir de la déclaration judiciaire de faillite, mais du moment où cette déclaration devient définitive ».

<sup>3</sup> Ce qui, bien entendu, ne suppose aucune innovation d'interprétation, comme on verra plus loin. Ce n'est d'ailleurs pas non plus une opinion unanime des auteurs cités dans la *Réplique*. On peut trouver des opinions contraires chez González Huebra (*Tratado de Quiebras*, p. 59), Marti de Eixelá (*Instituciones de Derecho Mercantil*, p. 510).

<sup>4</sup> La *Réplique* prétend (p. 517) que l'argument suivant lequel les appels contre l'opposition au jugement déclaratif de faillite ne sont recevables qu'avec effet dévolutif n'est pas applicable, car l'opposition de la *Barcelona Traction* n'avait pas encore été examinée; il est évident cependant que, quel que soit l'état de la procédure, l'argument subsiste dans sa totalité.

faillite sur ce point, puisque l'arrêt qui statue sur l'opposition à la faillite civile est susceptible d'appel avec effet dévolutif et effet suspensif (article 1166 du Code de procédure civile), alors que, dans le cas de la faillite, cet appel, on le sait, a toujours le seul effet dévolutif (A.D., N° 158).

La Cour, dans sa décision du 30 juin 1949, a expliqué pourquoi elle ne s'était pas expressément référée à l'argument en question dans sa décision antérieure du 7, et a également expliqué pourquoi elle n'estimait pas admissible l'opinion de Rives y Marti. La *Réplique* (V, p. 517) voit dans les motifs de la décision du 30 juin 1949 « une dérobade »; cependant, quiconque les lit objectivement ne peut aboutir à une conclusion aussi gratuite <sup>1</sup>.

Contre la décision du 30 juin 1949 <sup>2</sup>, la *Barcelona Traction* a formé le pourvoi en cassation qui a été rejeté et, en conséquence, elle a formulé un recours dit de *queja* devant le Tribunal Suprême, lequel l'a rejeté par arrêt du 9 novembre 1949, en formulant des considérations intéressantes sur le bon sens dont témoignait la décision de la Cour d'appel (*Audiencia*) du 7 juin 1949 <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> A.R. N° 110, vol. II, p. 580. Dans le considérant qui est fondamental à ce sujet, la Cour d'appel (*Audiencia*) déclare:

« CONSIDÉRANT: que, nonobstant les allégations des représentants de la *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd.* en leur qualité d'appelants, et ce qui a été indiqué dans l'opposition formulée, rejetée dans la décision maintenant attaquée, ce qui explique qu'il ne sera pas question de ces arguments, il convient d'apprécier que ce qui a été décidé dans l'arrêt frappé d'appel est pleinement pertinent car ce tribunal a juridiction à l'un et l'autre effets et vu que l'importance des faits de la cause exige une attention qui ne peut rester en marge de la procédure; que la loi a voulu donner un caractère d'urgence à l'organisation de la collectivité des créanciers avec une représentation propre, pour qu'elle soit administrée directement et constamment jusqu'à la liquidation du patrimoine débiteur; que c'est une des décisions à prendre dans le jugement déclaratif de faillite lui-même conformément aux dispositions de l'article 1333 du Code de procédure civile, correspondant à l'article 1044 du Code de commerce de 1829, pour la « convocation des créanciers à la première assemblée générale », même lorsque cette décision reste subordonnée à la présentation par le commissaire de la liste des créanciers connus pour parvenir ainsi à la fixation de la date à laquelle l'assemblée se réunira, mais tout cela avec la même urgence puisque l'article 1062 du Code de 1829 dispose expressément qu'en aucun cas la réunion de l'assemblée ne peut avoir lieu plus de trente jours après la déclaration judiciaire de faillite; que, sans tenir compte de cette urgence, ce critère est écarté par l'appelant qui, suivant un auteur connu, pense que la déclaration de faillite doit s'entendre du jugement devenu irrévocable, alors qu'il n'en est pas ainsi puisque, conformément aux dispositions de l'article 1330 du Code de procédure civile, si une opposition est formulée contre cette déclaration et qu'elle soit rejetée, l'appel ne peut être déclaré recevable qu'avec effet dévolutif, laissant exécutoires les dispositions de la décision relative à la déclaration, avec toutes ses conséquences et toutes les mesures qui en découlent, sans qu'il y ait lieu non plus de comparer la décision antérieure dont appel et les voies de procédure où la faillite a intérêt à soutenir, car elles supposent un intérêt très légitime et très respectable pour sa défense possible, mais sur le plan individuel, dans l'attente peut-être de dissension et d'appréciation, le contraire de la décision prise, en raison d'une insuffisance de patrimoine qui exige, pour le bien commun, une tutelle et une surveillance des biens saisis, car ceux-ci sont la garantie des créanciers ».

<sup>2</sup> La *Réplique* (p. 517, note 2) reproche au *Contre-mémoire* de n'avoir pas fait allusion à la décision du 30 juin 1949, oubliant que le *Mémoire* n'en avait jamais parlé et que, dans ces conditions, le Gouvernement espagnol considèrerait comme suffisant de se reporter à la décision du 7 juin 1949.

<sup>3</sup> Le Tribunal Suprême a déclaré:

« CONSIDÉRANT: Que, s'il est exact que le critère de cette Chambre a été, dans la majorité des cas qui lui ont été présentés, de rechercher si l'interprétation du contenu de l'article 1690 du Code de procédure civile en ce qui concerne le caractère définitif qu'il faut attribuer aux décisions contre lesquelles les plaideurs introduisent ou ont l'intention d'introduire le recours extraordinaire en cassation pour violation de la loi ou de la doctrine légale, ce critère ne peut être maintenu en toute rigueur, car pour des raisons qui apparaissent chaque jour davantage dans l'intérêt de la procédure, il doit être mitigé, et ce n'est pas la première fois que cela se produit lorsque, d'une manière tangible, on constate que le point ou l'arrêt objet du recours, loin de réduire les possibilités du procès dans lequel il est intervenu ou d'en ralentir considérablement la poursuite, facilite au contraire le développement de ses phases, ce qui ne peut léser le droit des parties en cause; qu'en ce sens, l'attitude de la deuxième Chambre civile de la Cour d'appel de Barcelone apparaît judiciaire lorsqu'elle refuse l'attestation demandée pour interjeter un recours en cassation pour violation de

Il a été déjà mis en relief que le fait que la *Réplique* n'avait pas présenté la question du caractère irrévocable (*firme*) du jugement déclaratif de faillite comme un grief distinct était significatif. En réalité, convaincue que les préceptes applicables au problème — qui sont ceux dont les tribunaux espagnols ont tenu compte en définitive — lui sont défavorables, elle brandit un argument de « iure condendo » déjà utilisé par la faillie devant les tribunaux.

On se souviendra que la *Réplique* invoque, non sans une certaine insistance, une procédure de faillite, celle de la *Niel-on-Rupell*, dont elle fait grand cas, car il s'agissait de la faillite d'une société belge prononcée par un tribunal espagnol. Si l'on consulte l'annexe 102, appendice 4, de la *Réplique* (II, p. 521), on voit qu'elle reproduit l'arrêt de la Cour de Barcelone du 6 novembre 1939, statuant en appel sur l'opposition au jugement déclaratif de faillite formulée par la faillie: or, comme il ressort de l'arrêt même, *dans la procédure d'appel ont été parties les syndics de la faillite, preuve irréfutable qu'ils avaient été nommés avant que la déclaration de la faillite soit irrévocable*, puisque ce sont eux-mêmes qui se sont opposés à la révocation du jugement déclaratif de faillite<sup>1</sup>.

Et comme si cela n'était pas suffisant, ils se trouve que l'un des magistrats qui ont signé cet arrêt, M<sup>e</sup> Juan Rios Sarmiento, est l'un des magistrats qui ont signé (dix ans après) la décision du 7 juin 1949...

524. Comme il a été dit plus haut, et comme le *Contre-mémoire* l'a déjà indiqué, toute la discussion sur les décisions des 7 et 30 juin 1949 est, dans une certaine mesure, superflue, car ces décisions n'ont pas ordonné la convocation de l'assemblée générale des créanciers, mais ont simplement fait le nécessaire pour que le juge *a quo* puisse statuer sur le recours de Namel.

Ce point, au demeurant très important, est mis en évidence d'une manière non ambiguë par la Cour d'appel (« *Audiencia* ») elle-même lorsqu'elle déclare, dans son arrêt du 7 juin 1949, qu'elle prend sa décision

*« sans que cela implique pour autant en soi-même une définition quelconque, ni ne préjuge du recours interjeté devant le juge 'a quo', en ce qui concerne la convocation de l'assemblée des*

---

*la loi contre la décision du 7 juin 1949 qui a ordonné de lever la suspension de procédure, où se trouvait la première partie de la procédure universelle de faillite de l'appelante; que ce jugement, sans toucher aux questions soulevées par l'appel suivi devant cette Chambre, a remis en marche la procédure originale, comme il était demandé pour éviter que se produisent les dommages que cette suspension pouvait entraîner; et que manifestement cette décision, d'abord demandée puis ensuite attaquée, comme le dit la Cour, bien qu'elle fasse une erreur dans la citation du texte légal allégué, ne met pas fin au procès ni empêche sa poursuite, deux conditions qui, d'après le paragraphe 1 de l'article 1690 du Code de procédure civile, qui est le texte invoqué, rendent définitives les décisions qui les remplissent; qu'en conséquence, c'est à bon droit que l'attestation demandée a été refusée et qu'il convient de rejeter le recours de *queja* qui avait été formulé ».*

La *Réplique* fait allusion à cet arrêt (p. 518, note 1) sans aucune référence à son contenu.

<sup>1</sup> Dans les Plaidoiries de 1964, les conseils du Gouvernement belge ont cité, en ce qui concerne le recours en révision, l'arrêt du Tribunal Suprême du 22 mars 1963. Cette citation était faite aussi avec une grande assurance, qui a considérablement diminué après que le Conseil du Gouvernement espagnol (Procédure orale, vol. II, p. 813) eut apporté certaines précisions sur cet arrêt, parmi lesquelles le fait que la faillie avait fait opposition au jugement déclaratif de faillite. Un Conseil belge a dû reconnaître le fait et, de l'explication qu'il a donnée (Procédure orale, vol. II, p. 1007), il résulte clairement que, dans le cas d'espèce, les syndics ont aussi été nommés pendant le cours de l'opposition au jugement de faillite qui ne pouvait donc être devenu irrévocable.

On a quelque peine à comprendre comment le Gouvernement belge, ayant invoqué deux précédents aussi précis et qu'il connaît parfaitement, et dont il résulte que les syndics ont été nommés avant que la déclaration de faillite soit irrévocable, peut soutenir comme une illégalité qu'il ait été procédé de la sorte dans le cas de la *Barcelona Traction*, mis à part évidemment le fait que le jugement du 12 février 1948 est devenu irrévocable le 24 février 1948.

créanciers et la désignation des syndics, vu le refus opposé à la demande formulée par la société créancière *Namel S.A.*, dont l'instruction se trouve en suspens et sur lequel, une fois ladite exception exécutable, il faudra statuer. »

Le juge *a quo*, par ordonnance du 22 juillet 1949, a déclaré recevable le recours de *Namel*; la *Barcelona Traction* n'a exercé aucune voie de recours contre cette ordonnance et s'est bornée à attaquer le recours lui-même.

Le juge, par décision du 28 juillet 1949, a accueilli ledit recours et a ordonné la convocation de l'assemblée générale des créanciers de la *Barcelona Traction* pour la nomination de syndics, en fixant la réunion au 19 septembre 1949 et en précisant les autres points indiqués plus haut.

En ce qui concerne l'argument fondamental utilisé par la *Barcelona Traction*, que la convocation ne pouvait être effective avant que le jugement soit devenu irrévocable, le tribunal a déclaré qu'il ne devait pas se prononcer sur ce point, mais se limiter à statuer sur le recours soulevé, en tenant compte de l'extrait de pièces renvoyé par l'instance supérieure, indiquant ainsi sans équivoque que le problème du caractère irrévocable ou non du jugement déclaratif de faillite était étranger à la question <sup>1</sup>.

La *Barcelona Traction* a fait appel de cette décision et l'appel a été tranché par un arrêt du 17 juin 1950, dont la *Réplique* ne parle pas <sup>2</sup>.

Un pourvoi en cassation ayant été formé, il fut déclaré irrecevable par le Tribunal Suprême dans sa décision du 8 janvier 1952 <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> La décision du 28 juillet 1949 rendue par le juge spécial est mentionnée par la *Réplique* dans la note 2 de la page 518, mais son contenu n'est pas commenté.

<sup>2</sup> Dans cet arrêt, la Cour d'appel formule les considérants suivants:

« CONSIDÉRANT: que les deux fondements essentiels sur lesquels la société appelante, *Barcelona Traction Light and Power Co., Ltd.*, fonde son opposition à la décision, reposent sur: a) le fait que le jugement déclaratif de faillite n'est pas irrévocable et b) le fait qu'il n'a pas été formulé de demande incidente en nullité de procédure et que, sans examiner le premier desdits points parce que ce n'est pas le moment opportun de la procédure, il convient d'estimer que, même si le jugement déclaratif de faillite n'était pas irrévocable, l'article 1033 du Code de commerce du 30 mai 1829, concordant avec les dispositions de l'article 1044 du même Code, autorise la réunion de l'assemblée des créanciers pour la nomination de syndics, que la même loi déclare de première urgence, s'agissant d'une mesure qui touche directement à l'administration des biens de la faillite qui ne peut rester indéfiniment entre les mains du séquestre-dépositaire dont l'action n'est que temporaire.

CONSIDÉRANT: que le fait qu'à été introduite une demande en nullité d'actes de procédure qui, les opérations de la faillite ayant été suspendues, n'a pas encore été déclarée recevable, ne doit pas empêcher, ni ne peut affecter la convocation de l'assemblée générale des créanciers, non seulement pour les motifs exposés plus haut, mais aussi compte tenu des dispositions de l'article 1062 dudit Code de commerce de 1829, qui précise qu'en aucun cas la réunion de l'assemblée ne pourra se tenir plus de trente jours après la déclaration de faillite, de sorte que la décision attaquée de convoquer cette assemblée est strictement conforme aux prescriptions légales pertinentes et doit être maintenue en toutes ses parties, sans condamnation aux dépens ».

<sup>3</sup> La *Réplique* cite, par erreur, cette décision comme étant du 16 janvier 1952, mais elle n'en indique pas le contenu. Cependant, dans son considérant, le Tribunal Suprême a estimé que le juge avait respecté les textes légaux correspondants et, en effet, a déclaré:

« ...

CONSIDÉRANT: que le présent recours formé contre une décision de la 2<sup>e</sup> Chambre civile de la Cour d'appel de Barcelone, confirme un jugement rendu dans une procédure de rétractation (*reposición*) par le juge spécial qui connaît de la faillite de la société appelante, lequel, conformément aux dispositions de l'article 1342 du Code de procédure civile, correspondant aux articles 1062 et 1063 du Code de commerce de 1829 applicables en raison de leur caractère procédural, a décidé la réunion de l'assemblée des créanciers pour la désignation des syndics de la faillite, et qu'il est évident que cette décision, de nature nettement procédurale et de simple forme dans cette procédure particulière, ne peut avoir un caractère définitif aux fins du recours en cassation... ».

### C. Considérations finales

525. Le *Mémoire* faisait, aux paragraphes 174 et 175, allusion à l'assemblée tenue le 19 septembre 1949 où, d'après lui, ont été nommés syndics des personnes appartenant au groupe March. Le *Contre-mémoire* a également répondu sur ce point (pp. 392 et 393); et la *Réplique* ne soulève plus la question ni ne s'occupe de ce qui s'est passé au cours de l'assemblée.

Dans ces conditions, il est superflu d'insister sur ce qui s'y est passé, mais en revanche, il convient de faire les considérations suivantes:

a) Après l'élection des syndics, la *Barcelona Traction* y a fait opposition par un acte du 13 octobre 1949 (A.C.M., 148, doc. I, VIII, p. 264). A la même date, elle a renforcé son attaque par l'entremise de MM. Andreu et Sagnier (auxquels s'est adjoint un autre « cointéressé », M. Rossi).

Il semblerait logique que, parmi les irrégularités supposées de la convocation, figurent les deux griefs fondamentaux formulés par le Gouvernement belge, c'est-à-dire l'absence de la liste des créanciers et la suspension de la procédure; cependant, aucun de ces griefs n'a été invoqué, et on ne fait qu'une allusion timide au fait que l'assemblée générale des créanciers ne pouvait être valablement convoquée qu'une fois le jugement déclaratif de faillite devenu irrévocable.

b) A l'assemblée, la *National Trust* a comparu en qualité de créancière de la *Barcelona Traction* et, à ce titre, a été admise sans difficulté.

c) La *Barcelona Traction* a tenté, sans succès, de faire comparaître à ladite assemblée générale des créanciers les prétendus représentants légaux d'*Ebro Irrigation*, qui n'ont pas été admis.

d) Finalement M. Heineman, dirigeant de *Sidro* à l'époque, aurait pu disposer d'une masse considérable d'obligations pour voter à l'assemblée générale des créanciers et assurer ainsi l'élection d'un ou de plusieurs syndics; il lui aurait suffi d'acquérir des obligations *First Mortgage* pour un montant de £ 2.640.000 lorsqu'elles lui furent offertes par la *Westminster Bank*. Mais M. Heineman refusa de les acheter (*infra* par. 529 et A.D. N° 155).

Tous ces points, qui objectivement semblent dignes d'attention, sont systématiquement passés sous silence dans la *Réplique*.

526. Compte tenu de tout ce qui vient d'être exposé et qui démontre que la *Réplique* a dénaturé ou omis des faits importants et a ignoré des textes légaux, voire des décisions de justice, on se doit d'attirer une fois de plus, l'attention de la Cour sur la légèreté avec laquelle la *Réplique* emploie des termes injurieux à l'égard des autorités judiciaires espagnoles.

La *Réplique* feint l'indignation, par exemple, pour parler de faits, comme la liste des créanciers, dont il n'a pas été discuté dans la procédure interne, ou de la prétendue impossibilité de nommer les syndics sans déclarer recevable l'opposition à la faillite, en oubliant non seulement que la déclaration de faillite de *Barcelona Traction* était irrévocable, mais aussi que le Gouvernement belge lui-même a invoqué des précédents judiciaires dont il résulte que la nomination de syndics se fait sans que la déclaration de faillite soit devenue irrévocable.



La *Réplique* (V, p. 518) se permet de conclure en disant que les arguments de la Cour d'appel et l'exposé du *Contre-mémoire* l'autorisent à retenir comme « une des illégalités flagrantes commises » la décision de convoquer l'assemblée des créanciers pour la nomination des syndics, alors que la procédure était suspendue et que la déclaration de faillite n'était pas coulée en force de chose jugée.

La présente *Duplique* a démontré non seulement le manque de fondement de cette affirmation, mais la désinvolture qu'il y a à la formuler.

## § 2: LÉGITIMITÉ DE L'ACTIVITÉ DES SYNDICS AVANT LA VENTE

527. La *Réplique* (pp. 534-536) introduit dans le litige une question entièrement nouvelle en affirmant que les syndics, au mépris de leurs devoirs, n'ont pratiquement eu d'autre activité que *de préparer et de réaliser une vente ruineuse pour la faillie*.

La réalité prouve cependant que les syndics, *de fait*, ont soigneusement veillé à la conservation du patrimoine de la faillie et, *de droit*, n'ont manqué à aucun devoir légal quant à l'intégration dudit patrimoine.

### A. Les syndics ont soigneusement veillé à la conservation du patrimoine de la faillie

1) *Le non-paiement des intérêts aux créanciers de troisième rang et la vente par la Westminster Bank de la garantie des obligations en pesetas.*

528. La *Réplique* (p. 535, note 1) prétend que les syndics n'ont pas respecté l'obligation légale de payer les dépenses du failli indispensables à la défense de ses droits et à la conservation de ses biens. *Ils pouvaient* — prétend-elle — éviter la vente des obligations *First Mortgage* que détenait la *Westminster Bank* comme garantie des créanciers détenteurs d'obligations en pesetas en troisième rang, soit en payant les intérêts de ces obligations en pesetas, soit en rachetant le « gage » lorsque le *trustee* a annoncé son intention de vendre, après la suspension du service des intérêts.

Le *Mémoire* (I, par. 110, p. 56, et p. 97, note 1) soutenait que les organes de la faillite, étant donné les ressources dont ils disposaient et leurs créances à l'égard d'*Ebro* et d'autres filiales, auraient dû payer les intérêts des obligations en pesetas, ce qu'ils n'ont pas fait, *malgré la protestation de la Barcelona Traction*. Le *Contre-mémoire* a dûment répondu (IV, pp. 320 à 323) à cette accusation et la *Réplique* ne fait pratiquement aucune allusion à ses arguments. C'est pourquoi la *Réplique* remplace cette accusation du *Mémoire* par une accusation nouvelle: celle que les syndics auraient dû racheter le prétendu « gage »<sup>1</sup>. Faute de ce rachat, les syndics ont permis à Juan March une « fructueuse opération » au lieu de l'effectuer eux-mêmes au bénéfice de la masse.

<sup>1</sup> Observons qu'il est dit dans la *Réplique* (p. 535, note 1) que: « S'ils (les syndics) n'estimaient pas pouvoir à ce titre, payer les intérêts des obligations en pesetas de la *Barcelona Traction*, pour éviter la vente du gage ... ils auraient dû le racheter en application de l'article 918 du Code de commerce ».

529. Le grief, dans sa nouvelle version, est aussi dénué de fondement que dans la version du *Mémoire*. Lorsque le *trust deed* des obligations en pesetas a été passé avec la *Westminster Bank*, il n'a pas été constitué, au pouvoir de celle-ci et au bénéfice des obligataires, de gage au sens que revêt le terme dans l'ordre juridique espagnol. Il n'y a donc pas lieu de parler de rachat d'un gage qui n'existait pas.

L'inexistence du gage, que les hommes de paille de la *Barcelona Traction* ont reconnu devant les tribunaux espagnols, faisait que les intérêts des obligations cessaient d'être versés en raison de la déclaration de faillite et que les syndics ne pouvaient invoquer l'article 918 du Code de commerce pour racheter la garantie.

Les obligations en pesetas étant en outre de troisième rang, les organes de la faillite ne pouvaient payer les intérêts de ces obligations sans manquer au principe de la *par conditio creditorum*; la prudence les contraignait en outre à s'abstenir de ce paiement, puisqu'il ne leur permettait pas d'éviter la vente par la *Westminster Bank*. Ils pouvaient encore beaucoup moins racheter la garantie puisque cela équivalait à payer intégralement les créanciers de troisième rang, sans qu'aucun autre actif réalisable entre dans la masse de la faillite <sup>1</sup>.

D'autre part, au moment où les faits se sont produits, l'acquisition des obligations *First Mortgage* entre les mains de la *Westminster Bank* n'était pas une opération fructueuse; le *trustee* des obligations en pesetas craignait qu'en vendant la garantie en bourse il n'arrive pas à obtenir une somme suffisante pour couvrir le montant du capital et des intérêts en pesetas, ce qui montre le risque que courait quiconque réaliserait l'opération; c'est peut-être pour cette raison que Heineman, lorsque la *Westminster Bank* lui a offert la garantie, s'est refusé à l'acheter.

Les particuliers peuvent disposer de leur argent comme ils l'entendent; ils peuvent faire des opérations spéculatives et courir les risques qui en découlent. Mais les syndics, ne maniant pas des fonds qui leur appartiennent, doivent agir avec la plus extrême prudence. C'est pourquoi, que l'opération effectuée par des personnes privées ait été ou non fructueuse, on ne peut user de cet argument pour accuser les syndics de négligence.

Les renseignements rassemblés dans le dossier de la *receivership* permettent de vérifier que la conduite des syndics a été absolument correcte et que l'accusation proférée contre eux est une hypocrisie que les hommes de la *Barcelona Traction* font endosser au Gouvernement qui les protège.

On trouvera dans l'A.D., N° 155 un exposé complet des données qui précèdent.

2) *Si les syndics avaient réalisé les créances de la Barcelona Traction contre les filiales, ils auraient causé un préjudice grave à la masse, sans possibilité d'éviter la vente.*

---

<sup>1</sup> Le rachat du gage prévu à l'article 918 se fonde sur la faculté qu'ont les syndics d'apporter à la masse la chose donnée en gage s'ils estiment que la vente qu'ils peuvent réaliser leur rapportera une somme supérieure à celle qu'ils ont versée pour le rachat. Mais s'ils avaient racheté la garantie détenue par la *Westminster*, ils n'auraient obtenu aucun bien à vendre, puisque l'objet était des obligations *First Mortgage* émises par la faillite; il s'agissait de dettes qui s'annulaient et non d'éléments d'actif susceptibles d'être réalisés.

530. La *Réplique* prétend (V, par. 723 à 726, pp. 534 à 536) que les syndics auraient pu éviter la vente s'ils avaient rempli leur devoir légal de « recouvrer et toucher toutes les créances du failli »<sup>1</sup>.

Ce miracle économique devait être réalisé, selon la *Réplique*, de la manière suivante: la *Barcelona Traction*, directement ou par l'intermédiaire d'*International Utilities*, était censée d'être créancière d'*Ebro* pour quelque 50 millions de dollars. *Ebro* avait, au moment de la déclaration de la faillite, une trésorerie de 160 millions de pesetas, équivalant à 14 millions de dollars, disponibilités qui pouvaient être augmentées en faisant appel au crédit bancaire qui, paraît-il, était pratiquement illimité.

Les syndics, comme représentants légaux de la *Barcelona Traction* d'une part et, d'autre part, en tant que « maîtres absolus » des sociétés auxiliaires, pouvaient accepter pour compte de l'une, et faire accepter par les autres, le paiement des créances pour leur équivalent en pesetas au cours du jour du paiement. On pouvait ainsi assurer, d'après ce que soutient la partie adverse, le paiement de la faillie envers ses créanciers.

Cette explication, qui prête à de curieuses réflexions<sup>2</sup>, n'a aucun sens.

531. Les syndics de la faillite de la *Barcelona Traction* avaient le devoir légal de conserver le patrimoine de la faillie; mais dans le cas de celle-ci, on ne peut perdre de vue l'équivalence économique entre ce patrimoine et celui des filiales<sup>3</sup>. Priver l'exploitation

<sup>1</sup> Le *Mémoire* belge de 1962 (I, par. 110, p. 55) mentionnait d'une manière vague et imprécise l'obligation des organes de la faillite de recouvrer les créances de la *Barcelona Traction* à l'égard d'*Ebro*, en ajoutant: « Ceci leur eût permis d'assurer rapidement le paiement des arriérés revenant aux obligations de la société prétendument faillie puisque de plein droit, par l'effet de la faillite, les dettes libellées en livres n'étaient exigibles en Espagne qu'en pesetas ». D'après l'endroit où figure cette accusation et d'après la référence aux organes de la faillite, on pouvait seulement conclure que le Gouvernement belge visait dans le *Mémoire* le commissaire et le séquestre-dépositaire de la faillite et non les syndics; il était tout aussi inimaginable de déduire de ce paragraphe que la prétendue obligation de payer « les arriérés revenant aux obligations » pouvait viser le total des dettes de la faillie en principal et intérêts des obligations. Evidemment, on ne disait pas que la vente pouvait être inutile en raison de ce paiement. Le *Contre-mémoire* (par. 124, p. 320), s'est référé à l'impossibilité de ce que les organes de la faillite, et plus précisément le séquestre-dépositaire, aient pu payer les intérêts arriérés des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage*; il ajoutait que le paiement devait être étendu en tout cas au principal et aux intérêts et que, pour l'effectuer, les moyens économiques nécessaires faisaient défaut. La *Réplique*, sans répondre franchement aux arguments du *Contre-mémoire*, donne maintenant un tour totalement différent à cet argument, en prétendant que c'étaient les syndics qui devaient payer les dettes de la faillie envers ses créanciers, et que les moyens dont ils disposaient étaient suffisants. C'est pourquoi la question n'est plus traitée au même endroit ni sous le même angle.

<sup>2</sup> Le Gouvernement belge, contrairement à ses thèses précédentes, reconnaît:

a) que les pouvoirs des syndics tenaient à deux causes différentes: ils étaient les représentants légaux de la faillie, en vertu de l'incapacité de celle-ci, et ils avaient la « maîtrise absolue » des filiales, par l'exercice des droits attachés aux actions de celles-ci;

b) que les filiales conservaient leur personnalité morale distincte mais non indépendante, et que la confusion des patrimoines soutenue dans la *Réplique* (par. 48 ss.) était inexistante. S'il était exact que la trésorerie d'*Ebro* était devenue partie intégrante de la masse de la faillite, comment peut-on imaginer même la possibilité que les syndics exigent d'*Ebro* le paiement en faveur de la *Barcelona Traction*, par l'entremise formelle d'*International Utilities*?

c) que les organes de la faillite avaient le droit de retenir, en tant qu'administrateurs de la *Barcelona Traction* et celle-ci étant actionnaire et obligataire unique d'*Ebro*, le solde de sept millions et demi de pesetas qui est devenu partie de la masse, et qui a été présenté précédemment par la *Réplique* comme une méconnaissance de la personnalité morale d'*Ebro*.

La *Réplique* tombe donc dans des contradictions flagrantes.

<sup>3</sup> C'est ce que reconnaît la *Réplique* elle-même lorsqu'elle parle de l'évaluation du patrimoine de la faillie (par. 186, p. 111).

économique des moyens nécessaires pour subsister et pour développer ses activités, c'était frapper à mort non seulement les filiales mais aussi, par contrecoup, la faillie elle-même, dont les droits n'avaient d'autre valeur financière que celle de l'exploitation.

Si les syndics ne voulaient pas diminuer la valeur des biens saisis sur la faillie, leur principal devoir était de veiller à ce que les filiales puissent continuer l'exploitation, avec le moins de difficultés de trésorerie possible. Ils avaient ce devoir, non seulement à l'égard des créanciers de la *Barcelona Traction*, mais aussi à l'égard des créanciers des filiales qui avaient un droit légitime à ne pas voir mettre en péril le patrimoine qui leur servait de garantie.

Cette considération élémentaire empêchait les syndics d'agir comme le Gouvernement belge dit qu'ils auraient dû le faire. Les filiales, comme le reconnaît la *Réplique* (par. 725, p. 535), « avaient financé la plus grande partie de leurs installations nouvelles en réinvestissant le plus clair du produit de leur exploitation »<sup>1</sup>; les nouveaux conseils d'administration, pour pouvoir maintenir intact le patrimoine qui leur avait été confié, avaient également besoin du « plus clair du produit de leur exploitation » pour faire face aux frais normaux de celle-ci et aux travaux nouveaux exigés par les concessions administratives dont les sociétés étaient titulaires. S'ils avaient payé aux syndics les sommes qui leur étaient dues pour que ceux-ci, à leur tour, les aient utilisées pour diminuer le passif de la *Barcelona Traction*, ils auraient mis les filiales en faillite.

532. Toutes ces considérations ont un intérêt très secondaire eu égard à un fait essentiel, savoir que les dettes n'auraient pu être payées même si l'on avait vidé les caisses d'*Ebro*. Etant donné que ces dettes étaient de plus de 10 millions de livres sterling, comment donc aurait-on pu les payer avec la trésorerie d'*Ebro*?

Le Gouvernement belge aura beau essayer de masquer la réalité des faits, celle-ci parle par elle-même. Dans le meilleur des cas — du point de vue du Gouvernement belge — le passif atteint 371 millions de pesetas<sup>2</sup>. La trésorerie d'*Ebro* ne dépasse pas, dans les circonstances les plus favorables — et sans tenir compte de certaines dettes à court terme — la somme de 266 millions de pesetas. Le Gouvernement espagnol qui sait quand même compter, croit pouvoir conclure à ce qu'il y a là un écart de plus de 100 millions de pesetas.

Si l'on ajoute à cela que les filiales devaient faire face aux responsabilités découlant des délits monétaires commis par les anciens administrateurs<sup>3</sup>, comment la partie adverse peut-elle soutenir qu'il était possible de couvrir le passif de la faillie sans « bouleverser la trésorerie des sociétés auxiliaires »?

La *Réplique* tente de compléter son argument, par un autre qui est encore plus fragile. L'argent manquant aurait pu être obtenu des banques à titre de prêt, car les filiales n'étaient pas en état de faillite et étaient indiscutablement solvables.

<sup>1</sup> C'est ainsi qu'est erronée l'affirmation si souvent répétée par la *Barcelona Traction* et endossée par le Gouvernement belge, suivant laquelle le produit de l'exploitation suffisait aux filiales pour se financer elles-mêmes et, en même temps, pour payer les intérêts et amortir le principal des obligations des trois rangs conformément aux dispositions des actes de *trust*.

<sup>2</sup> Pour déterminer ce chiffre, la *Réplique* se réfère aux paragraphes 755 et suivants. Il suffit d'indiquer ici, pour le moment, qu'il est faux que la déclaration de faillite en Espagne ait transformé les obligations en livres en obligations en pesetas au cours de la date de la déclaration de faillite (*infra*, par. 640 et suivants).

<sup>3</sup> Le déficit aurait été encore plus important si les syndics avaient affecté près de 77 millions au rachat des obligations *First Mortgage* qui se trouvaient entre les mains de la *Westminster Bank*.

La *Réplique*, V, prouve qu'ils ont, à la page 535, oublié ce que l'on a dit aux pages 116 et suivantes. Ou bien est-ce que la division en deux parties a comme but véritable de couvrir des contradictions flagrantes?

En traitant dans cette partie de l'évaluation par l'expert M. Soronellas (R., par. 194 ss., pp. 116 ss.)<sup>1</sup>, le Gouvernement belge reconnaît que les sociétés d'électricité, y compris celles qui pouvaient avoir accès sans difficulté au marché des capitaux, avaient un rendement très bas, se trouvaient dans une situation critique, et prétend que c'est seulement lorsqu'un décret de 1951 — relevant les tarifs — a commencé à produire ses effets que l'on a pu penser que les compagnies d'électricité recouvreraient une rentabilité suffisante pour recourir au crédit.

S'il en était ainsi pour des sociétés absolument solvables, qui pouvaient s'adresser au marché des capitaux en vue d'obtenir de l'argent pour augmenter et développer leur exploitation, il est tout à fait illogique d'envisager la possibilité qu'*Ebro* et ses autres filiales qui se trouvaient dans une situation économique déficitaire<sup>2</sup> pouvaient recourir à ce crédit, non pas pour financer l'exploitation, mais pour couvrir un passif qui dépassait largement leur trésorerie.

533. On peut en outre démontrer que la partie adverse se trompe lorsqu'elle invoque l'argument que les syndics pouvaient réaliser les créances pour payer les créanciers de la maison mère.

Dans le dossier de la *receivership*, il existe un mémorandum du *receiver* en date du 20 juin 1951, dans lequel il exprime la crainte que :

« les syndics (de la faillite espagnole) puissent prétendre disposer des obligations General Mortgage et des obligations Cumulative Income d'*Ebro*, et transférer ainsi à tout acquéreur de celles-ci un droit substantiel contre *Ebro* ».

Il indiquait ensuite que les avocats conseillaient d'introduire une action en Espagne pour attaquer l'inscription au Registre du Commerce en prouvant que lesdites obligations étaient la propriété de la *Barcelona Traction*, aux fins de :

« empêcher toute prétendue vente des obligations General Mortgage et des obligations Cumulative Income d'*Ebro* par les syndics ».

De ces déclarations du *receiver*, il ressort des conséquences curieuses<sup>3</sup>. Le *receiver*, en contact constant avec la faillite, craignait précisément que, par une autre voie, on par-

<sup>1</sup> On lit dans ce paragraphe des affirmations aussi claires que les suivantes :

« les revenus sur lesquels l'expert se fondait étaient, depuis de nombreuses années, *anormalement bas* » (p. 116).

« En 1948, la situation de l'industrie électrique en Espagne était devenue des plus critique... » (p. 116).

« Dès le 12 janvier 1951..., un décret instaurait un nouveau régime de tarifs qui, compte tenu des formules adoptées, devait nécessairement augmenter de manière substantielle les revenus... » (p. 117).

« L'expert... pouvait raisonnablement partir du principe que le nouveau décret *tendrait à restituer aux sociétés d'électricité une rentabilité suffisante pour leur permettre de trouver sur le marché les capitaux nécessaires au financement du développement, indispensable et incessant*, de leurs installations » (p. 117). (C'est nous qui composons en italiques.)

<sup>2</sup> On a démontré, au sujet de la cessation de paiements, que la situation financière de la *Barcelona Traction* et ses filiales était précaire (voir *supra*, par. 181).

<sup>3</sup> Entre autres, évidemment, celle de la reconnaissance implicite de ce que les obligations pouvaient être aliénées dans l'état où se trouvait la faillite, et bien que les titres des obligations se trouvent au Canada.

vienne à ce qui était — selon ce que le Gouvernement belge affirme aujourd'hui — convenable et obligatoire, c'est-à-dire à ce que l'on exige d'*Ebro* le paiement des obligations General Mortgage et Cumulative Income de ladite société. Il importe peu à cet égard que l'exigence ait pu être formulée directement par les syndics ou par un tiers auquel les syndics auraient vendu les obligations sans les actions des filiales, puisque le résultat aurait été le même: priver les filiales de leur possibilité de subsister et les mettre en situation de cessation de paiements à l'égard de leurs créanciers, c'est-à-dire en état de faillite. Et on prétendait empêcher cela en intentant en Espagne les actions correspondantes <sup>1</sup>.

B. *Les syndics n'ont manqué à aucun devoir légal en ce qui concerne la réintégration du patrimoine de la faillite*

534. La *Réplique* (par. 725, p. 535) soutient que les syndics, en ne recouvrant pas les dettes des filiales à l'égard de la maison mère et en ne rachetant pas les obligations First Mortgage que détenait la *Westminster Bank* à titre de garantie des obligations en pesetas, ont manqué aux devoirs que leur imposaient les articles 1218, paragraphe 3 du Code de procédure civile et 918 du Code de commerce.

Mais en réalité, aucun de ces textes n'impose de *devoirs* légaux aux syndics, de sorte qu'on ne comprend pas comment ces devoirs auraient pu ne pas être respectés.

L'article 1218 dispose que:

« Sont des *attributions* des syndics: ... 3<sup>o</sup>. De percevoir et d'encaisser toutes les créances, revenus et pensions qui appartiennent à la faillite civile (*concurso*) et de défrayer celle-ci des dépenses *qui soient indispensables* pour la défense de ses droits et pour la conservation et le bénéfice de ses biens » (c'est nous qui soulignons).

Cet article confère donc aux syndics une *attribution* ou un pouvoir, mais ne leur impose aucun devoir. Ce n'est pas, de la part du législateur, une simple manière de parler; cette disposition a tout son sens juridique: l'administration et la liquidation du patrimoine sont laissées à la charge des syndics qui devront le gérer avec la prudence d'un père de famille. Ce n'est que si, dans la gestion même, ils commettaient des négligences, s'ils ne faisaient pas preuve de la diligence propre à un bon commerçant, qu'ils encourraient une responsabilité pour les dommages qu'ils auraient pu causer. Mais il ne convient pas de considérer qu'il y a négligence du simple fait qu'ils n'usent pas de l'une des attributions que leur confère l'article 1218 du Code <sup>2</sup>.

Lorsque le même article se réfère aux frais que les syndics peuvent faire pour la défense des droits du failli, il s'agit seulement des frais « indispensables »; c'est donc une erreur manifeste de vouloir voir dans la disposition citée un mandat impératif et concret donné aux syndics, alors qu'au contraire il leur est attribué des pouvoirs dont ils devront user pour le plus grand bien de la masse.

<sup>1</sup> Le *receviver* a demandé l'autorisation du tribunal pour introduire ces actions, et cette autorisation lui a été accordée par une ordonnance du 6 juillet 1951.

<sup>2</sup> Un simple exemple suffit pour illustrer cette affirmation: si le failli est créancier d'un tiers, mais que ce tiers soit insolvable, les syndics ne sont en aucune manière tenus d'exercer contre lui les actions judiciaires pour le recouvrement de la dette, car cela supposerait des frais inutiles à la charge de la masse, sans aucune chance de succès.

535. Quant à l'article 918 du Code de commerce, inapplicable dans le cas de la garantie qui se trouvait entre les mains de la *Westminster Bank*, puisque cette garantie ne constituait pas un gage, c'est également un pouvoir et non un devoir qu'il confère aux syndics. Les créanciers *gagistes* n'auront pas l'obligation d'apporter à la masse les valeurs ou les objets qu'ils ont reçus en gage, à moins que la représentation de la faillite ne *désire* les recouvrer en payant intégralement la créance à laquelle ils sont attachés; et le législateur prévoit dans ce texte ce qu'il faudrait faire « *si la masse n'usait pas de ce droit* »<sup>1</sup>.

536. En l'absence donc de *devoirs* impératifs à remplir, ces préceptes ne peuvent avoir été violés. La conduite des syndics doit donc être jugée en examinant si, dans chaque cas concret, ils ont agi avec prudence dans l'exercice de leurs pouvoirs ou de leurs attributions.

Les syndics de la faillite de la *Barcelona Traction* ont agi prudemment dans l'exercice de leurs fonctions et, par conséquent, on ne peut parler d'infraction légale d'aucune sorte. Mais en outre, pour qu'il y ait lieu de parler de négligence dans la conduite des syndics, il ne suffit pas que les syndics se soient trompés dans leurs calculs; ils peuvent se tromper dans leurs prévisions purement économiques, sans que l'on puisse pour autant les en tenir pour responsables.

En tout cas, on ne voit pas comment on pourrait imputer une responsabilité internationale aux actes des syndics faits dans l'exercice de certains pouvoirs discrétionnaires dont ils pouvaient user ou non suivant leur jugement.

### § 3: CAUSES QUI ONT DÉTERMINÉ LES SYNDICS À DEMANDER L'AUTORISATION DE VENDRE

537. Le Gouvernement belge fonde son accusation contre les syndics du fait qu'ils ont demandé l'autorisation de vendre le patrimoine de la faillite, et ceci sur une affirmation dénuée de preuve: le « désir évident du groupe March de s'emparer des biens le plus vite possible » (R., V, par. 705, p. 522).

Faute de cette preuve, indispensable pour soutenir son accusation, la *Réplique*, (p. 533) prétend qu'il y a eu « détournement de la procédure de faillite de son but légal » puisque les syndics n'ont pas cherché à payer les créanciers, mais à vendre les biens au groupe privé espagnol (R., par. 722, p. 534). Le Gouvernement espagnol fait observer ici que l'on ne fournit pas davantage de preuve de ce « détournement » et que la *Réplique* tente de suppléer à l'absence de preuve par des déductions inacceptables.

Mais, au surplus, l'accusation de la partie adverse est en contradiction avec un fait qui ne peut être discuté: les syndics, bien qu'ayant été nommés en 1949, n'ont demandé la vente des biens que lorsque les circonstances ont mis en grave péril de dépréciation le patrimoine de la *Barcelona Traction*. Conscient de ce fait, la *Réplique* tente d'en éviter les conséquences en cherchant une explication dans ce qu'il appelle « l'interlude de deux ans » (R., par. 705, pp. 521-522), et en niant la réalité des causes qui ont conduit les syndics à demander l'autorisation de vendre (R., par. 159 à 161, pp. 94-95).

<sup>1</sup> Cela est tellement évident que, lorsque la *Barcelona Traction* a formulé une demande contre les syndics le 20 juin 1955, en se fondant sur le fait qu'ils n'avaient pas racheté la garantie, elle n'a pu moins faire que reconnaître que « si l'article 918 du Code de commerce de 1885 n'oblige pas les détenteurs d'un gage (que ce soit un créancier ou un tiers) à rapporter ce gage à la masse de la faillite, il autorise celle-ci (et, en son nom, les syndics) à pouvoir rentrer en possession du gage moyennant le paiement des engagements auxquels celui-ci est attaché ».

A. *Le prétendu « détournement de la procédure de faillite de son but légal »  
et le prétendu « interlude de deux ans »*

538. Dans les alinéas qui précèdent, on a démontré de manière concluante combien étaient injustifiées les accusations formulées contre les syndics pour ne pas avoir incorporé à la masse la trésorerie d'*Ebro* et n'avoir pas racheté les obligations First Mortgage que détenait la *Westminster Bank* en tant que garantie des obligations de troisième rang.

De toute façon, ni l'une ni l'autre de ces opérations n'aurait pu éviter la vente des biens de la faillie, en sorte qu'on ne voit pas comment la conduite des syndics peut servir de base à la déduction qu'il y aurait eu un prétendu « détournement ».

On peut encore moins tenir compte de l'argument que la vente a été réalisée à un moment où les syndics ne pouvaient payer légalement les créanciers (R., par. 727, p. 536). Le Gouvernement belge explique que les syndics devaient vendre le patrimoine du failli dans le cadre de la deuxième Section, pour pouvoir, avec le produit de la vente, payer les créanciers dans le cadre de la quatrième Section. Le fait est exact, mais on veut en tirer la conclusion, à tous points de vue illogique, que la vente ne peut être réalisée qu'au moment où les syndics sont en état de payer les créanciers.

Cet argument ne tient pas debout. Le paiement aux créanciers, dans le cadre de la quatrième Section, se fait après la reconnaissance et le classement des créances; une fois ces opérations effectuées, on peut payer avec l'argent tiré de la vente. Mais la seule conséquence valable, c'est que cette vente doit avoir lieu *avant* le paiement, puisque celui-ci ne peut se faire sans le produit de la vente.

La partie adverse, au contraire, affirme que le paiement conditionne la vente, puisque à son avis la vente est possible seulement quand les syndics sont en état de payer. Le « travestissement » de la cause et de l'effet, de l'acte conditionnant et de l'acte conditionné est donc évident. Que la vente soit la condition du paiement ne suppose jamais que le paiement soit, de son côté, condition de la vente.

Les syndics doivent vendre dans la deuxième Section de la procédure, quel que soit l'état de la quatrième. Si, ayant vendu, ils ne sont pas encore en état de payer, les opérations de reconnaissance et de classement des créances n'étant pas terminées, le produit de la vente est versé à la Caisse générale des dépôts, d'où il sera retiré lorsque le paiement devra avoir lieu.

539. Pour couronner ces déductions, qu'elle tente de présenter comme une preuve du « détournement », la *Réplique* (par. 728, p. 537) reproduit une allégation de l'avocat de la faillie lorsqu'il a formé un recours contre l'autorisation judiciaire de la vente; il dit que la *Barcelona Traction* n'a pas cessé d'affirmer devant les tribunaux espagnols que les créanciers n'avaient pas l'intention de recouvrer leurs créances, mais qu'ils voulaient simplement s'approprier le patrimoine de la faillie et que, malgré cette dénonciation, les tribunaux n'ont pas statué à ce sujet, violant le principe dispositif et avouant ainsi qu'ils avaient parfaitement connaissance de la violation des règles relatives à l'objet de la vente.

L'invocation ici du principe dispositif est, il n'est pas besoin de le dire, dépourvue de toute logique. En vertu de ce principe, les tribunaux ont l'obligation de statuer sur



les infractions à la loi qui leur sont dénoncées de manière concrète, sans avoir besoin de répondre à toutes les affirmations, une par une, faites par les parties dans leurs actes lorsqu'elle ne visent aucune infraction précise à la loi et lorsque le plaideur se borne à attribuer à la partie adverse des intentions tortueuses, sans apporter aucune preuve ni aucune justification, ni même le moindre indice (*supra*, pars. 521 et ss.).

Le prétendu aveu des tribunaux constitue donc une affirmation gratuite de la *Réplique*<sup>1</sup>.

540. La *Réplique* (V, par. 705, p. 521) s'étonne que la vente n'ait été réalisée « aussi tôt, mais, au contraire, aussi tard ». Et elle veut expliquer « l'interlude de deux ans », entre la nomination des syndics et leur demande d'autorisation de procéder à la vente, par la connaissance qu'ils avaient des obstacles légaux qui empêchaient cette vente.

L'explication logique de cet « interlude » résulte, quoi qu'en pense le Gouvernement belge, de la nature même de l'affaire exploitée par les filiales de *Barcelona Traction*. Les syndics, après avoir pris possession de leur charge, ont eu besoin d'un certain temps pour connaître la situation exacte de l'exploitation au point de vue financier, car il est impensable qu'ils pouvaient immédiatement juger de la marche de l'affaire. Une fois la situation connue, et se rendant compte des graves dangers de désintégration qui menaçaient l'entreprise, après avoir consulté des experts compétents, ils furent en mesure de demander l'autorisation de vente.

Mais le Gouvernement belge, loin d'envisager la question, comme il serait logique, sur le plan de l'évaluation par les syndics de la marche de l'affaire, veut la placer sur le plan des désirs des créanciers. Les créanciers n'ont pas demandé aux syndics la vente pendant deux ans à cause du *désir évident du groupe March de voir les obligataires — appartenant ou non au groupe — toucher ce qui leur était dû*, sans qu'il soit nécessaire de parvenir à la vente des biens. Aucun débiteur n'a eu, comme la *Barcelona Traction*, autant d'occasions de garder ses biens, à la seule condition de payer ce qu'elle devait à ses créanciers.

Les créanciers<sup>2</sup> se sont bien gardés de pousser les syndics à demander l'autorisation de vendre jusqu'au moment où, en retardant la vente, ils risquaient d'occasionner de très graves préjudices à la masse; jusqu'alors, ils ont tenté tout d'abord, et sans résultat, de négocier avec le groupe adverse, et ils ont ensuite espéré que ce groupe remplirait ses obligations ou offrirait un concordat équitable qui aurait évité la réalisation de l'actif de la faillie. C'était un espoir vain parce que le groupe protégé par le Gouvernement belge ne s'est jamais montré disposé à payer.

541. Laisant de côté les négociations tentées par les créanciers à plusieurs reprises, avant la déclaration de faillite de la *Barcelona Traction*, il importe de rappeler tout ce

<sup>1</sup> La *Réplique* (p. 537, note 1), sans même expliquer le rapport qu'il peut y avoir avec le sujet traité dans le texte, fait diverses allusions à la procédure suivie lors de la vente et aux recours introduits par la faillie; dans tous les points qui sont traités dans cette note, on observe que la *Réplique* se contente de reproduire des accusations formulées dans le *Mémoire*, en soutenant que les réponses du Gouvernement espagnol dans le *Contre-mémoire* ne sont pas convaincantes, mais sans prendre la peine de les discuter.

<sup>2</sup> Comme il a été déjà dit à de nombreuses reprises, les créanciers n'étaient pas des organes de l'Etat espagnol, lequel, par conséquent, n'a aucune responsabilité en ce qui concerne leurs désirs et leurs desseins. Mais, lorsque l'on constate que même sur le chapitre des imputations aux particuliers qui font face au groupe que protège la partie adverse, on affirme des faits qui sont contredits par les preuves, il est utile de le porter à la connaissance de la Cour.

qui a été dit au sujet des tentatives de négociation des créanciers postérieures à cette déclaration (Partie I, Chap. II, Sec. II). Le 3 mars 1948, des entretiens avaient eu lieu entre M. Duncan et M. Juan March en vue de parvenir à un accord; les créanciers avaient même suggéré des concessions à la faillie, pour une période raisonnable et le temps d'arriver à un accord. La responsabilité du rejet de ces négociations incombe à la faillie <sup>1</sup>.

Le Comité des obligataires Prior Lien a cherché, en juillet 1948, à entamer de nouvelles négociations avec le *receiver* et avec les hommes de la *Barcelona Traction*. Les entretiens ont été reportés, M. Heineman s'étant excusé <sup>2</sup>.

Fin 1949, les créanciers ont fait une nouvelle tentative; à cette fin, M. Botas s'est adressé à Me Roberto Sánchez, avocat de la faillie désigné par le *receiver*, en lui indiquant qu'il serait possible de parvenir à un accord pour régler toute l'affaire de la *Barcelona*; et les 30 et 31 décembre de la même année, les conversations entre Botas et Sánchez ont continué <sup>3</sup>.

Si les créanciers avaient voulu s'emparer le plus rapidement possible du patrimoine de la société, ils ne se seraient pas, logiquement, engagés sur la voie de la négociation, alors que ce sont eux qui ont pris l'initiative de tous les rapprochements jusqu'en 1949.

Postérieurement, le groupe des créanciers a cessé de prendre l'initiative, mais en espérant que ce serait la faillie qui tenterait le rapprochement et chercherait une solution; le 27 juillet 1951 a eu lieu à Genève une entrevue entre M. Juan March et le *receiver*, lequel a alors indiqué qu'il ne lui appartenait pas de prendre les devants et que la démarche pourrait venir de la société faillie <sup>4</sup>. Seule une attitude incompréhensible de la part de la faillie, qui est celle qu'elle a effectivement adoptée, pouvait frustrer l'espoir des créanciers dans la possibilité d'un concordat qui leur permettrait de recouvrer intégralement leurs créances.

En août 1951, le *receiver* s'est rendu à New York pour s'entretenir avec la *Barcelona Traction* et avec *Sidro*, auxquelles il avait déjà envoyé copie du mémorandum où il relatait l'entrevue. Il leur a demandé si elles étaient disposées à entamer des négociations avec M. March et elles ont répondu qu'elles décideraient en septembre. L'idée de négociations, on le voit, ne suscitait aucun intérêt, certainement parce qu'elles étaient subordonnées à la nécessité de faire preuve sérieuse de vouloir et pouvoir payer les dettes de la faillie.

La réponse n'est pas venue et le *receiver* a demandé au tribunal d'Ontario, le 24 décembre 1951, l'autorisation de convoquer une réunion en vue de parvenir à un accord, et le juge a rendu une ordonnance en ce sens le 27 décembre 1951. Le *receiver* a tenté d'exécuter cette mission mais, comme il l'a déclaré dans son mémorandum postérieur,

---

<sup>1</sup> C'est ce qui ressort des télégrammes joints comme documents de preuve IX et X au mémorandum du *receiver* du 28 juillet 1948.

<sup>2</sup> Sur la proposition de Juan March et les concessions qu'il suggérait, on peut consulter l'affidavit présenté par M. Duncan devant les tribunaux canadiens le 29 septembre 1949, enregistré le 4 octobre suivant.

<sup>3</sup> C'est ce qui ressort du mémorandum présenté par le *receiver* le 16 janvier 1950.

<sup>4</sup> Au cours de cette entrevue, relatée d'ailleurs dans le mémorandum du *receiver* joint comme preuve H, il paraît que M. March a affirmé son intention de toucher ce qui était dû aux créanciers et a dit qu'il n'avait aucun intérêt à s'assurer le contrôle de la société faillie. Le *receiver* ajoutait que tout accord qui pourrait intervenir entre March et les intérêts de l'actionnaire devrait prévoir le paiement total de tous les obligataires. Il n'était pas disposé (March) à négocier pour ses seuls titres et à laisser les obligataires minoritaires en mauvaise posture.

il a été avisé par *Sidro* que cette société n'était pas disposée à entamer des négociations « dans l'espoir d'exploiter la possibilité de trouver certaines méthodes propres à améliorer sa position en matière de négociation ». Il explique que, par contre, suivant certains renseignements de janvier 1952, M. March « entamerait des négociations avec *Sidro* à condition qu'il soit accepté que les obligataires aient droit à ce que les sommes qu'ils réclamaient leur soient payées en totalité », et que le Gouvernement canadien avait reçu certaines suggestions indiquant que cette proposition demeurait valable <sup>1</sup>.

Ces efforts des créanciers, auxquels pendant près d'une année le *receiver* semble avoir loyalement collaboré ont échoué, une fois de plus, devant l'attitude négative des hommes de la faillie. C'est pourquoi le *receiver* disait, dans son memorandum du 2 mars 1953, en visant la réponse précédente de *Sidro*, qu'« il avait discuté plusieurs fois avec des représentants de *Sidro* sur la possibilité d'entamer des négociations en vue d'un accord » et qu'il était convaincu que *Sidro* « n'avait pas cherché pendant cette période ni désiré la reprise d'efforts de ma part pour organiser une réunion entre elle-même et les intérêts de March ».

Est-ce donc, que les protégés du Gouvernement belge ne l'ont pas informé de ces efforts des créanciers et du *receiver*, qui se sont toujours heurtés au mur opposé par les hommes de la faillie à toute négociation qui aurait pu conduire au paiement des dettes? C'est seulement ainsi que l'on peut comprendre que le Gouvernement belge ose trouver extraordinaire cet « interlude de deux ans » et qu'il prétende en outre que la vente a constitué un « détournement de la procédure de faillite de son but légal ».

#### B. Réalité des causes qui ont déterminé les syndics à demander l'autorisation de vendre

542. Le 13 août 1951, les syndics ont adressé au commissaire de la faillite une requête sollicitant l'autorisation de vendre. Ils considéraient que le patrimoine de la faillie, à l'intégrité duquel ils devaient veiller, courait de graves risques qui ne pouvaient être évités que par une vente rapide; mais au lieu de faire valoir leur propre avis et bien qu'aucun texte légal ne leur en fasse obligation, ils se sont adressés à divers experts en leur demandant conseil <sup>2</sup>.

Ils ont sollicité, à cet effet, l'avis d'experts pour déterminer les risques que courait le patrimoine de la faillie si la situation dans laquelle se trouvait l'administration se prolongeait <sup>3</sup>; ils ont demandé également l'avis d'autres experts pour savoir s'ils avaient ou non les pouvoirs juridiques pour vendre <sup>4</sup> et, finalement, ils ont demandé l'opinion

<sup>1</sup> Le *receiver* rapporte que le Président des filiales en Espagne s'était de nouveau adressé à Me Roberto Sánchez, en lui demandant s'il voulait agir comme intermédiaire, et que celui-ci n'avait pas accepté. Voir le memorandum du 18 avril 1952.

<sup>2</sup> La *Réplique* préfère ne pas mentionner ce point, sans doute parce que le fait dément que les syndics auraient été disposés à recourir à n'importe quelle procédure pour s'approprier les biens de la faillie et plus encore qu'ils auraient pu compter à cette fin sur la bienveillance des tribunaux espagnols.

<sup>3</sup> L'avis sur les risques courus par le patrimoine de la faillie a été donné par MM. Bardia et Ibáñez, le 6 août 1951 (A.C.M., N° 152, doc. 3, vol. VIII, pp. 295 ss.). Les deux experts étaient des experts comptables, membres de l'« Instituto de Censores Jurados de Cuentas », institution qui jouit en Espagne d'un prestige mérité.

<sup>4</sup> Sur les pouvoirs des syndics en ce qui concerne la vente, la consultation a été donnée par les Professeurs de l'Université de Barcelone, MM. Polo, Professeur de droit commercial, et Ballbé, Professeur de droit administratif, tous deux très renommés sur le plan professionnel. La réponse aux questions des syndics leur a été donnée en août 1951, et la consultation complète, avec un ample développement de toutes les questions, leur a été remise en novembre de la même année.

d'un autre expert sur la manière dont, à son avis, ils devaient organiser la vente pour en tirer le plus grand avantage <sup>1</sup>.

Les syndicats ont donc agi scrupuleusement, conseillés par des personnes honorables que la partie adverse n'a pu d'aucune manière récuser et auxquelles on ne peut imputer, sans preuves ni indices, une légèreté ou une mauvaise foi, incompatibles avec leur véritable conduite.

543. La *Réplique* (V, par. 159 et 160, pp. 94 ss.) critique le *Contre-mémoire* d'avoir défiguré les causes pour lesquelles les syndicats ont demandé au commissaire l'autorisation de réaliser la vente <sup>2</sup>. Le *Contre-mémoire* disait que les syndicats avaient invoqué deux raisons très valables: l'insuffisance de la trésorerie des sociétés auxiliaires par suite de la faillite, et les dangers qui résultaient de la déclaration conjointe faite en juin 1951 par les Gouvernements d'Espagne, de Grande-Bretagne et du Canada (p. 397). La *Réplique* affirme (p. 94) que « c'est là un travestissement de la requête », et que la seule cause alléguée par les syndicats a été le danger qui découlait de l'Acte tripartite.

Le Gouvernement belge est mal fondé à formuler cette critique qui se retourne immédiatement contre la partie adverse.

Aux termes de la *Réplique* (par. 160, p. 94):

« les syndicats n'ont pas soutenu que la trésorerie était insuffisante en soi, et que notamment, elle n'aurait pas permis les nouveaux investissements nécessaires pour adapter les installations des sociétés concessionnaires aux besoins croissants de la consommation ».

Au contraire, les syndicats ont fait leur avis des experts, MM. Bardía et Ibáñez (A.C.M., N° 152, doc. 3, Vol. VIII, p. 302), affirmant que les risques extraordinaires auxquels était exposé le patrimoine de la faillie provenaient des irrégularités relevées dans les opérations de la *Barcelona Traction*, et de la difficulté de financer convenablement l'exploitation <sup>3</sup>.

La *Réplique* (p. 94, note 3) est contrainte de reconnaître l'existence de ce rapport et cherche à dissimuler l'importance de cet aveu, en soutenant que le *Contre-mémoire* « reprend cette allégation », comme si elle était dissociée des allégations contenues dans la requête <sup>4</sup>. Mais le fait que les syndicats ont invoqué expressément l'opinion de ces experts

<sup>1</sup> Le rapport a été présenté le 7 août 1951 par M. Climent, courtier commercial à Reus (A.C.M., N° 152, doc. 4, vol. VIII, p. 316).

<sup>2</sup> La *Réplique* ne cesse de mépriser la réalité historique; ainsi elle n'hésite pas à affirmer que les syndicats ont adressé leur demande au juge spécial (p. 93), alors qu'il est évident que la demande était adressée exclusivement au commissaire.

<sup>3</sup> Les experts disaient textuellement:

« Les risques extraordinaires auxquels est exposé l'actif actuel de la faillite sont essentiellement de deux sortes:

a) risques découlant des irrégularités relevées dans les opérations de la *Barcelona Traction* et des sociétés subordonnées ou subsidiaires;

b) risques provenant de la difficulté insurmontable de financer convenablement le groupe de sociétés.

Les uns et les autres peuvent donner lieu aux divers préjudices que nous analyserons ci-après ».

<sup>4</sup> Dans le dernier paragraphe de la note 3, au bas de la page 94 de la *Réplique*, on soutient que les experts ne se sont pas prononcés sur l'opportunité de la vente et que le Gouvernement espagnol, dans le *Contre-mémoire*, leur prête une phrase extraite de la requête des syndicats. L'observation est banale. Les experts ont donné leur avis sur les risques que la situation existante entraînait pour le patrimoine de la faillie, et les motifs qui tenaient à l'existence de ce péril ont été repris par les syndicats comme justifiant leur demande d'autorisation de vendre; le *Contre-mémoire* n'a pas dit autre chose et n'a jamais affirmé que la phrase entre guillemets était extraite du rapport des experts.

dément la thèse adverse, même si l'on ne tient pas compte d'autres déformations contenues dans la *Réplique* et dont il va être question.

544. La *Réplique* (V, par. 160, pp. 94-95) se voit contrainte de reconnaître que le premier paragraphe de la requête des syndics visait la trésorerie nécessaire au développement normal de l'entreprise, mais ajoute immédiatement que les syndics :

« excipèrent de ce qu'ils qualifiaient de 'forme actuelle d'immobilité' des biens saisis, non pas à l'appui d'une insuffisance chronique de trésorerie, mais *uniquement*<sup>1</sup> 'en relation avec ce que mentionne la note diplomatique précitée' ».

Dans l'intitulé de la requête, les syndics n'ont pas utilisé les termes « *mais uniquement* » que la *Réplique* leur attribue; ils ont déclaré que, depuis le 13 février 1948, les biens étaient gérés de manière provisoire et sans que l'on voie la fin de cette gestion provisoire, et ils ont signalé que certains obligataires s'étaient adressés à eux

« sans doute, parce qu'ils sont convaincus de l'exactitude de ce qui précède et qu'ils considèrent en même temps les risques que court le patrimoine administré, risques dérivant de la note signée par Messieurs le ministre de l'Industrie et l'Ambassadeur britannique... »<sup>2</sup>

Les obligataires se sont donc adressés aux syndics, inquiets à la fois du caractère provisoire de l'administration et des risques résultant de l'Acte tripartite, et non *uniquement* en raison de ces risques. Et les syndics, en développant le paragraphe premier, ne laissent subsister aucun doute sur le sens de leur allégation<sup>3</sup>.

545. La *Réplique*, finalement (par. 161, p. 95), soutient que les syndics ont imputé les risques essentiellement à la déclaration conjointe et au compte rendu officiel du Conseil des Ministres, ajoutant que :

« C'est à leur sujet que les syndics déclaraient :  
'La lecture de ces rapports et opinions est si précieuse... »

Il suffit de se reporter au texte même de la requête, tel que le donne le Gouvernement belge (A.M., N° 175, Vol. III, p. 671)<sup>4</sup>, pour constater que le paragraphe de la requête

<sup>1</sup> C'est nous qui composons en italiques.

<sup>2</sup> A.M., N° 175, vol. III, p. 669. Le Gouvernement espagnol renvoie dans ce cas au texte même fourni par la partie adverse, bien qu'il puisse émettre certains doutes quant à l'exactitude de la traduction du texte espagnol. Pour éviter tout doute, il est transcrit ci-après le texte original :

« Desde 13 de febrero de 1948, en que se declaró la quiebra de *Barcelona Traction*, son sus bienes administrados con el carácter de provisionalidad que supone el objetivo del procedimiento de quiebra. No obstante el tiempo transcurrido (más de tres años y medio) no es fácil prever el final de aquella situación que hoy está pendiente de un recurso de casación promovido en un incidente, razón por la cual aquellos bienes seguirán administrados en igual forma por tiempo difícilmente calculable.

Sin duda por este convencimiento, unido a la posibilidad de los riesgos que corre el patrimonio administrado, derivados de la nota suscrita por los señores Ministro de Industria y Embajador de S.M. británica a que luego haremos mención, algunos obligacionistas han llamado la atención de los suscritos poniendo de relieve los peligros que para la conservación del valor de los bienes ocupados, significa, su actual forma de inmovilidad en relación con lo apuntado por la nota diplomática aludida. »

<sup>3</sup> La partie adverse aurait pu s'en rendre parfaitement compte si, au lieu de lire seulement le titre du paragraphe, elle avait lu celui-ci intégralement (A.M., N° 175, vol. III, pp. 669-670).

<sup>4</sup> Le texte original espagnol est exactement rédigé comme suit :

« Decimos esto, no sólo por cuanto afirman los Gobiernos que autorizan el acta y referencia aludidas y por lo que se deduce de los informes emitidos por los peritos, sino también por lo que de manifiesto el asesoramiento solicitado por los suscritos y a que antes se ha hecho referencia.

La lectura de aquellos informes y dictámenes es tan preciosa, tan elocuente y tan edificante, que traer a este escrito párrafos o apartados de dichos informes o de los anexos en que se justifican, sería distraer la atención en favor de unos particulares y en perjuicio del resto de lo que aquellos trabajos significan. »

qui est transcrit dans la *Réplique* ne vise pas l'Acte tripartite ni le compte rendu du Conseil des Ministres, mais l'opinion des experts et le rapport des experts-comptables, MM. Bardía et Ibáñez.

Le Gouvernement espagnol se demande, après cela, à qui on peut le plus justement reprocher d'avoir dénaturé la requête des syndics <sup>1</sup>.

546. Le motif qui guide la *Réplique* pour nier hardiment ce qu'il est ultérieurement apparu que elle a reconnu antérieurement, apparaît clairement si l'on y réfléchit : ce qui intéresse la partie adverse, c'est de présenter l'Acte tripartite comme la seule cause de la vente, pour essayer d'étayer inutilement, l'accusation de collusion entre le Gouvernement espagnol et les intérêts des obligataires, et, à cette fin, l'existence d'une autre cause de vente est extrêmement fâcheuse.

Mais, en outre, il s'agit, par ce procédé commode, de dissimuler la légèreté avec laquelle on soutenait dans le *Mémoire* (I, par. 200, p. 91) que « les recettes de l'Ebro et des autres sociétés auxiliaires s'étaient avérées suffisantes à la veille de la faillite pour assurer à la fois le service des emprunts en pesetas, la constitution de réserves en vue du paiement des arriérés des emprunts en £ et un large auto-financement des entreprises », et de s'épargner la peine de répondre à la réfutation apportée dans le *Contre-mémoire* à la thèse de la faillie et du *Mémoire* qu'il n'y avait pas de cause d'urgence due à l'insuffisance de trésorerie <sup>2</sup>.

C'est pourquoi on prétend (R., V, p. 94, note 3), à propos du rapport des experts, qu'il est oisieux de réfuter en détail les appréciations du *Contre-mémoire* sur la réalité de cette cause, étant donné son « manque de pertinence en l'espèce ». S'il en est ainsi, pourquoi le Gouvernement belge a-t-il soulevé la question dans le *Mémoire*?

547. La partie adverse est déjà beaucoup plus prudente, et formule quelques conclusions qui méritent des commentaires.

Elle affirme en premier lieu qu'il est normal que les sociétés hydro-électriques fassent appel à des emprunts, car leur trésorerie est insuffisante, et que la société *Productora de Fuerzas Motrices* a obtenu des prêts en 1942 et en 1947. Peut-il exister un aveu plus formel de ce que la réponse du *Contre-mémoire* était exacte, et de ce que l'argument avancé dans le *Mémoire* était inexact? Cela suppose en outre l'aveu que la cause alléguée par les syndics était exacte et réelle; tant que la faillite de la maison mère subsistait <sup>3</sup>, il était

<sup>1</sup> S'il restait le moindre doute, il serait utile que la partie adverse lise ce qu'elle a écrit, car le *Mémoire* (par. 198, p. 90) énumère les conclusions auxquelles les syndics sont parvenus grâce à l'avis des experts et distingue parfaitement les deux ordres de causes des risques que l'on cherche maintenant à nier; dans la *Réplique* elle-même (p. 525), oubliant ce qu'elle a nié précédemment, la partie adverse reconnaît à nouveau que l'une des causes invoquées par les syndics pour vendre a été l'insuffisance de la trésorerie.

<sup>2</sup> Le *Contre-mémoire* a exposé (C.M., IV, par. 242, pp. 398-399) les objections formulées par la faillie lors de la faillite à l'affirmation des syndics que les besoins de trésorerie signifiaient un risque grave pour le patrimoine, et il a complètement réfuté ces objections. La *Réplique* n'en dit pas un seul mot. La réponse à l'affirmation du *Mémoire* (C.M., par. 243, pp. 399-400) a provoqué, semble-t-il, un tel choc chez la partie adverse, que la question est reléguée dans une note au bas de la page 94 de la *Réplique*, où elle est rattachée non à la requête des syndics, mais à l'avis des experts.

<sup>3</sup> A la situation de faillite venait s'ajouter la perte de prestige due à la campagne menée par la faillie elle-même contre les administrateurs des filiales pour éviter précisément l'accès de celles-ci au marché des capitaux.

inutile d'envisager que les administrateurs des filiales puissent s'adresser au marché des capitaux pour y chercher des crédits, et ceux-ci étant indispensables au développement de l'entreprise, leur absence mettait le patrimoine de la faillie en grave danger de désintégration.

Cependant, et sans doute par inadvertance, on affirme (R., V, p. 94, note 3) que le groupe aurait fait appel à « des emprunts bien plus considérables s'il n'avait pas utilisé les disponibilités qui eussent dû servir normalement au transfert des devises », emprunts qui *auraient* pu être facilement obtenus. On reconnaît ici tout simplement que, contrairement à ce qui est affirmé tant de fois dans le *Mémoire* et dans la *Réplique* elle-même, le financement de l'entreprise antérieurement à la faillite s'était fait avec l'argent des obligataires, car les produits de l'exploitation ne suffisaient pas pour assurer en même temps le paiement des obligations et le financement de l'entreprise; on reconnaît aussi que la solvabilité de celle-ci, tant vantée par la *Barcelona Traction* elle-même, était absolument inexistante, puisque, si l'on payait les obligations, on ne pouvait continuer l'exploitation sans faire appel à des « emprunts bien plus considérables »<sup>1</sup>.

Cette *volte-face* si surprenante révèle l'exactitude de ce qui a été dit dans le *Contre-mémoire*.

548. Le Gouvernement belge, en contradiction avec ce qu'il a dit dans la première partie de la *Réplique*, revient, à la page 525, à la position soutenue dans le *Mémoire*.

Le Gouvernement belge joue ici avec le fait que, lors de la déclaration de faillite, il y avait, dans la trésorerie, plus de 156.000.000 de pesetas, et qu'à la fin de 1951 les 266.000.000 de pesetas étaient dépassés.

Il prétend, en outre, que l'année 1951 était un moment inopportun pour procéder à la vente, car, en raison du décret relevant les tarifs, on pouvait espérer que, à plus ou moins brève échéance, les revenus des sociétés hydro-électriques augmenteraient d'une manière considérable.

La *Réplique* est victime d'une confusion; elle croit que, du fait que les disponibilités des sociétés en liquidités ont augmenté d'environ 110 millions de pesetas, l'entreprise ne se trouvait pas devant une insuffisance de trésorerie, comme si son bon fonctionnement dépendait uniquement de la quantité d'argent liquide en caisse à un moment donné. La situation de la trésorerie d'une entreprise est influencée par la différence entre deux quantités: la somme de l'actif réalisable et de l'actif disponible, et le passif exigible à court terme. C'est cette différence qui détermine l'état de liquidité<sup>2</sup>.

La partie adverse ne fait aucune mention du passif exigible à court terme ni de l'actif réalisable, et elle entend déduire uniquement de l'actif disponible la liquidité de la trésorerie des filiales. Cette seule considération suppose un vice à la base de tout le raisonnement. La liquidité de l'exploitation de 1948 à 1952 est tout à fait différente de celle que la *Réplique*

<sup>1</sup> La possibilité de s'adresser au marché des capitaux, d'autre part, est mise en doute dans la *Réplique* elle-même (pp. 116 ss.), lors de la description de la situation générale des entreprises concessionnaires de production d'énergie électrique (*supra*, par. 532).

<sup>2</sup> Une entreprise peut manquer d'actif réalisable, tout en comptant en caisse à un moment donné une somme importante; mais elle manquera de liquidités si le passif à court terme couvre ou excède la quantité en caisse plus l'actif réalisable.

prétend calculer en jonglant avec des données comptables sans tenir compte de la réalité économique<sup>1</sup>. En outre, les installations de l'exploitation étaient très anciennes et leur rendement devait donc diminuer de plus en plus. A moins d'invertir de nouveaux capitaux, l'exploitation courait le risque de se désintégrer<sup>2</sup>.

Quant à l'argument que l'augmentation des tarifs aurait pu, dans un avenir plus ou moins proche, rendre possible l'auto-financement de la société, on ne peut l'admettre en bonne logique. D'après le Gouvernement belge lui-même, la majoration des tarifs ne faisait que remédier à la situation angoissante des entreprises d'exploitation hydro-électrique, en leur permettant non de se financer elles-mêmes avec les produits de l'exploitation, mais de faire appel au marché des capitaux pour obtenir des prêts très importants.

Comme il a été dit plus haut, penser qu'*Ebro* et les autres sociétés auxiliaires, alors que la faillite de la maison-mère était en cours, auraient pu s'adresser au marché des capitaux, avec ou sans relèvement de tarifs, c'est méconnaître la réalité même. C'est précisément pour cela que les experts indiquaient que, dans l'état actuel d'immobilisation du patrimoine et avec la perte de crédit qu'entraînait en soi la faillite de la *Barcelona Traction*, il était impossible d'obtenir les fonds suffisants pour faire face aux nécessités du développement de l'exploitation. (Sur la prétendue augmentation des tarifs, Vid. infra, p. 666).

549. Le deuxième motif sur lequel se sont fondés les syndicats pour demander au commissaire l'autorisation de vendre, c'est celui du danger qui menaçait le patrimoine de la faillie comme conséquence des irrégularités commises par les anciens dirigeants de celle-ci qui ont motivé la saisie (*embargo*) des biens d'*Ebro* ordonné par le Tribunal des délits monétaires et l'Acte tripartite de 1951.

Pour dénaturer les faits, la *Réplique* (par. 161 ss., pp. 95 ss.) suit la tactique ci-après: d'une part, elle prétend minimiser l'importance de la saisie (*embargo*) décidée par le Tribunal des délits monétaires, pour donner l'impression que la sanction que celui-ci pouvait prendre ne présentait aucun danger et que les syndicats eux-mêmes l'entendaient ainsi; d'autre part, pour dissimuler la réalité, elle dépasse amplement les problèmes relatifs à la vente, en lançant une grave attaque contre les résultats objectifs de la commission d'experts et de l'Acte tripartite.

Il importe donc de rétablir la réalité de ces faits, et d'indiquer que, suivant l'avis des syndicats, parfaitement logique et raisonnable, les dangers qui menaçaient le patrimoine provenaient des actes du Tribunal des délits monétaires et des responsabilités possibles en matière fiscale annoncées, comme conséquence du travail des experts. Ceux-ci ont indiqué que les irrégularités des anciens administrateurs risquaient de se transformer en responsabilités qui pouvaient être de trois ordres: délits monétaires, non-paiement d'impôts et

<sup>1</sup> Pour cette même raison la comparaison avec l'état économique d'autres exploitations hydro-électriques espagnoles manque de pertinence, et on ne peut donc tirer aucune conclusion des affirmations de la page 525, note 2, de la *Réplique*.

<sup>2</sup> Pour renforcer son argument, la *Réplique* affirme (p. 525) que la *Fecsa* n'a pas investi, durant les quatre premières années, «... un centime d'argent frais dans l'affaire». En réalité (comme le reconnaît le *Mémoire*, I, par. 253, p. 112), par décision du 21 octobre 1952, le capital social a été augmenté de 1.155 millions de pesetas. Cette augmentation fut totalement souscrite et déboursée pour plus de 20 personnes, parmi lesquelles six banques, l'acte notarié correspondant ayant été établi le 15 novembre 1952 (A.D., N° 156). Il faut ajouter que *Fecsa* n'a distribué de dividende à ses actionnaires qu'à dater du 2 janvier 1956 et qu'elle n'avait plus à payer d'intérêts aux obligataires de *Barcelona Traction*.



actions possibles en dommages et intérêts (A.C.M., N° 152, vol. VIII, p. 302). Et les syndics, comme la *Réplique* elle-même le reconnaît, invoquaient en même temps les responsabilités fiscales découlant des irrégularités mises en évidence par les experts et la saisie (*embargo*) de 400 millions ordonnée par le Tribunal des délits monétaires.

On ne peut donc minimiser l'importance de la saisie; il suffit de penser que cette saisie de 400 millions, si elle avait été effective, pouvait signifier le démembrement du patrimoine financier de la faillie. Et l'on peut encore moins soutenir que les syndics ne considéraient pas la saisie comme un péril pour la masse, puisqu'ils ont précisément indiqué le contraire.

550. On comprend que le Gouvernement belge tente d'enlever toute importance à la procédure criminelle pour délits monétaires. Tout d'abord, il s'agit d'un fait embarrassant, puisque ni la faillie ni le Gouvernement qui la soutient n'ont osé nier que le délit monétaire existe réellement.

M. Maurice Bock, administrateur d'*Ebro*, dans son *Mémoire* adressé au Tribunal qui instruisait la procédure criminelle, a reconnu expressément l'évasion de capitaux réalisée par les hommes de la faillie; comme excuse, il alléguait de prétendus motifs patriotiques. Il va sans dire que cette affirmation, par laquelle on tente, comme à d'autres reprises, de compromettre un Gouvernement dans les manœuvres de la faillie, non seulement n'a pas été admise par le Gouvernement intéressé, mais aussi que la conduite du Trésor anglais démontre tout le contraire<sup>1</sup>.

Le Gouvernement belge ne peut donc soutenir que la procédure criminelle a été suivie sans aucune base juridique, sous le prétexte de servir des intérêts particuliers. Il fait alors appel à deux arguments: la saisie avait été prononcée en 1948 et le risque aurait existé en tout cas à une date bien antérieure à 1951; le montant de l'amende ne pouvait dépasser 80 millions de pesetas, pour le paiement desquels *Ebro* avait une trésorerie suffisante.

La saisie, effectivement, a été ordonnée en 1948 par le Tribunal des délits monétaires; or une intrusion de cette nature exige forcément qu'on laisse s'écouler un *déjà* suffisant avant de prononcer la décision. Nul ne peut nier qu'en 1951 l'instruction était pratiquement terminée et que, par conséquent, la décision n'allait tarder à être rendue. Le retard que suppose toute procédure fait que le danger devient immédiat lorsque la fin de la procédure approche; l'existence même de l'Acte tripartite suffisait pour que toute personne raisonnable présume que la sentence allait intervenir à tout moment, et les syndics — qui connaissaient parfaitement les faits — ne pouvaient douter que le verdict serait défavorable.

Le deuxième argument n'est pas moins faux que le premier. D'après le Gouvernement belge (R., V, par. 161, p. 95):

« les syndics savaient ce qui est de notoriété publique en Espagne, à savoir que le montant de l'*embargo*, s'il est, en théorie, le décuple des montants réputés illégalement exportés, ne correspondait en réalité qu'à un risque de condamnation de 80.000.000 de pesetas, eu égard à la pratique absolument constante en matière de délits monétaires de ne jamais exiger qu'une amende double du montant de l'infraction ».

<sup>1</sup> Bien plus; dans ladite déclaration, il reconnaissait que, sous le couvert de cette prétendue demande du Gouvernement britannique, des capitaux avaient été exportés d'Espagne pour servir aux besoins propres de la faillie, ce qui fait que, même si la dite demande avait existé, il en résulterait que la faillie en avait profité pour commettre un délit monétaire à son propre profit.

La présente *Duplicque* conteste absolument qu'il soit de notoriété publique en Espagne que les sanctions pour délits monétaires consistent dans le double de la somme exportée illégalement, et que cette pratique prétendue constante ait existé en matière de délits monétaires. Le fait que la Loi prévoit une sanction allant jusqu'au décuple de la somme illégalement exportée démontre qu'une sanction de ce montant est possible; si le Juge des délits monétaires avait eu pour règle d'appliquer toujours une sanction équivalant au double, il serait absolument illogique d'ordonner une saisie pour le décuple. La vérité est que le Tribunal, dans ses arrêts, appliquait et a appliqué la sanction en tenant compte des circonstances propres à chaque cas.

Il va sans dire que le Gouvernement belge, auquel incombe la charge de la preuve de cette prétendue notoriété publique et de cette pratique inexistante, n'a pu fournir la moindre preuve de cette assertion.

Dans l'impossibilité de faire la preuve d'une affirmation erronée, il utilise comme seul raisonnement celui suivant lequel, en fait, l'amende a été du double, c'est-à-dire de 66 millions de pesetas. Mais cela démontre seulement que, dans le cas d'espèce, le Juge des délits monétaires a appliqué cette sanction, et non pas qu'existe la pratique alléguée par la partie adverse. Tant que le Gouvernement belge ne démontre pas l'existence de cette pratique, ce qui est impossible, il faut en conclure qu'en 1951 les syndics se trouvaient en face du très grave danger de voir condamner *Ebro* à une sanction qui aurait entraîné la ruine de l'exploitation.

Pour démontrer, cependant, jusqu'à quel point l'affirmation de la partie adverse est erronée, il est utile de mettre en relief quelques faits que le Gouvernement belge ignore peut-être. Lors de sa réunion du 21 mai 1948, le Conseil d'administration d'*Ebro* a pris connaissance de la saisie (*embargo*) de 400 millions et de l'affectation de l'actif d'*Ebro* pour cette somme à la garantie du paiement de l'amende possible; après une longue délibération, le Conseil a décidé:

« d'effectuer les démarches considérées comme opportunes pour essayer d'obtenir que la responsabilité de la société ne soit pas prononcée ou au moins que le montant soit diminué, et, à cette fin, d'adresser un mémoire au Juge des délits monétaires en ce sens, en déclarant que, si la société peut subsidiairement être considérée comme responsable des actes de ses administrateurs, directeurs ou conseillers, il convient cependant que cette responsabilité retombe sur les personnes qui sont ou pourraient être responsables ou coupables des délits commis ».

En exécution de cette décision, *Ebro* a présenté diverses requêtes devant le Tribunal des délits monétaires, en soulignant le risque que les vrais responsables, au pénal et au civil, de la contrebande monétaire ne soient pas touchés par la sanction, et que celle-ci retombe alors sur la société qui était en réalité la véritable victime des manœuvres de ses anciens administrateurs<sup>1</sup>.

Le Tribunal des délits monétaires a expliqué dans son arrêt pourquoi l'amende était réduite au double de la somme illégalement exportée; il a clairement indiqué que les

<sup>1</sup> Toutes ces allégations ont été faites en 1948, des années avant la vente, alors que les obligataires espéraient, comme il a été démontré, un accord avec la faillie qui aurait permis à celle-ci de reprendre la disposition de son patrimoine en payant les droits des créanciers. C'est ainsi que les administrateurs nommés par le séquestre-dépositaire ont défendu les intérêts d'*Ebro*, et cette démarche, précisément, rend absolument impossible que la saisie ait été un prétexte cherché ou désiré par les créanciers de la *Barcelona Traction*.

responsables directs du délit avaient quitté l'Espagne et n'avaient pas de biens en territoire espagnol, de sorte que la sanction retomberait dans ce cas sur la société dont ils étaient mandataires; autrement dit, il a admis, dans son arrêt, les motifs invoqués par le Conseil d'*Ebro* quelques années auparavant.

551. La *Réplique* (V, p. 96) affirme que la commission d'experts a été proposée par le Gouvernement espagnol pour « faire face aux représentations diplomatiques de plus en plus pressantes dont il faisait l'objet »<sup>1</sup>.

Le résultat des travaux de la commission d'experts et son examen par les trois Gouvernements intéressés pouvait influencer sur la procédure de faillite suivie en Espagne<sup>2</sup>. S'il avait été favorable à la *Barcelona Traction*<sup>3</sup> la faillie se serait empressée, usant de son droit légitime, de porter ce fait à la connaissance des Tribunaux espagnols.

Les conclusions des experts ayant été défavorables à la faillie, ainsi que la Déclaration conjointe des gouvernements, il est apparu que la faillie pouvait être touchée par des responsabilités fiscales, outre celles qui découlaient de la contrebande de devises; il était logique que les obligataires agissent en conséquence et que les syndics portent le fait à la connaissance des Tribunaux. Et ceux-ci, à leur tour, ne pouvaient oublier ce fait au moment de statuer sur les problèmes soulevés, ni manquer d'être impressionnés en constatant que trois Gouvernements, après l'examen par quelques experts d'un fait allégué à maintes reprises par la faillie, étaient parvenus à la conclusion que ce fait était faux.

Cela est si évident que le Gouvernement belge se voit maintenant obligé de prétendre que « l'expertise internationale » a été utilisée pour servir les intérêts du groupe espagnol; et il va jusqu'à affirmer que les experts britannique et canadien se sont laissés entraîner, du moins en partie, par leurs collègues espagnols, et que les Gouvernements d'Espagne, de Grande-Bretagne et du Canada ont fait une déclaration *équivoque*, prétendant résumer les conclusions des experts.

Cette argumentation est si arbitraire que nous ne croyons pas qu'elle puisse être retenue par une personne impartiale. On ne peut croire que les Gouvernements de Grande-Bretagne et du Canada, ainsi que les experts britannique et canadien<sup>4</sup>, soient convenus d'utiliser « l'expertise internationale » pour servir les intérêts d'un groupe privé.

<sup>1</sup> Le fait est inexact, car la correspondance diplomatique entre le Canada et l'Espagne démontre que la proposition espagnole répondait à l'imputation faite par le Gouvernement canadien que la faillite de la *Barcelona Traction* aurait été produite par le refus de devises (Notes verbales des 26 septembre 1949 et 16 mars 1950). En tout cas, cependant, la proposition espagnole a été présentée pour « faire face » à la représentation canadienne, seule habilitée pour protéger la faillie.

<sup>2</sup> Lorsque la faillie et le *receiver* demandaient au Gouvernement canadien sa protection pour les sociétés du groupe, ils cherchaient logiquement à ce que soient reconnus ou proclamés des faits qui pouvaient être utilisés dans la faillite, ou, au moins, ils pouvaient prévoir que le résultat des négociations diplomatiques pouvait être allégué par eux devant les tribunaux espagnols dans le cas où il leur aurait été favorable.

<sup>3</sup> Comme il a été démontré, même si le prétendu « fait du prince » avait été la cause de la cessation des paiements, cela n'aurait pas évité la déclaration de faillite, mais aurait influencé la qualification de celle-ci.

<sup>4</sup> Cet expert, ne l'oublions pas, a été payé sur des fonds qui se trouvaient entre les mains du *receiver* canadien, provenant de prêts faits par la Société Amintas des Etats-Unis, contrôlée par *Sofina*. L'accusation adverse est donc au moins étrange à cet égard, et les faits révèlent jusqu'à quel point était inexacte la thèse de la faillie que le Gouvernement belge a faite sienne.

La présente Duplique répondra comme il convient aux arguments contenus dans les paragraphes 162 et suivants de la *Réplique* (pp. 96 ss) quand elle traitera de la commission d'experts. Elle en a assez dit ici pour démontrer que l'urgence invoquée par les syndics était réelle et évidente.

#### § 4: POUVOIR DES SYNDICS POUR PROCÉDER À LA VENTE DES BIENS DE LA FAILLIE

552. L'ordre juridique espagnol dispose que les syndics, une fois nommés, ont le pouvoir de vendre les biens du failli; la *Réplique* (par. 157, p. 93; par. 701, p. 519, et par. 723, p. 534) reconnaît sans ambages que ce qu'affirme le *Contre-mémoire* en ce sens est conforme aux lois espagnoles.

Mais, en se fondant sur l'autorité d'un auteur espagnol<sup>1</sup>, dont l'œuvre a été publiée de nombreuses années après les faits, la *Réplique* prétend que les syndics de la faillite de la *Barcelona Traction* ne pouvaient vendre *au moment* où ils l'ont fait; et que les Tribunaux, en validant la vente, ont violé de manière flagrante les règles juridiques espagnoles, en appliquant au cas de la *Barcelona Traction* « les préceptes que la Loi avait édictés pour les cas normaux » (R., par. 701, p. 519).

Pour mieux faire comprendre certains des points qui vont être traités, et surtout pour mettre fin à certaines affirmations de la *Réplique* (pp. 505-507) qui présentent la procédure espagnole de la faillite sous un faux jour, il faut rappeler certaines données qu'on avait déjà exposées dans le *Contre-mémoire*.

Deux observations de caractère général s'imposent. La première, c'est que le Gouvernement espagnol n'a pas l'intention de protéger sous des prétextes formels les décisions de ses tribunaux, car il est convaincu que la justice de ces décisions est évidente quant au fond. Mais il tient à signaler que ces décisions étaient également tout à fait conformes à son ordre juridique; bien plus, que ces décisions étaient les seules qui pouvaient être prises si les tribunaux, comme c'est leur devoir, appliquaient la loi et ne faisaient pas, comme le Gouvernement belge semble prétendre maintenant qu'ils auraient dû le faire, d'exception en faveur de la *Barcelona Traction*<sup>2</sup>.

La deuxième observation, c'est — et il convient de le rappeler à la partie adverse une fois de plus — qu'il incombe au gouvernement demandeur de faire la preuve de l'illégalité des actes des tribunaux, et qu'il n'a même pas fourni un début de preuve en ce sens. La *Réplique* ne fait qu'opposer son interprétation personnelle de l'ordre juridique espagnol à celle que les tribunaux ont adoptée, en remplaçant le critère de ces tribunaux par le sien, pour émettre finalement la prétention que la Cour statue sur celui des deux critères qui est le plus convenable. Cette prétention est évidemment inadmissible (*supra*, pars. 44 et ss.).

<sup>1</sup> Il s'agit de l'ouvrage de RAMIREZ (JOSÉ A.) *La quiebra*, Barcelone, 1959. La *Réplique* tente de transformer ce seul auteur en arbitre indiscutable de l'interprétation des règles du droit espagnol, ce qui est absolument inadmissible, quelle que soit la valeur des opinions de cet auteur et la date à laquelle elles furent émises (voir pars. 52-53).

<sup>2</sup> La lecture des paragraphes en question de la *Réplique* donne l'impression que le véritable grief n'est pas que les règles juridiques n'aient pas été appliquées à la *Barcelona Traction*, mais que leur application ait été l'application normale pour tout failli; on se plaint non pas qu'il y ait eu discrimination à l'égard de la faillie, mais qu'elle n'ait pas bénéficié du traitement de faveur auquel elle croyait avoir droit.

553. Les syndics de la faillite de la *Barcelona Traction* pouvaient et devaient vendre, au moment où ils l'ont fait, sans qu'aucun obstacle légal s'y oppose, puisque leur pouvoir général de vente ne dépend pas du caractère irrévocable du jugement déclaratif de faillite <sup>1</sup> et n'était pas paralysé par la suspension de la faillite, dont ne dépendait pas la deuxième section relative à l'administration.

#### A. Le pouvoir de vente des syndics dans l'ordre juridique espagnol

554. La *Réplique* (V, par. 681-2, pp. 505-507) donne de la procédure espagnole de faillite une version dans laquelle, comme tant d'autres fois, elle recourt aux demi-vérités <sup>2</sup>. Il est indispensable de souligner les points les plus essentiels, en ce qui concerne le pouvoir général des syndics de procéder à la vente.

Conformément à l'article 1321 du Code de procédure civile (C.M., IV, par. 159, p. 348), la procédure de faillite est divisée en cinq sections, les actes de procédure correspondant à chacune d'elles étant divisés en autant de branches (*ramos*) distinctes qu'il sera nécessaire pour le bon ordre et la clarté de la procédure, et pour que celle-ci soit instruite avec autant de célérité que possible, sans qu'elle se heurte à des incidents qui ne pourraient pas être instruits en même temps. Le contenu de chacune de ces cinq sections est prévu par l'article 1322 du Code (C.M., p. 349, note 1; et R., p. 506, note 2).

La *Réplique* admet que ces cinq sections de la faillite ont une certaine autonomie (p. 506), mais, pour présenter sa thèse sous le jour le plus favorable, elle n'hésite pas à déformer grossièrement la position espagnole et même la doctrine des tribunaux espagnols. Le Gouvernement espagnol, en effet, n'a jamais soutenu, comme le prétend le Gouvernement belge, que ces sections soient totalement indépendantes, et cette affirmation ne se trouve pas dans les décisions de justice espagnoles. Le jugement du 5 février 1952, que la *Réplique* cite tendancieusement (p. 533), ne dit pas que chacune de ces sections est « totalement indépendante », comme la *Réplique* semble le laisser entendre <sup>3</sup>. La seule chose que déclare cette décision, et ce très justement (C.M., p. 408), c'est que les sections et branches séparées deviennent « indépendantes quant à leur instruction, et ceci, ce sont les mots employés par la loi, pour que le procès soit instruit rapidement et libre d'incidents »; elle ne fait donc que réaffirmer ce que dit la loi et qui ne suppose pas l'indépendance totale mentionnée par le Gouvernement belge.

555. Les limites et le contenu de cette indépendance ou autonomie des cinq sections, sur le plan qui nous intéresse actuellement, sont évidents. La deuxième section ou pièce de l'administration de la faillite commence, conformément à l'article 1350 du Code de

<sup>1</sup> Qui, d'autre part, était indiscutablement irrévocable dans le cas de la *Barcelona Traction* (*supra*, pars. 446 et ss.).

<sup>2</sup> Elle utilise, entre autres, l'instrument qui lui indique les sources de droit en matière de faillite; comme les règles relatives à la faillite se trouvent dans divers Codes et lois espagnols, la *Réplique* oublie la hiérarchie et le rapport qui existent entre ces divers textes légaux, et choisit ceux qu'elle juge favorables pour elle, alors qu'elle en rejette d'autres qu'elle juge préjudiciables, d'une manière arbitraire et sans aucune base juridique. En ce qui concerne les sources du droit en matière de faillite (voir A.D. N° 157).

<sup>3</sup> La *Réplique* (p. 533) critique la décision en la dénaturant. Elle attribue à la Cour d'appel (« Audien-cia ») de Barcelone la déclaration que « la deuxième section devrait se dérouler de manière totalement indépendante, et en quelque sorte inexorablement, quel que soit le sort des actes de procédure rentrant dans les quatre autres sections ». C'est en vain que l'on chercherait pareille affirmation dans le texte de la décision; c'est peut-être pour cette raison que la *Réplique* n'utilise pas le texte intégral.

procédure civile, « en mettant en tête de la branche copie du jugement déclaratif de faillite, sans autre antécédent en y joignant ensuite l'inventaire qui doit être fait de tous les biens existant au domicile du failli »<sup>1</sup>. Contrairement à ce que soutient la *Réplique* (par. 721, pp. 532 et 533), le début de la deuxième section ne dépend que de l'existence d'un jugement déclaratif de faillite, et c'est pourquoi le Code dispose clairement qu'il n'y sera joint aucun autre antécédent.

Mais cela ne suppose évidemment pas une indépendance totale. Tout autre acte conditionnant, en quelque manière que ce soit, l'activité concernant la deuxième section, doit avoir également son antécédent dans celle-ci. Le Code décide ainsi (article 1355) qu'acte sera pris dans la deuxième section, des formalités de nomination, d'acceptation et de prestation de serment des syndics; et qu'acte sera également de la présentation d'une proposition de concordat par le failli, ainsi que de la convocation de l'assemblée qui doit l'approuver ou le rejeter<sup>2</sup>.

Il existe donc une corrélation absolue entre les actes d'une section qui peuvent influencer sur une autre, ou la conditionner de quelque manière que ce soit, et les documents de la section qui ont trait à ces actes conditionnants.

La Cour d'appel de Barcelone, contrairement à ce que soutient la *Réplique* (p. 533), a fait une application correcte de l'article 1350 du Code de procédure civile<sup>3</sup>.

556. La deuxième Section comprend deux phases. La première, provisoire, qui a pour but la conservation du patrimoine, et au cours de laquelle la gestion et l'administration des biens sont confiées à un séquestre-dépositaire nommé par le juge dans le jugement déclaratif de faillite lui-même. La deuxième, définitive, qui commence avec la nomination et la prise de possession par les syndics, et dont le but est de procéder à la vente des biens, à condition qu'entre-temps ne soit pas conclu un concordat qui évite la vente.

Sur ce point, il n'y a pas de discussion, et la *Réplique* elle-même le reconnaît<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Inventaire qui, comme le prévoit ce texte, se fera « conformément aux paragraphes 3, 4 et 5 de l'article 1046 du Code de commerce de 1829 ».

<sup>2</sup> Conformément aux dispositions de l'article 1311 du Code de procédure civile, la simple proposition de concordat entraîne la suspension de la deuxième Section en ce qui concerne l'aliénation des biens; cet article est conçu pour la faillite civile (« concurso de acreedores »), mais il est applicable à la faillite en vertu d'une disposition expresse de l'article 1391. En appliquant l'article 1311 à la faillite, on doit tenir compte de ce que les sections de la faillite civile sont différentes de celles qui sont prévues pour la faillite, de sorte que la suspension touche à la vérification, à la collocation et au paiement des créances (quatrième Section de la faillite) et à la vente des biens (deuxième Section).

<sup>3</sup> Avec sa manière caractéristique de raisonner, la *Réplique* affirme (p. 533) que la Cour d'appel (« Audiencia ») n'a pu citer à l'appui de sa décision aucun auteur et que, pour autoriser la vente des biens, il ne suffisait pas d'invoquer l'article 1350, mais qu'il fallait citer un texte « particulièrement formel et singulièrement précis ». La partie adverse oublie que les tribunaux n'ont pas coutume de citer à l'appui d'autre autorité que la loi ou la doctrine légale, et que, conformément au droit international, c'est le gouvernement demandeur qui a la charge de la preuve de l'illégalité d'une décision (*supra*, chap. I); et que la Cour d'appel (« Audiencia ») de Barcelone, dans le 7<sup>e</sup> considérant de l'arrêt du 5 février 1952 (C.M., p. 408), a invoqué expressément un texte légal « particulièrement formel et singulièrement précis » (*infra*, pars. 561-562). L'exemple fourni dans la *Réplique* pour soutenir que la thèse de la Cour était « un pur non-sens », relatif à la possibilité pour le failli de proposer un concordat à ses créanciers, se retourne contre le gouvernement demandeur, comme on le verra plus loin (*infra*, par. 559).

<sup>4</sup> Il y est dit, page 506:

« En résumé, alors que le séquestre provisoire a une mission limitée à la conservation des biens de la masse, l'activité des syndics doit, au contraire, tendre à « liquider » ces mêmes biens pour en répartir le produit entre les créanciers ».

Mais la partie adverse, pour les besoins de la cause, introduit dans ce point une affirmation erronée : la fin de la phase conservatoire et le passage à la phase de liquidation dépendent de la décision sur l'opposition formulée par le failli. Si le jugement de faillite est révoqué à la suite de cette opposition, cela met fin, suivant la *Réplique*, à la phase conservatoire; si la révocation n'est pas décidée, et une fois le jugement irrévocable, on peut alors procéder à la nomination des syndics et « la voie conduisant à la liquidation de l'actif se trouvait ouverte » (R., V, par. 701, p. 519).

Il faut remarquer que, conformément au Code, le passage d'une phase à l'autre est exclusivement déterminé par la nomination et par la prise de possession des syndics, sans aucun rapport avec l'opposition du failli. Si cette opposition est formulée, et qu'elle soit accueillie par le juge, la révocation du jugement de faillite peut avoir lieu aussi bien au cours de la première phase qu'au cours de la seconde <sup>1</sup>.

Quant à la nomination des syndics, elle doit se faire dans un délai péremptoire, que le jugement de faillite soit ou non irrévocable (*supra*, par. 522), et leur fonction essentielle est de vendre, quel que soit l'état de l'opposition dans la première section.

557. Le pouvoir général de vente que la loi attribue aux syndics, n'a pu être nié dans la *Réplique*. C'est pour cela que la faillie s'est opposée à la nomination des syndics, et que le Gouvernement belge proteste maintenant contre cette nomination qu'il arrive à qualifier de « péché originel ». Si les syndics de la faillite de la *Barcelona Traction* ne pouvaient vendre, s'ils avaient dû conserver les biens comme le séquestre-dépositaire, la critique de la nomination des syndics n'aurait pas de sens.

De deux choses l'une : ou bien les syndics n'avaient pas le pouvoir de vendre depuis le moment même de leur nomination, auquel cas il est illogique de discuter la validité de celle-ci, car sa prétendue illégalité serait transférée à l'autorisation de vente; ou bien ils avaient ce pouvoir, auquel cas, le grief peut se trouver dans le fait que les syndics ont été nommés, mais non dans le fait qu'ils ont vendu.

Le Gouvernement belge, cependant, après avoir reconnu expressément le pouvoir des syndics de vendre et s'être plaint de leur nomination qu'il estime prématurée et illégale, se contredit lorsqu'il estime que la vente est illégale, parce que les syndics ne pouvaient y procéder, pas plus que les tribunaux ne pouvaient l'autoriser.

La raison de cette attitude contradictoire est très simple : le Gouvernement belge sait que la nomination des syndics était parfaitement légale et que ceux-ci, une fois nommés, pouvaient procéder à la vente au moment opportun. Et il prétend combiner deux accusations également inexactes, dans le vain espoir qu'elles équivaudront à une seule imputation véritable.

558. La *Réplique*, contrainte à reconnaître le « pouvoir général de vente » des syndics, dès leur nomination, essaie de nier que cette règle générale puisse être appliquée « dans les circonstances de la cause » (p. 526).

<sup>1</sup> L'article 1167 que la *Réplique* invoque pour soutenir que la révocation du jugement est une manière spécifique de mettre fin à la mission du dépositaire, est conçu pour la faillite civile (« *concurso de acreedores* ») et ne peut être appliqué à la faillite qu'en se conformant aux dispositions spécifiques qui régissent l'opposition du failli et qui sont distinctes de celles qui ont trait à l'opposition du failli civil (*infra*, par. 562 et A.D. N° 158).

Les arguments invoqués sont au nombre de deux :

a) La vente n'était pas possible, parce que les syndics ne pouvaient exercer leur pouvoir général de vente avant que le jugement de faillite soit irrévocable, l'opposition du failli ayant été définitivement rejetée.

b) La même impossibilité découlait de ce que la « procédure de faillite *dans son ensemble* », était suspendue par suite d'un déclinatoire de compétence » (R., pars. 706 à 708, pp. 522-523).

La valeur qu'il convient d'attribuer à ces arguments peut être appréciée d'avance si l'on se rapporte au rapport que l'avocat de la *Barcelona Traction*, désigné par le *Receiver*, a présenté à celui-ci bien avant que les syndics procèdent à la vente. Le *Receiver*, dans son mémorandum du 25 août 1949, avant même la nomination des syndics, reconnaissait déjà que ceux-ci avaient le pouvoir de vendre; et, dans son mémorandum du 27 septembre 1949 (*Receivership*, p. 308), immédiatement après la nomination, il signalait que les syndics, « suivant les renseignements de son conseil », « ont d'amples pouvoirs sur les actifs administrés dans la procédure espagnole de faillite »<sup>1</sup>.

559. Le seul moyen dont la faillie disposât pour empêcher que les syndics exercent leur pouvoir légal de vente, c'était de proposer un concordat aux créanciers dans des conditions satisfaisantes pour ceux-ci.

C'est précisément cette possibilité de mettre un terme à la procédure de faillite à *tout moment* au moyen d'un concordat qui donne un aperçu révélateur sur le mode de raisonnement belge. On sait déjà, et l'on a répété de nombreuses fois, que la *Barcelona Traction* n'a fait aucune démarche pour tenter de conclure un concordat avec ses créanciers. Cela n'empêche pas le Gouvernement belge de présenter, comme une *preuve* du mal-fondé du raisonnement qu'il attribue aux tribunaux espagnols sur la « totale indépendance » de la deuxième section de la faillite, la thèse singulière que ce principe conduirait à empêcher que le failli puisse présenter une proposition de concordat dans le cas où la première section de la faillite serait paralysée, puisque les concordats avec les créanciers font partie de cette section. Toujours suivant la thèse adverse, un failli pourrait voir vendre ses biens, sans pouvoir obtenir un concordat, quelque avantageuses que soient les conditions qu'il pourrait offrir.

Ce raisonnement est un sophisme. S'agissant de sociétés anonymes comme la *Barcelona Traction*, l'article 929 du Code de commerce dispose expressément que ces sociétés « pourront à *tout moment* de la faillite présenter aux créanciers les propositions de concordat qu'ils jugeront bon »; cela veut dire que la *Barcelona Traction* pouvait présenter dans la première section de la faillite (que son cours soit suspendu ou non, que les créances aient été ou non reconnues dans la troisième section, et que la faillite ait été qualifiée ou non

<sup>1</sup> Bien plus, le *Receiver* a présenté au Tribunal d'Ontario un affidavit de l'avocat de la faillie et d'*Ebro*, M. Chapaprieta, en date du 17 février 1950, dans lequel, après avoir pris acte de la nomination des syndics de la *Barcelona Traction*, il ajoutait que: « suivant le droit espagnol, tous les biens de la faillie sont sous le contrôle des syndics, qui peuvent les vendre sous réserve de l'approbation du Tribunal » (les italiques ne figurent pas dans le texte).



dans la cinquième) <sup>1</sup>, les propositions de concordat qu'elle aurait jugées pertinentes, puisque l'article cité est catégorique et ne permet aucune exception.

Ce n'est certainement pas la suspension de la première section qui a empêché *Barcelona Traction* d'essayer de conclure un concordat! Et il est d'autant plus étrange que la faillite n'ait pas fait appel à cette procédure qu'elle aurait provoqué la paralysie de la vente, paralysie que la faillite et son groupe ont cherché à amener par toutes sortes de moyens inadéquats. Le *Contre-mémoire* a déjà appelé l'attention sur ce fait significatif (C.M., IV, pars. 203 et 204, pp. 376 ss.), précisément comme prélude à la vente des biens; et le Gouvernement belge, dans la *Réplique*, n'en souffle mot <sup>2</sup>.

*B. Le pouvoir général de vente des syndics ne dépend pas de l'irrévocabilité du jugement déclaratif de faillite*

560. La *Réplique* affirme que la vente n'était pas possible sans que le jugement de faillite ait préalablement acquis un caractère irrévocable, car toute autre opinion serait contraire, non seulement au droit espagnol positif, mais aussi aux règles mêmes de la justice naturelle. Si cette vente était possible, on aboutirait, toujours d'après la *Réplique*, à la conclusion absurde et injuste qu'un commerçant pourrait voir ses biens vendus avant que les tribunaux aient statué sur son opposition ou, d'une manière générale, « sans que le failli ait eu l'occasion de se faire entendre, fût-ce en première instance, dans ses moyens de fait et de droit » (R., V, p. 523).

La présente *Duplique* réaffirme tout d'abord que le problème soulevé ici par le Gouvernement belge n'a aucun sens, étant donné que, comme il a été démontré plus haut (*supra* par. 432), le jugement de faillite de la *Barcelona Traction* était irrévocable et, par suite, même en admettant par hypothèse la position du Gouvernement belge, cette position serait inapplicable au cas de la *Barcelona Traction*.

Il est utile d'attirer spécialement l'attention de la Cour sur l'inconsistance des allégations belges sur ce point. Le Gouvernement belge dit même que la justice naturelle serait violée, si on admettait la possibilité que la vente des biens d'un failli ait lieu sans qu'il ait été entendu et sans que son opposition ait été instruite. Le Gouvernement belge semble oublier que, dans le cas de la *Barcelona Traction*, qui est celui qui nous intéresse ici, la faillite n'a pas formé d'opposition, ni n'a attaqué la compétence ou la juridiction du tribunal de Reus dans le délai prévu par la loi espagnole, bien que, comme il a été ample-

<sup>1</sup> Les commerçants qui ne sont pas des sociétés anonymes peuvent demander également la convocation de l'assemblée pour examiner une proposition de concordat, à n'importe quel stade de la procédure, mais à la seule condition que soit terminée la reconnaissance des créances et que le failli n'ait pas pris la fuite ni n'ait été déclaré en état de banqueroute frauduleuse (article 989 du Code de commerce). S'agissant de sociétés anonymes, même ces limitations disparaissent, et l'exception se fonde, comme l'a déclaré le Tribunal Suprême, dans son arrêt du 31 mars 1930, sur le désir du législateur de favoriser les concordats équitables et les accords avantageux pour le failli et pour les créanciers.

<sup>2</sup> Il expose seulement (par. 842, p. 609) un essai de justification de la faillite qui n'a pas recouru à une proposition de concordat; dans la note en bas de page, il rappelle que la procédure de concordat se déroule dans la première section, laquelle se trouvait suspendue, et nous avons déjà vu que la proposition de concordat doit être examinée à tout moment de la faillite. Dans le texte, le Gouvernement belge allègue que, le concordat mettant fin à la faillite, si la *Barcelona Traction* y avait recouru, elle aurait ainsi accepté le jugement de faillite et la compétence des tribunaux espagnols, c'est-à-dire sa propre condamnation à mort; cet argument constitue, lui, « une véritable dérision », car, si la faillite était terminée, la prétendue « condamnation à mort » était automatiquement révoquée.

ment démontré (et comme, au fond, le Gouvernement belge ne le nie pas non plus), la *Barcelona Traction* était parfaitement au courant, dès le début, de la déclaration de faillite. Si elle n'a pas fait opposition, c'est donc qu'elle a cru devoir agir ainsi pour des raisons de stratégie de procédure, c'est-à-dire comme on l'a également dit plus haut, parce qu'elle a préféré faire agir les filiales au lieu d'agir ouvertement elle-même.

Cette abstention délibérée de la faillie, destinée à fausser le jeu de la procédure, a eu pour conséquence inéluctable que le délai pour former l'opposition a expiré et que le jugement est devenu irrévocable. Cette conséquence, non seulement n'est pas contraire, mais encore est parfaitement conforme aux principes les plus élémentaires de la justice naturelle qu'invoque, avec une certaine désinvolture, la *Réplique*. Il apparaît ainsi que, étant prouvé que le jugement de faillite était en l'occurrence devenu irrévocable, et même abstraction faite de toute autre discussion, l'accusation belge est dépourvue ici de tout fondement. Le caractère irrévocable du jugement de faillite est la conséquence obligatoire de l'attitude de la faillie. Admettre une autre solution reviendrait à admettre qu'un failli puisse retarder indéfiniment la vente de ses biens en s'abstenant d'intervenir dans le procès ou en retardant son intervention au moyen d'arguties de procédure. Cette conséquence serait exactement contraire à la justice naturelle.

Le Gouvernement belge, dans cet aspect de la faillite comme dans d'autres, semble oublier un principe simple et fondamental : la faillite est une procédure d'exécution destinée à vendre les biens du failli pour payer ses créanciers. Le failli peut éviter cette éventualité en s'opposant à la faillite et en prouvant qu'elle a été prononcée à tort, ou en payant, ou en arrivant à un concordat. Mais ces possibilités que la loi espagnole offre au failli doivent être utilisées en temps opportun. Et il ne convient pas d'en jouer pour ne pas payer, pour ne pas parvenir à un concordat ou pour ne pas s'opposer véritablement à la faillite, mais simplement pour retarder indéfiniment la vente des biens et donc le règlement des créanciers.

C'est pourquoi, et contrairement à ce que déclare le Gouvernement belge, le droit espagnol n'exclut pas la possibilité que la vente puisse avoir lieu même avant que le jugement de faillite soit irrévocable. Il s'agit évidemment d'une possibilité exceptionnelle, mais qui existe pour empêcher qu'une prolongation excessive de la procédure et une utilisation astucieuse des recours de la procédure puissent différer les droits des créanciers. Cette possibilité n'est donc nullement contraire à la justice.

561. Pour nier cette possibilité que la vente ait lieu alors que le jugement de faillite n'est pas encore irrévocable, possibilité admise par le droit espagnol pour les raisons de justice déjà exposées, la *Réplique* ne trouve d'autre appui que l'avis d'un seul auteur qui, dans ce cas concret, reconnaît s'être inspiré de l'une des consultations données tout spécialement aux gens de la *Barcelona Traction*<sup>1</sup>, car les autres avis qu'elle invoque en sa faveur sont dénaturés<sup>2</sup> ou sont des avis d'auteurs qui étudient le droit mexicain et non le droit espagnol<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> RAMIREZ (José A.), *La quiebra*, II, p. 722, note 4, déclare expressément qu'il a emprunté ses arguments à Garrigues, et non pas dans les œuvres générales de celui-ci, mais dans la consultation émise à propos de la faillite de la *Barcelona Traction*.

<sup>2</sup> L'avis de RIVES Y MARTÍ qui est invoqué dans la *Réplique* (p. 522, note 3) avec une erreur de référence, ne peut même pas être invoqué sur ce point, car il ne se prononce pas sur ce sujet, mais sur la nomination des syndics; voir *supra*, par. 523.

<sup>3</sup> Le juriste mexicain Rodríguez vise, comme cela est logique, la loi mexicaine sur les faillites et les cessations de paiements.

La *Réplique*, en face de cette absence de doctrine en faveur de sa thèse, affirme que la règle suivant laquelle les syndics ne peuvent vendre avant que le jugement de faillite soit irrévocable, n'a pas été contestée par la doctrine ni par la jurisprudence espagnoles. Mais elle se garde bien d'en donner la raison qui est non pas que les auteurs *admettent* l'existence de la règle, mais qu'ils gardent le silence sur son existence, car elle n'a été formulée par aucun auteur, ni alléguée devant les tribunaux antérieurement à la date où elle a été inventée pour les besoins de la *Barcelona Traction*.

L'article 1330 du Code de procédure civile, passé sous silence par les auteurs invoqués dans la *Réplique*<sup>1</sup> et par le Gouvernement belge lui-même, ne laisse pas de doute quant à l'inexistence de cette prétendue règle générale. Cet article, en son paragraphe deux, dispose que :

« La décision rendue (dans l'incident d'opposition) sera susceptible d'appel avec effet dévolutif seulement (*en un solo efecto*) conformément aux dispositions de l'article 1031 du Code de Commerce »<sup>2</sup>.

Il est donc évident que, si la décision qui a statué sur l'opposition est favorable au failli, la faillite deviendra sans effet conformément à l'article 1331 du Code, malgré le recours d'appel que peuvent introduire les demandeurs à la faillite. Par contre, si la décision confirme le jugement déclaratif de faillite, le recours d'appel que peuvent former le failli ou les créanciers, n'aura pas effet suspensif, de telle sorte que, pour tous les effets, il sera procédé comme si la décision était déjà irrévocable. Et nul ne peut nier que, par l'effet du recours d'appel, la décision n'a pas acquis force de chose jugée ni n'est pas devenue irrévocable.

Le contenu de ce précepte est tellement évident que l'on ne peut imaginer comment un auteur peut énoncer cette prétendue règle générale en ignorant son existence.

562. La Cour d'appel (*Audiencia*) de Barcelone a expressément invoqué l'article 1330 du Code de procédure civile dans sa décision du 5 février 1952 (C.M., IV, p. 408)<sup>3</sup>, et c'est le précepte « particulièrement formel et singulièrement précis » que la *Réplique* (pp. 532-533) exige de la Cour d'appel de Barcelone, lorsqu'elle oppose le texte de sa décision à l'opinion de Ramirez.

La *Réplique* oublie l'existence de ce texte formel et précis et fait appel, par contre, à d'autres textes qui, comme l'article 1028 du Code de commerce de 1829, ou l'article 1167 du Code de procédure civile, ne peuvent dissimuler la réalité. Sur ce point, voir A.D. N° 158.

<sup>1</sup> Ramirez, bien que la partie adverse ne le dise pas, reconnaît qu'il existe « une routine, plus ou moins intéressée, dans la pratique judiciaire qui va en sens contraire » de la prétendue règle générale; il ignore évidemment que cette pratique judiciaire, loin de constituer une routine, suppose une application bien nette de l'article 1330 du Code de procédure civile.

<sup>2</sup> L'article 1031 du Code de 1829 dispose, de son côté, que le recours en rétractation (*reposición*) de la faillite « est tranché selon les mérites de la procédure, les appels de l'ordonnance rendue n'étant recevables qu'avec effet dévolutif.

<sup>3</sup> Dans le septième considérant de cette décision, il est rappelé que, conformément à l'article 1321 du Code, l'article 1326 dispose que, pour l'instruction de l'incident d'opposition du failli sur la déclaration de faillite, il est constitué une branche (*expediente*) séparée, sans aucun doute pour qu'elle ne fasse pas obstacle au libre cours de la procédure de faillite; et que le jugement rendu sur l'opposition formulée par le failli n'admet que le recours d'appel avec effet dévolutif seulement, comme prévu par l'article 1330. La Cour d'appel conclut de ces textes, d'une manière absolument logique, que le législateur espagnol a voulu que l'incident d'opposition ne puisse pas paralyser le cours de la procédure, ni en première instance, ni en appel.

*C. Le pouvoir général de vente des syndics n'était pas paralysé par la suspension de la faillite, dont avait été exceptée la deuxième section, relative à l'administration*

563. La *Réplique* (V, par. 708, p. 523) ramène son argumentation à la thèse suivante: lorsque le déclinatoire Boter a été soulevé, il aurait fallu suspendre toute la procédure de faillite en vertu de l'article 114 du Code de procédure civile, lequel ne permet de dérogation à ce principe que pour « les actes dont la remise à une date ultérieure pourrait entraîner des préjudices irréparables ». Et, d'après le Gouvernement belge, l'ordonnance (*providencia*) du 5 avril 1948, exceptant de la suspension la deuxième section, *n'a eu ni ne pouvait avoir* d'autre portée que de permettre les actes de conservation et de gestion de la masse <sup>1</sup>.

La thèse adverse se trouve ainsi viciée par son caractère « artificiel ». La suspension décidée dans la première section paralysait la décision du juge sur le point de savoir si l'opposition de la *Barcelona Traction* était inopportune et devait être ou non admise; or, si l'admission et l'instruction de l'opposition <sup>2</sup> ne pouvaient paralyser la deuxième section ni empêcher la vente, il en résulte qu'on ne saurait imaginer la suspension de la faillite comme un nouvel obstacle qui empêcherait les syndics d'exercer normalement leur pouvoir général de vente. Tout le grief belge se révèle ainsi comme une simple répétition, sans fondement, du grief précédent, déjà rejeté.

564. Le *Contre-mémoire* (C.M., par. 158 ss., pp. 348 ss.) a démontré que la règle générale de l'article 114, en tant qu'elle vise les exceptions de la suspension, doit céder devant les textes spécifiques en matière de faillite, et que la deuxième section de celle-ci doit être considérée comme exceptée de la suspension, même sans demande d'une partie, et sans disposition judiciaire expresse. Le Gouvernement belge n'a même pas tenté de réfuter ces affirmations.

Cela et ce que nous avons déjà dit (*supra*, par. 487) suffit à réfuter complètement l'affirmation que le juge de Reus, dans son ordonnance du 5 avril 1948, *ne pouvait* excepter de la suspension la deuxième section, sauf pour les actes de conservation et de gestion de la masse.

Mais, en outre, et après tout ce qui a été dit, il est évident que la partie adverse se contredit à nouveau. On nous a dit que les deux phases de l'administration, la phase conservatoire et la phase d'aliénation, n'étaient pas déterminées par un fait de procédure ou par la nature de l'activité, mais par la personne chargée de l'administration: dans le premier cas, le séquestre-dépositaire; dans le second, les syndics. Or, comment le juge, par une

<sup>1</sup> Au sujet de l'application de l'article 114 du Code de procédure, le Gouvernement belge adopte deux positions contradictoires, également erronées. Aux paragraphes 619 et 620 (pp. 465 ss.), il soutient que le précepte était inapplicable s'agissant d'un déclinatoire de juridiction et non de compétence interne ou *stricto sensu*; la portée de l'article 114 est donc présentée comme un argument subsidiaire (p. 466). Sur ce point, au contraire, le Gouvernement belge ne se préoccupe plus de soutenir que la faillite ne devait être suspendue dans aucune de ses sections et il transforme l'argument subsidiaire en thèse principale. Cela démontre jusqu'à quel point la partie adverse se trouve « embarrassée » par ses propres théories.

<sup>2</sup> Et tout cela, sans tenir compte de ce que l'opposition était inopportune et a été rejetée comme telle en 1963; et l'on ne peut pas dire qu'en 1952, il était possible de prédire ce qui allait survenir quelques années plus tard, mais que la décision des tribunaux était déterminée par le fait indiscutable, appréciable d'office, et par n'importe quel juge, que la déclaration de faillite était devenue irrévocable, de l'aveu de la faillite et des créanciers, seules personnes ayant qualité pour s'y opposer. C'est ce qu'à déclaré la Cour d'appel dans sa décision du 5 février 1952.

simple ordonnance exceptant de la suspension la deuxième section, peut-il transformer ces mêmes phases de l'administration, en convertissant en phase conservatoire celle qui incombe aux syndics? Ceux-ci, une fois nommés, acquièrent leurs pouvoirs et peuvent les exercer, la deuxième section étant exemptée des effets de la suspension.

La *Réplique* ne cite aucun texte qui, de manière expresse et formelle, dispose que l'administration confiée aux syndics est purement conservatoire du fait que la première section de la faillite est suspendue, si la deuxième partie ne l'est pas.

565. Il reste à examiner, par conséquent, si *en fait*, la deuxième partie était totalement exceptée ou non de la suspension. Ici, la *Réplique* n'a pas donné de réponse concluante; dès qu'elle affirme que non (V, par. 708, p. 523)<sup>1</sup>, elle affirme que si, et que c'est précisément pour cela que le juge de Reus a violé l'article 114 du Code<sup>2</sup>.

Il suffit de cette contradiction pour se rendre compte que la *Réplique* prend une position ou une autre, suivant ce qui lui semble le plus commode dans chaque cas; qu'il formule des griefs contre le juge qui a ordonné la suspension, parce qu'il en a excepté toute la deuxième section de la procédure, puis, oubliant le grief précédent, qu'il porte des accusations contre le juge qui a décidé la vente, parce qu'il n'a pas tenu compte de ce qu'elle n'était pas exceptée de la suspension.

*De fait*, le juge de Reus a excepté de la suspension toute la deuxième section; *de droit*, il devait le faire<sup>3</sup>. La première imputation du Gouvernement belge est donc aussi inefficace que la deuxième.

566. Ce long exposé juridique qui, forcé par la *Réplique*, a dû être fait n'a, comme on le verra par la suite (*infra* pars. 567 et ss.) qu'un intérêt très secondaire, étant donné qu'*en fait* les syndics fondèrent leur requête de vente sur les besoins inéluctables qui imposaient la vente et dont la réalité ne peut être mise en cause (*supra* pars. 542 et ss.). Le juge spécial et la Cour d'appel (*Audiencia*) en autorisant la vente ont aussi tenu compte de cette réalité, à savoir que si la vente n'avait pas lieu à ce moment-là le résultat pouvait être la désintégration totale du patrimoine que les syndics s'étaient vu confier tout en spécifiant, bien entendu, les pouvoirs juridiques pour réaliser la vente.

<sup>1</sup> Dans ce cas, comme cela est logique, elle ne peut parler d'infraction à la loi dans l'ordonnance du 5 avril 1948. La même affirmation se retrouve au paragraphe 117 (pp. 68-69), aux termes de laquelle la vente des biens n'a pas été exceptée de la suspension, car le juge ne pouvait prévoir cette vente en avril 1948.

<sup>2</sup> Au paragraphe 157 (p. 93), il est affirmé que la vente « relève de la deuxième section de la procédure, relative également à la saisie et à l'administration des biens. Cette section ayant été exceptée de la suspension par le jugement du juge de Reus du 5 avril 1948, sans que la vente en fut expressément détachée, celle-ci était, à première vue, permise, au moment qui serait jugé opportun ». (Les italiques ne figurent pas dans le texte.)

Et, dans le paragraphe 619 (p. 466), on reproche précisément au juge de Reus d'avoir appliqué la suspension de telle sorte qu'elle permettait de procéder à la vente des biens de la *Barcelona Traction*.

<sup>3</sup> La deuxième section aurait dû être exceptée dans sa totalité; c'est ce que prouve le fait que la *Barcelona Traction*, en soulevant l'incident de nullité de la procédure, le 5 juillet 1948, a demandé que la faillite soit suspendue, à l'exception de la deuxième section, sans limiter la portée de l'exception à aucune phase conservatoire; nous avons déjà vu que la *Réplique* (par. 627, p. 471), (*supra*, par. 487), pour répondre à ce point, a dû faire appel à l'argument ingénu et révélateur suivant lequel, lorsque la faillite a demandé que la deuxième section ne soit pas suspendue, *dans son esprit*, l'exception devait être limitée à la phase conservatoire.

## SECTION VIII

LA VENTE DES BIENS DE LA *BARCELONA TRACTION*§ 1: AUTORISATION JUDICIAIRE DE LA VENTE DES BIENS  
DE LA *BARCELONA TRACTION*

567. Dans la section précédente, il a été exposé que les syndics de la faillite se sont trouvés, en août 1951, devant une situation qui exigeait d'urgence la vente des biens de *Barcelona Traction* (*supra*, pars. 537 ss.).

Il a également été démontré (*supra*, pars. 552 ss.), que les syndics avaient le pouvoir de réaliser la vente, sans aucun obstacle, ni de fait ni de droit.

De cette position, la *Réplique* veut déduire (V, par. 711 et ss., pp. 525 et ss.) l'existence d'une contradiction; elle affirme que le *Contre-mémoire* a invoqué le caractère conservatoire de la vente, puisqu'il y est dit qu'il existait des motifs d'urgence pour y procéder, mais que, se rendant compte que la thèse était juridiquement insoutenable, le *Gouvernement espagnol* a voulu l'étayer en évoquant les pouvoirs normaux de liquidation que la loi confère aux syndics. Rien n'est plus éloigné de la réalité.

Lorsque le *Gouvernement espagnol* expose, aussi bien dans la présente *Duplique* que dans le *Contre-mémoire* (IV, par. 176, p. 533) les motifs d'urgence qui ont amené les syndics à vendre en raison des risques de dépréciation qui menaçaient le patrimoine de la société faillie, il se borne à constater une réalité; ce faisant le *Gouvernement espagnol* réduit à néant les accusations de la partie adverse selon lesquelles le groupe d'obligataires aurait provoqué la vente pour s'emparer du patrimoine de la faillie, en opérant un «détournement de la procédure de faillite de son but légal». Donc les motifs véritables de la vente ont été tout autres que ceux imaginés par la *Réplique*.

La Partie adverse prétend que la vente était illégale vu l'état de la procédure: le *Gouvernement espagnol* répond que les syndics avaient le pouvoir légal d'y procéder, et qu'aucun obstacle ne s'y opposait dans le cas d'espèce.

568. Il ne s'agit pas là d'une argumentation que le *Contre-mémoire* allègue *ex novo*, encore qu'elle aurait pu le faire si nécessaire puisque la responsabilité de l'Etat ne provient pas d'arguments juridiques erronés, mais, le cas échéant, de l'incorrection possible des décisions prises par ses tribunaux.

Lorsqu'elle s'est prononcée en dernière instance sur les recours introduits par la société faillie<sup>1</sup>, la Cour d'appel (*Audiencia*) de Barcelone a indiqué très nettement,

<sup>1</sup> Le recours en cassation contre la décision de la Cour d'appel (*Audiencia*) étant irrecevable, le Tribunal Suprême ne pouvait se prononcer sur la question.

comme on l'a déjà dit, que les syndics pouvaient vendre en vertu de leurs pouvoirs normaux <sup>1</sup>, et cette conception est tout à fait conforme à l'ordre juridique espagnol.

569. Mais, puisque le Gouvernement belge persiste à affirmer que la vente ne pouvait être effectuée en vertu des pouvoirs normaux des syndics, vu l'état de la faillite dans le cas d'espèce, et que, tant que la suspension de la première section n'aurait pas été levée et qu'il n'aurait pas été statué sur l'annonce d'opposition formulée par la société faillie, le 18 juin 1948, la mission des syndics était purement conservatoire, le Gouvernement espagnol se doit d'indiquer que, même dans cette hypothèse, la vente des biens de la *Barcelona Traction* ait été légale et régulière.

Si on refuse aux syndics l'exercice de leurs pouvoirs normaux de vente, il faudrait au moins leur reconnaître — comme le disait le *Contre-mémoire* (IV, par. 255, p. 406) — les mêmes facultés d'administration et de conservation du patrimoine que celles que la loi accorde au dépositaire, entre autres, celle de vendre à des fins conservatoires lorsqu'il li y a des motifs d'urgence <sup>2</sup>.

Alors, les raisons invoquées pour justifier la vente seraient pertinentes non seulement *en fait*, mais aussi *en droit*, puisqu'elles suffiraient à faire jouer l'article 1354 du Code qui prévoit la possibilité de « ventes urgentes » par les soins du dépositaire.

Il ne s'agit donc pas, comme le prétend la *Réplique* (V, par. 713, p. 526), de laisser le lecteur choisir entre deux arguments différents et incompatibles; ce que le Gouvernement espagnol veut faire ressortir, c'est que l'ordre juridique espagnol, devant un cas exceptionnel comme celui de la *Barcelona Traction*, où la situation, en se prolongeant indéfiniment, risquait d'entraîner la dépréciation des biens confiés aux syndics, voire la ruine de l'exploitation de la prospérité de laquelle dépendait la valeur de ces biens, dispose des moyens d'action voulus pour empêcher que des biens ne se perdent sans bénéfice ni pour les créanciers ni pour le failli.

Qu'auraient pu faire les tribunaux espagnols s'il n'y avait pas de raison d'urgence péremptoire de vendre et que, d'autre part, une opposition formée par le failli dans les formes et délais prévus soit pendante et susceptible d'être déclarée recevable ou irrecevable? La présente *Duplique* ne peut se livrer à des spéculations sur ce point, puisque tel n'était pas le cas de la *Barcelona Traction*. Mais il est inadmissible que la partie adverse dénature les données de la question et cherche à poser le problème de la défense ou de l'absence de défense du failli, alors qu'il s'agit seulement de savoir s'il fallait ou non laisser dépérir les biens confiés aux syndics.

#### A. Réfutation des objections que la *Réplique* prétend faire reposer sur la requête des syndics et sur les décisions des tribunaux

570. Une première observation s'impose à cet égard. Le Gouvernement espagnol a déjà souligné dans le *Contre-mémoire* (par. 227, p. 389) combien la tactique utilisée par

<sup>1</sup> C'est ce qu'elle a déclaré dans sa décision du 5 février 1952, dont il est largement rendu compte dans le *Contre-mémoire* (C.M., par. 256, pp. 407/408; et A.C.M., N° 153, doc. N° 3, vol. VIII, pp. 332 et ss.).

<sup>2</sup> La *Réplique* elle-même se voit contrainte de reconnaître (par. 709, p. 524) que les textes concernant la vente à des fins conservatoires, bien que conçus uniquement pour l'administration du dépositaire, seraient applicables à celle des syndics, dans le cadre de la thèse selon laquelle il ne peut y avoir vente exécutoire tant que la déclaration de faillite n'est pas irrévocable.

la partie adverse est inadmissible, lorsqu'elle expose de prétendues contradictions dans les thèses soutenues par plusieurs obligataires dans les diverses sections et à des moments divers de la faillite, et qu'elle utilise les allégations des syndics eux-mêmes pour attaquer les décisions des tribunaux espagnols <sup>1</sup>.

Le Gouvernement belge ne peut ignorer que ce ne sont pas les plaideurs qui ont la mission d'interpréter et d'appliquer la loi. Les tribunaux, lorsqu'ils avaient à décider si les syndics pouvaient vendre ou non, devaient se prononcer sur les pouvoirs des syndics en fonction du droit en vigueur, sans que la justification donnée par les syndics eux-mêmes dans leur requête les engageât le moins du monde <sup>2</sup>.

Mais, d'ailleurs, même une justification juridique distincte, celle des tribunaux des différentes instances, si elle était donnée, ne peut entrer en ligne de compte pour déterminer si la responsabilité internationale du Gouvernement espagnol est engagée par les décisions de ses organes juridictionnels (*supra*, pars. 52 ss.). C'est une tactique utilisée assez fréquemment par la partie adverse que de présenter des divergences réelles ou prétendues dans les sentences rendues par les diverses instances comme un signe de l'illégalité des décisions prises par les unes et par les autres. Si ce mode de raisonnement curieux était admissible, le fait que l'administration de la justice est organisée hiérarchiquement, avec plusieurs instances, pour la garantie, précisément, du plaideur national ou étranger, deviendrait une arme contre n'importe quel Etat.

571. Un fait est certain: les syndics, pour justifier la possibilité légale de vendre, n'ont pas mentionné expressément leurs pouvoirs généraux de vente et ont invoqué, en revanche, des textes légaux qui, à leur avis, conféraient aux syndics le pouvoir de procéder à la vente d'urgence des biens <sup>3</sup>.

Le Gouvernement espagnol ne croit pas que l'on puisse tirer de cette conduite des syndics un grief réel quelconque; s'ils ont demandé une vente d'urgence, c'est que l'urgence existait vraiment. Ce n'est pas qu'en vendant à ce moment-là ils pussent obtenir de meilleures conditions et un prix supérieur; c'est que, s'ils n'avaient pas vendu, ils encourent de graves responsabilités. Si les syndics avaient voulu laisser la faillie sans défense, comme la *Réplique* le prétend aujourd'hui, ils auraient invoqué leurs pouvoirs généraux pour vendre, sans chercher un instant à faire valoir les raisons qu'ils avaient de ne pas différer la vente.

<sup>1</sup> Oubliant ainsi, d'ailleurs, que ces mêmes contradictions réelles apparaissent dans les actes de la société faillie et de ses hommes de paille.

<sup>2</sup> Le principe dispositif, que le Gouvernement belge semble invoquer seulement quand cela lui convient, n'a pas cours lorsqu'il s'agit de choisir les règles applicables en matière de procédure à suivre: ces règles sont d'ordre public et ne peuvent être laissées au choix des parties (A.C.M., N° 1, vol. VII, pp. 5 et ss.).

<sup>3</sup> La *Réplique* (p. 93) accuse le Gouvernement espagnol d'avoir caché ce fait dans le *Contre-mémoire*, par. 240, p. 397. Il suffit de lire le texte pour apprécier la légèreté d'une telle accusation; dans ce paragraphe, le Gouvernement espagnol cite les articles 1084 et suivants du Code de commerce de 1829, qui ont été effectivement invoqués par les syndics dans la subdivision VI de leur requête lorsqu'ils traitaient des modalités de vente (A.C.M., N° 152, doc. 2, vol. VIII, p. 290). En revanche, au paragraphe 253 (p. 405), où il analysait précisément la base légale invoquée par les syndics, il commentait les raisons données par ceux-ci et la mention qu'ils faisaient des textes qui autorisaient une vente d'urgence, à caractère conservatoire. Et la *Réplique* elle-même le reconnaît à la même page. Où est donc la prétendue dissimulation ou affirmation inexacte du Gouvernement espagnol?



La *Réplique* s'emploie à discréditer les raisons alléguées par les syndics. Elle affirme, d'une part (V, par. 157, p. 93), que la société *Namel*, lorsqu'elle a demandé la nomination des syndics, ayant expressément exclu la vente du domaine de leur compétence, ceux-ci se seraient vus contraints à invoquer la finalité conservatoire de la vente, au lieu de la présenter comme un acte « rentrant dans leur fonction normale de liquidateurs de la masse »<sup>1</sup>. Mais, d'autre part, elle ne craint pas d'alléguer (par. 709, pp. 523 et ss.) que les syndics ont allégué l'urgence pour obtenir une autorisation judiciaire de vente, parce qu'ils n'avaient pas le pouvoir normal de liquider le patrimoine de la société faillie.

Le Gouvernement belge devrait donc préciser si, d'après lui, l'allégation de l'urgence n'a été qu'une simple justification morale de l'exercice de pouvoirs normaux, ou s'il s'agissait d'un prétexte juridique destiné à masquer l'absence de ces pouvoirs. Mais le seul fait de formuler les deux arguments à la fois dénote la légèreté et l'absence d'assurance de ses propos.

572. Suivant une ligne tracée dans le *Mémoire* et largement développée dans la procédure orale, la *Réplique* prétend (par. 711, p. 526) que les syndics, dans leur requête, et le juge spécial, dans son ordonnance du 27 août 1951, ont commis une erreur grossière, en considérant les biens de la *Barcelona Traction* comme « denrées périssables », et que cela suffit à invalider la thèse d'une vente conservatoire.

Sans vouloir contester aucunement le pouvoir des syndics de procéder à la vente, il importe de faire ressortir que semblable erreur n'existe pas.

Les deux parties s'accordent à reconnaître que les ventes d'urgence sont possibles en droit espagnol; leur désaccord tient à la détermination des hypothèses qui peuvent justifier ces ventes. La *Réplique* estime (par. 709, pp. 523/524) que le Code de procédure civile (art. 1181, par. 3), ne prévoit qu'un seul cas, celui de « l'aliénation des biens meubles qui ne peuvent pas se conserver »; et précise que Ramírez en ajoute un autre, celui de la vente de certains biens de la masse en vue d'obtenir des fonds pour couvrir les frais nécessaires à la conservation du reste.

D'après le Gouvernement belge, il n'y avait pas lieu de procéder à la vente d'urgence de tous les effets du failli, puisque les biens qui ne peuvent se conserver sont exclusivement les biens « périssables », à savoir ceux qui sont soumis à dépérissement, ce qui exclut toute possibilité de vendre des actions et des obligations comme « denrées périssables » en application du texte cité; la vente ne pouvait s'effectuer non plus sous le couvert de l'exception prévue par Ramírez, puisque celle-ci suppose la vente d'une partie pour conserver le reste, alors que, dans le cas de la *Barcelona Traction*, la totalité du patrimoine a été aliénée (par. 711, p. 526, et par. 709, p. 524).

La partie adverse oublie que le paragraphe 3 de l'article 1181 du Code de procédure civile (qui reconnaît la vente conservatoire dans la faillite civile ou déconfiture) est rem-

<sup>1</sup> Alors que *Namel* — lorsqu'elle a demandé la nomination des syndics — considérait que cette nomination ne signifiait pas que les syndics dussent procéder à la vente (ce qui ne supposait aucune demande tendant à exclure, des pouvoirs des syndics, celui de vendre), la *Barcelona Traction* soutenait à l'époque — pour s'opposer à la nomination — que la désignation des syndics laisserait la voie libre pour la vente des biens de la société faillie. Si on considérait que les raisons données par *Namel* constituaient un obstacle d'ordre éthique, ou si l'on appliquait ici l'idée d'*estoppel*, la *Barcelona Traction* se serait trouvée empêchée de protester contre la vente du fait de ses raisonnements antérieurs.

placé et élargi, en matière de faillite, par l'article 1354, qui admet « les ventes urgentes des effets de la faillite, ou pour les frais indispensables à leur conservation »<sup>1</sup>. Elle commet alors une véritable pétition de principe; elle prend pour hypothèse que les seuls biens qui ne puissent être conservés et qui soient susceptibles d'une vente urgente, sont les « denrées périssables », c'est-à-dire ceux qui peuvent être détruits par le temps. Or c'est précisément non pas ce qu'elle peut tenir pour admis, mais ce qu'elle devrait prouver. Et la *Réplique* n'a aucunement apporté cette preuve, puisqu'elle ne peut invoquer d'autre autorité que celle de Ramírez, dont l'ouvrage n'a été écrit que bien plus tard<sup>2</sup>.

Or, contrairement à ce que soutient la partie adverse, les effets qui, du fait de la conjoncture économique ou pour toute autre raison, courent un grave risque de dépréciation imminente, sont également des biens susceptibles de vente urgente. Les considérations ironiques sur le point de savoir s'il s'agit ou non de « denrées périssables » ne sont donc pas de mise.

Dans leur requête, les syndics eux-mêmes ont allégué que la vente conservatoire était possible pour trois sortes de biens: ceux qui sont soumis à dépérissement prochain (denrées périssables), ceux qui sont susceptibles de dépréciation imminente et ceux qui sont dispendieux à conserver. Le fait que les « denrées périssables » peuvent faire l'objet d'une vente urgente ou conservatoire ne veut évidemment pas dire que l'on peut procéder à cette vente seulement lorsqu'il s'agit de ce genre d'effets; comme la *Réplique* elle-même le reconnaît (p. 526), le *Contre-mémoire* a déjà mis en lumière (IV, par. 176, p. 533) que l'on ne peut confondre le genre et l'espèce.

573. Dans l'intention évidente de semer la confusion, la *Réplique* (par. 714 et 715, pp. 527 et ss.) fait toute une série de spéculations sur l'application de l'article 1084 du Code de commerce de 1829, qui requièrent des précisions quant au sens dans lequel ce texte a été invoqué dans la faillite et dans le *Contre-mémoire*.

Dans la subdivision VI de leur requête, les syndics ont invoqué expressément l'article 1084 du Code de 1829 pour arrêter les modalités de la vente des effets de commerce de la société faillie. Le *Contre-mémoire* a fait allusion (par. 240, p. 397) à ce texte en indiquant que l'article en question et les suivants traitaient des formalités de la vente, sans toutefois prétendre que les pouvoirs qu'avaient les syndics de vendre déclouaient de leurs dispositions.

<sup>1</sup> Le Gouvernement belge n'ignore pas l'existence de cet article 1354, puisqu'il le transcrit en note 1 au bas de la page 524 de la *Réplique*. Il est absurde de prétendre, après lecture des termes bien nets de cet article, que c'est Ramírez qui ajoute une exception au principe selon lequel le dépositaire n'a pas pouvoir de vente; c'est le législateur espagnol qui a prévu l'exception, et tous les auteurs espagnols la reprennent naturellement, même ceux qui se bornent à transcrire le texte de l'article.

<sup>2</sup> Comme en d'autres occasions, le Gouvernement belge n'explique pas non plus sur quelle autorité Ramírez s'appuie à son tour pour soutenir cette thèse. Dans son *op. cit.*, vol. II, note 14 au bas de la page 731, Ramírez limite les biens, qui ne peuvent être conservés et doivent être vendus d'urgence, à ceux qui peuvent se détériorer ou se corrompre; et il allègue ensuite l'autorité de Garrigues, exprimée dans l'avis que *Sidro* lui avait demandé sur la faillite de *Barcelona Traction*. Ce qui ne l'empêche pas de transcrire, aux pages 724 et ss., surtout en note 8, l'opinion commune selon laquelle il convient de procéder à la vente conservatoire lorsqu'il y a des biens soumis à dépérissement ou à dépréciation imminente, ou dispendieux à conserver; et il cite des auteurs français tels que Percerou et Lyon-Caen et Renault, italiens tels que Bonelli et Brunetti, et mexicains, tels que Rodriguez.

La *Réplique* dénature manifestement les termes dans lesquels le *Contre-mémoire* s'est exprimé, lorsqu'elle prétend le contraire et veut en tirer de prétendues contradictions et incertitudes. Dans son *Mémoire* (I, par. 364), le Gouvernement belge affirmait que, si les syndics avaient le pouvoir de vendre, on comprenait mal les raisons pour lesquelles la vente des effets de la société faillie devait être précédée d'une autorisation judiciaire. En réponse à cette objection, le *Contre-mémoire* (IV, par. 177, p. 534) a cité l'article 1084 du Code de commerce de 1829 selon lequel, lorsqu'il s'agit de vendre les effets de commerce du failli, les syndics en font la proposition, le moment venu, au commissaire, qui décide ce qui convient.

C'est-à-dire que, même lorsqu'ils exercent leurs pouvoirs normaux de vente, selon une disposition expresse de la loi, les syndics doivent demander au commissaire l'autorisation de vendre les effets de commerce, ce qui est tout à fait logique, puisque, on le verra, c'est le commissaire lui-même qui, conformément aux dispositions de l'article 1086, doit procéder à l'évaluation<sup>1</sup>.

574. Les syndics ont adressé leur requête au commissaire pour que ce soit celui-ci qui autorise la vente. L'article 1084 dispose que les syndics « proposeront au commissaire la vente qu'il conviendra d'en faire au moment opportun, et le juge déterminera ce qui conviendra, fixant le prix minimum auquel elle pourra se réaliser, lequel ne pourra souffrir aucune altération sans une raison qui soit valable de l'avis du commissaire ».

La doctrine traditionnelle considère que le terme « juge » utilisé dans ce texte désigne le commissaire<sup>2</sup>, appelé juge-commissaire avant le Décret-loi d'unification des « Fuegos »<sup>3</sup>. C'était donc le commissaire qui pouvait autoriser la vente proposée par les syndics et fixer le prix minimum, lequel ne pouvait être modifié que pour un motif valable que le commissaire devait apprécier.

Les syndics ont interprété le texte en question dans ce sens<sup>4</sup>. Pourtant, le commissaire s'est abstenu d'adopter la décision autorisant la vente; considérant qu'il convenait de décider conformément à la demande des syndics, il s'est adressé au juge spécial dans ce sens, pour qu'il statue<sup>5</sup>.

Le Gouvernement espagnol se doit de mettre en lumière la prudence dont aussi bien les syndics que le commissaire ont tenu à faire preuve en tout ce qui concernait la vente; de même que les syndics ont demandé à divers experts, sans y être obligés, des avis consultatifs qu'ils voulaient confronter avec leur propre opinion, le commissaire s'est abstenu de prendre une décision qui lui incombait, restituant au juge la fonction dont celui-ci l'avait investi.

<sup>1</sup> La *Réplique* ne fait donc qu'« enfoncer des portes ouvertes » lorsqu'elle affirme que:

« Cette disposition légale n'a donc nullement la portée de conférer aux syndics, à l'égard des « effets de commerce » un pouvoir de vente plus large que pour les autres biens composant la masse, pouvoir qu'ils pourraient exercer, alors même que l'état de la procédure leur interdirait de vendre ces autres biens ».

<sup>2</sup> Cf. GONZALEZ HUEBRA, *Tratado de quiebras*, Madrid, 1856, p. 76, et RIVES Y MARTI, *Concurso de acreedores y quiebras*, Madrid, 1954 (3<sup>e</sup> éd.), vol. II, p. 471.

<sup>3</sup> Cf. A.C.M., N<sup>o</sup> 168, vol. IX, pp. 31 et ss.

<sup>4</sup> Cf. à cet égard le dispositif de la requête des syndics, dans A.C.M., N<sup>o</sup> 152, doc. 2, vol. VIII, p. 294.

<sup>5</sup> Le rapport du commissaire est transcrit en *Annexe* 152, doc. 5, VIII, p. 317. La *Réplique* n'attaque aucune des raisons données à cet égard dans le *Contre-mémoire* (par. 247 et ss., p. 402).

On comprend alors combien le Gouvernement belge est mal venu à ironiser sur « l'approbation lapidaire qu'y avait donnée le commissaire »; s'il veut dire par là que le commissaire était disposé à donner un avis favorable à la requête des syndic, il devrait tenir compte de ce que le commissaire pouvait faire davantage que donner à la requête une « approbation lapidaire », et qu'il s'en est abstenu.

575. Dans son ordonnance du 27 août 1951 (A.C.-M., n° 152, doc. n° 6 VIII, p. 318), le juge spécial autorisait la vente:

« Vu les considérations et arguments contenus dans l'acte des syndic, le rapport favorable du commissaire, de même que l'opinion du courtier de commerce de cette ville, M. Climent, et le résultat de l'examen du dossier »<sup>1</sup>.

La *Barcelona Traction* a formé, contre l'ordonnance du 27 août 1951, un recours en rétractation (*reposición*), que le Gouvernement belge préfère oublier (C.M., pp. 403 et ss.; A. C.M., n° 153, vol. VIII, pp. 319 à 323)<sup>2</sup>.

La société faillie a essentiellement étayé son recours sur les arguments suivants: les syndic avaient été nommés à tort; les syndic ne pouvaient pas vendre parce que le jugement déclaratif de faillite n'était pas irrévocable; la suspension de la procédure due au déclinatoire empêchait aussi de procéder à la vente<sup>3</sup>.

Le juge spécial s'est prononcé sur ces arguments dans les considérants 28 et 29 de son arrêt (C.M., par. 254, p. 405); le Gouvernement espagnol a démontré le bien-fondé de ses décisions en mettant en évidence l'inanité absolue des objections de la société faillie, que le Gouvernement belge reproduit maintenant.

La *Réplique* (par. 716, pp. 528/529) donne une version totalement déformée de l'arrêt; aussi le Gouvernement espagnol s'en remet-il uniquement au texte intégral que la partie adverse se garde de transcrire. En revanche, le Gouvernement espagnol se doit de souligner le procédé du Gouvernement belge lorsqu'il cherche à tirer argument du fait que le juge invoque l'article 1084 du Code 1829. Il est inexact que le juge ait fait expressément dériver de ce texte les pouvoirs des syndic; le texte que le Gouvernement belge détache à l'endroit cité n'a été évoqué que pour répondre à une objection précise formulée par la société faillie<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> La Cour pourra constater la mutilation à laquelle la *Réplique* procède aux par. 711 (p. 526) et 716 (p. 528), pour laisser entendre que le juge s'est borné à examiner l'acte des syndic et le rapport du commissaire; et le Gouvernement belge se plaint ensuite de ce « laconisme du juge spécial », oubliant à nouveau que les ordonnances sont des décisions non motivées.

<sup>2</sup> La *Réplique* critique le jugement qui a statué sur le recours en disant que « le juge balait rapidement les objections fondamentales que la *Barcelona Traction* avait formulées contre la décision de vendre », mais elle garde le silence sur ces objections.

<sup>3</sup> Lorsqu'ils ont contesté le recours dans leur acte du 10 septembre 1951, les syndic ont répondu à ces arguments en affirmant, sur le plan du droit, que ni l'irrévocabilité de la déclaration de la faillite ni la suspension de la procédure — qui ne touchait pas la deuxième section — ne pouvaient constituer un obstacle à la vente, puisque les syndic pouvaient et devaient vendre depuis qu'ils avaient pris possession des biens du failli; et, sur le plan des faits, que la déclaration de la faillite de la *Barcelona Traction* était irrévocable, puisque la société faillie n'y avait pas fait opposition en temps voulu.

Lorsqu'il s'est prononcé sur le recours, le tribunal spécial a été requis par les parties de décider de la question telle qu'elle avait été posée dans les actes émanant de l'une et de l'autre; il ne s'agissait plus seulement de juger à nouveau les arguments allégués par les syndic dans leur acte initial, mais de se prononcer sur les questions posées par les deux parties.

<sup>4</sup> Celle-ci s'est exprimée dans les termes suivants:

« Et précisément pour les faillites, pour les cas où l'aliénation des effets de commerce est indispen-

C'est la *Barcelona Traction* qui a prétendu faire dériver de ce texte les pouvoirs nécessaires à la vente des effets de commerce en contestant qu'il soit applicable, mais du fait que les syndics proposaient une vente totale de ces effets; et dans les considérants cités, le juge spécial a démontré que la règle qu'il formule s'appliquait dans le cas d'espèce, contrairement à ce qu'affirmait la société faillie.

576. La société faillie a formé, contre l'arrêt du 15 septembre 1951, un recours en appel que la Cour d'appel (*Audiencia*) de Barcelone a rejeté par décision du 5 février 1952 (C.M., IV, pp. 407-409). La *Réplique* belge examine cette décision, en suivant la même tactique qui consiste à embrouiller les motifs des décisions défavorables à la thèse de la partie adverse. Le Gouvernement espagnol doit donc mettre les choses au point.

Aux allégations de la société faillie, qui étaient les mêmes que celles qui avaient été exposées devant le juge spécial, la Cour d'appel (*Audiencia*) a opposé des arguments de fait et de droit, ces derniers de valeur générale, et les premiers, applicables précisément au cas d'espèce, qui, que les uns et les autres, menaient au rejet de la prétention de la société faillie.

Ainsi, dans le cinquième considérant de la décision, la Cour d'appel (*Audiencia*) examine le pouvoir général des syndics de vendre et le moment auquel le droit espagnol leur confère ce pouvoir, en concluant qu'il part du moment même où les syndics sont nommés et où les biens du failli leur sont remis (*supra*, pars. 557, 558 et 565)<sup>1</sup>. La *Réplique* (V, pp. 531 et ss.) ne peut dire que la Cour d'appel (*Audiencia*) se fondait sur l'article 1084 du Code de commerce de 1829, comme elle essayait de le reprocher au juge spécial; et il semble alors qu'avec l'habileté qui la caractérise pour les acrobaties en tous genres, elle reproche précisément à la Cour d'appel de ne pas s'être appuyée sur ce texte, « détruisant le système échafaudé par le juge spécial ».

S'il était exact — et ce n'est pas le cas — que le juge spécial ait fondé tout son système sur l'article 1084 de l'ancien Code, et que cette thèse soit erronée, on pourrait reprocher au juge spécial d'avoir invoqué ce texte; mais il faudrait alors, par conséquence logique, approuver la Cour d'appel (*Audiencia*) d'avoir éliminé l'article de ses raisonnements. En d'autres termes, il est impossible de formuler une critique qui consiste à la fois à faire grief au juge de l'avoir utilisé et à la Cour d'appel de ne pas l'avoir invoqué<sup>2</sup>.

sable, l'ancien Code l'autorise, mais dans des cas déterminés, recherchant toujours le plus grand bénéfice des intérêts de la faillite et avec autorisation spéciale du juge.

C'est ce que prescrivent les articles 1084 et suivants du Code de 1829, mais ni ces articles ni aucun autre n'autorisent l'aliénation en masse, la liquidation totale de l'actif d'une faillite qui ne peut être aliéné qu'aux fins essentielles de toute faillite, celles de payer le passif avec le produit de la vente ».

<sup>1</sup> La Cour d'appel (*Audiencia*) dit, à très juste titre, que, tandis que le dépositaire a besoin de l'autorisation du juge ou du commissaire pour vendre, les syndics en auraient besoin pour s'abstenir de procéder à la vente.

<sup>2</sup> La *Réplique* reproduit (p. 532) la même objection que celle qui était faite dans le *Mémoire* (par. 364) et à laquelle il a déjà été donné réponse (*supra*, par. 573). La partie contraire veut mêler et embrouiller ce qu'elle a elle-même éclairci précédemment. Il a été dit dans la *Réplique* (par. 714, p. 527) que l'article 1084 de l'ancien Code ne confère aucun pouvoir de vente aux syndics, mais qu'il « présuppose que les syndics aient un tel pouvoir » et que cet article, de même que les suivants « règlent toutes les formalités concernant la vente en matière de faillite ». Or la Cour d'appel, dans le considérant visé, établit d'où procèdent les pouvoirs que l'article 1084 suppose, et elle cite les textes légaux qui confèrent aux syndics le pouvoir général de vente sans faire allusion aux formalités de la vente.

En règle générale, les syndics n'ont pas besoin de l'autorisation du commissaire pour vendre les biens, et c'est ce qu'affirme la Cour d'appel. Mais, s'agissant d'effets de commerce, la proposition de

Les sixième et huitième considérants de la décision de la Cour d'appel (*Audiencia*) démontrent que, en droit, les obstacles qui, selon la société faillie, empêchaient les syndics d'exercer leur pouvoir général de vente dans la faillite de la *Barcelona Traction* étaient inadmissibles, à savoir que la déclaration de faillite n'était pas irrévocable et que la suspension provoquée par le déclaratoire touchait la deuxième section. Les objections de la société faillie reproduites dans la *Réplique* (R., par. 721, p. 532) ont déjà été réfutées (*supra*, pars. 560 ss.), ce qui nous dispense d'insister sur ce point.

577. Quant aux arguments utilisés par la Cour d'appel (*Audiencia*) en fait, c'est-à-dire en tenant compte des données spéciales de la faillite de la *Barcelona Traction*, la *Réplique* prétend (p. 533) qu'ils représentaient une « précaution » en raison du caractère indéfendable de la thèse juridique. Il n'en est rien; on ne peut nier que les faits ou antécédents d'une cause jouent normalement un rôle très important dans la décision des juges. Il est impossible d'imaginer la décision que les tribunaux auraient adoptée si les faits ou antécédents avaient été autres.

Au quatrième considérant de la décision, la Cour d'appel (*Audiencia*) s'est opposée, sur le plan des faits, aux trois affirmations fondamentales de la société faillie: que la déclaration de faillite n'était pas irrévocable; que les syndics avaient été nommés à tort et que la suspension de la faillite atteignait les opérations de vente dans la deuxième section. Elle leur a opposé que le jugement de faillite avait été déclaré irrévocable par l'ordonnance du 17 mars 1948 et que celle-ci était devenue irrévocable à son tour; que la deuxième section était entièrement exceptée de la suspension « par demande et acquiescement des parties » et que la nomination des syndics avait eu lieu en vertu de décisions antérieures des tribunaux.

Ne pouvant nier les faits, la *Réplique* a recours, pour les dénaturer, à des arguments juridiques totalement inadmissibles. Il n'est pas nécessaire de répéter ici ceux que la partie adverse allègue (R., par. 719, p. 513) à propos de la suspension de la deuxième section et de la nomination de syndics, puisqu'ils ont déjà été réfutés (*supra*, s. VII, § 1 et 4). Il convient d'examiner, en revanche, l'attaque dirigée par la *Réplique* (par. 718, p. 530) contre le fait que le jugement déclaratif de faillite avait été déclaré irrévocable<sup>1</sup>, dans laquelle elle n'hésite pas, pour mieux présenter les arguments, à traduire certains termes techniques avec une certaine désinvolture<sup>2</sup>.

578. La *Réplique* reproche à la Cour d'appel: de n'avoir pas osé affirmer que la déclaration de faillite fût irrévocable (*firme*) lorsque la question a été soulevée à propos

---

vente doit être soumise au commissaire pour qu'il détermine si le moment est opportun et fixe le prix minimum auquel il convient de mettre en vente. L'autorisation, dans le cas d'effets de commerce, ne conditionne pas le pouvoir général de vente, mais est une formalité spécifique de la vente.

<sup>1</sup> Le texte de la décision contestée dans la *Réplique* est le suivant:

« 1° que la faillite fut déclarée par un jugement du 12 février 1948; 2° qu'une ordonnance du 17 mars déclara que ledit jugement était devenu irrévocable, cette ordonnance l'étant devenue aussi à son tour, et que, partant, les deux décisions sont irrévocables tant que par la voie de l'incident, de la nullité ou de tout autre recours, il n'en sera pas dit autrement » (C.M., par. 256, p. 407).

<sup>2</sup> Ainsi, il est fait deux fois allusion à la page 530 de la *Réplique* au jugement déclaratif de faillite et à l'ordonnance du 17 mars 1948 comme à des décisions définitives, alors que le terme utilisé par la Cour d'appel (*Audiencia*): était *firmes*, correctement traduit dans le *Contre-mémoire* par « irrévocables »; cette erreur n'est pas dépourvue d'importance, comme le Gouvernement espagnol a déjà eu l'occasion de l'exposer (A.C.M., N° 29, vol. VII, p. 160).

de la nomination des syndics, et de ne pas l'avoir affirmé non plus d'elle-même dans sa décision du 5 février 1952, invoquant l'ordonnance du 17 mars 1948; d'avoir passé sous silence l'« excès de pouvoir » avec lequel celle-ci avait été rendue et d'avoir formulé une réserve cynique lorsqu'elle a décidé que le jugement déclaratif de faillite et l'ordonnance étaient irrévocables (*firmez*) « tant que le contraire n'aura pas été décidé aux termes d'un incident de nullité ou de tout autre recours », puisqu'une action en nullité entamée par la société faillie contre cette ordonnance, entre autres décisions, était suspendue.

L'argumentation est on ne peut plus fragile. En premier lieu, la Cour d'appel ne s'est pas prononcée sur la question de l'irrévocabilité (*firmeza*) lorsqu'elle a traité de la désignation des syndics, car l'article 1062 de l'ancien Code ne fait pas courir le délai à partir de l'irrévocabilité (*firmeza*) de la déclaration, mais à partir de la date de cette dernière (*supra*, pars. 522 ss.). Devant l'obstination avec laquelle la société faillie affirmait inlassablement que la déclaration de faillite n'était pas irrévocable et contestait à nouveau, à partir de cette assertion, la légalité de la nomination des Syndics, la Cour d'appel (*Audiencia*) a cru opportun d'indiquer à la société faillie quelle était la véritable situation de l'affaire.

D'autre part, dans son arrêt du 5 février 1952, la Cour d'appel (*Audiencia*) a déclaré expressément que le jugement déclaratif de faillite était irrévocable (*firme*), de même que l'ordonnance qui proclamait cette irrévocabilité (*firmeza*); il est donc absurde de supposer qu'elle se cachait derrière cette dernière.

Le Gouvernement espagnol a déjà répondu à la critique dirigée contre l'ordonnance du 17 mars; il suffit donc de se reporter à ce qui a été dit précédemment (*supra*, pars. 446 ss.). Mais on ne saurait manquer de souligner la légèreté avec laquelle la *Réplique* utilise les termes juridiques; il est tout à fait absurde de qualifier ladite ordonnance d'« excès de pouvoir » et de prétendre que c'est comme si la décision n'existait pas. Lorsque la partie adverse est désavantagée par une décision, elle l'élimine sans plus au moyen d'adjectifs et de qualificatifs totalement inédits dans la doctrine et la jurisprudence.

La Cour d'appel (*Audiencia*) a invoqué l'ordonnance du 17 mars et formulé la réserve que la partie adverse taxe de cynisme, pour des raisons qui en prouvent la pertinence. Le jugement déclaratif de faillite avait été rendu le 12 février 1948 et publié le 14; le 17 mars, le juge constatait qu'il n'y avait pas encore été fait opposition, — *ce pour quoi la loi fixe un délai de huit jours* — et déclarait donc l'irrévocabilité (*firmeza*) du jugement, sans qu'aucun recours ait été formé non plus contre sa décision.

La situation était si nette que la Cour d'appel (*Audiencia*) ne pouvait ignorer le fait, qui opposait un démenti catégorique à toutes les allégations de la société faillie. Mais la Cour d'appel (*Audiencia*) avait connaissance de l'existence de la demande incidente en nullité dont parle le Gouvernement belge<sup>1</sup> et dont l'admission ou le rejet était en suspens jusqu'à ce que la suspension fût levée. Le Tribunal n'a pas voulu et ne pouvait préjuger la décision qui serait prise sur la recevabilité de cette demande incidente, mais il ne pouvait ni n'a voulu non plus faire valoir que, tant qu'une déclaration expresse des tribunaux n'interviendrait pas, la déclaration de la faillite devait être considérée comme irrévocable (*firme*) à toutes fins nécessaires.

<sup>1</sup> La société faillie ayant allégué l'existence de cette demande incidente dans tous les recours qu'elle formait sans exception, la Cour d'appel ne pouvait l'ignorer.

Loin donc de faire preuve de cynisme, le tribunal a pris grand soin de ne préjuger aucune décision quant aux recours pendants de la société faillie.

**B. Signification des décisions judiciaires qui ont rejeté les recours de la société faillie contre l'ordonnance accordant l'autorisation de vendre**

579. Les décisions rendues le 15 septembre 1951 par le juge spécial et le 5 février 1952 par la Cour d'appel (*Audiencia*) de Barcelone sont extrêmement gênantes pour la partie adverse. Toutes les allégations du Gouvernement belge sur le prétendu blocage des recours de la société faillie ne sont que des pièces d'artifice sur lesquelles il fonde son accusation que le patrimoine de la *Barcelona Traction* a été aliéné

« sans que celle-ci ait jamais réussi à obtenir des juridictions espagnoles l'examen de ses arguments au fond »<sup>1</sup>.

Même si on laisse de côté le fait que ces « arguments au fond » ont été proposés hors de propos par la société faillie, il est indiscutable que les décisions du juge spécial et de la Cour d'appel (*Audiencia*) sur la vente mettent en relief l'inexactitude de la thèse adverse. C'est seulement ainsi que l'on peut comprendre que le Gouvernement belge se montre particulièrement offensé par ces deux décisions, tentant de masquer par là le véritable grief qu'il formule contre les tribunaux espagnols, qui n'est pas — comme il le prétend — qu'ils n'aient pas examiné les « arguments au fond » de la société faillie, mais qu'ils les aient rejetés après les avoir examinés.

Comme l'a exposé le *Contre-mémoire* (IV, par. 251, p. 403), la société faillie a entendu profiter de l'occasion que lui offraient les recours contre l'ordonnance autorisant la vente pour formuler — d'abord devant le tribunal spécial, puis devant la Cour d'appel (*Audiencia*) de Barcelone — tous les griefs qu'elle prétendait avoir contre les tribunaux espagnols et que le Gouvernement belge reprend maintenant devant la Cour internationale. Les « arguments au fond » de la société faillie ont été reproduits très largement, sans qu'il en manque un seul important. Et le tribunal et la Cour d'appel (*Audiencia*) les ont examinés tous sans exception et les ont rejetés comme étant dénués de fondement.

580. Loin de justifier les accusations du Gouvernement belge, le fait que les tribunaux espagnols au lieu de se retrancher derrière le seul prétexte — par ailleurs, parfaitement correct d'un point de vue purement formel — que les arguments avancés par la société faillie n'étaient pas opportuns au moment où ils ont été produits, se sont appliqués à juger de leur recevabilité, prouve la correction de la conduite suivie envers la *Barcelona Traction*.

Précédemment déjà, lorsque on a abordé la possibilité légale de la vente au moment où elle a eu lieu, on a fait remarquer que le Gouvernement belge a maintenant pris pour habitude, tout comme la société faillie durant la procédure interne, de raisonner à partir d'hypothèses qui ne se produisent pas dans la réalité. La partie adverse dit que la thèse soutenue par la Cour d'appel (*Audiencia*) de Barcelone serait récusable dans la mesure où elle aurait abouti à la conclusion absurde qu'une faillite à la suite de laquelle les biens ont été aliénés aurait pu ensuite être annulée et laissée sans effet, s'il avait été fait droit à

<sup>1</sup> Cette thèse, déjà soutenue dans le *Mémoire*, est reproduite dans les termes indiqués dans la *Réplique*, V, par. 624, p. 470. (Les italiques ne figurent pas dans le texte.)



l'opposition du failli. Le Gouvernement espagnol dénonçait déjà le fait qu'il s'agit là d'une hypothèse qui est hors de propos et qui ne s'est pas produite dans le cas de la *Barcelona Traction*.

Il ne faut pas oublier que la société faillie réitérait ses accusations contre le tribunal de Reus, contre les juges spéciaux et contre les demandeurs à la faillite et les organes de cette dernière dans chaque recours qu'elle introduisait, quel que fût le problème technique débattu. Tant qu'il s'est agi de recours contre des décisions uniquement relatives à l'administration des biens de la société faillie, les tribunaux se sont abstenus de se prononcer sur des questions étrangères aux problèmes techniques posés dans chaque cas. Mais, lorsqu'il s'est agi d'autoriser la vente du patrimoine, loin de continuer à suivre cette ligne, ils l'ont modifiée au point de consacrer la plupart de leurs raisonnements à examiner les « arguments au fond » de la société faillie, comme le Gouvernement belge le rappelle.

La raison de ce changement de conduite ne peut reposer, d'un point de vue logique, ni sur le désir d'adresser leurs reproches à la société faillie, ni sur le besoin de se justifier eux-mêmes<sup>1</sup>. Si on examine les faits de façon impartiale, on comprend aisément que les tribunaux espagnols, alors qu'ils pouvaient autoriser la vente sans répondre aux arguments au fond de la société faillie — comme ils l'avaient fait lors de recours antérieurs —, n'aient pas voulu se retrancher derrière des règles purement formelles et décider d'une mesure aussi importante sans examiner les possibilités qu'il pouvait y avoir que l'hypothèse formulée par le Gouvernement belge se produisît, à savoir : qu'une fois la vente autorisée, la faillite de la *Barcelona Traction* pût un jour être annulée.

Alors que la première section, au cours de laquelle il avait été fait opposition hors de propos et où une demande incidente en nullité d'actes de procédure avait été présentée, ne pouvait suivre son cours en raison de l'instruction du déclinatoire Boter, les tribunaux espagnols ont adopté une conduite diamétralement opposée à celle que le Gouvernement belge leur attribue. Ils ont fait un examen approfondi des raisons que la société faillie alléguait contre la légitimité de la faillite, et ils n'ont confirmé l'autorisation de vente qu'une fois convaincus que les arguments au fond n'avaient aucune probabilité d'être admis<sup>2</sup>.

Ainsi donc, le juge spécial a analysé en détail les allégations selon lesquelles la *Barcelona Traction* n'avait pas exercé d'activité en Espagne et n'avait ni biens ni affaires en territoire espagnol; il a exposé de longs raisonnements sur la cessation de paiements qui avait motivé la faillite, sur la propriété des actions et obligations des filiales directes, sur le contrôle que la société faillie exerçait sur elles, etc. Et la Cour d'appel (*Audiencia*) a dû rappeler à la société faillie des notions élémentaires, par exemple, que la faillite est déclarée en Espagne *inaudita parte debitoris*; que le jugement déclaratif de faillite n'est pas signifié au failli, mais fait l'objet d'une publication; que le fait que les titres se trouvent

<sup>1</sup> Si telle eût été la raison, on ne s'explique pas pourquoi ils ne se sont pas manifestés de la sorte lorsqu'ils ont rejeté les recours antérieurs à la vente, tels ceux qui ont été introduits contre la désignation des syndics, ou ceux qui ont suivi la vente.

<sup>2</sup> Dans son recours devant le tribunal spécial, la société faillie disait textuellement : « On ne cachera pas au tribunal la possibilité que le recours en rétractation (*reposición*) formulé en temps voulu et en bonne et due forme par la *Barcelona Traction* aboutisse. Et s'il aboutit et laisse la déclaration de faillite sans effet, il faudra bien appliquer les articles 1.167 et 1.331 du Code de procédure civile; l'intervention judiciaire devra alors cesser, et il faudra restituer au débiteur tous les fonds et tous les biens saisis, ce qui sera très difficile à réaliser, après avoir retiré des millions et des millions de pesetas des fonds de sociétés non faillies, et après avoir vendu le patrimoine de la *Barcelona Traction* et peut-être celui d'autres entreprises, si l'ordonnance que nous атаquons aboutit ». On ne peut donc reprocher aux tribunaux d'avoir prévu cette possibilité que la société faillie elle-même leur signalait et de s'être prononcés sur son existence.

à l'étranger n'est pas un obstacle à la saisie des actions et obligations appartenant à la société faillie; et que la société faillie a fait opposition lorsque le jugement déclaratif de faillite avait déjà été considéré comme irrévocable (*firme*) en vertu de décisions qui étaient, à leur tour, devenues irrévocables<sup>1</sup>.

Le Gouvernement espagnol ne peut pas formuler de pronostics ni d'hypothèses sur la question de savoir ce que les tribunaux espagnols auraient décidé s'ils avaient considéré que la société faillie avait raison dans ses « arguments au fond »; mais le fait même que ces arguments ont été examinés permet de croire que leur décision sur la vente aurait été autre s'ils avaient cru qu'il y avait des motifs raisonnables de considérer que la faillite pourrait être annulée du chef de sa déclaration illégale, ou parce que les droits qui étaient aliénés ne pouvaient être saisis légalement.

581. Dans une note en bas de page (V, pp. 528 et 529, note 2), la *Réplique* soutient que l'argument utilisé par le Gouvernement espagnol « porte à faux » parce que le grief du Gouvernement belge est que les « arguments au fond » de la société faillie n'ont pas été examinés essentiellement dans l'opposition ou dans l'incident en nullité d'actes de procédure, mais que les tribunaux se sont prononcés dans des considérants surabondants, véritables « obiter dicta » de certaines décisions judiciaires. Elle insiste ensuite sur le fait que cette apologie de la faillite était « hors de propos » et constituait donc une nouvelle violation de la loi espagnole.

Il apparaît une fois de plus que la position adverse est purement formaliste et que tous ses arguments sont de nature strictement technique, bien qu'elle prétende souvent masquer cette réalité en faisant appel à la justice naturelle. Au contraire, le Gouvernement espagnol a bien soin de séparer les deux aspects, et c'est ainsi que :

a) Il ne faut pas oublier, d'un point de vue strictement technique et formel que, d'après le droit espagnol, les syndics furent légalement autorisés à vendre, que l'opposition et l'incident en nullité d'actes de procédure fussent ou non en cours; que l'une et l'autre, comme on l'a démontré, étaient hors de propos et irrecevables *in limine litis*; qu'une fois la suspension levée, le tribunal spécial a déclaré que l'opposition annoncée par la *Barcelona Traction* et la demande incidente en nullité proposée par la société faillie elle-même étaient irrecevables, sans que celle-ci ait introduit de recours contre de telles décisions; et que le « grief » du Gouvernement belge n'a donc ni fondement ni point d'appui légal.

b) Et du point de vue de la justice naturelle, invoquée par le Gouvernement belge, les tribunaux ont considéré les raisons essentielles que la société faillie prétendait invoquer pour contester la légitimité de la faillite, et ils les ont rejetées avec des arguments médités et de façon absolument justifiée en fait et en droit; mettant à profit l'occasion unique que leur

<sup>1</sup> Quelques-unes de ces notions sont si élémentaires en droit espagnol, et les thèses que la société faillie soutenait étaient parfois si curieuses que la Cour d'appel (*Audiencia*) a dû signaler que certaines explications contenues dans sa décision étaient, du fait de leur banalité, « indignes de figurer dans une décision judiciaire ». La *Réplique* ironise (p. 530, note 1) sur cette phrase et dit que le tribunal a inclus de telles explications dans sa décision « à l'intention 'du plaideur imbécile' qu'est la *Barcelona Traction* ». Les protégés du Gouvernement belge pourraient lui expliquer pourquoi, du fait du recours qui est à l'origine de la décision du 5 février 1952, *Sidro* a adressé de violentes critiques au *Receiver* pour la façon dont l'avocat qui plaidait pour la *Barcelona Traction* avait mené le recours et a exigé qu'il en soit nommé un autre, acceptant les risques que comportait le changement (*infra*, par. 623); il se pourrait que, connaissant ce motif, le Gouvernement belge s'abstienne de commentaires.

offrait l'étape procédurale dans laquelle ils se trouvaient, ils ne se sont pas bornés à répondre par des arguments techniques et formels; ils ont entendu la société faillie et ont rejeté à juste titre la possibilité que la faillite soit ultérieurement annulée.

Lorsqu'il est fait appel à la justice naturelle et à l'équité, le bon sens veut qu'il ne soit ni appuyé ni mitigé d'arguments purement techniques et formalistes.

582. Quant à l'affirmation selon laquelle ces considérants étaient des « obiter dicta » intempestifs et que les tribunaux commettaient de la sorte une nouvelle violation de la loi, on s'aperçoit que le Gouvernement belge, suivant son habitude lorsque les arguments lui font défaut, reproduit les accusations du Mémoire en gardant un silence prudent sur les réponses fournies dans le *Contre-mémoire*.

Il était déjà dit dans le Mémoire (I, par. 204, p. 93) que la Cour d'appel (*Audiencia*) avait procédé « sans aucune raison » à l'apologie de la faillite; et, dans le *Contre-mémoire* (IV, par. 250, p. 403, et A.C.M., N° 153, vol. VIII, pp. 319 ss.), le Gouvernement espagnol a démontré que c'est justement la société faillie qui avait posé dans ses recours toutes les questions, sans exception, dont le tribunal et la Cour d'appel (*Audiencia*) avaient traité. Si ces supposés « obiter dicta » existaient, et si leur existence n'était pas conforme au droit <sup>1</sup>, la faute ne pourrait en retomber que sur la société faillie, qui a soulevé ces questions dans son recours.

La *Réplique* n'en touche mot et se borne à répéter que les considérants des décisions étaient « hors de propos ». Le Gouvernement espagnol se demande quelle serait l'opinion de la partie adverse si les arguments avancés par la société faillie « hors de propos » avaient été considérés comme valides par le tribunal ou la Cour d'appel.

583. Non contents de cela, les rédacteurs de la *Réplique* qualifient les décisions qui nous occupent d'« indices d'hostilité » des tribunaux espagnols contre la société faillie (V, par. 790, p. 580). Sans préjudice de réfuter cette assertion avec précision (*infra*, chap. IV), nous ne pouvons passer sous silence l'insinuation que le juge spécial, M. Osorio, aurait été désigné pour accéder à la demande des syndics à propos de la vente, ni l'accusation selon laquelle les considérants de l'arrêt du 15 septembre 1951 « étaient, pour la plupart, empruntés à un pamphlet du groupe March ».

L'insinuation est déguisée (R., par. 156, p. 93) lorsqu'il est dit qu'un mois avant la requête des syndics demandant l'autorisation de vendre, le juge spécial, M. García Gómez, a, par une « singulière coïncidence » été remplacé par M. Osorio, Magistrat <sup>2</sup>. Le Gouvernement espagnol se doit de protester énergiquement contre ces attaques dirigées contre le Tribunal Suprême espagnol lui-même, qui désigne les juges spéciaux qui doivent

<sup>1</sup> Prétendre qu'un tribunal viola la loi parce qu'il fait des déclarations qui constituent des « obiter dicta » est par ailleurs une thèse absurde qui ne résiste pas au moindre examen.

<sup>2</sup> Le Gouvernement espagnol ne se croit même pas obligé à réfuter ce qui n'est qu'un propos insidieux; mais il est disposé à éclaircir, pour la Cour, la réalité des faits. Suivant le certificat versé à l'A.D. 160, le 4 juillet 1951, M. García Gómez a demandé à la Cour suprême à être relevé des fonctions de juge spécial de la faillite de la *Barcelona Traction* à cause de la maladie de sa femme (à conséquence de laquelle, elle est morte), la Chambre des vacations de la Cour suprême, constitué en Bureau, a décidé, le 19 juillet, d'accéder à cette demande, car elle a jugé les causes alléguées à l'appui justes et dignes d'attention, et de nommer M. Osorio en remplacement.

connaître des affaires civiles et criminelles et dont on ne peut insinuer, sans la moindre justification, qu'il cherche de « singulières coïncidences » d'un genre quelconque.

Quant à l'accusation explicite dirigée contre M. Osorio, juge, elle semble assez grave pour que le Gouvernement espagnol puisse exiger une preuve suffisamment convaincante de ce que le magistrat s'est abstenu de se prononcer « iuxta allegata et probata partium ».

D'après la *Réplique*, la démonstration aurait pour base ce que M. Serrano Suñer, avocat de la faillie, a dit dans une plaidoirie prononcée devant la Cour d'appel de Barcelone. Voilà comment raisonne le Gouvernement belge! Les accusations les plus graves peuvent être formulées sans autre preuve ou démonstration que les seules affirmations d'un avocat de la société faillie <sup>1</sup>.

## § 2: L'OBJET DE LA VENTE <sup>2</sup>

584. Le Gouvernement espagnol commence par réaffirmer ce qui a déjà été dit et démontré dans le *Contre-mémoire*: la vente a porté sur les droits que la société faillie avait sur les filiales, ainsi que sur les créances que la société faillie avait contre elles pour ses avances réelles ou prétendues (C.M., par. 208, p. 380; et par. 74, p. 289). Le Gouvernement belge qui s'était montré étrangement hésitant dans le *Mémoire* quant à l'objet de la vente, comme le *Contre-mémoire* l'a souligné (p. 380) et qui ne savait que répondre à la claire argumentation espagnole, a choisi maintenant de trancher le nœud gordien et affirme, dans la dernière édition de la thèse belge, que l'on a vendu à la fois:

1. la possession médiate et civilissime des titres déposés hors d'Espagne,
2. les titres des filiales imprimés en Espagne et reçus par les syndics le 3 janvier 1952, et
3. les biens qui constituaient l'actif social des sociétés filiales, *tout au moins indirectement*, dans la mesure où cet actif était indiqué dans le cahier des charges comme étant compris dans les « droits inhérents » aux titres vendus.

Et le Gouvernement belge conclut en demandant avec emphase: Comment le Gouvernement espagnol peut-il alors soutenir que la vente avait porté exclusivement sur les droits inhérents aux titres? Indépendamment du fait que le *Contre-mémoire* ne soutient pas que la vente ait porté sur les « droits inhérents aux titres vendus », mais sur les droits inhérents aux actions, ce qui est tout différent, la question qui se pose inévitablement, à la lecture de ces paragraphes de la *Réplique* (p. 106), est la suivante: Comment le Gouvernement belge peut-il croire qu'une vente qui porte à la fois sur des choses aussi disparates soit concevable? <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> L'affirmation de l'avocat était totalement inexacte; c'est pourquoi la *Réplique* lance l'accusation sans produire les arguments et les allégations de celui-ci de façon concrète et, naturellement, sans prendre la peine de vérifier si les faits coïncidaient ou non avec l'accusation. Dans l'A.D., 159, on en trouvera la réfutation la plus complète.

<sup>2</sup> On répondra dans ce paragraphe 2 aux arguments allégués par la *Réplique*, par. 173 à 179, pp. 103 à 108; et par. 740 à 745, pp. 545 à 549.

<sup>3</sup> Il est bien vrai qu'il est dit des actifs des sociétés auxiliaires qu'ils ont fait l'objet de vente tout au moins *indirectement*; il s'agit là d'une figure juridique dont la découverte ne manque pas d'intérêt et qui révèle que les hésitations et les doutes du *Mémoire* à cet égard n'ont pas été totalement compensés par l'audace dont le Gouvernement belge donne un excellent échantillon dans cette partie de la *Réplique*.

Face à de telles confusions, la thèse espagnole est parfaitement simple: ce qui a été vendu, ce sont les *biens propriété de la société faillie qui avaient été saisis à la suite de la déclaration de faillite*. Ces biens étaient les droits inhérents aux actions. Introduire ici la question de la possession médiante et civilissime des titres déposés au Canada ou les titres émis en Espagne longtemps après la saisie n'a aucun sens, et il ne s'agit là que d'une manœuvre pour brouiller ce qui est parfaitement clair.

Comme le Gouvernement belge se voit au fond obligé de l'avouer, la saisie des actifs des filiales, qui n'était, comme on l'a démontré, qu'une mesure conservatoire et transitoire, a encore moins à voir avec la vente. Les filiales étaient déjà normalisées. Leurs actifs n'ont jamais cessé de leur appartenir, car leur personnalité juridique n'a jamais été niée ni abolie. Par conséquent, ils ne pouvaient pas être vendus puisqu'ils n'étaient pas la « propriété de la société faillie ». Cela est si vrai que le Gouvernement belge lui-même se voit contraint de tenter de déguiser cette absurdité juridique en parlant de vente « indirecte ». S'il veut dire par là que la vente des actions appartenant à la *Barcelona Traction*, dans la mesure où elle signifiait l'acquisition, pour l'acheteur, du plein pouvoir économique et juridique sur ces sociétés, supposait que celles-ci se trouveraient *de fait* entre ses mains en raison de l'acquisition de toutes leurs actions, le Gouvernement espagnol n'a rien à opposer à cette affirmation. Mais il perçoit mal dans ce cas où résident les irrégularités, les injustices et les abus dont se plaint la partie adverse, et l'importance qu'a cette affirmation lorsqu'il s'agit de déterminer, avec la rigueur propre au droit, quel a été l'objet de la vente des biens.

Une fois établi de la sorte que ce qui a été vendu était le patrimoine de la *Barcelona Traction* saisi lors de la faillite, on ne voit pas non plus ce qu'il y a de blâmable en cela. Dans toutes les législations, le patrimoine du failli est ce qui se vend pour payer les créanciers. Bien plus, sa vente est précisément le but de la procédure de faillite et son aboutissement naturel, à moins que n'intervienne un fait qui l'évite (paiement aux créanciers ou concordat avec eux). En somme, ce qui s'est produit dans la faillite de la *Barcelona Traction* est ce qui se produit normalement dans les faillites de tous les pays: si le débiteur ne paie pas ou n'arrive pas à un concordat avec ses créanciers, on procède à la vente de ses biens.

#### A. La vente a porté sur les droits de la société faillie sur les filiales

585. La présente *Dupliche* soutient qu'on ne peut déterminer ce qui s'est vendu dans la vente aux enchères du 4 janvier 1952 qu'en tenant compte: 1° de l'ordonnance du juge spécial qui autorisait la vente; et 2° du cahier des charges qui régissait la vente aux enchères.

La *Réplique* prend naturellement soin d'omettre toute allusion à l'ordonnance du 27 août 1951, dans laquelle le juge spécial décidait:

« Il est fait droit à la requête formée par les syndics en ce qui concerne la vente des effets de commerce 'propriété de la société faillie' »<sup>1</sup>

<sup>1</sup> On peut consulter le texte de cette ordonnance dans l'A.C.M., N° 152, doc. N° 6, vol. VIII, p. 318. Il faut cependant noter que, dans la traduction française présentée par le Gouvernement espagnol, on avait supprimé par erreur, à cet endroit, le mot « propriété » qui existe dans le texte original espagnol. Pour éviter toute confusion, nous transcrivons ce texte original qui est le suivant:

« ... se accede a la petición formulada por la Sindicatura en orden a la venta de los efectos mercantiles *propiedad de la quebrada* » (Les italiques ne figurent pas dans le texte).

Dans la première partie du cahier des charges de la vente aux enchères, les syndics décrivaient les effets de commerce propriété de la *Barcelona Traction*, en indiquant comme « biens faisant l'objet de la vente aux enchères » : a) la totalité du capital-actions, avec tous les droits et prérogatives qui lui sont inhérents, composant le capital social des sociétés *Ebro*, *Catalonian*, *Electricista Catalana*, *Unión Eléctrica de Cataluña* et *International Utilities*; b) la totalité du capital-obligations d'*Ebro* et *Catalonian*, et c) toutes les obligations et autres dettes « contractées par écrit » par *International Utilities* (A.C.M., N° 158, doc. N° 1, vol. VIII, pp. 351 à 354).

Dans la deuxième partie, concernant les conditions de la vente, et sous le titre « biens faisant l'objet de la vente », il était répété que l'on vendait la totalité des actions et obligations des sociétés filiales directes, avec tous les droits inhérents (*loc. cit.* p. 358).

586. Les textes sont nets et catégoriques. Ils sont exposés dans le *Contre-mémoire* (IV, par. 208 et ss., pp. 380 et ss.), et la *Réplique* n'est parvenue à réfuter aucun des arguments qui y sont utilisés et, la plupart du temps, elle n'a même pas essayé de le faire.

Après avoir indiqué l'objet de la vente, le *Contre-mémoire* (p. 381) a rappelé que le *Mémoire* faisait des réserves sur l'expression « capital-actions », et la considérait comme une formule hermétique qui comprenait apparemment l'extension de la saisie aux actifs des filiales et à la possession médiata et civilissime des titres. Et que, lorsqu'elle interprétait le cahier des charges, la partie adverse se gardait bien de dire que la vente du capital-actions était « avec tous les droits et privilèges y attachés »<sup>1</sup>, car la formule complète faisait ressortir que les syndics vendaient non pas des titres ou des documents, mais bien les droits et les privilèges inhérents aux actions et obligations.

La première objection du *Mémoire* a déjà disparu dans la *Réplique*. Le Gouvernement espagnol a montré que le Gouvernement belge lui-même utilisait la formule capital-actions (M., I, p. 370) pour désigner les prétendus droits de *Sidro* et d'autres ressortissants belges sur la *Barcelona Traction*. Il est évident qu'il ne s'agissait ici ni de titres, ni de la saisie des actifs des filiales. Cette démonstration est tellement évidente que le Gouvernement belge, dans la *Réplique*, a préféré « oublier » une accusation qu'il avait lancée à la légère.

La *Réplique*, qui ne parvient pas non plus à répondre à la deuxième observation, se borne à prétendre que l'omission de la phrase ne peut être reprochée au Gouvernement belge; elle dit : ou bien les mots omis sont une « superfétation » qui n'ajoute rien au texte reproduit (et, en fait, comment pourrait-on vendre les actions ou le capital-actions sans « les droits et privilèges qui y sont attachés »?) ou bien ils ont un sens tout spécial, ce qui veut dire qu'on a aliéné quelque chose de plus que les actions.

<sup>1</sup> Il était dit textuellement dans le *Contre-mémoire* que, pour voir l'inexactitude de l'interprétation donnée dans le *Mémoire*, « il suffit de lire attentivement le cahier des charges — sans en sauter à dessein certains passages — » : il est dit dans la *Réplique* (V, par. 177, p. 106) que c'est là un reproche « injuste autant qu'injurieux et, en tous cas, absurde ». On verra dans le texte que ce reproche est loin d'être absurde; mais l'on doit ici attirer l'attention de la Cour sur l'étrange manière d'agir de la partie adverse. Le reproche ne pourrait être qualifié d'injuste que s'il ne reposait pas sur des faits; or le fait est que le Gouvernement belge a mutilé, dans le *Mémoire*, la formule utilisée par les syndics pour désigner l'objet de la vente.

Le Gouvernement espagnol rejette évidemment cette deuxième possibilité; n'ont été vendues que les actions et les obligations des filiales propriété de la faillie <sup>1</sup>. Mais le dilemme, au moyen duquel la partie adverse prétend répondre à l'observation espagnole, est un pur sophisme et prouve le contraire de ce qu'elle veut prouver.

En employant la formule en question dans le cahier des charges, les syndics voulaient établir clairement deux choses: a) que la vente portait sur la totalité des actions, ce qui épargnait d'avoir à les identifier par leur numérotation ou par tout autre système; il suffisait alors de renvoyer aux actes constitutifs de la société et aux vicissitudes postérieures de celle-ci, sans nécessité d'identifier chaque action séparément; c'est pourquoi il était dit que l'objet de la vente était « la totalité du capital-actions ». Et b) que la vente ne portait pas sur des titres, c'est-à-dire que, ce qui était aliéné, ce n'était pas des documents, mais l'ensemble de droits et de prérogatives inhérents à chacune des actions; c'est pour cela que l'on a ajouté « avec tous les droits et privilèges y attachés ».

Il s'agissait donc non pas d'une redondance, ni de l'addition d'une bonification, mais de l'emploi d'une formule destinée à ne laisser aucun doute quant à ce qui était en vente. Et le Gouvernement belge lui-même semble le comprendre ainsi lorsqu'il dit: « et, de fait, comment pourrait-on vendre des actions ou un capital-actions sans 'les droits et privilèges qui y sont attachés'? » C'est-à-dire que, si on lit la formule en entier, il devient évident que les actions, c'est-à-dire la qualité d'actionnaire unique, ont été vendues avec tous les droits et les privilèges de celui-ci; on n'a donc vendu ni des titres, ni leur possession médiante et civilissime, ni les actifs des filiales.

Et si l'on prétend que la formule explicative était inutile, on est en droit de demander: pour quelle raison le Gouvernement belge a-t-il supprimé les phrases et a-t-il prétendu que la formule « capital-actions » était hermétique et permettait d'y inclure les titres et les actifs des filiales? Ce que l'on reprochait au Gouvernement belge, ce n'était pas tellement d'avoir omis une partie de la formule que d'avoir, au moyen de cette suppression, interprété les mots reproduits d'une manière manifestement erronée, compte tenu de la formule complète. Force est de constater que le Gouvernement belge n'a absolument rien répondu à ce reproche.

587. La *Réplique* (V, par. 174, p. 104), ne pouvant pas contester les seuls textes qui soient véritablement importants lorsqu'il s'agit de fixer l'objet de la vente, veut chercher de

<sup>1</sup> Le Gouvernement belge utilise, à la page 106, note 1, de la *Réplique*, la formule « ainsi que tous les droits et prérogatives inhérents », ce qui lui permet de se demander s'ils s'agissait d'une bonification à ajouter au capital-actions. Et dans la même page, il affirme qu'il est difficile de trouver dans le cahier des charges l'endroit exact d'où le Gouvernement espagnol avait tiré les mots « avec tous les droits et privilèges y attachés », citant plusieurs passages de l'A.C.M., N° 158, vol. VIII, pp. 351 et ss. où la formule se trouve rédigée en français d'une manière différente. La partie adverse veut dissimuler derrière un rideau de fumée son omission notoire, ce qui rend celle-ci encore plus significative; et elle joue sur les modalités de la traduction française. La formule employée par les syndics en espagnol était toujours la même: « *El total capital-acciones, con todos sus inherentes derechos y prerrogativas* »; elle a été employée dans la première partie du cahier des charges, paragraphe 1, lettre A; dans les lettres C, E, F, on a employé la formule « *el total capital-acciones con todos sus derechos y prerrogativas* »; et dans la deuxième partie, première condition, lettre A, on parlait de « *la totalidad de las acciones con todos sus inherentes derechos* ». La traduction française est différente aussi bien dans l'annexe citée du *Contre-mémoire* que dans l'Annexe 201 du *Mémoire* (vol. IV, pp. 772 et ss.) et elle utilise tantôt le mot *avec*, tantôt les mots *ainsi que*; mais les traducteurs, dans le texte du *Contre-mémoire*, ont employé le mot *avec* qui est celui qui correspond fidèlement au texte original espagnol.

prétendues contradictions dans la requête des syndics demandant l'autorisation de vendre. Une première observation s'impose: peu importe au Gouvernement espagnol les explications que les syndics ont pu donner dans le corps de la requête, car la seule source de responsabilité pour lui, ce sont les décisions des juges.

Cependant le Gouvernement espagnol ne se dérobe à aucune discussion, si insignifiante qu'elle soit, et se doit d'observer, à ce propos, que l'interprétation donnée par la *Réplique* à la requête des syndics est tendancieuse et inexacte. Pour imputer aux syndics ces prétendues contradictions, la partie adverse cite quelques phrases isolées de leur contexte; mais il suffit de les lire par rapport à d'autres, et à ce qu'elles demandaient exactement pour constater qu'elles n'ont pas le sens que la *Réplique* leur attribue.

Les syndics ont demandé la vente de la masse de la faillite, constituée par des « effets de commerce (actions et obligations) » propriété de la faillie <sup>1</sup>, et c'est à cette requête qu'a accédé le juge dans son ordonnance du 27 août 1951. Ils ne pouvaient demander rien d'autre et le juge ne pouvait accorder rien d'autre.

588. La *Réplique* évite soigneusement toute allusion à d'autres actes dont il ressort clairement que l'objet de la vente était les effets de commerce (actions et obligations) propriété de la société faillie. Si on laisse de côté pour le moment la qualification d'« effets de commerce » appliquée à ces actions et obligations (*infra*, pars. 601 et ss.), le fait fondamental est clair: la vente des droits de la faillie sur les filiales a été sollicitée et autorisée.

C'est ainsi que, dans l'acte du 11 octobre 1951 (A.C.M., N° 154, doc. 1, vol. VIII, p. 337), que les syndics ont adressé au commissaire pour fixer le juste prix des effets de commerce qu'il est décidé de vendre, il est dit:

« Par jugement (*auto*) du 15 septembre dernier qui confirme l'ordonnance (*providencia*) du 27 août, la vente aux enchères des actions et obligations et autres effets de commerce propriété de la société en faillite ... a été autorisée ».

La même expression figure dans la communication du commissaire au juge (13 octobre 1951) acceptant la requête des syndics (A.C.M., N° 154, vol. VIII, p. 340); et la *Barcelona Traction* elle-même, dans son acte du 17 octobre 1951, introduisant un recours en rétractation (*reposición*) contre l'ordonnance relative à la procédure d'évaluation (A.C.M., N° 157, doc. 1, vol. VIII, p. 344), lorsqu'elle conteste que les actions et obligations propriété de la faillie soient des « effets de commerce », part de l'hypothèse indiscutée que l'objet de la vente, ce sont ces actions et ces obligations. Par conséquent, dans aucun de ces documents, il n'est mis en doute que la vente portait sur les biens *propriété de la faillie*.

589. La *Réplique* (par. 175, p. 105) affirme que, dans le cahier des charges, on trouve « à peu près » la même conception que dans l'acte des syndics. Il suffit cependant d'une

<sup>1</sup> Dans plusieurs passages de la requête, notamment au paragraphe VII, les syndics mettent en évidence que le patrimoine formel et comptable de la faillie était constitué par les actions et obligations des filiales directes; et que quiconque est propriétaire des actions de ces filiales est maître de toutes les entreprises exploitées en Espagne par la *Barcelona Traction*. La vente proposée portait sur le « patrimoine formel et comptable » de la *Barcelona Traction* qui « équivalait » économiquement à la propriété de toute l'exploitation formellement placée sous la personnalité morale des filiales. La *Réplique* elle-même (par. 174, p. 104) reconnaît que les experts consultés par les syndics — dont l'avis a été joint à la requête de ceux-ci faisant siennes leurs conclusions — affirmaient cette *équivalence* entre le patrimoine formel de la faillie et le patrimoine conjoint des sociétés subordonnées. C'est seulement en déformant les faits que la partie adverse peut prétendre que les syndics ont qualifié les actifs des filiales d'« effets de commerce ».



lecture attentive du cahier pour se rendre compte que l'effort de la *Réplique* pour déceler des confusions est absolument vain.

La première partie du cahier des charges (A. C.-M., n° 158, doc. I, vol. VIII, p. 351) a pour but d'exposer ce qui suit :

« Effets de commerce appartenant à la *Barcelona Traction* qui doivent être vendus aux enchères publiques, avec exposé des particularités qui les entourent et référence aux titres et documents propres à établir la situation juridico-économique desdits biens »<sup>1</sup>.

Ce bref énoncé montre clairement que l'objet de la vente était les effets de commerce propriété de la faillie; que la référence du cahier des charges aux titres des actions et obligations en vente, ainsi qu'à la possession conférée aux organes de la faillite sur lesdits titres, constituait un exposé des particularités qui entouraient les biens objet de la vente; et, finalement, que pour que les acheteurs sachent la valeur exacte des biens en vente, il fallait en établir la situation juridique et économique, ce qui amenait à se reporter à la relation existant entre les droits de *Barcelona Traction* et les filiales et leurs patrimoines.

\* C'est seulement en déformant abusivement le sens de chacune des idées exposées dans le cahier des charges que la *Réplique* peut affirmer qu'il y existait une incertitude quant à l'objet de la vente.

590. *La vente n'a pas porté sur les actifs des filiales et des sous-filiales.* Il est vrai que, dans le cahier des charges, il est fait mention des actions des sous-filiales et des patrimoines de celles-ci et des filiales; mais il est faux que les unes et les autres soient indiquées comme objet de la vente.

Dans le paragraphe n° VI de la première partie (A. C.-M., n° 158, doc. I, vol. VIII, p. 356 et 357) on énumérait les « valeurs appartenant aux sociétés » filiales directes « qui font partie de la garantie créée en faveur des obligations émises par la *Barcelona Traction* ». Nul doute ne demeurait donc quant au fait que les actions des sous-filiales n'étaient point propriété de la *Barcelona Traction* et que, par conséquent, elles n'étaient point objet de la vente; mais il était logique, d'une part, que soit exprimée la domination absolue des filiales sur les sous-filiales et, d'autre part, qu'il soit indiqué que ces actions et les patrimoines de toutes les sociétés du groupe se trouvaient également grevés en faveur des obligataires.

Enfin, en disant que, « dans le total capital-actions et droits inhérents des cinq sociétés citées (celles qui étaient filiales directes) se trouve compris le patrimoine de celles-ci, dont font partie les biens énumérés dans l'intitulé six de la première partie de ce cahier des charges », on n'établissait nullement que ces patrimoines fussent objet de la vente, mais que leur domination se transmettait comme un droit inhérent au capital-actions. Autrement dit, on faisait état d'une réalité économique indiscutable, à savoir : quiconque achèterait les actions des filiales directes acquerrait en fait la possibilité de disposer de tout le patrimoine des filiales<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Le texte original espagnol dit :

... « efectos mercantiles propiedad de *Barcelona Traction* que han de ser vendidos en pública subasta, con expresión de las circunstancias de los mismos y referencia de los títulos y documentos convenientes, para conocer la situación juridico-económica de aquellos bienes ».

<sup>2</sup> Comme le rappelait le *Contre-mémoire* (IV, par. 210, p. 382), dans ce même cahier des charges (1<sup>re</sup> partie, troisième paragraphe), il était clairement établi que l'actif social des sociétés filiales était soumis

591. L'explication est en outre d'une logique rigoureuse. On aliénait ou les actions ou les patrimoines, mais on ne pouvait aliéner les unes et les autres en même temps. Si la personnalité morale des filiales et des sous-filiales avait véritablement disparu, on aurait aliéné les patrimoines de celles-ci; du moment que cela n'était pas vrai, on aliénait les actions en tant que patrimoine juridique formel, qui conférerait à l'adjudicataire le contrôle absolu des patrimoines.

Cela est tellement vrai que la *Réplique* elle-même le reconnaît à plusieurs reprises. Par exemple, lorsqu'elle dit que les actifs des filiales ont été aliénés *du moins indirectement* (V, par. 176, p. 106); que la vente des actions supposait *indirectement* le transfert des actifs, le Gouvernement espagnol ne l'a jamais contesté, c'est-à-dire non seulement il ne l'a pas nié, mais il l'a affirmé à maintes reprises, notamment lorsqu'il a affirmé qu'il s'agissait de *pertenencias de la Barcelona Traction* au sens économique (A.D., 75). Mais, si le transfert est *indirect*, il n'y a évidemment pas lieu de se demander comment ces actifs pouvaient être qualifiés d'« effets de commerce », puisque l'épithète portait naturellement sur les biens objet de la vente, et non sur les actifs qui passaient indirectement *sous le contrôle* de l'adjudicataire<sup>1</sup>.

Mais la reconnaissance expresse de cette réalité au paragraphe 186 de la *Réplique* (p. 111), à propos de l'évaluation, est encore plus importante. Le Gouvernement belge dit textuellement :

« Qu'aurait dû faire l'expert? Ce qu'il avait à évaluer, c'est ce qui allait être vendu. Or l'objet de la vente portait essentiellement sur l'intégralité des actions des sociétés filiales. La valeur de ces actions équivalait donc — du point de vue économique auquel l'expert avait à se placer — au total des patrimoines de ces diverses sociétés, c'est-à-dire à la valeur de l'ensemble de leurs biens et installations, déduction étant faite de leurs dettes à l'égard de tiers autre que la société mère elle-même ».

C'est dire que, du propre aveu du Gouvernement belge, apparaissent les deux plans — juridique et économique — sur lesquels opérait la vente. Celle-ci a porté essentiellement sur « l'intégralité des actions des filiales », de manière que ces actions constituaient le bien juridique aliéné. Mais la valeur des actions ne pouvait être évaluée économiquement

---

à l'administration directe des conseils d'administration de celles-ci, désignés par les assemblées d'actionnaires constituées par les syndicats. Et il était dit :

« Du rapprochement de toutes ces conditions, il ressort que les syndicats informaient les éventuels enchérisseurs que les actifs des filiales dont le capital-actions aurait été aliéné étaient administrés par des conseils d'administration désignés par les syndicats exerçant les droits saisis sur la faillite, et, qu'en acquérant ces droits, l'enchérisseur acquérait la maîtrise des filiales en question et la faculté de disposer de leur patrimoine ».

Le Gouvernement belge n'a pas répondu un seul mot à cet exposé, reconnaissant ainsi son authenticité; il n'a pas osé non plus répéter l'accusation formulée dans le *Mémoire* (par. 216) selon laquelle la formule « capital-actions » utilisée par les syndicats comportait une confusion entre les notions de patrimoine, de capital et de titres représentatifs du capital.

<sup>1</sup> Comme il est impossible de dissimuler la vérité, on trouve à profusion dans la *Réplique* l'admission, de la part du Gouvernement belge, que l'objet de la vente, c'étaient des actions, des obligations et des créances. Ces aveux surgissent naturellement lorsqu'il s'agit de questions se rapportant à la vente, mais différentes de l'objet concret de celle-ci; en pareil cas, le Gouvernement belge « oublie » la « vérité » qu'il veut établir ensuite, et il admet, sans le vouloir, la réalité des faits. Par exemple, à la page 56, note 3, de la *Réplique*, il affirme que les actions de *Barcelonesa* et *Salto del Segre* n'ont pas été vendues directement puisque « l'objet de la vente » fut « limité aux actions des filiales ». Et dans le paragraphe 709 (p. 524) de la *Réplique elle-même*, il dit que les syndicats ont cherché une justification légale à la « vente en bloc de tous les 'biens' de la *Barcelona Traction*, c'est-à-dire d'un ensemble d'actions, obligations et créances lui conférant le contrôle absolu du groupe le plus important d'entreprises d'électricité d'Espagne » (c'est nous qui composons en italiques).

qu'en tenant compte du patrimoine des filiales, qui était le bien économique passant au pouvoir dispositif de l'adjudicataire des actions.

Et l'aveu du Gouvernement belge ne prend pas fin là; après avoir cherché en vain des contradictions dans les avis consultatifs des experts, dans celui de l'expert, M. Soronellas, et dans la requête des syndics, il affirme que tous ont parfaitement compris cette réalité que confesse le Gouvernement belge et qui est — ni plus ni moins — celle que le Gouvernement espagnol a toujours soutenue <sup>1</sup>.

592. *La vente n'a pas porté non plus sur la possession médiate et civilissime des titres qui pourraient se trouver au Canada ni sur les titres imprimés en Espagne. La Réplique* tâche de prouver le contraire, mais ses arguments sont extrêmement faibles.

Pour se rendre compte de l'inanité de l'allégation selon laquelle les titres imprimés en Espagne ont été vendus, il suffit d'observer que, nulle part dans la documentation se rapportant à la vente, on ne trouve de fondement à une telle affirmation et que les efforts que la *Réplique* a déployés pour en trouver des traces se sont soldés par un échec total. La *Réplique* commence par oublier l'énorme importance qu'elle donnait, quelques paragraphes plus tôt, à l'acte des syndics pour fixer l'objet de la vente; la raison en est bien simple: il n'y a pas moyen de trouver dans ce document quoi que ce soit qui étaye la thèse selon laquelle les nouveaux titres allaient être vendus. Le fait qu'elle se voit obligée de reconnaître (V, p. 546) que le cahier des charges ne faisait pas « mention *expresse* des faux titres, créés en Espagne pour quatre des cinq sociétés filiales de *Barcelona Traction* », est encore plus symptomatique. C'est dire que le cahier des charges, document de base pour déterminer l'objet de vente, ne parle même pas des titres en question. Finalement, et face à l'objection irréfutable que le Gouvernement espagnol avait présentée dans le *Contre-mémoire* (IV, p. 382) et selon laquelle les actions de cinq sociétés avaient été vendues, alors que des titres nouveaux n'avaient été émis que pour quatre d'entre elles (la société exclue étant *International Utilities*), le Gouvernement belge croit se tirer d'affaire par l'explication pittoresque que le groupe March « n'avait pas toujours tout prévu » (R., par. 179, p. 107) <sup>2</sup>. De sorte que les auteurs de la manœuvre machiavélique, de la collusion astu-

<sup>1</sup> Dans les alinéas suivants du paragraphe 186 de la *Réplique* il est dit:

« C'est ce qu'avaient compris parfaitement les syndics qui, le 13 août 1951, lorsqu'ils avaient proposé la vente au commissaire, s'étaient exprimés en ces termes: « ... l'entité qui est propriétaire des actions de *Electricista Catalana, Catalanian Land, Riegos y Fuerza del Ebro* et *Unión Eléctrica de Cataluña*, est propriétaire de toutes les entreprises qui sont exploitées en Espagne par *Barcelona Traction* » (A.M., N° 175, vol. III, p. 679).

C'était également l'avis des premiers experts consultés par les syndics au sujet de cette mise en vente et qui avaient dit: « En conséquence, ... tout l'actif de la *Barcelona Traction* équivaut à la propriété du patrimoine conjoint des sociétés subordonnées... » (A.C.M., N° 152, doc. 3, vol. VIII, p. 298).

Enfin, M. Soronellas lui-même savait qu'il y avait correspondance entre la valeur des titres à évaluer et la valeur de l'entreprise qu'ils représentaient, puisqu'il écrivait dans son rapport (A.C.M., N° 161, doc. 1, vol. VIII, p. 386) que « la signification authentique et le contenu économique véritable de ces biens ne sont autre chose que la propriété absolue de quelques entreprises en fonctionnement qui forment un ensemble de 14 sociétés totalement dominées par *Barcelona Traction*, à travers cinq sociétés subsidiaires directes ».

<sup>2</sup> La *Réplique* n'hésite pas à imputer aux obligataires de *Barcelona Traction* toutes sortes de faits illicites sans se soucier de la cohérence de ses diverses accusations. C'est ainsi qu'elle affirme (par. 93, p. 55) que la « fabrication de titres » n'avait d'autre but que de préparer la vente qui a eu lieu deux ans après, et elle renvoie pour la démonstration aux paragraphes 173 et ss. Mais, dans cet endroit (par. 179, p. 107), elle « explique » l'omission commise dans la création des titres d'*International Utilities* en affirmant que « les intéressés n'avaient pas eu conscience, en décembre 1949, de l'utilité qu'il pourrait y avoir pour les syndics à disposer, pour ces autres biens également, de titres nouveaux au moment de leur mise en vente ». Les « intéressés » ont fabriqué les titres pour atteindre un but dont ils n'avaient pas conscience lorsqu'ils ont réalisé l'opération (!).

cieuse qui, d'après la partie adverse, ont provoqué la faillite et la vente des biens de la *Barcelona Traction* en Espagne, avaient oublié le « petit détail » de l'existence d'*International Utilities* à l'heure de « préfabriquer » de nouveaux titres permettant la vente. Sans commentaires. Mais c'est que, même en laissant de côté cet oubli incroyable, on trouve le fait que, de toute évidence, les actions d'*International Utilities*, propriété de la *Barcelona Traction*, ont été vendues. Qu'a-t-on donc vendu, d'après le Gouvernement belge, en ce cas ?

593. Mis en face de ces faits évidents, le Gouvernement belge a recours à sa tactique habituelle: tâcher de créer une atmosphère de confusion autour d'autres faits, dont le sens est d'ailleurs clair et sans équivoque. L'argument fondamental sur lequel la *Réplique* (V, pars. 175 à 178, pp. 105 à 107; et par. 742, pp. 546-547) tâche d'échafauder sa thèse, est le suivant: le cahier des charges prévoyait que les syndics remettraient à l'acheteur les titres émis en Espagne pour quatre des filiales directes de la *Barcelona Traction* et, le 17 juin 1952, ces titres ont effectivement été remis à la société adjudicataire. C'est de là que l'on veut déduire que les nouveaux titres ont fait l'objet de la vente.

Il suffit de tenir compte des *faits* qui se sont réellement produits pour que la thèse adverse s'effondre d'elle-même.

Le cahier des charges (A.C.M., N° 158, doc. 1, vol. VIII, p. 363) indiquait que les syndics remettraient à l'adjudicataire, « en même temps que le jugement d'adjudication », d'autres titres et documents faisant foi du transfert de la propriété et des *pertenencias* des biens vendus. Il suffisait de remettre copie du jugement d'adjudication pour transférer à la société adjudicataire la propriété et la possession des actions et des obligations aliénées (*infra*, par. 597); mais les syndics avaient quantité de documents qui pouvaient servir à faire foi de la propriété et de la possession des droits saisis et aliénés<sup>1</sup>, et ils s'engageaient à les remettre à l'adjudicataire, en plus de la copie en question.

Le 17 juin 1952, les syndics ont remis tous ces documents (57, pour être exacts) à l'adjudicataire « en tant qu'instruments de preuve » se rapportant aux biens vendus, c'est-à-dire au capital-actions des cinq filiales directes « avec tous les droits et privilèges y attachés », le capital-obligations d'*Ebro* et de *Catalonian*, et les créances restantes de la *Barcelona Traction* contre ses filiales. Parmi ces documents se trouvaient des copies de décisions du commissaire, de certificats, de bilans, d'actes notariés, etc., ainsi que de titres émis par quatre des filiales directes de la *Barcelona Traction*<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Que l'un de ces titres eût une efficacité plus ou moins grande, cela n'a aucune importance; ainsi, le Gouvernement espagnol n'a pas à juger de la pertinence plus ou moins grande de la délivrance à l'adjudicataire, par les syndics, d'une traite sur *International Utilities* (à laquelle la *Réplique* fait allusion, p. 108). Si les syndics considéraient qu'il convenait de joindre au jugement d'adjudication la traite en question, sur laquelle le Gouvernement belge insiste tant, pour faire foi du transfert des créances à *International Utilities*, ce fait ne peut entraîner aucune conséquence juridique ni pratique. La preuve la plus palpable est que la *Réplique* n'a pas pu rapporter que la traite ait été utilisée de quelque façon par l'adjudicataire ni que son existence ait pu causer un préjudice quelconque à la société faillie. On peut soutenir qu'elle était inefficace et qu'elle ne visait aucun but que ne pût atteindre la copie du jugement d'adjudication et d'autres documents, sans plus.

<sup>2</sup> Les documents délivrés par les syndics et par la *Fecsa*, le 17 juin 1952, figurent en *annexe au Mémoire* (A.M., N° 222, pp. 844-845; et N° 223, pp. 846 et ss.). Mais, dans la version présentée par la partie adverse sur le premier, on trouve des points de suspension qui remplacent précisément ce qui était désigné comme objet de la vente. On peut voir, à l'A.D. 161, le sens et la portée de ces documents, ainsi que leur teneur réelle et complète.

Il est donc évident que ces documents n'étaient pas l'objet vendu, mais l'« instrument de preuve » de celui-ci. Soutenir le contraire, comme le fait la *Réplique*, mène à l'absurdité de supposer qu'outre les titres émis en Espagne, le jugement d'adjudication, le jugement déclaratif de faillite et les autres copies, inventaires, bilans et certificats, ont été aliénés en même temps.

594. La *Réplique* se demande (V, par. 178, p. 107) pourquoi les conseils d'administration des filiales ne se sont décidés à émettre les nouveaux titres que le 27 juin 1951, alors que la décision avait été adoptée 18 mois plus tôt; et pourquoi les syndics ne se sont pas employés à en demander la remise avant le 3 janvier 1952, c'est-à-dire la veille de la vente. Et elle conclut que la seule explication possible, c'est que les titres étaient nécessaires à la vente qui a eu lieu le 4 janvier.

Il suffira de rappeler au Gouvernement belge deux choses: *a*) qu'il n'a été fait aucun usage des titres le 4 janvier, puisque, comme la partie adverse le reconnaît, ceux-ci ont été remis à l'adjudicataire le 17 juin suivant; et *b*) qu'il suffisait, pour la *traditio* des actions et obligations vendues, d'une copie du jugement d'adjudication délivrée par un courtier de commerce, et l'adjudicataire acquérait ainsi la propriété des actions et des obligations vendues, même sans les nouveaux titres.

595. Quant à désigner, comme objet de la vente, la « possession médiate et civilissime » sur les titres ou documents se trouvant au Canada, la thèse de la *Réplique* est totalement dépourvue de sens. Lorsque, dans une exécution particulière, on vend des droits comme biens incorporels, parce que les titres faisant foi ont été dissimulés, le titre d'adjudication transmet non seulement la propriété, mais aussi la possession de ces actions; et l'adjudicataire, en tant que propriétaire et détenteur de celles-ci, peut exiger de la société la remise de nouveaux titres (*supra*, pars. 222 ss., et A.D., 72). Dans la faillite, les organes de celle-ci acquièrent la possession en vertu du jugement déclaratif de faillite et du dessaisissement du failli que celle-ci entraîne (*supra*, pars. 229 ss., et A.D., Nos 77 et 78). Dans l'un et l'autre cas, l'exécution des obligations découlant de la vente suppose non seulement le transfert de la propriété, mais celui de la possession, à cette différence près que, dans l'exécution singulière, cette possession subsiste pour la personne soumise à la procédure d'exécution jusqu'à l'adjudication, alors que, dans la faillite, le propriétaire titulaire des actions se trouve dessaisi dès la déclaration de la faillite.

Lorsqu'il a été consigné dans le cahier des charges que la remise des biens vendus emporterait transfert de la propriété et de la possession, et lorsqu'il a été stipulé dans l'acte du 17 juin 1952 (A.D. 161, doc. 1) que les syndics transféraient à la *Fecsa* la possession acquise par la déclaration de faillite du 12 février 1948, on n'a donc fait que refléter la réalité.

Mais que la vente exécutoire d'actions et d'obligations comme droits incorporels emporte transfert de la propriété et de la possession ne veut aucunement dire que l'objet de la vente soit spécifiquement la possession. Une fois de plus, la *Réplique* manie l'équivoque, en feignant d'ignorer que les actions et obligations peuvent être saisies et vendues sans la possession matérielle des titres.

*B. La vente des droits de la société faillie  
sur les filiales n'a pas été entachée de nullité*

596. Toutes les spéculations du Gouvernement belge sur l'objet de la vente, et la confusion qu'il tente de semer quant à la question de savoir quels ont été les biens effectivement vendus, n'ont d'autre but que de pouvoir affirmer que la vente des actions et obligations des filiales était radicalement nulle « au regard de la loi espagnole » (R., par. 741 et ss., pp. 545 et ss.).

Suivant le modèle romain, et à la différence d'autres ordres juridiques, comme le français et l'italien, le droit espagnol considère la vente comme un contrat qui n'engendre que des obligations pour les parties, sans produire en soi d'effets réels. Le vendeur s'engage à remettre la chose vendue à l'acheteur et c'est l'acte de remise qui fait acquérir la possession et la propriété<sup>1</sup>.

Partant de cette prémisse, à laquelle la présente *Duplique* n'oppose pas de réserves dans son expression générale, la *Réplique* commet, dans son application, une grossière pétition de principe. Elle prétend (par. 741, p. 545) que, dans la mesure où l'aliénation portait sur la « (possession) acquise en vertu du jugement de faillite et de la saisie qui l'a suivie », d'après la dixième condition du cahier des charges, la vente était radicalement nulle, car, grâce à cette formule sybilline, la vente portait sur les titres déposés à Toronto qui ne pouvaient être remis à l'adjudicataire (R., par. 741, p. 546).

Elle poursuit en disant (R., par. 742, pp. 546 et ss.) que, dans la mesure où les nouveaux titres émis en Espagne par quatre des cinq filiales de la *Barcelona Traction* ont été vendus, la vente était nulle du fait que les titres étaient illégaux et faux.

Et, enfin (R., par. 743, p. 548), dans la mesure où les actifs des filiales avaient été objet de vente, ils n'avaient pas été remis à la *FECOSA* dans les actes d'adjudication du 17 juin 1952.

597. L'on a déjà démontré qu'il n'y a aucune raison de soutenir que ce qui a été vendu était autre chose que les droits en lesquels consistaient les actions et obligations propriété de *Barcelona Traction*; et, par conséquent, tout l'échafaudage adverse s'effondre de lui-même.

Il faut donc répéter que l'objet de la vente a été *non pas des choses corporelles*, telles que les titres ou documents, mais des *choses incorporelles*, comme les actions, considérées comme un ensemble de droits, les obligations et les créances. D'après l'ordre juridique espagnol, la remise à l'acheteur de la chose vendue, lorsque celle-ci consiste en biens incorporels, sera considérée comme réalisée par le fait de remettre les titres de *pertenencia* entre les mains dudit acheteur, ou par l'usage que l'acheteur fera de ces droits avec le consentement du vendeur, ou lorsqu'un acte notarié sera passé si le contraire n'en résulte pas ou n'en ressort pas nettement. C'est ce que disposent expressément les articles 1464 et 1462, paragraphe 2, du Code civil, textes que la *Réplique* a soin d'omettre, quoiqu'elle transcrive avec satisfaction le paragraphe 1 du second. (A.D., 71)

<sup>1</sup> Sur le sens et la portée des textes légaux et sur la jurisprudence invoqués par la *Réplique*, cf. AD, 71.

Dans le cas d'une adjudication par vente exécutoire de choses incorporelles, il n'est pas remis d'acte de vente; celui-ci est remplacé par le procès-verbal d'adjudication qui s'accompagne éventuellement de la remise de tous les documents pouvant servir de moyen de preuve ou ayant un rapport avec les droits vendus. Et il ne s'agit pas là d'une considération théorique, puisque la Cour suprême elle-même l'a sanctionnée dans son arrêt du 17 avril 1917, lorsqu'elle s'est prononcée sur la validité et l'efficacité d'une vente d'actions considérées comme droits incorporels, dont les titres avaient été soustraits frauduleusement à l'action exécutoire des créanciers <sup>1</sup> (*supra*, pars. 222 ss., et A.D., 72, Ap. 1).

Par conséquent, la vente des actions et obligations était valable bien que les titres et documents sis à Toronto ne fussent pas matériellement à la portée des syndics; suivant le procès-verbal d'adjudication, la *Fecsa* a acquis la propriété et la possession des biens vendus sans que cette acquisition dépendît de la remise des titres émis en Espagne par quatre des filiales. Et les actifs des filiales n'ont pas été remis dans le procès-verbal d'adjudication parce qu'ils ne faisaient pas l'objet de la vente.

598. Il n'y a pas lieu d'accorder une grande attention à d'autres allégations de la *Réplique* (V, par. 744, pp. 548-549) qui soutient que l'ambiguïté du cahier des charges provoquait une indétermination de l'objet vendu qui rendait le contrat de vente nul et non avvenu en vertu de l'article 1445 du Code civil; ou que la vente était illégale parce qu'elle ne portait pas sur tous les biens saisis.

Ces affirmations ne font que montrer l'existence d'ambiguïtés et de contradictions, mais non pas dans le cahier des charges — où l'objet de la vente est parfaitement arrêté —, mais dans l'exposé que la *Réplique* fait de ce point. Jouant à nouveau sur cette curieuse notion de vente *indirecte* des actifs des filiales, elle soutient en même temps que la vente était nulle parce que ces biens avaient été vendus, et qu'elle était nulle aussi parce qu'ils n'avaient pas été vendus.

La position espagnole est parfaitement claire: les actifs des filiales n'ont pas été vendus et le cahier des charges a signalé — précisément pour que l'objet de la vente fût parfaitement déterminé non seulement dans son aspect juridique, mais aussi dans sa portée économique — que les droits vendus entraînaient le contrôle de ces filiales <sup>2</sup>.

Il est donc absurde de parler d'indétermination de la chose vendue.

La « contradiction flagrante et discrimination dans l'application de la loi » que la *Réplique* veut déduire du fait que, les actifs des filiales étant entrés dans la masse de la faillite, et les syndics ayant obtenu l'autorisation d'aliéner « tous les biens saisis », une partie des biens saisis n'aurait pas été vendue parce que les actifs des filiales n'ont pas été inclus dans la vente, relève de l'absurdité pure. Les actifs des filiales n'auraient pas été

<sup>1</sup> Dans sa décision du 5 février 1952, largement commentée dans la *Réplique* (p. 547, note 2), la Cour d'appel (*Audiencia*) de Barcelone s'est expressément appuyée sur cet arrêt de la Cour Suprême, ce qui rend inutiles les efforts de la partie adverse, d'une part, pour dénaturer le sens de la décision, et, d'autre part, pour prétendre qu'il y aurait une différence entre la justification donnée par la Cour d'appel (*Audiencia*) et celle que fournit le Gouvernement espagnol.

<sup>2</sup> Il est donc parfaitement logique que la *Fecsa* ait acquis le contrôle des filiales le 17 juin 1952, lorsqu'elle a acquis la propriété et la possession de la totalité des actions et qu'en revanche elle ait acquis la propriété formelle d'éléments de l'actif de ces mêmes filiales du fait de la réorganisation de l'exploitation au moyen des contrats passés entre elle et ces filiales.

intégrés à la masse de la faillite (*supra*, pars. 367 ss.) et l'ordonnance du 27 août 1951 n'est pas rédigée dans les termes que prétend la *Réplique* puisqu'elle accédait à la requête des syndicats « en ce qui concerne la vente des 'effets de commerce' propriété de la société faillie » (*supra*, par. 585).

599. Le *Contre-mémoire* (IV, par. 213, p. 383), a donné un argument décisif pour démontrer que la possession médiante et civilissime des titres sis au Canada (qui, selon la partie adverse, n'existe pas) n'a pas été vendue; non plus que les titres émis en Espagne (qui seraient faux et dépourvus de valeurs, d'après le Gouvernement belge), ni les actifs des filiales (dont la partie adverse reconnaît qu'ils n'ont pas fait l'objet de la vente et que leur propriété n'a pas été transférée à l'adjudicataire).

Le Gouvernement espagnol rappelait que, d'après le *Mémoire* (I, par. 373), le Gouvernement espagnol était contraint de consentir à « l'effacement des conséquences des activités illicites de ses autorités, par la remise des choses en l'état (*restitutio in integrum*) ». Et il ajoutait :

« Cela revient à dire que le Gouvernement belge demande la dévolution ou restitution aux prétendus ressortissants belges de ce dont il prétend que ceux-ci ont été frustrés en Espagne; et il est manifeste que ce que l'on prétend leur avoir été arraché ne peut être autre chose que ce qui a été aliéné lors de la vente aux enchères et remis par la suite à l'adjudicataire. Le Gouvernement belge explique alors qu'il demande (p. 184, premier alinéa, du *Mémoire*) que soient restitués 'aux actionnaires belges de *Barcelona Traction les droits et les pouvoirs* afférents à leur participation'. Cette conclusion du Gouvernement belge est révélatrice, abstraction faite, pour le moment, des erreurs de tout genre dont se trouve émaillée sa prétention ».

La *Réplique* ne souffle mot de cet argument décisif et concluant.

### § 3: PROCÉDURE ADOPTÉE POUR L'ÉVALUATION ET LA VENTE

600. Le Gouvernement belge réitère dans la *Réplique* l'affirmation qu'il a prodiguée depuis sa première présentation devant la Cour; les modalités de la vente, c'est-à-dire le fait qu'elle ait été réalisée en même temps avec l'intervention d'un courtier de commerce et par une vente aux enchères publiques, étaient une manœuvre astucieuse du groupe March pour s'emparer des biens à vil prix, grâce à la complaisance des tribunaux espagnols, sans concurrence possible et en sauvant les apparences. Tout cela n'a été possible, selon la partie adverse, qu'en violant la loi et en utilisant des dispositions contradictoires.

Le Gouvernement espagnol repousse avec fermeté l'accusation suivant laquelle les tribunaux espagnols auraient violé la loi qui réglemente la procédure d'évaluation et de vente des biens; et il est certain que la *Réplique*, employant une fois de plus la division de l'exposé en deux parties, avec des renvois réciproques d'une partie à l'autre, escamote la démonstration de la prétendue violation<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> En effet, la *Réplique* (par. 180-181) consacre des considérations générales aux modalités et conditions de la vente, renvoyant à la seconde partie où elle annonce la réfutation des thèses soutenues par le Gouvernement espagnol dans le *Contre-mémoire*; ensuite (par. 182-183, pp. 108 et 109) elle traite très succinctement la vente aux enchères publiques et avec intervention d'un courtier de commerce, ainsi que l'évaluation non contradictoire des biens. Il suffit d'une simple lecture de ces deux courtes pages pour



Mais, au-delà de toute considération purement formelle, le Gouvernement espagnol estime que la façon dont les faits se sont véritablement déroulés, suffit à démontrer que la « manœuvre astucieuse » des obligataires a été inventée par les hommes de la faillie *a posteriori* pour procurer au Gouvernement qui les protège un motif de réclamation et pour faire oublier leur propre conduite, totalement incompatible avec l'imputation de la part adverse.

Le cahier des charges, à en croire le Gouvernement belge, était entaché des vices les plus graves qui puissent exister; c'était la pièce maîtresse imaginée pour éloigner les enchérisseurs et assurer l'acquisition du patrimoine de la société en faillite par le groupe March. Mais l'avocat de cette société, au lieu de dénoncer ces vices dans le recours adéquat, a estimé que ce serait une *grande indiscretion* de révéler aux tribunaux espagnols l'opinion de la *Barcelona Traction* sur les conditions qui devaient régir la vente aux enchères publiques (*infra*, par. 622) et s'est borné à un recours dans lequel, en une page et demie, il soulevait des questions de procédure sans importance et qu'il savait d'avance incapables de provoquer la révocation de l'ordonnance qui avait autorisé la vente aux enchères. Le Gouvernement espagnol affirme que, si une partie décide d'*être discrète* au point de ne pas dénoncer aux tribunaux l'existence de vices supposés, bien qu'elle les considère comme très graves, elle doit assumer les risques de sa propre *discretion*.

Si l'intention des obligataires avait été d'éliminer d'éventuels enchérisseurs, la politique logique des actionnaires devait être précisément le contraire. Mais, par un mystère soigneusement gardé, la *Barcelona Traction* a organisé une campagne, même par la presse, pour éviter que des enchérisseurs ne se présentent à la vente aux enchères publiques (*infra*, par. 616). Quel était le but de cette campagne? Et si aucun enchérisseur autre que la *Fecsa* ne s'est présenté à la vente aux enchères pour enchérir, quel grief peut formuler le Gouvernement belge du moment que les hommes qu'il protège ont fait tout ce qui était en leur pouvoir pour qu'il en soit ainsi?

En fin de compte, ces mêmes hommes auraient pu racheter le patrimoine qu'ils disent avoir été vendu à vil prix, uniquement en payant ce qu'ils devaient; la question n'est plus qu'un groupe financier quelconque puisse faire intervenir dans la vente aux enchères publiques des personnes interposées, afin de ne pas compromettre une position juridique déterminée, mais que ce groupe d'obligataires que l'on a dit si anxieux de s'emparer d'une entreprise à vil prix, ait concédé à deux reprises une option au groupe adverse pour lui permettre de sauver le patrimoine *en payant* (*infra*, pars. 617 ss.). Dès lors que les hommes de la *Barcelona Traction* ont préféré donner des raisons spécieuses au lieu de faire usage des options, le Gouvernement espagnol est en droit d'affirmer qu'à leur avis ils faisaient une meilleure affaire en s'abstenant de payer et en perdant le patrimoine qu'en faisant face, pour le conserver, aux obligations contractées volontairement par la société faillie.

A. *Dans l'évaluation et la vente des droits de la société faillie sur ses filiales, les règles légales relatives à la réalisation des « effets de commerce » ont été observées*

601. Le *Contre-mémoire* (IV, par. 239 et 240, pp. 396-397) a affirmé qu'aux fins d'adoption d'une procédure de vente, l'article 1358 du Code de procédure civile divise les

---

se rendre compte qu'elles ne contiennent aucune démonstration, sinon de simples affirmations sans preuve; mais cela n'empêche pas la *Réplique*, avec son audace habituelle, d'affirmer (V, par. 750, p. 958) que, dans la première partie, elle a *démontré* le rôle qu'a joué dans la procédure la combinaison de la vente aux enchères et de la vente avec intervention d'un courtier de commerce.

biens du failli en trois groupes : « biens-fonds, meubles non commerciaux et effets de commerce » ; et que les formalités relatives à la vente de chacun de ces groupes de biens sont réglementées par les articles 1084 à 1088 du Code de commerce de 1928.

Le Gouvernement belge n'a pu nier la justesse de ce postulat, qu'il admet expressément (*Réplique*, V, par. 714, p. 527). Pour échapper à ses conséquences logiques, il prétend (*Réplique*, par. 731, p. 538) que l'argumentation du Gouvernement espagnol repose essentiellement sur « un jeu de mots » et que le *Contre-mémoire* a essayé de faire entrer les actions, obligations et créances, propriété de la *Barcelona Traction*, dans la catégorie des « effets de commerce », dans le double dessein de justifier une évaluation non contradictoire des biens aliénés et les pouvoirs de vente des syndicats<sup>1</sup>.

Avant tout, une double observation s'impose : quand une règle juridique prescrit un traitement distinct pour trois catégories de biens, l'application de cette règle ne dépend pas d'« un jeu de mots » et ne se ramène pas à une simple « question de terminologie »<sup>2</sup>, mais de la qualification juridique qu'il convient de donner aux biens objet de la vente. Or ce n'est pas le *Contre-mémoire* qui a qualifié les actions, obligations et créances de la *Barcelona Traction* d'« effets de commerce », mais ce sont les tribunaux espagnols qui — loin d'employer une expression purement verbale — ont adopté cette qualification pour déterminer les textes légaux applicables de façon concrète.

602. La *Réplique* (par. 731 à 733, pp. 539 à 541) prétend entamer une discussion doctrinale sur le bien-fondé des arguments invoqués par le *Contre-mémoire*<sup>3</sup> pour montrer comment la décision des tribunaux, fondée sur cette qualification juridique des biens à vendre, était parfaitement normale et correcte.

La *Réplique* affirme (par. 732, p. 540) que l'exposé fait par le *Contre-mémoire* n'est appuyé ni par la doctrine ni par la jurisprudence et qu'il n'est que « l'expression d'une opinion personnelle et anonyme » (p. 540, note I). Cette absence du soutien de la doctrine ou de la jurisprudence, que la *Réplique* note avec regret, tient à ce que le Tribunal suprême espagnol n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur un cas analogue, et au fait que les auteurs, y compris ceux que la *Réplique* cite à profusion, gardent le silence sur ce point concret. La preuve en est que la *Réplique*, dans son exégèse personnelle des textes légaux appliqués par les tribunaux, ne cite pas non plus de décision ou d'opinion doctrinale à l'appui de sa thèse<sup>4</sup>.

Le défaut de précédents dans la doctrine ou la jurisprudence, que la *Réplique* fait valoir triomphalement, se retourne contre elle. Car elle oublie, une fois de plus, que ce n'est pas le Gouvernement espagnol qui a la charge de démontrer le bien-fondé des décisions des tribunaux dans la faillite de la *Barcelona Traction*, mais que c'est le Gouver-

<sup>1</sup> Le second dessein attribué au *Contre-mémoire* dans une note au bas de la page 538 (note 1) réitère une accusation qui a déjà été pleinement réfutée (*supra*, pars. 573 ss.). Nous n'y reviendrons donc pas.

<sup>2</sup> Comme le prétend la *Réplique* (par. 731, p. 539).

<sup>3</sup> Ces arguments figuraient dans A.C.M., N° 149, vol. VIII, pp. 274 et ss. Ils ont été relégués dans une *annexe* pour mettre à la disposition de la Cour un exposé de l'ordre juridique espagnol en la matière et non à cause de la prétendue nécessité de justifier les décisions des tribunaux espagnols avec des arguments *ex novo*, ou d'entamer la controverse doctrinale à laquelle se livre la *Réplique*.

<sup>4</sup> Si le Gouvernement espagnol suivait les mêmes méthodes que la *Réplique*, il pourrait dire aussi que la thèse de celle-ci n'est qu'« une opinion personnelle et anonyme ».

nement demandeur qui a l'*onus probandi* que ces décisions ont été incorrectes sans le moindre doute (*supra*, pars. 52 ss.).

A l'exégèse que le *Contre-mémoire* a faite des règles de l'ordre juridique espagnol, dans l'unique intention déjà exprimée, il ne suffit pas que la *Réplique* prétende opposer une autre exégèse qui conduise à un résultat distinct, en voulant ériger la Cour en arbitre d'une question doctrinale. C'est pourquoi le Gouvernement espagnol qui rejette expressément et formellement l'argumentation de la *Réplique*, y répondra dans l'A.D. 162.

Par contre, il convient de mettre en évidence que, quel que soit l'appréciation que méritent les arguments des deux parties, il est impossible à la *Réplique* de prétendre que, dans les décisions des tribunaux espagnols, les seules qui entrent en « ligne de compte », on trouve une erreur grossière indiscutable dans l'application des règles relatives à l'évaluation et à la vente des biens.

603. La *Barcelona Traction*, au début, a admis expressément que ses biens constituaient « des effets de commerce », et c'est seulement plus tard qu'elle a contesté la justesse de cette qualification comme prétexte pour sa série interminable de recours.

Le *Contre-mémoire* (IV, p. 394, note 4) relatait que la *Barcelona Traction*, dans son recours du 1<sup>er</sup> septembre 1951 contre l'ordonnance du 27 août — qui autorisait la vente des *effets de commerce*, propriété de la société faillie — non seulement n'a pas contesté que les biens saisis fussent des « effets de commerce », mais qu'elle a fondé toute son argumentation sur ce fait, en s'abstenant d'attaquer la partie de la décision dans laquelle le juge avait consigné cette qualification <sup>1</sup> (A. C.M., n° 153, doc. 1, vol. VIII, pp. 319 à 323).

Plus loin (C.M., par. 238, p. 396), il rappelait que le Gouvernement belge lui-même, dans son *Mémoire*, n'attaquait pas la qualification des droits de la *Barcelona Traction* comme effets de commerce et qu'il n'envisageait ce problème qu'en traitant la question de l'évaluation ou de la mise à prix, anomalie qui peut s'expliquer seulement par le fait qu'il suivait la même attitude que la société faillie dans le procès interne.

La *Réplique* (V, p. 543, note 1) cherche à expliquer seulement la conduite de la faillie et, reconnaissant expressément le fait avec une remarquable ingénuité, elle ajoute :

« Mais il suffit de lire ce recours (A.M., n° 180, vol. III, pp. 685 et ss), introduit dans les quatre jours qui suivirent l'ordonnance, pour se rendre compte que cette société, estimant que des raisons péremptoires de droit s'opposaient à ce qu'il fût procédé à la vente, ne pensa pas à ce moment à examiner la question de savoir si les biens qui, suivant elle, ne pouvaient en aucune manière être vendus, constituaient ou non des 'effets de commerce'. »

Selon le Gouvernement belge <sup>2</sup>, l'erreur des tribunaux était notoire et évidente; la *Barcelona Traction*, dans les quatre jours qu'elle a eus pour préparer son recours, a pu

<sup>1</sup> En outre, la faillie a continué à utiliser l'expression *effets de commerce* pour qualifier ses propres biens dans ses écrits des 24 et 27 septembre et du 2 octobre 1951. C'est seulement dans le recours formé contre l'ordonnance du 15 octobre 1951, approuvant la désignation de l'expert, M. Soronellas, que la société faillie, se retournant contre sa propre thèse, a introduit celle que le Gouvernement belge défend aujourd'hui (A.C.M., N° 157, doc. 1, vol. VIII, pp. 344 et 345).

<sup>2</sup> La *Réplique* (p. 541) affirme, par exemple, qu'il suffit de lire l'article 1086 du Code de commerce de 1829, et le critère légal « apparaît [...] clairement ».

rédiger un texte qui remplit 23 pages imprimées des annexes du *Mémoire*, en posant toutes sortes de problèmes juridiques, mais elle n'a pas eu le temps de se rendre compte d'une erreur aussi manifeste.

Mais cet argument n'est pas seulement ridicule, il est faux; « *il suffit de lire ce recours (A.M., n° 180, vol. III, pp. 685 et ss.) pour se rendre compte que cette société* » non seulement n'a pas pensé, à ce moment, à examiner si ses biens étaient ou non des *effets de commerce*, mais a résolu le problème dans le même sens que l'autre partie et que le juge. Ses déclarations et la demande expressément adressée au tribunal ne laissent pas place au doute <sup>1</sup>.

A supposer que la qualification du juge eût été erronée — ce que le Gouvernement espagnol conteste —, pourrait-on parler d'erreur grossière et indiscutable, quand la société faillie elle-même, disposant d'un délai de quatre jours, non seulement ne s'est pas rendu compte de la prétendue erreur, mais a accepté expressément la qualification judiciaire?

604. S'il subsistait le moindre doute sur l'inexactitude radicale de l'essai de justification tenté dans le *Réplique*, il suffirait de consulter le *Mémoire* que le *Receiver* a adressé au Tribunal d'Ontario le 29 septembre 1950. On y lit le paragraphe suivant:

« L'avocat-conseil espagnol m'a informé que les personnes qui exercent le contrôle de facto des actifs d'*Ebro* et de *Catalonian Land* en Espagne ne pourraient pas, à son avis, vendre légalement ces actifs à l'heure actuelle; qu'en tout cas, cette vente ne pourrait avoir lieu qu'après évaluation de ces actifs dans la procédure espagnole de faillite et seulement alors pour un montant qui ne serait pas inférieur à celui de leur évaluation; que si l'on vendait les actions au lieu des actifs d'*Ebro* et de *Catalonian Land*, la formalité de l'évaluation n'existerait pas suivant le droit espagnol... »

Ce paragraphe est hautement révélateur. Il démontre que les conseillers espagnols du *Receiver* (MM. Sanchez et Sepúlveda) qui étaient ceux qui patronnaient la *Barcelona Traction* devant les tribunaux espagnols, savaient, avec plus d'un an d'avance, que, si, dans la faillite, on aliénait les actions des filiales et non leurs actifs, la formalité de l'évaluation contradictoire n'existait pas en droit espagnol.

<sup>1</sup> Ainsi, on lit dans le recours de la société faillie des déclarations aussi révélatrices que les suivantes:

« Et, pour ce qui est des faillites, lorsque l'aliénation des effets de commerce est nécessaire, elle est autorisée par l'ancien Code, mais dans des cas déterminés, en recherchant toujours les avantages maximum pour les intérêts de la faillite, et avec l'autorisation spéciale du juge » (p. 695).

« Mais en ce qui concerne les actions et valeurs ou *effets de commerce*, ceux qu'il est parvenu à mettre en son pouvoir sont fort peu nombreux » (p. 700).

« ... il résulte que les effets de commerce ci-après n'ont pas été saisis réellement: 150.000 actions ordinaires d'*Ebro Irrigation* ... 9.500.000 livres sterling d'obligations 6½ % de cette entreprise... etc. » (p. 701).

« ... il n'existe pas de saisie matérielle ... de l'immense majorité des effets de commerce que l'on prétend aliéner » (p. 701).

« Les uniques effets de commerce saisis sont ... » (p. 701).

« Cinquièmement. — Impossibilité matérielle de la vente des effets de commerce propriété de *Barcelona Traction*... » (p. 704).

Des affirmations analogues se trouvent aux pages 705 et 707.

Et la *Barcelona Traction* termine son recours en demandant expressément au tribunal de:

« rendre un jugement réformant cette ordonnance et déclarant qu'il n'y a pas lieu, parce que le contraire s'impose, de consentir à la vente des effets de commerce propriété de l'entité déclarée en faillite, ni des autres effets de commerce et biens de toutes classes qui sont mentionnés dans l'écrit des syndics » (p. 707). (C'est nous qui soulignons.)

Il est donc faux que la société faillie n'ait pas pensé à la question quand elle a introduit le recours du 1<sup>er</sup> septembre 1951, et il est évident que l'argumentation échafaudée par la *Barcelona Traction* au mois d'octobre et que le Gouvernement belge reprend aujourd'hui avec tant de légèreté a été montée contre la conviction des conseillers eux-mêmes, pour les besoins de la cause, de façon totalement artificielle.

605. Le Gouvernement belge, qui nie si catégoriquement que les actions et obligations, c'est-à-dire les valeurs commerciales ou industrielles, puissent être qualifiées d'« effets de commerce », devrait bien relire ses propres affirmations sur d'autres sujets. La *Réplique* (A.R., n<sup>o</sup> 94, vol. II, p. 492), pour essayer de démontrer que les actions ne peuvent être aliénées sans les titres qui en font foi<sup>1</sup>, affirme textuellement :

« Ainsi, en Espagne, en cas d'exécution forcée, les titres au porteur demeurent soumis au même régime que les autres biens meubles, sous la seule réserve que leur réalisation ne se fait pas en vente publique, mais dans une vente spéciale par un agent de change (*agente de bolsa* ou *corredor de comercio*). Voir article 1482 du Code de procédure civile (*Ley de Enjuiciamiento civil*). »

Le Gouvernement belge transcrit ensuite l'article 1482 du Code de procédure civile, lequel traite de l'aliénation des « valeurs de commerce endossables ou titres au porteur » qui devra avoir lieu par l'intermédiaire d'un agent de change ou courtier de commerce, ajoutant que « au sujet des *effets* cotés à la Bourse », le choix devra se faire conformément à l'article précité.

Dans l'exécution forcée particulière, selon l'aveu du Gouvernement belge lui-même, les valeurs de commerce endossables et les titres au porteur sont qualifiés d'« effets » et leur vente a lieu par l'intermédiaire de courtiers de commerce ou agents de change, sans évaluation préalable contradictoire. Quand on bâtit des thèses artificielles, on court toujours le risque de tels « oublis ».

606. Un dernier trait pour compléter le tableau. La divergence entre les deux Gouvernements, à propos de ce qu'il faut entendre par effets de commerce — comme l'on peut le voir à l'A.D. 162 — peut se résumer de la façon suivante :

Quand la loi utilise l'expression « effets de commerce » (*efectos mercantiles*), ce peut être au sens large, auquel cas elle comprend les valeurs et les marchandises, ou au sens étroit et, dans ce cas, les marchandises sont exclues de la notion. En toute hypothèse, par conséquent, les valeurs telles qu'actions, obligations ou créances sont incluses dans cette catégorie.

Pour la partie adverse, au contraire, on ne peut entendre comme « effets de commerce » que les marchandises, à l'exclusion, en tout cas, des valeurs. Les effets de commerce et les marchandises finissent par être synonymes pour la *Réplique* (V, par. 733, p. 541).

Un des auteurs préférés du Gouvernement belge, le professeur Garrigues, ne traite pas, dans son œuvre antérieure à la faillite de la *Barcelona Traction*, de l'interprétation qu'il convient de donner à l'expression « effets de commerce » employée par

<sup>1</sup> Essai de démonstration qui, d'autre part et comme on l'a déjà indiqué (*supra*, par. 224), est totalement vain.

l'article 1084 du Code de commerce de 1829 (C'est pourquoi son avis n'est pas invoqué dans le *Contre-mémoire*). Mais, par contre, il définit ce qu'il faut entendre par *marchandises* en droit espagnol<sup>1</sup>, en disant que :

« Il est difficile de déterminer la différence entre marchandise et « effet de commerce » (articles 37, 266, 349, 350), parce qu'on ne sait pas exactement quelle notion recouvre cette dernière expression légale. En définitive, il peut y avoir une *notion légale* de marchandise formée par exclusion; les *marchandises* sont des choses meublées qui ne sont ni des fruits, ni des titres valeurs, ni des effets de commerce »<sup>2</sup>.

Autrement dit, pour le Professeur Garrigues la notion correspondant à l'expression « effets de commerce » était douceuse; mais il était enclin à exclure de la notion de *marchandises* celle d'effets de commerce. Il est impossible de démontrer plus clairement que la thèse adverse est erronée.

607. Une fois établi que les tribunaux espagnols ont correctement qualifié les biens de la société faillie qui devaient faire l'objet de la vente, il n'y a plus grand-chose à dire de la fixation du prix minimum et de la modalité que doit suivre la vente des effets de commerce.

Comme le disait le *Contre-mémoire* (IV, par. 257, pp. 409 et 410), le Code de commerce de 1829 a prévu pour les effets de commerce une seule procédure de fixation du prix qui est celle de l'article 1084, en relation avec l'article 1086: l'évaluation sera faite par le commissaire.

Au contraire, les articles 1085 et 1086 prévoient deux modalités distinctes pour la vente. En général, la vente sera libre, avec l'unique garantie de l'intervention d'un courtier de commerce; l'agent intermédiaire et les syndics chercheront librement un acquéreur qui offre un prix égal ou supérieur au prix minimum fixé par le commissaire et procéderont ensuite formellement à la vente des effets.

Toutefois, quand il n'y a pas de courtier de commerce à l'endroit où la vente a lieu, celle-ci se fera aux enchères publiques; et l'on procédera de la même façon s'il faut faire un rabais sur le prix d'achat, frais compris<sup>3</sup>.

La thèse soutenue dans le *Mémoire* (I, par. 208, p. 95) n'est donc pas valable; selon cette thèse, la vente aux enchères publiques devrait toujours être précédée d'une évaluation contradictoire; dans la vente de biens meubles non commerciaux et des immeubles il n'y a qu'une seule procédure d'évaluation et une seule de vente, à savoir, l'évaluation contradictoire par experts et la vente aux enchères publiques, mais cela ne signifie pas que les deux procédures soient inséparables. Pour les effets de commerce, la procédure d'évaluation est unique, et la modalité de la vente double.

Dans la *Réplique* (par. 737, p. 543), le Gouvernement belge ne peut opposer aucun argument valable à la thèse du *Contre-mémoire*; c'est pourquoi il se borne à dire que: « Sans doute, cet argument part-il de l'idée que les biens à vendre avaient la nature d'effets de commerce. Il a déjà été démontré plus haut que ce point de départ est faux ».

<sup>1</sup> GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, 1936, Madrid, vol. I, p. 415.  
<sup>2</sup> C'est nous qui composons en italiques la dernière phrase.  
<sup>3</sup> Voir articles 1084 et ss. dans A.C.M., N° 150, vol. VIII, p. 281.

Tout dépend donc du point de départ ou prémisse; pour cette raison, la *Réplique* en vient à admettre que, si les biens vendus étaient des effets de commerce, les tribunaux espagnols ont appliqué correctement les textes légaux cités. Et nous venons de voir que le Gouvernement belge est bien loin de démontrer — comme il le prétend — que la prémisse du Gouvernement espagnol soit fausse.

608. Ne pouvant combattre la thèse sur le terrain juridique, la *Réplique* a recours alors à ce qu'elle appelle les arguments de « bon sens », qui ne sont que des appréciations subjectives de ses auteurs, dans lesquelles on dénote une véritable carence de ce « bon sens » dont ils se vantent.

Ainsi, elle dit (V, p. 544) que, si pour les biens qui ne sont pas des effets de commerce, on a prévu une évaluation contradictoire, c'est évidemment pour donner la garantie que les biens seront vendus dans les meilleures conditions de prix; en sorte que la garantie que suppose la vente aux enchères publiques ne peut exister que si elle est précédée d'une évaluation sérieuse qui permette la fixation d'un prix minimum correspondant sensiblement à la valeur réelle des biens que l'on veut aliéner.

L'argument présente deux défauts. En premier lieu, chacun est libre de juger le système choisi par le législateur pour une hypothèse de fait déterminée et d'estimer qu'une procédure différente serait meilleure; mais les tribunaux d'un pays doivent se conformer au droit en vigueur, sans pouvoir infléchir les procédures légales par des appréciations de « *lege ferenda* ». Et le Gouvernement belge ne peut prétendre (R., par. 738, p. 544) que les tribunaux ont violé leur propre droit en exigeant que soit suivie la procédure légale et non celle qui paraît au Gouvernement belge être celle du « bon sens ».

En second lieu, même en admettant l'argument que l'évaluation contradictoire donne plus de garanties au failli, cela ne signifie pas que l'évaluation faite sans contradiction ne laisse au débiteur aucune garantie, surtout si la vente a lieu aux enchères publiques. Que l'évaluation soit ou non sérieuse, c'est un problème de fait et non de droit; et, en définitive, comme la *Réplique* est obligée de le reconnaître (p. 544, note 1), l'évaluation ne donne que le prix minimum auquel les biens seront mis aux enchères, en sorte que le prix définitif dépendra des offres des enchérisseurs.

Cela ne veut pas dire que l'on minimise l'importance de l'évaluation; mais le bon sens enseigne aussi qu'un prix excessivement bas comme un prix excessivement élevé peuvent nuire au succès d'une vente aux enchères. Le Gouvernement belge prétend qu'un bas prix incite les enchérisseurs à offrir peu; mais il est évident qu'un prix élevé peut décourager les enchérisseurs, obligeant à une deuxième vente aux enchères, avec réduction du prix, voire à une troisième sans minimum préétabli.

La fixation du prix minimum peut donc avoir sur la vente aux enchères une influence favorable ou défavorable, suivant les cas, que le prix soit bas ou qu'il soit élevé; mais, en aucun cas, on ne peut affirmer que le procédé d'évaluation fasse disparaître la garantie même que comporte la vente aux enchères publiques.

Quant à prétendre que celui qui peut le mieux évaluer des biens d'évaluation difficile est celui qui connaît l'affaire, cela dépend de la façon d'interpréter l'affirmation. Si l'on veut dire qu'il convient de faire intervenir un expert, on n'a rien à objecter, vu que c'est

précisément pour tenir compte de ce principe que le commissaire a demandé la nomination de M. Soronellas, l'expert dont la loi ne prévoyait pas expressément l'intervention, sans cependant la prohiber.

Si, comme le Gouvernement belge paraît le considérer, par personne connaissant l'affaire, il faut entendre son propriétaire, la thèse devient absurde, puisqu'en aucun cas on ne laisse le débiteur évaluer ses propres biens. L'intervention du débiteur dans une expertise contradictoire, loin de prouver ce que prétend le Gouvernement belge, démontre tout le contraire; quand il y a divergence entre l'expert nommé par les syndics et l'expert désigné par le failli<sup>1</sup>, le conflit est tranché par un troisième expert désigné par le tribunal, en sorte que ce n'est jamais, en définitive, l'expert du failli qui fixe la mise à prix.

609. Le Gouvernement espagnol tient enfin à souligner la contradiction que renferme la *Réplique*; elle affirme, d'une part (par. 737, p. 544), que l'évaluation contradictoire est une garantie telle qu'elle aurait dû être admise même si la loi dispose le contraire, et, d'autre part (par. 182, p. 109), que :

« Sans doute, si l'on s'en fût tenu à la procédure régulière, l'expert désigné par la société faillie n'aurait-il guère eu de chances de faire prévaloir son opinion, puisqu'en cas de désaccord entre lui et celui désigné par les organes de la faillite, le Tribunal eût désigné un troisième expert dont l'avis eût été, tout naturellement, déterminant »<sup>2</sup>.

Le Gouvernement belge devrait donc adopter une position concrète et ferme; si l'évaluation contradictoire laisse peu de possibilités au failli pour faire prévaloir son opinion, on ne peut soutenir en même temps que l'intervention du failli dans l'évaluation permette de « fixer, en connaissance de cause, le montant de la mise à prix » et de la présenter comme une garantie presque indispensable.

610. Après tout ce qui vient d'être dit, le Gouvernement espagnol est en mesure de démontrer l'absence totale de fondement du grief formulé par la *Réplique*, qui se résume ainsi :

« Il y eut vente par courtier pour éliminer l'évaluation contradictoire, et vente aux enchères publiques pour sauver les apparences, tout en subordonnant l'aliénation à un cahier des charges qui faisait du groupe March le seul acquéreur possible » (par. 183 p. 109).

S'agissant d'effets de commerce, l'évaluation doit être faite par le commissaire, que la vente ait lieu par intervention de courtier de commerce ou aux enchères publiques. Ainsi se trouve réduite à néant la première proposition. Si la *Barcelona Traction* a eu recours à des formes juridiques déterminées et a converti tous ses biens en actions et obligations qui, en Espagne, sont qualifiées d'« effets de commerce », c'est elle seule que le Gouvernement belge peut rendre responsable du fait que l'évaluation a dû être faite par le commissaire et non moyennant une expertise contradictoire.

On reviendra plus loin à la garantie qu'est censée constituer la vente aux enchères publiques, quand on traitera la question du cahier des charges en général. Il reste uni-

<sup>1</sup> Ce n'est pas non plus, évidemment, le débiteur qui intervient dans l'évaluation contradictoire, mais un expert qu'il désigne.

<sup>2</sup> Dans le paragraphe transcrit, on voit, une fois de plus, que, ce qui choque le Gouvernement belge, c'est que la faillie n'ait pas eu l'occasion de « faire prévaloir son opinion ». C'est l'histoire de toute la faillite, l'effort de la *Barcelona Traction* pour faire prévaloir son opinion sur celle des tribunaux et des experts.



quement ici à réaffirmer ce qui est dit dans le *Contre-mémoire pour expliquer pourquoi*, en adoptant la forme de la vente aux enchères publiques pour l'aliénation, on a fait intervenir un courtier de commerce.

Il ne s'agit pas, comme le disait le *Mémoire* (I, par. 207, p. 94), de combiner les deux modalités de-vente qui peuvent être adoptées pour l'aliénation des effets de commerce. Quand la vente s'effectue uniquement par intermédiaire d'un courtier de commerce, celui-ci sert aussi d'intermédiaire dans la recherche d'un acheteur qui offre comme minimum le prix résultant de l'évaluation. Par contre, lorsque l'on vend aux enchères publiques, les enchérisseurs éventuels sont informés par voie d'avis et le courtier n'exerce pas sa fonction d'intermédiaire.

Mais les lois espagnoles, depuis 1936, exigent l'intervention d'un agent de change ou courtier de commerce dans la vente d'effets publics, industriels ou commerciaux (A.C.M., N° 151, vol. VIII, p. 284), comme officier ministériel (« *fedatario* »). Et le tribunal ne pouvait manquer d'appliquer cette règle légale. Ainsi se trouve donc réduite à néant la seconde proposition, puisqu'il n'y eut pas vente par courtier et vente aux enchères publiques, mais seulement une vente aux enchères publiques, dans laquelle le courtier intervenait comme officier ministériel.

Quand le Gouvernement belge ne peut pas répondre aux arguments du *Contre-mémoire*, il a recours à l'expédient facile d'affirmer que l'explication donnée « ne rencontre pas le grief du *Mémoire* »; mais, comme on vient de le voir c'est la *Réplique* qui ne donne pas de réponse aux arguments exposés dans le *Contre-mémoire*.

611. Comme la *Réplique* ne peut démontrer que les tribunaux espagnols ont commis une erreur en qualifiant les biens, objet de la vente, d'effets de commerce et en leur appliquant dès lors la procédure exigée par le Code de commerce de 1829 pour leur évaluation et leur vente, ne se fiant guère aux appels à un prétendu « bon sens », car ses rédacteurs savent que le bon sens va à l'encontre de leurs imputations, elle veut renforcer sa position par un argument d'arrière-garde<sup>1</sup>: le juge avait décidé une évaluation contradictoire en autorisant la vente dans son ordonnance du 27 août 1951; mais à l'en croire ensuite les syndics auraient craint les conséquences qui pouvaient découler de cette évaluation, surtout parce que la société faillie se serait adressée à un expert de réputation internationale, et, s'abritant derrière une technicité légale, ils auraient persuadé le juge de priver la *Barcelona Traction* de la garantie de l'évaluation contradictoire; le juge, docile à la sollicitation des syndics, aurait accédé à leur demande, ce qui donnerait un échantillon de la partialité judiciaire en faveur des obligataires.

Le Gouvernement espagnol repousse cette imputation en tous ses points. Les syndics ont effectivement demandé dans leur première requête une évaluation contradictoire; mais le juge, dans son ordonnance du 27 août 1951, a déclaré que la vente « devra être réalisée, par la voie des enchères publiques selon les formes prescrites, après estimation préalable »<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> La *Réplique* développe cette thèse dans la première partie (V, par. 182, p. 109) et dans la seconde (par. 734 à 736, pp. 542-543).

<sup>2</sup> Le texte espagnol original de l'ordonnance, après avoir indiqué que la vente sollicitée était autorisée, s'exprime ainsi: « deberá realizarse en subasta pública, con las debidas formalidades, previa la oportuna tasación ».

A l'interprétation que la *Réplique* donne à cette partie de l'ordonnance en 1967, s'oppose celle que les syndicats et la *Barcelona Traction* elle-même ont donnée unanimement dans les jours qui ont suivi immédiatement celui où l'ordonnance avait été rendue. Quand, dans leur acte du 11 octobre 1951, les syndicats ont demandé au commissaire de procéder à l'évaluation, ils ont interprété l'ordonnance du 27 août comme signifiant que le juge ordonnait qu'il soit procédé à l'évaluation suivant les dispositions du Code de commerce applicables aux effets de commerce; si cette interprétation avait été erronée, la *Barcelona Traction* se serait empressée de la dénoncer et de soutenir ce que la *Réplique* affirme actuellement.

Mais la société faillie, au contraire, a accusé le juge d'avoir méconnu le principe dispositif dans son ordonnance du 27 août, car, les syndicats ayant sollicité dans leur requête une évaluation contradictoire, le juge leur avait concédé une évaluation par le commissaire, ce qui équivalait à leur accorder plus qu'ils n'avaient demandé. C'est dire que la *Barcelona Traction* interprétait l'ordonnance de la même façon que les syndicats.

A l'A.D. 163, on donne un exposé détaillé de ces faits que la *Réplique* a eu bien soin de passer sous silence, en citant seulement quelques-uns d'entre eux pour en dénaturer leur contenu.

Dans tous les cas, l'initiative de l'évaluation non contradictoire étant venue du juge<sup>1</sup> et non des syndicats, il est impossible de parler de « docilité » du magistrat à l'égard des requêtes de ceux-ci.

Quelques mots encore sur les mobiles que la *Réplique* prête aux syndicats pour écarter une évaluation contradictoire. La certitude dont se vante le Gouvernement belge et selon laquelle la *Barcelona Traction* aurait choisi un spécialiste de réputation mondiale, appartient au domaine de la fiction, tout comme le résultat auquel ce présumé spécialiste serait arrivé s'il était jamais intervenu dans l'évaluation; et le Gouvernement espagnol reconnaît humblement qu'il ne peut rivaliser avec la partie adverse en matière de spéculations futuristes. Dans son argumentation à base d'hypothèses qui ne se sont jamais réalisées, le Gouvernement belge révèle une imagination bien supérieure à l'espagnole.

On peut se demander cependant pourquoi la *Barcelona Traction* n'a pas présenté dans la faillite ses livres de comptabilité, comme elle était obligée de le faire, afin que les prétendues « erreurs » des experts espagnols apparaissent au grand jour; pourquoi, requise d'établir le bilan (A.D., 200), elle n'a pas demandé au juge de lui permettre « de choisir parmi les spécialistes de réputation mondiale » afin de démontrer la valeur de ses affaires et pourquoi elle a préféré rester inactive et laisser aux syndicats le soin de désigner un expert à sa place; pourquoi, quand elle a attaqué le cahier des charges, loin de discuter le prix minimum fixé par l'expert Soronellas, elle a curieusement oublié ce détail et elle n'a pas joint à son acte l'avis consultatif ou le rapport d'un expert « choisi parmi les spécialistes de réputation mondiale »?... On peut craindre que pareilles questions restent sans réponse.

<sup>1</sup> L'objection de la faillite relative à la violation par le juge du principe dispositif (que la *Réplique* ne fait pas sienne pour des raisons évidentes) n'a aucun sens, comme le *Contre-mémoire* l'a démontré (par. 262, p. 413), vu le caractère d'ordre public qu'ont les règles de procédure (A.C.M., N° 1, vol. VII, p. 9).

### B. La vente aux enchères publiques et le cahier des charges

612. La *Réplique* (V, par. 183, p. 109) prétend que la vente aux enchères publiques était un artifice imaginé par les syndics pour dépouiller la société faillie, que ce grief a été formulé dans le *Mémoire*, mais que les réponses du *Contre-mémoire* n'ont aucun rapport avec lui. La partie adverse poursuit en disant qu'à supposer que les syndics aient eu le droit de procéder à une vente libre, l'usage de ce droit aurait démontré la connivence des organes de la faillite avec le groupe March et que l'on a eu recours à l'hypocrisie d'une vente aux enchères publiques dont on éloignait les enchérisseurs éventuels au moyen d'un *cahier des charges exceptionnel*.

Cette thèse semble vraiment très étonnante; à en croire le Gouvernement belge, on arriverait à la conséquence que les syndics s'étaient rendus coupables des crimes les plus graves durant toute la faillite et proposaient au juge et aux tribunaux espagnols les mesures les plus déraisonnables, sans se préoccuper en aucune manière de leur illégalité, dans la certitude qu'elles seraient admises par le juge et par les tribunaux. Mais, au moment de la vente, alors que, selon une interprétation rigoureuse de l'article 1084 du Code, les syndics avaient le droit de vendre librement à un acheteur qu'ils auraient recherché par l'intermédiaire d'un courtier de commerce, à la seule condition qu'il offre un prix qui ne soit pas inférieur au minimum fixé, ils sont assaillis de scrupules et de préoccupations et préfèrent proposer que la vente ait lieu aux enchères publiques.

Le Gouvernement belge devrait comprendre qu'en se servant de tels arguments il démontre que l'interprétation qu'il fait de la conduite des syndics a été totalement déformée pour les besoins de la cause.

Les syndics, pour proposer la vente, ont demandé des avis consultatifs à des experts, parmi lesquels figuraient des juristes distingués et professionnels dont l'honnêteté n'a pas été discutée et n'a pu être mise en doute par le Gouvernement belge à partir du moindre des indices. Le commissaire, pour procéder à l'évaluation, requiert, lui aussi, l'assistance d'un expert et cela de son plein gré et de son propre mouvement. La loi prévoyant que, dans certaines hypothèses, les ventes d'effets de commerce s'effectuent aux enchères publiques, les syndics demandent l'adoption de cette modalité de vente qui offrirait plus de garantie au débiteur en faillite.

Mais, pour le Gouvernement belge, toutes ces mesures qui démontrent la prudence des personnes qui sont intervenues dans les opérations de liquidation de l'actif de la société faillie, ne sont que des hypocrisies. Pour dissiper la bonne impression que ces mesures doivent causer à des personnes impartiales, la partie adverse estime qu'il suffit d'affirmer l'existence d'un complot auquel auraient participé les tribunaux, les organes de la faillite, les experts et jusqu'aux Gouvernements de trois pays. Or le point sensible de la partie adverse, c'est que, si elle ne manque pas d'audace dans ses accusations, par contre, les preuves lui font défaut; bien mieux, les preuves démontrent précisément le contraire de ce qu'elle prétend.

Si l'on fait abstraction de toutes ces affirmations gratuites, il reste un fait que le Gouvernement belge ne peut nier: la vente pouvait se faire par l'intermédiaire d'un courtier de commerce ou aux enchères publiques — *tertium non datur* —; de ces deux modalités de vente, celle des enchères publiques est celle qui offre le plus de garanties au failli;

or les syndics ont proposé et le juge a accepté précisément ce procédé. Soutenir que l'on a violé la loi au préjudice de la faillite, c'est oublier cette réalité élémentaire.

Le Gouvernement espagnol apprécierait que la partie adverse lui indique quelle conduite les syndics aurait dû adopter autre que celle qu'ils ont suivie. Ils ne pouvaient vendre par l'intermédiaire d'un courtier sans révéler leur prétendue connivence avec le groupe March; ils ne pouvaient vendre aux enchères publiques sans être taxés d'hypocrisie; comment devaient-ils vendre? En définitive, ce qui indigne le Gouvernement belge, c'est que l'on ait vendu et que, pour la première fois dans l'histoire de la *Barcelona Traction*, ses créanciers aient perçu ce qui leur était dû.

613. Le Gouvernement belge, conscient de la faiblesse de sa position, tente alors diriger tous ses griefs contre le cahier des charges qui réglementait la vente aux enchères. Chacune des stipulations du cahier a été aigrement critiquée par la *Réplique* et le Gouvernement espagnol répondra à ces critiques en examinant les conditions une à une. Mais il estime qu'il doit, auparavant, réfuter les trois griefs d'ordre général que la *Réplique* (pars. 199 et 200, p. 119, et par. 739, p. 544) formule contre le cahier des charges.

Le cahier des charges, à en croire la partie adverse, serait une pièce unique dans les annales du droit des faillites et n'aurait de précédents ni en Espagne ni ailleurs. L'accusation, on le voit, a un caractère purement rhétorique et se passe de longs commentaires.

Tout vente aux enchères publiques est précédée d'avis informant le public du jour où elle aura lieu et indiquant les conditions auxquelles les enchérisseurs pourront acquérir les biens mis en vente. Ces conditions se réfèrent, en général, aux questions que pose chaque vente (énonciation du titre exécutoire, montant de la dette, paiement d'impôts déterminés, etc). Comme les ventes ne présentent pas généralement de grandes complexités, les requérants de la vente, qu'il s'agisse des créanciers dans l'exécution particulière ou des syndics dans les faillites civiles ou les faillites commerciales, se bornent à adresser au tribunal un acte indiquant les conditions qu'ils désirent voir consignées dans les avis ou annonces; le juge se prononce sur l'inclusion de ces conditions et autorise ce qu'il estime pertinent.

Les conditions ne sont pas toujours les mêmes et dépendent de la nature des biens mis en vente et des circonstances propres à chaque cas.

Dans toute vente aux enchères publiques, il y a donc un exposé des conditions qui la régiront. Le fait que ces conditions soient indiquées dans les annonces légales ou figurent dans un document spécial, ne saurait être considéré comme faisant partie d'un plan machiavélique approuvé par le juge ni comme une violation du droit espagnol.

Qui plus est, dans la procédure universelle de succession *ab intestat*, les enchères devront avoir lieu obligatoirement suivant un cahier des charges. Rédigé par l'administrateur, il sera exposé au greffe du tribunal, et l'on prendra acte dans les annonces-par-avis. La *Réplique* semble ignorer l'article 1024 du Code de procédure civile, lequel contient cette disposition.

Le Gouvernement belge lui-même reconnaît l'incontestable complexité de la vente; d'une part, l'on vendait des actions et obligations de cinq sociétés qui avaient, elles, le contrôle absolu d'autres sociétés; d'autre part, les charges constituées par la *Barcelona*

*Traction* sur son patrimoine obligeaient à les respecter dans la vente. Il paraît logique qu'il fallait, dans l'opération, préciser clairement les droits et les obligations de l'acquéreur et garantir la sécurité des créanciers, et tout cela exigeait une rédaction méticuleuse des conditions.

Si les syndics s'étaient adressés au juge pour lui demander de transcrire les conditions dans les annonces légales, ils auraient suivi la pratique usuelle; ils ont préféré rédiger ces conditions dans un document à part, dont ils ont fait consigner l'existence dans les avis <sup>1</sup>. En tout cas, les conditions de la vente devaient être établies et le fait qu'elles soient ou non énoncées dans le texte des annonces ne peut aucunement constituer un grief valable devant une instance internationale.

614. La seconde accusation prétend voir dans le peu de temps écoulé entre le dépôt du cahier des charges et son approbation judiciaire une preuve de contacts irréguliers entre les créanciers et le juge. Le Gouvernement belge oublie que la faillite de la *Barcelona Traction*, sur la demande précisément du groupe de la faillite, était instruite par un juge spécial qui se trouvait à l'époque à Reus et dont l'unique fonction était de connaître la faillite. Pour tout fonctionnaire judiciaire qui n'aurait pas connu les particularités de l'affaire, il aurait été nécessaire d'en étudier les conditions avant de statuer. Mais le juge spécial se consacrait depuis plusieurs mois à l'étude du procès de faillite; il avait dû se prononcer sur de nombreux recours et prendre un grand nombre de décisions concernant la faillite; le dossier se trouvait en permanence sur sa table. La lecture du cahier des charges et la vérification des indications qu'il contenait ne demandaient pas beaucoup de temps d'autant que sa teneur était déterminée, en grande partie, par des décisions du juge lui-même.

Le fait que l'approbation du cahier des charges a eu lieu à la date que l'on indique ne prouve absolument rien et nous devons ici mettre une fois de plus en évidence la contradiction qui existe dans la thèse du Gouvernement belge. Quand il s'agit de démontrer, même sans le moindre indice, l'existence d'un complot auquel participaient les juges espagnols, le Gouvernement belge affirme que la preuve en est donnée par la rapidité avec laquelle ils agissaient. Mais, plus loin, lorsqu'il essaie de justifier le fait que sa protégée n'a pas utilisé les recours qui lui étaient ouverts, le Gouvernement belge prétend qu'il n'a jamais imputé aux juges espagnols de manœuvres dolosives ou frauduleuses ni d'intention malhonnête ou frauduleuse et qu'il se borne à signaler une certaine partialité des magistrats due à une atmosphère de nationalisme exacerbé (R., V, par. 854, p. 618).

L'intervention d'un juge dans un complot, des contacts irréguliers entre le juge et l'une des parties, les accusations lancées contre le juge spécial pour la seule raison qu'il a expédié les affaires avec la rapidité qu'exige le Code espagnol de procédure civile, consti-

<sup>1</sup> Les avis donnaient les résultats suivants: « 1° Biens mis en vente; 2° Mise à prix; 3° Liquidation et paiement des obligations émises par la *Barcelona Traction*; 4° Cautionnement et garantie; 5° Adjudication; 6° Lieu et date de la vente; 7° Cahier des charges ». Les annonces renfermaient donc toutes les conditions requises pour que tout intéressé connaisse les caractéristiques essentielles de la vente; le paragraphe 7 susmentionné disait textuellement:

« Le cahier des charges de la vente aux enchères publiques sera déposé au secrétariat du tribunal spécial de la faillite de la *Barcelona Traction* (Reus), pour que quiconque désire participer à la vente puisse le consulter, étant entendu que, dans ce cahier des charges, figurent aussi les références à la documentation permettant de connaître la situation juridico-économique des biens mis en vente. Il sera également possible de consulter tous les documents indiqués dans le dit cahier ».

tuerait quelque chose de plus qu'une partialité motivée par une atmosphère de nationalisme; cela constituerait, si c'était établi, un délit dont le Gouvernement belge dit n'avoir ni preuves, ni indices et qu'il affirme ne pas imputer formellement aux juges espagnols.

Il faudra bien alors convenir que les insinuations glissées tout au long du *Mémoire* et de la *Réplique*, sans aucune preuve et aucun indice, constituent ce que, dans tous les droits, on qualifie de calomnie ou de diffamation <sup>1</sup>.

615. La dernière objection est que le cahier des charges visait à éloigner de la vente aux enchères tout acquéreur éventuel autre que le groupe March. Au sujet de cette accusation, le Gouvernement espagnol doit réitérer tout ce qu'il a dit dans le *Contre-mémoire* (IV, pars. 272 et ss., pp. 420 et ss.) et que la *Réplique* n'a pu nier (par. 205, p. 122), bien que, comme en d'autres occasions, elle veuille présenter son admission des faits comme un aveu du Gouvernement espagnol et essaie, subrepticement, d'en dénaturer les conséquences par des arguments qui ne résistent pas à la moindre analyse.

Dans la faillite de la *Barcelona Traction* s'affrontaient deux puissants groupes financiers: la faillie avec ses promoteurs et ses protecteurs de toute sorte, et un groupe majoritaire d'obligataires, dirigés par un ressortissant espagnol, mais qui comprenait des personnes de nationalités diverses. Le Gouvernement espagnol et les tribunaux ont adopté la seule ligne de conduite qu'ils pussent suivre, en restant en marge et au-dessus du conflit, sans se prononcer en faveur de l'un ou de l'autre et exigeant seulement le respect des lois.

Mais, quand les syndics ont rédigé le cahier des charges, ils n'ont pu se soustraire à la réalité, à savoir qu'en fait, l'acquisition du patrimoine de la faillie était à la portée de l'un ou l'autre de ces deux groupes plutôt qu'à celle de tiers étrangers au conflit. Le groupe promoteur et protecteur de la *Barcelona Traction* paraissait, logiquement, devoir avoir intérêt à conserver le patrimoine, en payant ce que la faillie devait, si, comme elle l'affirmait constamment, son actif avait une valeur très supérieure à son passif. Le groupe des obligataires majoritaires se trouvait dans des conditions bien meilleures que celles d'un tiers quelconque étranger à l'affaire pour acquérir le patrimoine de la faillie, précisément parce qu'il avait préalablement acquis les obligations qu'elle avait émises <sup>2</sup>.

Les syndics avaient l'obligation de ne pas barrer la route aux tiers qui voudraient se présenter comme enchérisseurs, bien que l'existence de ces tiers pût leur paraître improbable. Mais ils remplissaient leur devoir vis-à-vis de la masse en rendant possible l'intervention des deux groupes en présence sur un pied d'égalité. Le Gouvernement

<sup>1</sup> *Vide*, p. 5 de la présente Duplique.

<sup>2</sup> C'est ce qu'a exposé le Gouvernement espagnol dans le *Contre-mémoire*, et la *Réplique* oublie totalement l'argument. Si la partie adverse doutait qu'il en soit ainsi, on pourrait lui rappeler que M. Donald Duncan, administrateur de la *Barcelona Traction*, dans un affidavit du 29 septembre 1949, présenté au juge canadien, affirmait que Juan March, s'il achetait les obligations qui se trouvaient entre les mains de la Westminster Bank — et que M. Heineman n'avait pas voulu acheter —, non seulement aurait la majorité des obligations *Prior Lien*, mais serait en outre « porteur majoritaire des obligations *First Mortgage* et se trouverait ainsi dans une situation plus avantageuse pour l'achat des biens de la défenderesse et de ses filiales sis en Espagne ». La faillie reconnaissait donc dès 1949 que la fin logique de la faillite était la vente du patrimoine et que Juan March se trouvait en situation avantageuse pour acheter. Et le Gouvernement belge ne peut faire grief aux syndics d'avoir eu la même pensée en 1951.

espagnol estime que la teneur de quelques-unes des conditions qui ont régi la vente aux enchères met en évidence que les syndics ont tenu compte de cette réalité; mais, en tout cas, ils ont envisagé et cherché à faciliter l'intervention des deux groupes en présence et non d'un seul d'entre eux <sup>1</sup>.

Il est donc absurde de supposer que les syndics se préoccupaient d'éviter la participation de tiers à la vente aux enchères publiques. Leur préoccupation, si préoccupation il y avait, se serait portée sur le groupe des actionnaires de la *Barcelona Traction*; or le contenu même du cahier des charges démontre que, loin de craindre cette intervention, ils se sont employés à la favoriser.

616. Devant les accusations gratuites lancées contre les tribunaux espagnols, que l'on suppose de connivence avec les syndics pour éviter la présence de tiers, on est en droit de demander qui avait véritablement intérêt à éviter cette présence. Pour répondre à cette question, il n'a besoin ni de recourir à des suppositions ni de dénaturer les faits, car ceux-ci parlent d'eux-mêmes.

Si la faillie avait eu lieu de craindre un préjudice au motif que les tiers n'auraient pas été traités équitablement dans la vente aux enchères et n'auraient pas été placés sur un pied d'égalité avec le groupe des créanciers, il semble que son attitude aurait été, logiquement, de combattre ces mesures discriminatoires et de faire en sorte que les tiers dont l'absence est sujet de grief puissent participer à la vente.

Mais la faillie n'a pas agi ainsi; non seulement elle n'a pas introduit de recours contre ces mesures maintenant prétendues discriminatoires, mais elle a cherché à éloigner de la vente aux enchères les tiers qui, théoriquement, auraient pu s'y intéresser.

Il y a lieu de supposer que le Gouvernement belge n'a pas été informé que la faillie, avant la vente aux enchères, a fait paraître dans la presse une annonce, mettant en garde tout tiers qui oserait intervenir dans la vente contre les dangers de tout genre auxquels il s'exposerait et l'avertissant de la lutte que la *Barcelona Traction* mènerait contre l'éventuel acquéreur. Le texte de cette annonce figure en l'A.D. 164 <sup>2</sup>.

Le Gouvernement belge dira peut-être que l'annonce visait à éviter que l'acquéreur éventuel se défende plus tard en déclarant qu'il avait acheté de bonne foi; mais cette explication est inadmissible. La bonne ou la mauvaise foi de l'acheteur aurait été, le cas échéant, jugée par les tribunaux au vu des titres et des documents qui, dans la faillite, avaient été mis à la disposition des enchérisseurs éventuels et qu'une annonce parue dans un journal ne pouvait en aucun cas acquérir une valeur juridique.

Il n'y a donc qu'une seule explication logique: si quelqu'un redoutait l'intervention de tiers, c'était la *Barcelona Traction* et ses hommes. S'il n'y avait pas d'enchérisseurs le jour de la vente aux enchères et que les créanciers se trouvent dans l'obligation de

<sup>1</sup> Il est absurde de prétendre, comme le fait la *Réplique* (V, p. 122) que le *Contre-mémoire*, en constatant ces faits, a reconnu qu'un groupe privé avait dépossédé l'autre de ses biens avec le concours des autorités espagnoles.

<sup>2</sup> Des annonces analogues ont été publiées par *National Trust* dans la presse internationale. La faillie s'est adressée, en outre, au Conseil supérieur de banques pour essayer d'écarter les banques espagnoles de la vente aux enchères, pensant, sans doute, qu'il s'agissait là des seules entités desquelles on pût attendre une intervention hypothétique.

s'adjuger le patrimoine, la *Barcelona Traction* pourrait continuer à se présenter comme la victime innocente de machinations étrangères; ses protecteurs pouvaient continuer à invoquer l'existence d'un déni de justice, du fait que la vente aux enchères n'avait pas eu pour objet le paiement de créanciers, mais le transfert du patrimoine aux mains du groupe rival des obligataires. En revanche, si un tiers s'était présenté et, après des enchères successives, avait acquis le patrimoine, la faillie d'abord et le Gouvernement belge aujourd'hui n'auraient plus le moindre argument sur lequel s'appuyer pour continuer à présenter la *Barcelona Traction* comme une victime.

Si une des parties à la faillite a, dès le début, utilisé la pression diplomatique comme argument, si une d'elles a voulu, dès le premier moment, préparer une action internationale, c'est sans nul doute la *Barcelona Traction*. Le Gouvernement belge lui-même ne peut affirmer le contraire. L'éloignement des tiers hypothétiques que l'on reproche aujourd'hui aux syndicats et aux tribunaux espagnols a été, *en fait*, assuré par la faillie, dont la situation aurait été très compromise si des tiers s'étaient présentés comme enchérisseurs dans la vente, et nous nous référons à sa situation dans l'unique litige qui paraît lui avoir importé avant et depuis cette vente: le litige international.

617. Le *Contre-mémoire* a exposé (IV, par. 272 et 273, pp. 420 ss.) que, si les syndicats avaient tenu compte du groupe des obligataires au moment de rédiger le cahier des charges, il était évident qu'ils avaient également pensé au groupe de la *Barcelona Traction*. On voit ainsi apparaître de nouvelles opportunités concédées au groupe pour que, avant et après l'adjudication, il puisse acquérir le patrimoine de la faillie *dans les mêmes conditions* qu'il a été attribué à la *Fecsa*<sup>1</sup>.

Le Gouvernement belge n'a pu donner de réponse valable à cet argument. L'option prévue dans le cahier des charges en faveur de la faillie et l'offre de la *Fecsa* à *Sidro* réduisent à néant toutes les affirmations du Gouvernement belge.

La *Réplique* (par. 207, pp. 123 ss.) se consacre à déprécier l'option contenue dans le cahier des charges. Le *Contre-mémoire* ayant réfuté les affirmations contenues dans le *Mémoire*, la *Réplique* en maintient une dans une note en bas de page<sup>2</sup> et oublie les autres<sup>3</sup> pour les remplacer par d'autres d'un cru nouveau.

<sup>1</sup> Le Gouvernement espagnol disait (C.M., p. 421):

« Si les prétendus actionnaires belges de la *Barcelona Traction* et spécialement *Sidro* croyaient que le prix de vente était dérisoire, ils disposaient du moyen juridique d'éviter le préjudice que la vente pourrait leur causer; si l'achat était une bonne affaire, ils pouvaient faire la bonne affaire et nul n'eût été lésé. Ils pouvaient s'abstenir de participer à la vente aux enchères ».

<sup>2</sup> Le *Mémoire* prétendait que la *Barcelona Traction* n'aurait pas pu faire usage de l'option sans accepter la légalité de la procédure suivie dans la faillite espagnole; devant la réfutation présentée dans le *Contre-mémoire*, la *Réplique* (p. 123, note 2) invoque « le vieil adage *Protestatio actui contraria non valet* » et affirme qu'il a été oublié par le Gouvernement espagnol. La *Barcelona Traction* aurait bien dû se souvenir de cet adage quand elle a eu recours à des pressions diplomatiques, au lieu de faire opposition au jugement déclaratif de faillite; quand elle a affirmé par les moyens les plus divers que les tribunaux espagnols étaient incompétents, au lieu de dénoncer le vice supposé en utilisant le déclinatoire de compétence qui était le seul procédé légal; quand elle a protesté contre la prétendue fraude de procédure commise par le groupe adverse, au lieu d'utiliser le recours en révision; quand elle s'est abstenue de recourir contre toutes les décisions des tribunaux espagnols qui ont statué sur le déclinatoire Boter, auquel elle avait tardivement adhéré et sur les autres recours pendants; quand, après avoir d'abord reconnu que les biens mis en vente étaient des effets de commerce, elle l'a ensuite nié; quand elle a cessé de faire opposition au cahier des charges, bien que celui-ci renfermât, à son avis, des irrégularités de toute nature, etc. Et le Gouvernement belge devrait s'en souvenir quand il affirme que la faillie pouvait aller contre ses propres actes ... parce que la règle *Nemo auditur* et la théorie du *stoppel* sont sans application ou n'ont pas été recueillies par les droits d'origine romaine (R., par. 534, pp. 389 ss.).

<sup>3</sup> Le Gouvernement belge a déjà *oublié* que, dans le *Mémoire* (par. 223), il affirmait que l'usage de



L'excuse selon laquelle, en faisant usage de l'option, la faillie reconnaîtrait la légalité de la faillite, ne peut convaincre personne; la faillie ne pouvait proposer un concordat à ses créanciers ni faire usage de l'option, parce que cela aurait signifié admettre des vérités aussi évidentes que la compétence des tribunaux espagnols selon leur propre droit et le fait que la *Barcelona Traction* n'avait pas payé ses créanciers depuis 1936.

Les « raisons » avancées pour la première fois dans la *Réplique*, déforment manifestement l'argument espagnol. On dit que la *Barcelona Traction* n'avait pas le temps, dans un délai de neuf jours, de chercher un *tiers* pour se subroger au lieu et place de l'adjudicataire; et que, d'autre part, présenter un *tiers* exposait au risque de lui donner l'occasion de bénéficier d'une opération illégale au préjudice de tous les actionnaires.

Ce n'était certes pas l'argument invoqué dans le *Contre-mémoire*, et l'option n'avait pas été concédée à la *Barcelona Traction* en pensant à un *tiers*, au sens où la *Réplique* emploie le terme. La *Barcelona Traction* ne pouvait juridiquement acquérir en Espagne son patrimoine, parce que nul ne peut acheter ses propres biens, et les syndics vendaient au nom de la faillie; mais elle *aurait pu* susciter la candidature d'un *alter ego* et son passé permet de penser qu'un tel procédé lui était tout à fait familier. Les syndics d'abord et l'adjudicataire ensuite se référaient certainement à *Sidro*, qui affirmait être l'actionnaire majoritaire de la *Barcelona Traction* et qui ne se gênait pas pour publier que c'était elle qui dirigeait la lutte contre les obligataires.

Si *Sidro*, qui est celle qui se présente actuellement comme la principale lésée, voulait éviter la vente à bas prix, elle pouvait se faire présenter par la *Barcelona Traction*; il lui suffisait d'en prendre la décision et neuf jours étaient largement suffisants à cet égard.

Il n'y aurait pas eu non plus alors de préjudice pour les actionnaires, puisque *Sidro* disait être — et le Gouvernement belge le prétend aussi — actionnaire majoritaire. Si *Sidro*, comme chef d'un groupe, estimait qu'elle avait fait une affaire aux dépens des actionnaires minoritaires, il lui incombait alors de les indemniser, tout comme Juan March, quand il essayait sans succès de négocier pour obtenir le paiement de ce qu'on lui devait, déclarait ouvertement au *Receiver* canadien qu'il n'accepterait aucun concordat qui ne comprendrait pas les obligataires minoritaires (*supra*, pars. 541).

Il n'est donc pas vrai, comme la *Réplique* l'affirme en fin de compte (V, p. 124), que le Gouvernement espagnol ait désigné un seul tiers, l'ensemble des actionnaires. Et la contre-objection de la *Réplique* est simplement ridicule. « Comment — se demande-t-elle — en neuf jours, les réunir et obtenir d'eux qu'ils prennent une décision qui, à tous égards, méritait réflexions et études? ».

---

l'option aurait exigé « de nouveaux versements » de livres sterling, dont l'Etat espagnol n'aurait pas autorisé la récupération. Le *Contre-mémoire* ayant anéanti ces objections, le Gouvernement belge préfère garder le silence.

La réponse est évidente et se formule par une autre question: Quand Sidro a-t-elle consulté les actionnaires minoritaires de *Barcelona Traction* sur le moyen de défendre les intérêts de la société? Dans le débat oral, on a dit que le cerveau et l'argent qui dirigeaient la lutte de la *Barcelona Traction* dans la faillite se trouveraient à Bruxelles, sous la « cocarde belge », quand il a fallu que quelqu'un prête de l'argent au Receiver canadien pour lutter contre les créanciers en faveur desquels le *trust deed* était censé avoir été constitué, seule *Amitas*, société contrôlée par *Sofina*, a prêté les sommes nécessaires. Mais quand il s'agissait de payer ce qui était dû, alors Sidro s'efface, on ne parle plus des actionnaires que comme d'un ensemble amorphe et il ne se trouve personne pour décider en neuf jours si l'on fera ou non usage de l'option <sup>1</sup>.

Mais il est faux, en outre, que les actionnaires n'aient eu que neuf jours pour se réunir. Le cahier des charges a été approuvé le 22 novembre 1951 et notifié le même jour à la faillie qui a fait opposition le 24. La vente aux enchères a eu lieu le 4 janvier 1952, et c'est de cette date que partaient les neuf jours durant lesquels il était possible d'exercer l'option. Du 22 novembre 1951 au 13 janvier 1952, il s'est écoulé près de deux mois, temps suffisant pour permettre au conseil d'administration de la *Barcelona Traction* de convoquer les actionnaires, s'il le jugeait nécessaire. Le Gouvernement belge ne prétendra pas que, si les dirigeants de la *Barcelona Traction* étaient convaincus — comme on le soutient maintenant devant la Cour internationale — que seul Juan March se présenterait comme enchérisseur à la vente aux enchères et achèterait les biens pour le prix minimum, il fallait attendre que le fait soit consommé et qu'aient commencé à courir les neuf jours du délai, pour convoquer les actionnaires à une assemblée générale.

618. La *Réplique* (par. 208, p. 124) s'efforce d'expliquer pourquoi Sidro n'a pas accepté l'offre que la *Fecsa* lui a faite le 4 janvier 1952 <sup>2</sup>. De toute l'argumentation développée sur ce point, il faut retenir seulement que la *Barcelona Traction* et Sidro ont estimé que l'option attribuée à *Barcelona Traction* dans le cahier des charges et l'offre faite directement par la *Fecsa* à Sidro étaient « une plaisanterie de mauvais goût ». Toutes les fois que les obligataires et les tribunaux ont exposé la faillie au danger d'avoir à payer ce qu'elle devait, leurs actes ont été considérées comme « une mauvaise plaisanterie », et cela, depuis la déclaration de faillite jusqu'aux options offertes. Il n'est pas douteux que, pour un débiteur insolvable, lui rappeler le paiement de ce qu'il doit constitue la pire des « plaisanteries » qu'il puisse imaginer.

On dirait que la partie adverse n'a pas lu le télégramme envoyé par l'administrateur secrétaire de la *Fecsa* au Président de Sidro, et la réponse de Sidro à la *Fecsa*.

<sup>1</sup> Il est à supposer que, quand la Westminster Bank a offert à Heineman d'acheter les obligations *First Mortgage* qu'elle avait en garantie, celui-ci a refusé aussi faute de temps pour réunir les actionnaires de la *Barcelona Traction*, bien que des mois se soient écoulés et que de multiples négociations aient eu lieu.

<sup>2</sup> La *Réplique* rappelle à deux reprises que Juan March s'est empressé de publier dans la presse mondiale l'offre faite à Sidro. Ce faisant, personne ne peut nier qu'il était parfaitement en droit d'agir ainsi et qu'il était très logique qu'il réponde de cette façon aux annonces publiées par *National Trust* dans la presse internationale, et par *Barcelona Traction* dans la presse espagnole, dénonçant la prétendue illégalité de la vente aux enchères. Il paraît étrange que le Gouvernement belge en soit surpris, quand la *Barcelona Traction*, sa protégée, a fait elle-même paraître dans les journaux une multitude d'annonces et de déclarations, non pour démontrer le bien-fondé de son attitude, mais pour insulter des personnes et des Gouvernements qui ne s'étaient pas prêtés à ses manigances.

La *Réplique* affirme d'abord que l'offre ne liait pas la *Fecsa*, car le télégramme était rédigé en termes ambigus et laissait à *Sidro* l'initiative de faire une proposition. Le Gouvernement espagnol peut se demander ce que prétend le Gouvernement belge avec de telles affirmations, dont l'unique fondement repose sur une version mutilée du télégramme qui ne correspond pas au texte cité par le Gouvernement belge lui-même à l'annexe 214 de son *Mémoire* (vol. IV, p. 822)?

Le télégramme disait sans ambages :

« *Fuerzas Eléctricas de Cataluña* offre aux actionnaires de cette société *Barcelona Traction* une nouvelle possibilité, en plus de celle mentionnée dans le pli des conditions en sa faveur, d'acquérir ces biens pour la valeur des obligations de ladite société *Barcelona Traction* et de ses intérêts (lesquels n'ont pas été payés depuis seize ans) et dont le paiement est garanti par les propres biens mis aux enchères. Stop. A cet effet *Fuerzas Eléctricas* offre aux actionnaires de *Barcelona Traction* la possibilité d'acquérir ces biens sans qu'ils aient à payer aucun prix à *Fuerzas Eléctricas de Cataluña* pour la cession qu'elle est disposée à leur faire ».

Quand donc la *Fecsa* se disait disposée à prendre en considération une proposition de *Sidro*, elle n'attendait pas que cette société prenne l'initiative, puisque c'était elle, la *Fecsa*, qui l'avait prise. En droit espagnol, quand une partie fait une offre en ces termes et que l'autre l'accepte, les deux sont liées par la déclaration réciproque de volonté.

Le fait que le paiement par *Sidro* devait avoir lieu dans un délai inférieur au délai fixé dans le cahier des charges ne faisait pas obstacle à la validité de l'offre, qui sauvegardait expressément — il ne pouvait pas en être autrement — l'option que la *Barcelona Traction* pouvait utiliser conformément au cahier des charges. Si *Fecsa* n'était pas obligée de faire une offre, personne ne peut lui reprocher d'avoir posé des conditions de temps ou autres. Celles-ci étaient, en outre, logiques, puisque *Fecsa* avait pris un engagement qu'elle devait tenir dans un délai qui ne pouvait pas être prorogé.

Le fait que l'option demeurait valable et pouvait être utilisée dans des conditions plus favorables, n'est pas incompatible avec l'offre de la *Fecsa* à *Sidro*. La différence entre les deux options consistait en ce que la *Barcelona Traction* devait présenter le tiers dans un délai de neuf jours, tandis que l'offre faite à *Sidro* n'avait pas de limite dans le temps et, par conséquent, liait la *Fecsa* tant qu'elle ne serait pas retirée. S'il était vrai que *Sidro* n'avait pas le temps de prendre une décision en neuf jours, il lui restait la possibilité d'accepter la nouvelle offre.

D'autre part, si *Sidro* croyait sincèrement que l'offre était une hypocrisie, elle avait le moyen plus radical de le prouver; il lui suffisait de faire savoir qu'elle acceptait l'offre et, si la *Fecsa* l'avait alors retirée ou avait exagéré ou augmenté ses conditions, il aurait été évident qu'il s'agissait d'un simple geste de propagande, comme la partie adverse le soutient aujourd'hui. Mais, en bonne logique, *Sidro* s'est bien gardée d'accepter l'offre.

Finalement, on affirme que Juan March a envoyé le télégramme à *Sidro* parce qu'il avait conscience de la spoliation dont les actionnaires allaient être les victimes et l'on prétend que le geste de la *Fecsa* n'est, en définitive, qu'un *aveu*.

Le Gouvernement belge oublie sans doute que *Sidro*, la veille de la vente aux enchères, s'est adressée à la *Fecsa* et, par notaire, a requis l'administrateur secrétaire de cette

société de s'abstenir de s'y présenter<sup>1</sup>. Le télégramme n'était donc pas une initiative de la *Fecsa*, mais la réponse à une initiative de *Sidro*<sup>2</sup>.

Comme toujours, le Gouvernement belge doit recourir dans son argumentation à une évidente pétition de principe. A supposer que Juan March voulût s'emparer du patrimoine de la *Barcelona Traction* et eût travaillé des années pour atteindre cet objectif, son offre était anormale et rien ne justifiait qu'il abandonne les avantages acquis. Mais le Gouvernement belge oublie que le but d'appropriation du patrimoine est catégoriquement démenti par les faits et que l'offre prouve précisément, d'une manière définitive, que ce que voulaient les obligataires, c'était purement et simplement d'être payés.

619. *Sidro* a répondu à la *Fecsa* par la lettre qui figure à l'Annexe 215 du *Mémoire* et 160 du *Contre-mémoire* (vol. IV, pp. 823 ss., et vol. VIII, pp. 371 ss., respectivement); cette lettre ne contient pas la moindre référence à l'argument, invoqué pour la première fois dans la *Réplique*, que l'offre de la *Fecsa* ne la liait pas. Il suffit de lire le texte joint par le Gouvernement belge pour voir que *Sidro* a rejeté l'offre sans demander d'éclaircissements ni formuler le moindre doute sur le point de savoir si celui qui faisait l'offre était lié ou non.

Le Gouvernement belge dit ensuite que, dans cette lettre, *Sidro* indiquait à la *Fecsa* les raisons pour lesquelles elle ne pouvait accepter l'offre qu'on lui faisait, et il ajoute:

« Le *Contre-mémoire* a été incapable d'y opposer quelque argument valable. Le Gouvernement belge n'y reviendra donc pas ».

Voyons quelles sont les raisons alléguées par *Sidro*; l'offre a été rejetée parce que *Sidro* prétendait que ce que la *Fecsa* avait acheté n'était que des morceaux de papier, car les tribunaux espagnols étaient incompetents, que la faillite était illégale, provoquée par un refus de devises, etc., etc. En résumé, une petite synthèse de la position adoptée par le Gouvernement belge dans le litige international. Peut-on dire alors, sérieusement, que le *Contre-mémoire* n'a opposé aux arguments de *Sidro* aucun argument valable?

Le Gouvernement belge prétend aujourd'hui que la *Fecsa* a fait une excellente affaire en achetant le patrimoine de la faillie; mais, selon *Sidro*, il résulte que la *Fecsa* n'a acquis aucun bien. C'est peut-être pour cela que le Gouvernement belge s'abstient de traiter les arguments de *Sidro*.

L'unique argumnet de *Sidro* qui ne se réfère pas aux problèmes de la faillite même était celui suivant lequel elle ne pouvait investir des sommes en livres sterling, dont l'Etat espagnol n'aurait pas permis la récupération. C'est-à-dire les mêmes objections faites par le Gouvernement belge dans le *Mémoire* et dont la réfutation, présentée expressément dans le *Contre-mémoire* (IV, p. 421), n'a pu être anéantie par la *Réplique* qui garde le silence sur ce point.

Que reste-t-il donc de la lettre de *Sidro* et des vaines affirmations du Gouvernement belge? Il ne reste qu'une reconnaissance pleine et entière du fait que *Sidro* a préféré,

<sup>1</sup> Les mêmes réquisitions ont été faites par la *Barcelona Traction*. Elles se sont même étendues à la Banque Centrale, comme actionnaire de la *Fecsa*. A ce sujet, voir A.D., 165.

<sup>2</sup> L'affirmation est en outre contredite par le texte même du télégramme; il disait que l'offre se faisait « si *Sidro* croit, ainsi qu'il en est fait mention dans la campagne publicitaire, que les biens mis aux enchères représentent une valeur très supérieure aux obligations émises et dues par la *Barcelona Traction* ».

une fois de plus, alléguer toutes sortes d'excuses et ne pas accepter une offre qui supposait paiement aux créanciers de la *Barcelona Traction* de ce qu'on leur devait; et l'aveu que la bonne affaire que l'on disait avoir été faite par Juan March, en achetant le patrimoine de la faillie, n'était pas ce que l'on disait et que le prix n'était pas dérisoire. La lettre de *Sidro* n'est, en définitive, qu'un aveu.

*C. Les griefs contre le cahier des charges n'ont pas été formulés par la faillie devant les tribunaux espagnols*

620. Le *Contre-mémoire* (IV, par. 274, p. 422) a exposé que, si le cahier des charges contenait d'aussi graves violations du droit espagnol que le Gouvernement belge affirme aujourd'hui, il était incompréhensible que la *Barcelona Traction* n'eût pas dénoncé de telles illégalités devant le juge spécial <sup>1</sup>.

Le Gouvernement belge, dans sa *Réplique*, cherche à minimiser ce fait si important (*Réplique*, V, pp. 567, note 3, et 607) au moyen de deux arguments:

a) La *Barcelona Traction* a introduit contre l'ordonnance du 22 novembre 1951, qui approuvait le cahier des charges, un recours en rétractation (*reposición*) qui a été rejeté par le juge par jugement du 3 décembre; contre ce jugement, elle a intenté un appel qui a été déclaré irrecevable, puis d'autres recours pour protester contre cette irrecevabilité.

b) Il reconnaît qu'effectivement la *Barcelona Traction*, dans son recours en rétractation, n'a formulé aucun grief contre le cahier des charges, mais il affirme que cela, tout naturellement, s'explique par le peu de temps dont disposait l'avocat de la société <sup>2</sup>.

Le reproche formulé dans le *Contre-mémoire*, loin d'être à la fois « injuste et singulièrement malvenu », est précisément très juste et fort opportunément formulé.

621. Les deux arguments sont sans valeur. Dans l'ordre juridique espagnol, pour ne pas prolonger indéfiniment la procédure, on ne peut opposer contre les ordonnances de simple formalité d'autre recours que celui de rétractation (*reposición*), « sans préjudice duquel l'ordonnance produira ses effets » (article 376 du Code de procédure civile). Au contraire, contre les autres ordonnances et certaines décisions interlocutoires qui revêtent la forme d'*auto*, il y a non seulement le recours en rétractation, mais aussi l'appel. Dans le premier cas, le recours en rétractation a un délai de *trois jours* et, dans le second, un délai de *cinq jours*.

<sup>1</sup> Il ajoutait qu'il n'était pas explicable non plus que, dans les conversations entre M. Frère et M. Juan March, *Sidro* ait exigé la liquidation de certaines obligations qu'elle possédait précisément en vertu du cahier des charges et que *National Trust* ait présenté ses obligations à la *Fecsa* pour le paiement de celles-ci, conformément au cahier des charges. Non seulement le Gouvernement belge n'a rien dit à ce sujet, mais il a soutenu que *National Trust* avait conseillé aux obligataires de présenter également leurs obligations au paiement.

<sup>2</sup> A la page 567, note 3 de la *Réplique*, on trouve le paragraphe suivant, véritablement ineffable: « Il est vrai que dans le recours, présenté dans les 48 heures, l'avocat de la *Barcelona Traction* ne développa que le moyen de procédure qui s'opposait à ce que pareille décision fût rendue, mais, soulignant qu'il n'avait pas le temps de faire plus, il marqua en termes formels l'opposition de la *Barcelona Traction* à l'ensemble des conditions du cahier des charges 'en se réservant expressément le droit de contester tous ces points dans la procédure ultérieure pertinente.' »

L'ordonnance du 22 novembre, convoquant la vente aux enchères et disposant qu'elle serait régie par le cahier des charges, était de pure formalité, comme il ressort de la simple lecture. Le Gouvernement belge le met en doute, sans se rendre compte que la conduite de la faillite démontre le bien-fondé de la thèse des tribunaux espagnols. Bien que le recours formé par la *Barcelona Traction* invoque l'article 377, il a été présenté dans le délai de trois jours que concède l'article 376; et on est en droit de se demander pourquoi la faillite n'a pas épuisé le délai de cinq jours si elle croyait de bonne foi qu'il s'agissait d'une ordonnance qui n'était pas de simple formalité?

Dans ces circonstances, il est évident que *tous* les arguments que la *Barcelona Traction* aurait voulu invoquer contre le cahier des charges devaient être allégués dans le recours en rétractation, parce qu'il n'existait pas d'autre occasion de le faire, et que les avocats de la *Barcelona Traction* ne pouvaient l'ignorer.

Pourquoi ces avocats n'ont-ils pas allégué les prétendus vices du cahier des charges, comme l'aurait fait tout plaideur normal? Pourquoi se sont-ils réservé le droit de le faire plus tard, quand ce n'était plus possible? Aujourd'hui, on est en mesure de répondre à ces questions, grâce à la documentation de la *Receivership*, sans que puissent servir d'excuse les recours inadmissibles introduits par la faillite<sup>1</sup>, ni le procès d'intention intenté aux tribunaux espagnols<sup>2</sup>, ni l'explication puérile du manque de temps<sup>3</sup>.

622. Dans la *Receivership* canadienne se trouve un rapport de M<sup>e</sup> Roberto Sánchez Jiménez, conseiller juridique du *Receiver* et partant conseil de la *Barcelona Traction* dans la faillite espagnole, daté du 29 novembre 1951 (soit cinq jours après l'introduction du recours en rétractation).

M<sup>e</sup> Sánchez expose que les recours formés par lui dans la faillite à partir de l'ordonnance du 27 août avaient pour objet de gagner du temps, suivant les instructions de ses clients; qu'il espérait, par leur moyen, gagner au moins un mois et que le résultat a été plus favorable qu'il ne l'aurait cru. Cela démontre le peu de confiance que la faillite et son

<sup>1</sup> Du propre aveu du Gouvernement belge, le recours en rétractation de la faillite contre l'ordonnance du 22 novembre ne visait que le contenu, gardant, par contre, le silence sur le cahier des charges. Les autres recours, en revanche, n'avaient déjà plus pour objet de discuter le bien-fondé de l'ordonnance et, bien moins encore, celui du cahier des charges, mais la recevabilité ou l'irrecevabilité de l'appel.

<sup>2</sup> C'est ce qu'avance la *Réplique*, en disant que le fait que la *Barcelona Traction* n'a pas exposé ses griefs contre le cahier des charges n'a aucune importance, puisque les tribunaux étaient disposés à n'admettre aucun recours contre l'ordonnance du 22 novembre. Mais le fait est que le seul recours recevable et qui, pour cela, a été admis, gardait le silence sur la question; et la faillite ne pouvait savoir à ce moment-là (si, de bonne foi, elle croyait que l'ordonnance n'était pas de pure formalité) que ses recours ultérieurs seraient déclarés irrecevables.

<sup>3</sup> Le Gouvernement espagnol veut rappeler seulement quelques indications intéressantes pour juger de la futilité de l'excuse. Contre l'ordonnance du 27 août 1951, la faillite a introduit un recours en rétractation le 1<sup>er</sup> septembre, posant, dans ces quelques jours, un si grand nombre de problèmes juridiques que la traduction de l'acte n'occupe pas moins de 23 pages dans les *Annexes du Mémoire* (A.M., N<sup>o</sup> 180, pp. 685 à 707); par contre, l'acte par lequel elle a introduit le recours en rétractation contre l'ordonnance du 22 novembre occupe exactement une page et demie dans les *Annexes du Contre-mémoire* (A.C.M., N<sup>o</sup> 161, doc. 5, vol. VIII, pp. 404-405), l'avocat se bornant à indiquer son désaccord avec le cahier des charges dans un paragraphe de neuf lignes, et cela malgré le ton dramatique sur lequel la *Réplique* décrit les conditions du cahier des charges. D'autre part, si le recours a été présenté dans les 48 heures, c'est que l'avocat l'a voulu ainsi, puisqu'il lui restait deux jours qu'il n'a pas utilisés; en effet, l'ordonnance ayant été notifiée le 22 novembre, les trois jours commençaient à courir le 23, mais le 25, étant férié, n'entrait pas dans le calcul de sorte que la *Barcelona Traction* pouvait présenter son recours jusqu'au 26 à minuit.

avocat avaient dans le fondement légal de leurs recours et que ceux-ci étaient formés exclusivement à des fins dilatoires.

Après un exposé détaillé des vicissitudes de la faillite à partir du 27 août, M<sup>e</sup> Sánchez arrive à l'ordonnance du 22 novembre et explique que :

*« elle a fait l'objet d'opposition de notre part au seul effet d'éviter que la décision ne devienne irrévocable et fermée à toute discussion. Mais ce nouveau recours se limite à des questions de procédure, en défendant très brièvement devant le juge la thèse que la vente aux enchères ne peut être ordonnée pour le moment parce qu'elle signifie l'exécution d'ordres antérieurs du juge attaqués par nous dans des recours sur lesquels il n'a pas encore été statué définitivement. Cependant, dans notre acte, nous faisons les réserves nécessaires afin de laisser ouverte la possibilité d'attaquer tous les aspects de la question, si cela se révélait recommandable à l'avenir ».*

*« Comme on le voit, il n'y a pas un seul commentaire sur le fond de l'affaire, malgré l'immense importance des questions en jeu, car je me suis borné à laisser ouverte la possibilité de les discuter si on le désire. La raison en est qu'il y aurait eu une grande discrétion en ce moment à exposer la position de la Barcelona Traction par rapport à l'ordre de vente aux enchères et aux conditions de celle-ci, point culminant, sans aucun doute, de toute la procédure de faillite »<sup>1</sup>.*

Il est donc tout à fait clair que la faillie n'a pas discuté la validité du cahier des charges et que ce n'est pas par manque de temps, mais parce qu'elle ne l'a pas voulu. Le Gouvernement espagnol ne parvient pas à comprendre qu'un plaideur puisse considérer l'exposé de ses griefs au juge comme une *grande indiscrétion*; mais ce mystère est sans doute de ceux que la faillie garde jalousement.

L'avocat a prétendu réserver les objections pour une procédure ultérieure; sa faute et celle de la faillie consiste en ce que la procédure ultérieure n'existait que dans leur imagination et que leurs prévisions étaient erronées.

623. M<sup>e</sup> Sánchez, avocat de Madrid, opérait à Barcelone et à Reus par l'intermédiaire M<sup>e</sup> Sepúlveda, avocat de Barcelone, qui était son collaborateur. Ce sont eux qui ont arrêté la conduite à suivre à l'occasion du recours contre l'ordonnance qui approuvait le cahier des charges. Quand cette tactique s'est révélée erronée, la réaction des hommes de la *Barcelona Traction* a été très nette. Si c'était les tribunaux espagnols qui avaient privé indûment la faillie de possibilités d'attaquer le cahier des charges, les hommes de la *Barcelona Traction* se seraient tournés contre eux et non contre leurs avocats. Voyons ce qui s'est passé.

Le 10 décembre 1951, le juge spécial a déclaré irrecevable l'appel introduit par la faillie contre le jugement qui avait débouté le recours en rétractation. Or le 24 janvier 1952, le *Receiver* venait à Bruxelles pour s'entretenir avec *Sidro* de diverses questions; et, dans son mémorandum du 18 avril 1952, il dit que, durant ces conversations: « on a insisté avec énergie pour que j'engage un conseiller juridique, qui ne soit ni M<sup>e</sup> Sánchez Jiménez ni son collègue de Barcelone, M<sup>e</sup> Sepúlveda, pour défendre un recours qui viendra à l'audience du tribunal le 2 février<sup>2</sup> ».

<sup>1</sup> C'est nous qui composons en italiques.

<sup>2</sup> Il s'agissait des débats de l'appel formé par la faillie contre le jugement du 15 septembre 1951, confirmant l'ordonnance qui autorisait la vente. La conduite des avocats n'était donc plus approuvée par *Sidro* en raison de la tactique qu'ils avaient adoptée.

A son retour en Espagne, le *Receiver* a eu une entrevue avec M<sup>e</sup> Sánchez, qui lui a indiqué que tout changement provoquerait sa démission, et le *Receiver* a fini par conclure qu'il ne fallait pas de changement. Mais quand la Cour d'appel (*Audiencia*), le 5 février 1952, a rendu un arrêt rejetant appel, le *Receiver* dit avoir reçu de *Sidro*

« de fortes critiques pour la forme dans laquelle M<sup>e</sup> Sepúlveda avait défendu le recours en représentation de la défenderesse ».

Le 10 février, poursuit le *Receiver*, il est retourné à Bruxelles, où l'on a insisté « de façon impérative » pour remplacer M<sup>e</sup> Sánchez Jiménez « par un éminent conseiller juridique espagnol indépendant », indiquant que *Sidro*

« à raison de l'intérêt substantiel qu'elle avait dans le procès était disposée à courir tous les risques qui pourraient dériver d'un changement d'avocats-conseils dans la phase actuelle du litige ».

L'incident a pris fin lorsque M<sup>e</sup> Sánchez, par lettre du 8 février, a présenté sa démission au *Receiver*, en écrivant

« qu'elle obéissait à certaines activités de *Sidro* en Espagne qui, par leurs ingérences, restreignaient fortement son champ d'action professionnel, en l'empêchant d'agir comme il le désirait »<sup>1</sup>.

Il n'est pas ici question de décider qui avait raison dans ce litige interne entre *Sidro* et les hommes de loi qui dirigeaient la *Barcelona Traction*; il suffit de constater que les critiques de *Sidro* n'étaient pas dirigées contre les tribunaux espagnols, mais contre ses propres avocats et que M<sup>e</sup> Sánchez, par contre, donnait sa démission à cause des ingérences de *Sidro* dans son activité professionnelle.

De toute façon, le fait est que la thèse du Gouvernement belge sur l'absence de recours contre le cahier des charges est absolument contraire à la vérité des faits, décrits par des personnes qui ne sont pas suspectes et confirmés par une déclaration de l'auteur même des actes que l'on veut formellement faire passer pour des recours.

#### § 4: FIXATION DU PRIX MINIMUM QUI SERVIT DE BASE A LA VENTE AUX ENCHÈRES PUBLIQUES

624. Le Gouvernement belge formule trois griefs à propos de la fixation du prix minimum auquel furent vendus à la vente aux enchères publiques les biens de la société en faillite:

a) L'évaluation de l'actif aurait été sans aucun rapport avec la valeur réelle des biens vendus (R., V, par. 184 à 198, pp. 109 à 119 et par. 747, p. 549)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Cet incident, joint au fait qu'une demande de nullité a été présentée sans autorisation du *Receiver*, a déterminé celui-ci à se retirer de la direction théorique du litige, laissant la faillie libre de procéder comme elle l'entendait. Dans la documentation de la *receivership* sont relatées les péripéties qu'il a fallu traverser pour trouver un nouvel avocat qui veuille bien se charger d'assister la faillie.

<sup>2</sup> Les explications données par la *Réplique* à propos du rapport de l'expert M. Soronellas se complètent à l'Annexe 40 de la *Réplique* (vol. I, pp. 164 et ss.).



b) La fixation du passif de la *Barcelona Traction* se fit dans la monnaie convenue, c'est-à-dire, en livres sterling, au lieu de la calculer en pesetas, en vertu de la conversion qui aurait dû être effectuée à la date de la déclaration de faillite (R., V, par. 202, p. 121 et par. 754 et 759, p. 553 à 559).

c) La fixation du prix minimum dans le cahier des charges serait illégale, car on aurait stipulé un prix incertain, dans lequel une partie laissée à l'appréciation souveraine des syndic vendeurs (R., par. 201, p. 119 à 121 et par. 748, p. 550).

Le Gouvernement espagnol repousse de tels griefs. L'évaluation de l'actif de la société en faillite faite par M. Soronellas, dont la *Réplique* n'est pas arrivée à démontrer l'incorrection malgré les efforts déployés, constitue, en outre, une opération propre d'un expert, dont on ne peut faire dériver aucune responsabilité du Gouvernement espagnol sur le plan international (*infra* par. 625). L'incertitude concernant le prix, que l'on veut faire dériver des conditions de la vente aux enchères, n'est qu'un produit de l'imagination des hommes de la faillite, que la *Réplique* s'est approprié avec une notoire légèreté (*infra* par. 651). Et la thèse que les obligations de la *Barcelona Traction* devaient se convertir en pesetas, au cours du jour de la déclaration de faillite, suppose une véritable désinvolture de la part de ceux qui l'ont fournie au Gouvernement belge; devant les Tribunaux canadiens, les Gouvernements de la Grande-Bretagne et du Canada, et aussi devant le public à qui la Société en faillite et ses associés adressaient leur campagne de presse, on a voulu présenter la faillite provoquée par les obligataires, ses promoteurs, comme un moyen de priver les autres obligataires en livres de leur droit à être payés dans cette monnaie. Et quand les obligataires, majoritaires et minoritaires, y compris *National Trust*, ont perçu, dans la faillite espagnole, la totalité de ce qui leur était dû, dans la monnaie stipulée, on invoque aujourd'hui la thèse que pour cela même, l'on a commis ce que l'on qualifie de « déni de justice » à l'égard de la *Barcelona Traction* (*infra* par. 644).

#### A. Evaluation de l'actif de la société faillie

##### 1) Considérations générales.

625. La *Réplique* (par. 184, p. 110) déclare que le *Mémoire* avait adressé de sévères critiques au rapport établi par M. Soronellas, expert, et que le *Contre-mémoire*, faute d'y pouvoir répondre, se serait réfugié dans une manœuvre de diversion.

C'est en vain que l'on a cherché dans le *Mémoire* ces critiques sévères<sup>1</sup> auxquelles n'aurait prétendument pas répondu le *Contre-mémoire*; de sorte qu'il est fort empêché de voir en quoi pourrait bien avoir consisté la prétendue manœuvre de diversion. A l'imputation pure et simple selon laquelle le rapport de M. Soronellas aurait été entaché d'erreur,

<sup>1</sup> Dans le *Mémoire* (I, p. 96) on lit deux affirmations dirigées contre le travail de l'expert; il est tout d'abord dit que M. Soronellas avait additionné « les investissements » et corrigé leurs montants de façon injustifiée et qu'il n'avait pas tenu compte en certains cas des monnaies dans lesquelles lesdits montants étaient libellés; et le Gouvernement belge s'en prenait ensuite au fait que le passif avait été évalué en livres sterling; de cette accusation, le *Contre-mémoire* a fait bonne justice. Quant à la première accusation, c'est à la partie adverse qu'il appartient, en tout état de cause, de faire la preuve des erreurs de l'expert.

*imputation* que n'étaye pas la moindre tentative d'argumentation ou de justification, le Gouvernement espagnol se bornait à opposer (C.M., IV, p. 410) que les accusations lancées contre l'expert ne sauraient servir de base pour exiger de l'Espagne une responsabilité internationale. Si un expert fait des erreurs, ce n'est pas au juge d'assumer la responsabilité de ces erreurs; si les tribunaux recourent aux services d'experts, c'est précisément parce que ces derniers possèdent des connaissances techniques qui ne sont pas du domaine des magistrats, lesquels, comme il est naturel, prennent appui sur les avis des experts, surtout quand il s'agit d'une vente aux enchères.

La *Réplique*, qui ne trouve rien à redire à cet argument, a recours à deux explications différentes pour affirmer que le rapport Soronellas entre *en ligne de compte* pour qui veut apprécier s'il y a eu ou non déni de justice. Elle affirme que les erreurs qu'elle prétend avoir été commises par M. Soronellas revêtent de l'importance pour la raison que les conclusions auxquelles aboutit cet expert furent approuvées par le commissaire et par les syndic (R., p. 110); un peu plus loin, toutefois, l'argument, à la réflexion, lui paraissant faible<sup>1</sup>, elle va plus loin encore, jusqu'à prétendre (R., p. 549) que ce sont les tribunaux qui, en approuvant le prix, ont pris à leur compte les conclusions de l'expert.

Ni l'une ni l'autre explication ne répond à l'argument du *Contre-mémoire*. Si le commissaire, auquel la loi attribue la mission d'opérer la mise à prix des biens, avait demandé un avis d'expert, il n'eût pas été logique qu'ensuite, sans bonne raison, il se départisse de l'opinion de cet expert; sinon, les experts seraient de trop dans toute procédure judiciaire. Et l'on en pourrait dire autant des tribunaux s'ils s'étaient, dans leurs conclusions, départis de la mise à prix opérée par le commissaire.

626. Le *Contre-mémoire* a formulé une deuxième observation: la société faillie n'a ni récusé ni contesté la personne de l'expert, pas plus qu'elle n'a exercé, au civil ou au pénal, les actions qui, en droit espagnol, s'offraient à elle contre les experts judiciaires qui ne s'acquittent pas honnêtement de leurs fonctions (C.M., par. 258, p. 410). Aussi, le Gouvernement demandeur est-il désormais empêché de formuler des accusations touchant la compétence de l'expert ou des insinuations à l'encontre de l'honnêteté et de la loyauté de celui-ci<sup>2</sup>.

En troisième lieu, le *Contre-mémoire* a dit que le rapport de l'expert avait pour objet de fixer un prix minimum, lequel était apte à être augmenté au cours des enchères publiques (C.M., par. 260, p. 412). Il n'y a donc pas de lien direct de cause à effet entre le prix minimum fixé et le résultat des enchères. Si l'opinion du Gouvernement demandeur était fondée, il faudrait dire que sont en contradiction flagrante avec le droit international tous les ordres juridiques qui établissent, en cas de faillite et d'exécution, la vente aux enchères des biens au dernier enchérisseur sans imposer prix minimum ni base aucune.

627. La *Réplique* (par. 185, p. 110) prétend discréditer le rapport Soronellas: « Un arbre, dit-elle, se juge à ses fruits, et une expertise à son résultat »; si le résultat est

<sup>1</sup> Il serait hors de raison de débattre ici le point de savoir si les syndicats ont ou n'ont pas pris ce rapport à leur compte car les syndicats ne sont pas des organes de l'Etat espagnol dont le comportement engagerait la responsabilité de ce dernier. Ce que l'on peut dire, en revanche, c'est que les syndicats n'avaient pas le pouvoir de changer la mise à prix que fixait le commissaire.

<sup>2</sup> Il ne s'agit pas, quoi qu'en dise la *Réplique* (p. 110, N° 2) d'exiger de l'expert la réparation du prétendu préjudice; il s'agit du fait que l'exercice des recours internes disponibles est la condition préalable nécessaire de la formulation d'un grief sur le plan international.

absurde, poursuit-elle, c'est que l'expert a appliqué des méthodes grossières ou qu'il a commis des erreurs.

Elle affirme qu'un patrimoine comme celui de *Barcelona Traction* qui, dans les années 1941 à 1946, produisait annuellement la somme nette de 4,1 millions de dollars<sup>1</sup>, ce qui laissait « après déduction de toutes les charges financières » un bénéfice net annuel de 2,5 millions de dollars par an a été tenu pour inférieur à zéro; ce produit net et ces bénéfices, dit la *Réplique*, auraient donc été produits par un capital inexistant « ou, encore, du néant ».

Cette argumentation de la *Réplique* est entachée de tels vices qu'elle est tout à fait inadmissible. D'abord, il y a lieu de faire observer que la partie adverse ne fournit aucune preuve de l'existence réelle du bénéfice net que *Barcelona Traction*, selon elle, aurait obtenu annuellement, après déduction de toutes les charges financières. Il ne suffit pas de présenter un bilan dressé par la société faillie pour pouvoir affirmer que le fait est prouvé. Si l'on prend en considération les données tirées de la comptabilité des sociétés de *Barcelona Traction* en Espagne, on s'aperçoit que ce prétendu bénéfice net ne peut pas être pris comme tel, ce qui fait que l'argumentation de la *Réplique* s'écroule comme un château de cartes.

Il ne suffit pas de soustraire du produit net annuel le montant des charges financières constituées par les « dépenses générales d'administration » et par le « service des obligations », puisque *Barcelona Traction* opérait avec des capitaux qu'elle ne rémunérait pas, à savoir les sommes affectées en comptabilité au service financier des obligations suspendu depuis 1936. Les intérêts accumulés constituaient un capital que la société faillie utilisait pour financer l'exploitation; si ces intérêts-là avaient été normalement payés, *Barcelona Traction* aurait été obligé de recourir à des emprunts dont la rétribution aurait constitué une charge financière qu'il eût fallu déduire du produit net. On n'a pas le droit de jongler avec les chiffres en laissant de côté les réalités.

D'autre part, on comptabilisait, en manipulant les taux de change des diverses monnaies, dans les livres tenus au Canada, des sommes inférieures à celles qui étaient appliquées à l'amortissement des actifs de l'entreprise en Espagne; et cela suffisait pour gonfler le bénéfice comptable au-delà du bénéfice réel<sup>2</sup>.

La *Réplique*, d'autre part, passe sous silence deux faits qui suffisent à invalider son argumentation. Quelle qu'ait été la réalité du prétendu bénéfice net, il est évident qu'en 1946, *Barcelona Traction* n'était pas grevée de la charge financière qui existait en 1951. La vente par la Westminster Bank de la garantie des obligations en pesetas de troisième rang (*supra*, par. 528), équivalait à l'annulation d'une charge financière dont le montant était de 61.895.500 pesetas et l'assujettissement à une autre charge d'un montant de £2.640.000.

<sup>1</sup> Pour démontrer la réalité de ce produit, le Gouvernement belge renvoie à l'A.R. N° 41, pp. 187/188, où se trouve expliqué le tableau inséré à l'A.M., N° 31, I, p. 188.

<sup>2</sup> La partie adverse (A.R., N° 41, I, p. 187) affirme que le chiffre du prétendu bénéfice net était inférieur à la réalité, car son calcul ne tient pas compte des pertes subies par les filiales du fait de la guerre civile. Indépendamment du fait qu'il ne convient pas de tenir pour un revenu normal les sommes affectées à amortir partiellement lesdites pertes, il convient de signaler qu'en tout état de cause, *Barcelona Traction* a pu obtenir ces bénéfices, quel qu'en ait été le montant, par le moyen des fraudes fiscales. Et les sommes ainsi obtenues par fraude, on voudrait désormais les présenter comme un revenu normal de l'exploitation!

L'évaluation du patrimoine de *Barcelona Traction*, opérée en prenant appui sur le bilan de 1946, visait une entreprise dont les obligations étaient représentées par des dettes à long terme; et non seulement les délais d'amortissement du principal étaient longs, mais encore *Barcelona Traction* n'observait pas ces délais<sup>1</sup>. En 1951, au contraire, étant donné l'état de faillite, les obligations de la société faillie étaient devenues des dettes échues.

La présente *Duplique* présente l'opinion de divers experts concernant l'évaluation opérée par M. Soronellas et la critique qu'a formulée la partie adverse concernant cette évaluation; Peat, Marwick, Mitchell & Co., dans leur rapport du 11 avril 1968 (A.D., N° 3), n'hésitent pas à dire que la *Réplique* sur ce point *argumente de façon fallacieuse* (falacy in the reasoning) (N°s 59 et 60).

628. L'expert Soronellas n'a pas dit dans son rapport que le patrimoine de *Barcelona Traction* fût égal à zéro ni que le revenu normal de la société faillie fût le produit d'un capital inexistant. Dans ses conclusions (A.C.-M., n° 161, doc. 1, VIII, pp. 394/395), on lit des choses fort différentes.

Après avoir dit que « la valeur des effets de commerce qui sont la propriété de *Barcelona Traction* ... s'avère insuffisante pour couvrir le montant total des charges constituées par ces obligations » (conclusion 1), l'expert précise que « n'importe quel prix qui pourrait être indiqué en vue de la vente judiciaire de ces biens, à condition de les maintenir grevés par les charges découlant des obligations qu'ils garantissent, n'aurait nécessairement qu'une simple valeur potentielle de pure perspective (*simple expectativa*), sans représenter quelque chose de réel à l'heure actuelle » (conclusion 2).

L'expert informa donc le commissaire de la valeur potentielle qui pouvait exister, les biens demeurant grevés des obligations échues. Le commissaire, de son côté, lorsqu'il fixa le prix minimum, a tenu sans aucun doute compte de cette valeur potentielle; et « compte tenu de ce que peut impliquer une meilleure exploitation et administration des biens, et de ce qu'il s'agit d'indiquer le prix-type d'une vente aux enchères » (A.C.-M., n° 161, doc. 2, VIII, p. 400), il fixa le prix minimum de la vente aux enchères à dix millions de pesetas, l'adjudicataire éventuel devant en outre être tenu de liquider et d'acquitter lesdites obligations échues, qui, à elles seules, atteignaient un montant supérieur à la valeur de l'actif.

Somme toute, l'examen objectif de la situation fait apparaître le caractère purement artificiel de cette notion de « valeur négative »; elle ne permet nullement de porter un jugement sur la réalité du prix qui a été finalement fixé, sur la base du rapport Soronellas, pour la vente de l'actif de la *Barcelona Traction*. Si l'on va au fond des choses, le prix payé a été de plus de dix millions de livres sterling — montant de la dette obligataire de *Barcelona Traction*, et dont la garantie réelle était constituée, en définitive, par son entreprise en Espagne —, outre la somme de dix millions de pesetas. Or, il est montré plus loin que ce prix réel n'est pas inférieur à la « valeur marchande » de l'entreprise au moment de la vente.

---

<sup>1</sup> Au bilan qui figure à l'A.R., N° 30, I, p. 185, les obligations de *Barcelona Traction* sont comptabilisées sans que soient distinguées celles qui auraient dû être amorties conformément aux clauses des *trust deeds*; et l'actif ne comporte aucun compte qui soit spécifiquement affecté au paiement de cet amortissement.

2) *Le rapport de M. Soronellas*

629. Bien que l'examen du rapport de M. Soronellas n'ait pas de pertinence aux effets de la détermination de la responsabilité internationale de l'Etat, le Gouvernement espagnol signale que les critiques adressées par la partie adverse au rapport de l'expert mettent en pleine lumière les procédés dialectiques et les erreurs d'argumentation de la *Réplique*.

La *Réplique* soutient que Soronellas aurait dû partir des évaluations que présentait M. Spéciael dans la lettre qu'il adressa le 7 décembre 1946 au ministre de l'Industrie et du Commerce, ou du moins d'autres évaluations élaborées « sur les mêmes bases », telles que celles qui figurent à l'annexe 282 du *Mémoire* (R., V, par. 187).

Cela revient à dire que l'expert judiciaire aurait dû adopter le critère d'évaluation de la « valeur à neuf » des installations industrielles existant en Espagne, car c'est cette méthode qui avait été suivie dans les évaluations précitées. C'est ainsi, par exemple, que les instructions qu'avait données M. Spéciael à ses ingénieurs conseils avaient été d'opérer « une estimation de ce qu'il faudrait dépenser si l'on voulait construire *aujourd'hui* toutes les installations du système » (A.C.-M., n° 6, doc. 2, VI, p. 330)<sup>1</sup>. De même aussi, les calculs de l'A.M., n° 282 reposent sur les prix de la construction neuve et sur des « devis » de constructions en projet (A.M., IV, pp. 1080/1081)<sup>2</sup>.

Mais cette méthode qui consiste à estimer la valeur d'un bien que l'on possède par référence à un autre bien que l'on projette de créer et qui pourrait se substituer au premier n'est pas une méthode qui convienne en général, et elle est absolument à proscrire dans le cas d'entreprises d'électricité, parmi lesquelles celle de *Barcelona Traction*<sup>3</sup>.

Cette méthode consiste en effet à déterminer le coût actuel de biens équivalant, par leur « valeur de puissance installée » (kW de puissance installée), à ceux qui sont évalués ou qui sont mis en vente. Ces installations neuves, plus modernes et plus perfectionnées que celles que possède l'entreprise, ont naturellement une efficacité très supérieure aux modèles antérieurs. Mais, dans une branche d'activité industrielle comme celle de l'électricité, où les progrès techniques ne cessent de se produire à un rythme accéléré, il saute aux yeux que les installations de production et de distribution d'énergie électrique sont, à un moment donné, tout à fait différentes des installations plus anciennes sous le point de vue de l'efficacité, de la productivité, du coût de fonctionnement, de la main-d'œuvre nécessaire, etc. Il s'ensuit que, en appliquant cette méthode-là, on aboutirait pour un complexe industriel à une évaluation absolument différente de celle qu'il est question de faire et qui doit être faite.

Ces facteurs de productivité différente et de développement technique plus grand ont une incidence telle qu'il est pratiquement impossible d'évaluer les biens possédés en fonction des substituts disponibles sur le marché, même en les affectant d'une réduction pour dépréciation. Ces différences dans les techniques d'utilisation, dans le rendement, dans le coût de production en main-d'œuvre et en matériel, etc., font que d'une part

<sup>1</sup> Cette étude effectuée à la hâte n'avait pas « la précision d'un travail de comptable » (*ibid.*, p. 328).

<sup>2</sup> On en peut dire autant du coût calculé par M. Redonet Maura dont fait état la *Réplique* et qui concerne des installations qui auraient été construites à neuf en 1952.

<sup>3</sup> A.D., 166.

augmente le coût initial des installations neuves, c'est-à-dire de ces installations dont l'exploitation est plus économique, et que d'autre part diminue la valeur intrinsèque des installations existantes qui sont souvent vétustes et inadaptées et dont le coût de production est trop élevé. Les biens possédés, qui sont ceux qu'il s'agit d'évaluer, ne sont pas seulement usagés, ils sont aussi vétustes et, comme il est naturel, ils sont donc dévalorisés.

Tel était le cas de maintes installations de la société faillie, particulièrement de ses centrales thermiques, très anciennes, et qui consommaient d'énormes quantités de charbon, ce qui rendait même leur exploitation anti-économique.

En conséquence, cette méthode d'évaluation aurait abouti à des résultats absurdes par rapport à la valeur des biens en question; c'est ce qui arrive par exemple dans l'A.M., N° 282. Peat, Marwick, Mitchell and Co., après avoir analysé dans le détail le contenu de cette annexe, sont arrivés à la conclusion que l'évaluation proposée par le Gouvernement belge est inacceptable <sup>1</sup>.

Soronellas n'a pas appliqué cette méthode-là ni non plus celle du coût de remplacement et cela, à ce qu'il dit, « après une étude minutieuse de la question », parce que « le coût de remplacement à un moment donné ne représente nullement une 'valeur réelle' ni ne comporte une stabilité suffisante » (A. C.-M., n° 161, doc. 1, VIII, p. 390) <sup>2</sup>.

630. Pour ce qui est des modes d'évaluation utilisés par M. Soronellas, il sied de ne pas oublier que cet expert a établi un seul rapport et une seule évaluation de prix: les résultats sont l'aboutissement de la convergence des différentes méthodes que l'expert a appliquées et la résultante des divers éléments de jugement dont il a disposé pour établir ses conclusions. On ne saurait donc contester l'utilisation de chaque méthode en particulier. La *Réplique* ne conteste pas ces méthodes en elles-mêmes mais seulement l'application de ces méthodes par cet expert particulier.

M. Soronellas a appliqué la méthode de capitalisation de la rentabilité des biens pour confirmer les résultats fournis par les autres méthodes, et les conclusions auxquelles il a abouti sont correctes. Par conséquent, les autres méthodes ne peuvent être appréciées qu'en fonction de ce fait, étant donné surtout que les opinions les plus autorisées estiment que la méthode de capitalisation que nous venons de mentionner est celle qui est le mieux adaptée pour établir la valeur d'une entreprise industrielle qui est vendue en tant que « *going concern* ».

La pratique des « Chartered Accountants » britanniques montre que l'aptitude à faire des bénéfices (maintainable profits) telle qu'elle ressort dans une certaine mesure des

<sup>1</sup> A.D. 3, N° 15 à 37.

<sup>2</sup> Ainsi que le dit Bonbright, « the prospective earnings of a company play a role quite different from that played by other data adduced in proof of value of the property. These other data, such as the original costs of the separate assets, or estimated replacement costs, or current market prices of outstanding security issues, have no significance whatever save as a clue to the earnings that may fairly be capitalised. The mere fact that the physical assets may actually have cost many million dollars to construct, not only fails to determine the present value of the company—it has utterly no influence on this value unless, in some indirect way, it may affect the net earnings. And precisely, the same statement applies to established replacement costs of the physical assets, no less than to historical costs. It will benefit the owner of an enterprise nothing to possess a company with costly assets. What the owner wants is profitability ». Bonbright, *Valuation of Property*, 1937, Chap. XXV, p. 238. Dans l'affaire Consolidation Coad Co. 11 F. supp. 594 (D. Md. 1935), le tribunal a insisté sur le fait que « real worth of assets of any such industrial corporation depends, in the last analyses, upon its earning capacity » (p. 597).

bénéfices réellement obtenus, constitue l'élément qui a le plus d'importance pour évaluer une entreprise en fonctionnement et que ce critère a une plus grande signification que n'importe quelle valeur attribuée à l'actif lui-même.

Peat, Marwick, Mitchell & Co., à propos des principes généraux de l'évaluation des entreprises précisent:

« It is in our opinion normal accounting practice that a valuation of a going concern such as *Barcelona Traction's* undertaking in Spain should be made by having regard primarily to the maintainable profits that can be anticipated at the valuation date, capitalised by reference to an appropriate yield factor and confirmed in relationship to the underlying net assets » (A.D., 3, n° 6).

Les économistes allemands sont eux aussi enclins à préférer la valeur de rendement.

Les experts financiers des Etats-Unis d'Amérique professent la même opinion. C'est ainsi, par exemple, que Graham, Dodd et Cottle signalent que la méthode « standard » qui permet d'évaluer les entreprises consiste à capitaliser, selon un taux approprié, les bénéfices ou dividendes que l'on est raisonnablement fondé à en escompter<sup>1</sup>.

Le professeur Soronellas, dans son rapport, a formulé d'une façon parfaitement claire ces conceptions-là et les a exprimées d'une façon très nette: « en définitive, les effets de commerce que nous sommes en train d'évaluer ne sont qu'un simple moyen pour développer quelques entreprises hydro-électriques en Espagne. Les biens physiques que ces titres peuvent représenter ne sont, à leur tour, qu'un moyen destiné à l'obtention de bénéfices. En conséquence, ils valent davantage en raison du bénéfice qui peut être réalisé grâce à eux qu'en raison de leur prix de revient ou coût de remplacement, car il ne s'agit pas de marchandises destinées à la vente, mais d'instruments spécifiques pour une exploitation déterminée » (A.C.M., N° 161, doc. I, VIII, p. 391).

Cette citation indique clairement qu'aux yeux de Soronellas c'était là la méthode décisive. Il est vrai qu'il l'a appliquée pour corroborer les résultats qu'il avait atteints par d'autres méthodes, mais de ce qu'il expose ci-dessus il ressort que, si cette application n'avait pas fourni cette confirmation, il se serait essentiellement fondé sur la méthode de la rentabilité. Il dit en propres termes qu'il ne saurait accepter comme indication de la valeur réelle un chiffre qui « entrerait ... en conflit avec la rentabilité » (*ibid.*, VIII, p. 392).

La *Réplique* signale qu'il y aurait eu dans l'application de cette méthode « deux graves erreurs ». La première aurait été de n'avoir pas tenu compte du décret du 12 janvier 1951 portant l'établissement d'un nouveau régime de tarifs de vente de l'électricité qui « devait nécessairement conduire à augmenter de façon substantielle les revenus des sociétés d'électricité espagnoles » (A.R., N° 40, p. 180).

L'objet de ce décret, qui, comme le reconnaît la *Réplique* elle-même (p. 118, note 1), ne commença à s'appliquer qu'en 1953, n'est pas celui que dit le Gouvernement belge; ce décret avait pour fin d'établir des tarifs unifiés pour tout le territoire national afin de procurer par le moyen de certaines compensations, une rentabilité appropriée aux capitaux frais qui seraient investis dans l'industrie électrique. Ce texte tendait à favoriser la construc-

<sup>1</sup> GRAHAM (BENJAMIN), L. DODD (DAVID) et SIDNEY COTTLE, *Security Analysis. Principles and Techniques*, New York, 1962, pp. 435/445.

tion de centrales neuves, principalement de centrales thermiques utilisant des combustibles de qualité médiocre.

Quant aux réseaux qui comportaient des installations vieilles, on pouvait conclure avec certitude que ce décret-là ne leur vaudrait pas une augmentation de bénéfices car les nouveaux tarifs ne comportaient des compensations pour les installations anciennes qu'à l'égard des augmentations éventuelles de coût d'exploitation et de charges de capital, notamment des dépenses de traitements et salaires du personnel, ce qui naturellement empêcherait l'augmentation des bénéfices.

D'autre part, Soronellas savait que le prix moyen de vente sur le marché catalan était supérieur à ce qu'il était partout ailleurs en Espagne; or c'est l'ensemble des prix pratiqués dans toute l'Espagne qui sert de base à l'unification des tarifs. Il n'y avait pas lieu d'escompter une augmentation; et l'on pouvait peut-être même craindre une diminution des bénéfices des entreprises qui alimentaient ce marché.

A tout cela s'ajoute que l'expert ne connaissait pas les valeurs numériques qui seraient assignées aux divers paramètres figurant dans les formules publiées au décret, pas plus qu'il ne savait à quelle date ce décret entrerait en application; c'étaient là des motifs suffisants pour qu'il ne fût pas en mesure de chiffrer les prétendues perspectives favorables qu'aurait ouvertes ce texte.

Il est une preuve de plus du fait que le nouveau décret ne devait pas influencer sur l'évaluation de manière à donner à celle-ci un tour plus favorable; cette preuve est fournie par la cotation des valeurs d'électricité en 1952 et 1953, car le cours de ces valeurs ne fut pas le moins du monde favorisé par la publication dudit décret.

Quand on analyse le cours de ces cotations pendant ces années-là (voir A.D. N° 167, doc. 1 et 2), on s'aperçoit que la cote des valeurs d'électricité, abstraction faite d'une première réaction assez faible et qui ne dura guère, n'a pas été favorisée et que même une baisse s'amorça qui se poursuivit même en 1953, c'est-à-dire à un moment où les nouveaux tarifs étaient connus et étaient entrés en vigueur.

Le fait d'ailleurs se trouve nettement exprimé dans les revues spécialisées (A.D. N° 168).

Il est certain que Soronellas a eu connaissance du décret de 1951 et qu'il a estimé — il ne pouvait en faire autrement — quoi qu'en dise la *Réplique* —, que ce texte n'allait pas nécessairement aboutir à une augmentation substantielle et généralisée de la rentabilité des sociétés d'électricité.

C'est à cela qu'il semble faire allusion quand il écrit:

« Il faut, par ailleurs, admettre que les rendements peuvent très bien augmenter à l'avenir comme conséquence avant tout d'agrandissements et améliorations apportés à l'exploitation. Mais cela exigera de nouveaux et importants investissements de fonds, sans lesquels il serait même difficile de maintenir à longue échéance le rendement actuel, vu les circonstances du moment » (A.C.M., n° 161, doc. I, VIII, p. 392)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Comme nous nous sommes aperçus que la traduction donnée dans ladite *annexe* du *Contre-mémoire* comporte une erreur — qui n'affecte d'ailleurs pas le fond — nous reproduisons ci-après le texte littéral de l'expert en langue originale:



De là vient qu'il n'y ait pas lieu d'être surpris de ce que Soronellas, en opérant son évaluation, n'ait pas tenu compte le moins du monde d'une capitalisation de bénéfices futurs, problématiques et éventuels <sup>1</sup>.

631. La suite des événements confirme que M. Soronellas a eu raison de ne pas prendre en considération les éventuelles répercussions du décret de 1951 dont parle le Gouvernement belge, car ce décret en définitive ne procura pas d'avantages à l'adjudicataire des biens <sup>2</sup>.

Les précisions que fournit la *Réplique* (par. 194) en ce qui concerne les bénéfices de *Fecsa* au cours des années 1955 et 1956 <sup>3</sup> accusent l'effet des gros investissements nouveaux de capitaux opérés à partir de 1952 ainsi que, sans doute aucun, de la réorganisation de l'entreprise et des dispositions publiées en 1955 <sup>4</sup>. Ces bénéfices furent obtenus à partir d'un capital de l'ordre de 1.700.000.000 de pesetas, c'est-à-dire d'un capital fort supérieur à celui que l'on obtint lors de l'évaluation des biens de *Barcelona Traction*.

D'autre part, si l'on examine les rapports annuels de la société adjudicataire correspondant aux deux exercices précités, on constate que les bénéfices obtenus ne correspondent pas exclusivement à l'affaire d'exploitation électrique <sup>5</sup>. Si l'on ajoute à cela qu'en vertu de l'augmentation naturelle de la demande, la puissance horaire maximum installée, mesurée à la centrale, fut en 1956 de 18 pour cent supérieure aux chiffres de l'année précédente, on aboutit à la conclusion que l'augmentation des bénéfices au cours desdites années est due pour la plus grosse part à l'amélioration des installations ainsi qu'aux moyens de financement procurés par des augmentations successives de capital (de 1952 à 1955 il y eut une augmentation de 470 millions, et de 1955 à 1957 une augmentation de 81.500.000 pesetas) et, d'autre part, *Fecsa* ne distribua pas de dividendes au cours des premières années.

Une fois établie, en ce qui concerne la *Barcelona Traction*, la portée réelle du Décret de 1951, il est, cependant, de la plus grande importance de répéter que, s'agissant de faire une évaluation en novembre 1951, il fallait seulement tenir compte des éléments connus à cette date, qu'ils soient favorables ou défavorables à l'entreprise.

---

« Cabe admitir, desde luego, que los rendimientos puedan incrementarse en el futuro, a consecuencia, sobre todo de sucesivas ampliaciones y mejoras, pero ello exigirá a su vez nuevas e importantes inversiones de fondos, sin las cuales sería incluso difícil mantener a largo plazo el rendimiento actual, con arreglo a las circunstancias de este momento. »

<sup>1</sup> L'expert disait (*ibid.*, p. 394) que cette perspective avait « un caractère de spéculation sur l'avenir » qui « n'est même pas pondérable ».

<sup>2</sup> Peat, Marwick, Mitchell and Co. confirment dans leur rapport cette affirmation :

« No knowledge of the 1955 decree would have been available at the valuation date whilst, so far as the 1951 decree is concerned, for the reasons indicated below, although permitting certain limited increases, it did not, in practice, prove to be particularly advantageous to *Fecsa*. This is mainly stated to be because the principal benefits under the 1951 decree accrued to companies that had constructed new generating plant, particularly thermal plant, after 1935 ». (Voir *Annexe* à la *Duplique* 3; par. 70.)

Les bénéfices obtenus par *Fecsa* en 1953 furent à peine supérieurs à ceux qui avaient servi de base à l'expert pour son évaluation (voir *Annexe* à la *Duplique* 169).

<sup>3</sup> 180 millions de pesetas en 1955 et 251 millions de pesetas en 1956.

<sup>4</sup> Peat, Marwick, Mitchell and Co. précisent ... « the profits of *Fecsa* also reflected the benefit of substantial capital expenditure in the years from 1952 onwards, combined with the favourable effect of the 1955 tariff decree as opposed to that of 1951 » (voir *Annexe* à la *Duplique* 3, par. 70).

<sup>5</sup> Pas plus que les 13.800.000 pesetas de 1955 et les 47.200.000 pesetas de 1956.

632. La seconde « erreur grave » que la *Réplique* impute à Soronellas pour avoir appliqué cette méthode de la « rentabilité » consiste en ceci qu'il n'a pas tenu compte de la dépréciation de la peseta <sup>1</sup>.

M. Soronellas a exposé la raison pour laquelle il avait exprimé en pesetas le montant des bénéfices qu'il y avait lieu de capitaliser. Il exposait (A.C.M., 161, doc. 1, VIII, p. 384) que :

« C'est en Espagne que *Barcelona Traction* a ses seules sources de bénéfices. En conséquence, elle obtient ses bénéfices uniquement et exclusivement en pesetas. Le fait que les obligations qui font partie de son actif soient libellées en dollars canadiens ou livres sterling est un pur artifice et convention, d'autant plus que cela n'affecte pas la réalité de la dette en monnaie étrangère, mais seulement la possibilité de sa liquidation.

*Barcelona Traction*, propriétaire de quelques titres-obligations émis en dollars or et en livres sterling, titulaire d'une créance libellée en dollars canadiens et propriétaire de quelques actions libellées également dans cette dernière monnaie, n'a malgré cela aucune source de revenus dans lesdites devises, mais seulement en pesetas. La réalité des faits a mis en évidence que cette affirmation est véridique.

Le libellé de ces créances dans une monnaie autre que l'espagnole, qu'il s'agisse de celle relatives aux titres-obligations ou celles qui correspondent à des créances ordinaires, alors qu'ils sont un seul et même patrimoine: celui du débiteur et celui du créancier, ne peut avoir d'autre réalité que celle d'une apparition dans les comptes. La conversion de pesetas en monnaie étrangère, tant, qu'elle a pu avoir lieu, est une autre opération, indépendante de l'obtention des fruits ou rendements proprement dits. »

Cette opinion se trouve confirmée par les experts Peat, Marwick, Mitchell & Co. De l'avis de ceux-ci :

« Les arguments que présente le Gouvernement belge concernant la nécessité qu'il y aurait eu de convertir les pesetas en dollars à des taux autres que ceux qui étaient pratiqués à la date où fut établie l'évaluation ne semblent pas être pertinents. Le Gouvernement belge a beau avoir décidé d'exprimer en dollars ses critères sur l'évaluation et sur les bénéfices sous forme de dollars, il n'en reste pas moins que *Barcelona Traction* était une entreprise située en Espagne, qui obtenait ses recettes dans la monnaie nationale de ce pays, de sorte que l'éventuel acheteur devait acquérir un « going concern » en pesetas et dont les bénéfices prendraient la forme de pesetas. La question de la conversion d'une monnaie dans l'autre ne se serait posée que si l'on avait eu à envisager le traitement qu'il aurait fallu faire, dans l'évaluation de l'entreprise en Espagne, aux obligations et aux intérêts échus garantis en définitive par des biens situés en Espagne mais qui devaient être payés en livres sterling » <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> La *Réplique* affirme (V, par. 196, p. 117) que :

« De plus, et c'est sa seconde erreur grave, même dans son calcul de la rentabilité ainsi anormalement réduite de l'entreprise, l'expert n'a tenu aucun compte, une fois de plus, de la dépréciation de la peseta. Il a raisonné comme si la peseta de 1941 à 1947, dont le cours s'était maintenu aux environs de 10 pesetas par dollar, équivalait à la peseta de 1950-1951, dont le cours était de 39 pesetas par dollar ».

<sup>2</sup> « The arguments advanced by the Belgian Government regarding the need to convert pesetas into dollars at rates other than those ruling at the date of valuation, do not appear to be relevant. Although the Belgian Government has chosen to express its views on valuation and profits in terms of dollars, the fact remains that *Barcelona Traction* was an undertaking in Spain, deriving its earnings in the local currency there so that any purchaser would be acquiring a going concern for pesetas and on which the return would be in pesetas. The question of conversion from one currency to another would only appear to arise when considering the treatment in the valuation of the undertaking in Spain of the bonds and outstanding interest secured ultimately on assets situated in Spain but due for payment in sterling » (A.D., 3, N° 72).

633. L'exemple à l'aide duquel la *Réplique* prétend illustrer ses dires est fort significatif. Il n'y a aucune raison d'ordre objectif de proposer que l'on prenne pour base d'application de la méthode de capitalisation des rendements obtenus au cours de la période quinquennale 1941-1946; et cela non seulement parce que les bénéfices obtenus au cours d'une période si fort antérieure à 1951 ne fournissaient pas de base réelle à l'évaluation des rendements qu'il était permis d'escompter et de maintenir à l'avenir, mais encore parce qu'il se trouve — et cela est paradoxal — que la moyenne des bénéfices au cours de cette période quinquennale avait été inférieure à la moyenne des bénéfices obtenus au cours des années 1946-1950, lesquelles avaient été retenues par M. Soronellas aux fins de son calcul.

Cela prouve que si la *Réplique* fait une telle suggestion elle le fait pour d'autres raisons. En réalité, ce que voudrait le Gouvernement belge c'est que l'expert calcule en 1951 les rendements en dollars, mais non pas toutefois au taux de change de 1951, qui était de 39 pesetas pour un dollar, mais au taux pratiqué pendant les années 1941-1946, qui était de 10 pesetas pour un dollar. Comme la *Réplique* n'a tout de même pas l'audace de proposer une telle absurdité, consistant à convertir des rendements de pesetas en dollars à un taux de change déjà périmé, elle suggère ce « détour » consistant à avoir recours à la période quinquennale 1941-1946, ce qui lui permettrait de demander l'application du taux de change qui convient à ses calculs.

Mais le Gouvernement belge va plus loin encore et n'hésite pas à proposer de faire un bond en arrière, non pas de dix ans mais de seize ans, en choisissant le rendement d'une seule et unique année isolée, l'année 1935, qui avait été particulièrement bonne, non pas tellement du point de vue du rendement que du point de vue de la cote du dollar qui intéresse si fort la *Réplique* (R., V, par. 196, p. 118).

634. Des deux chiffres desquels est parti M. Soronellas pour établir son évaluation, celui qui concerne les rendements à capitaliser, non seulement n'est pas « manifestement absurde » comme le prétend la partie adverse, mais encore est tenu par les experts mentionnés ci-dessus pour une base raisonnable<sup>1</sup>.

Celui qui concerne le taux de capitalisation n'est pas contesté, par la *Réplique*, et pour cause, car elle est favorable à la société faillie. On peut donc conclure que le mode d'évaluation fut appliqué correctement par M. Soronellas<sup>2</sup> et n'aboutit pas le moins du monde à une évaluation insuffisante du patrimoine de *Barcelona Traction*.

635. Les critiques que la *Réplique* lance contre l'application d'autres méthodes d'évaluation appliquées par M. Soronellas manquent de tout fondement. Ces critiques ont moins pour objet de faire des reproches à la façon dont a procédé l'expert qu'à remplacer l'évaluation qu'il a retenue par une autre, en partant de fondements inacceptables.

La partie adverse, quand elle parle de la méthode du prix de revient (R., par. 189, pp. 112-113) présente les calculs effectués par M. Soronellas en les déformant de façon

<sup>1</sup> Peat, Marwick, Mitchell and Co. disent (A.D., 3, N° 73) que : « ... far from being 'manifestly absurd', as the Belgian Government has suggested, it would seem that the profits of 46 million pesetas earned in 1930 could well form a reasonable basis from which the likely level of future maintainable profits might be estimated ».

<sup>2</sup> En ce qui concerne la correction du mode d'application de la méthode, voir, en outre, A.D., 169.

manifeste. Elle voudrait faire croire que l'expert aurait utilisé les prix de revient sans leur affecter la moindre correction, alors qu'il devait tout au contraire corriger les chiffres obtenus en tenant compte de la dépréciation de la monnaie.

M. Soronellas n'a pas pris en considération le seul prix de revient, c'est-à-dire le « prix payé ou les prestations fournies pour acquérir » les biens qui faisaient l'objet de l'évaluation. Il appliqua les correction qu'il jugea opportun d'y introduire et c'est ainsi qu'il a abouti à une évaluation de £ 4.113.935 plus Pts. 468.019.690,69 avant de déduire les obligations en livres sterlings.

Il est vrai qu'il n'a opéré aucune correction pour dépréciation de la peseta. Mais en cela il a agi correctement, car la correction que propose la *Réplique* n'est qu'un artifice totalement injustifié, qui est destiné à surévaluer l'actif. Le « bénéfice de change » qui eût été obtenu, si l'on avait suivi les indications de la partie adverse, serait fictif et purement nominal.

La *Réplique* prétend (par. 190, pp. 113-114) que M. Soronellas a opéré toute une série de déductions inspirées du rapport des membres espagnols de la Commission internationale d'experts, « sans s'arrêter au fait que les membres anglais et canadien de cette Commission s'étaient catégoriquement refusés à suivre leurs collègues dans leurs manipulations ».

Une fois de plus la *Réplique* fait erreur, car les déductions paraissent fort bien justifiées et elles avaient presque toutes été considérées dans leurs effets par l'expert britannique et l'expert canadien.

Pour ne pas allonger à l'excès l'examen de cette méthode telle qu'elle a été appliquée par M. Soronellas, nous renvoyons à l'A.D., 170, le développement et la démonstration des conclusions ci-dessus.

636. La *Réplique* (par. 191-192, pp. 114-116, et A.R., 40, pp. 176-179) prétend que la méthode d'évaluation que M. Soronellas appelle méthode d'« évaluation réelle » a été appliquée indûment, pour la raison qu'il est parti de la comptabilité tenue en Espagne dans laquelle n'avaient pas été revalorisés — pour des raisons d'ordre fiscal — les actifs des sociétés bien que simultanément la monnaie de compte se fût dépréciée. Et jonglant avec les chiffres et les taux de change, la *Réplique* arrive à des résultats purement nominaux, dépourvus de tout lien avec la réalité comme celui qui consiste à chiffrer l'actif net d'*Ebro*, selon le libellé du bilan en dollars, à 113.500.000 dollars (A.R., 40, p. 178).

Mais où donc étaient et en quoi consistaient ces prétendus 113.500.000 dollars d'*Ebro*? Il s'agissait de biens et de valeurs qui se trouvaient en Espagne dont les produits et rendements étaient obtenus également en Espagne et en pesetas et qui avaient été comptabilisés à Toronto en dollars à des taux de change divers. L'actif net de 113.500.000 dollars s'obtient dans le bilan en convertissant en dollars ce qui avait été initialement comptabilisé en pesetas, par application de taux de change — pratiqués ou non au moment où s'était produit chaque fait économique contribuant à la formation de l'actif fixe — ainsi qu'il ressort des mentions portées au *Red Book* et des inscriptions au livre journal dont la valeur d'origine est exprimée en monnaie étrangère. L'actif circulant dans le bilan de 1946, est converti en dollars, d'après la note 2, au taux de clôture de l'exercice, à savoir 11,042 pesetas pour un dollar.

637. On constatera dans ladite note 2 qu'en disant que le circulant est converti en dollars au taux de clôture, on reconnaît que la base de la valeur est constituée par des pesetas (A.R., N° 54) <sup>1</sup>.

Il en allait de même, et davantage encore, de l'actif fixe, comptabilisé au taux de change officiel et que le Gouvernement belge convertit au taux de 39 pesetas par dollar pour le comparer avec le rapport de Soronellas.

638. L'utilité et l'application de cette méthode, comme nous l'avons mis en lumière (*supra*, par. 630), ne peuvent être appréciées que si on les rapproche de la méthode de la capitalisation des rendements. Aussitôt que les résultats obtenus par la méthode dite de l'« évaluation réelle » sont mis en regard et aménagés grâce aux résultats obtenus par la méthode de la capitalisation — et c'est là ce qu'a fait l'expert — on s'aperçoit que l'argumentation de la partie adverse aboutit à une absurdité.

Selon la *Réplique*, l'application de la méthode opérée en prenant pour base la comptabilité libellée en dollars aurait donné un chiffre supérieur à celui auquel est parvenu l'expert, la différence s'établissant à quelque chose comme 90 millions de dollars. Mais, s'il avait procédé ainsi, M. Soronellas, dès qu'il aurait appliqué la méthode de la capitalisation pour confirmer ou corriger ce résultat, aurait été contraint tout aussitôt de le rejeter sans la moindre réserve.

En comparant ce résultat avec les rendements obtenus par l'entreprise, le taux de capitalisation aurait été de sept fois inférieur; il ne faut pas oublier que la partie adverse tient pour acceptable le taux de 6,21 %, mais qu'aussitôt que le chiffre obtenu par la méthode de l'évaluation réelle serait devenu supérieur de 90 millions de dollars, ce taux eût été réduit à un pourcentage absolument inacceptable. Il est absurde de prétendre qu'il y aurait eu des enchérisseurs si l'on avait fixé un prix minime qui, déboursé par un hypothétique adjudicataire, aurait procuré à celui-ci un rendement inférieur à 1 % par an de la somme déboursée, étant donné le pourcentage normal des entreprises qui fournissent de l'énergie électrique <sup>2</sup>.

Ce n'est qu'à l'aide de ces « jongleries » de comptabilité et de change que le Gouvernement belge peut arriver à affirmer que l'actif d'*Ebro* évalué par Soronellas était égal au septième de sa « valeur » réelle.

### 3) Conclusion.

639. Quand on porte un jugement sur un rapport d'expertise, il est légitime de formuler des critiques contre telle ou telle opération et de signaler les défauts ou les lacunes de la

<sup>1</sup> Supposons, pour prendre un exemple, qu'*Ebro* eût à Barcelone, en 1951, des dépôts en banque du montant de 110 millions de pesetas. Cet actif circulant aurait été comptabilisé au bilan de Toronto à 11 pesetas par dollar, soit 10 millions de dollars entrant dans les 113.500.000 dollars de l'actif net.

Aux fins de comparaison avec le rapport Soronellas, le Gouvernement belge se sert du taux de change de 1951, c'est-à-dire du taux de 39 pesetas pour un dollar (par. 192). Les 110 millions de pesetas de notre exemple, déposés en Espagne et comptabilisés à Toronto en tant que 10 millions de dollars devraient, selon les calculs du Gouvernement belge, être reconvertis ou évalués comme s'ils équivalaient à 390 millions de pesetas. Mais cet excédent de prix serait absolument illusoire. Dans les banques de Barcelone, les pesetas déposées seraient demeurées sans changement, elles n'auraient pas cessé d'être 110 millions de pesetas.

<sup>2</sup> Comme il est dit dans le rapport Peat, Marwick, Mitchell & Co. (par. 75), la capitalisation des bénéfices pour 1935 faite par le Gouvernement belge afin d'arriver à une évaluation de \$67 millions (A.M. N° 282, Sect. 4), suppose un taux de rentabilité de 9,26 %; par contre, à l'*Annexe* 40 de la *Réplique*, il emploie, bien qu'aux seuls effets d'illustration, un taux de 6,21 % pour la même année.

méthode appliquée par l'expert. Ce qui n'est pas licite c'est de prétendre qu'une expertise est rendue absurde par le fait que ses conclusions ne sont pas conformes aux « jongleries » et tours de passe-passe comptables de l'une des parties intéressées.

Les défauts possibles du rapport de M. Soronellas n'affectent pas le litige en cours, puisque les méthodes qu'il a employées, dans leur ensemble, et les conclusions auxquelles il parvient sont raisonnables. En ce sens, il est parfaitement vrai, qu'« un arbre se juge à ses fruits, et une expertise à son résultat ».

Les experts Peat, Marwick, Mitchell and Co., après avoir mis en relief qu'il n'est pas réalisable, près de dix-sept ans après l'événement, d'effectuer une évaluation précise, concluent comme suit :

« Toutefois nous croyons qu'il demeure possible de démontrer que, dans l'ensemble, le prix total minimum effectivement établi pour la vente aux enchères, assorti de l'engagement de rembourser la dette obligataire, n'était pas inférieur à une évaluation raisonnable du total de l'entreprise, considérée comme une affaire en fonctionnement »<sup>1</sup>.

Le professeur M. Pierre Lauzel, Vice-Président Délégué Général du Conseil National de la Comptabilité et Professeur à l'Institut d'Administration des Entreprises de l'Université de Paris, expert consulté sur ces questions aboutit aux conclusions suivantes :

« ... Nous sommes donc fondé à prétendre que, contrairement à la thèse du Gouvernement belge et de ses ressortissants, le *prix minimum des titres, en vue de la vente aux enchères qui a eu lieu le 4 janvier 1952, répondait à une appréciation correcte et raisonnable de la situation.*

Ainsi, par des moyens et calculs différents de ceux employés par l'expert Soronellas, nous croyons pouvoir aboutir à des conclusions qui confirment, sur les points essentiels, la thèse du Gouvernement espagnol ».<sup>2</sup>

Le professeur Aldo Amaduzzi, *Ordinario di Ragioneria Generale ed Applicata nella Facoltà di Economia e Commercio della Università degli Studi di Roma*, également consulté sur lesdites questions, estime correcte et raisonnable l'évaluation faite par M. Soronellas<sup>2</sup>.

Dans ces conditions, il n'est pas possible de contester la valeur du rapport de l'expert Soronellas et beaucoup moins encore de prétendre que, du fait qu'il a servi de base au commissaire pour la fixation de la mise à prix, il s'ensuive que l'on puisse de ce fait exiger du Gouvernement espagnol une responsabilité d'ordre international.

## B. Fixation du passif obligations de la Barcelona Traction

640. La *Réplique* formule de bien des manières un même grief contre la faillite consistant en une prétendue violation du Droit espagnol pour n'avoir pas converti les créances en

<sup>1</sup> « Nevertheless, we believe that it can still be demonstrated that taken together, the total minimum price actually established for the action, with the obligation to repay bonded indebtedness, was not less than a reasonable valuation of the whole of the undertaking, treated as a going concern » (A.D. N° 3, p. 458; N° 92).

<sup>2</sup> Le rapport est déposé au Greffe de la Cour.

livres sterlings en pesetas, et précisément pour le montant indiqué par le change le jour de la déclaration de faillite <sup>1</sup>.

Dans le *Mémoire*, auquel se réfère la *Réplique* (V, par. 755, p. 553), le Gouvernement belge n'avait pas osé affirmer cela; il se référait à la conversion en pesetas, et au cours du jour de la déclaration de faillite, mais il n'osait pas affirmer que ce fût dû aux règles du droit espagnol (qu'il ne pouvait pas citer, puisqu'elles n'existent pas) et se contentait d'une assertion bien moins compromettante, disant que cette conversion devait se faire « suivant une règle universellement admise ». Le Gouvernement espagnol répondit que cette règle était une pure invention, dépourvue de tout fondement dans le droit positif espagnol (C.M., IV, par. 258, pp. 410 et ss.).

La *Réplique*, devant cette position nette et claire du *Contre-mémoire* a cru qu'elle devait affermir sa position et lance trois sortes d'arguments, les uns, d'ordre purement psychologique (par. 754, p. 553), d'autres, de droit positif espagnol (par. 755 à 757, pp. 553 à 556) et les derniers, qui prétendent étayer cette prétendue règle par le droit comparé (par. 758 et 759 pp. 556 à 559).

Il est évident que le plus important sur ce point est de déterminer si la Loi espagnole contient ou non la prétendue règle; les arguments de droit comparé, produits pour démontrer que le Gouvernement espagnol se trompait quand il affirma que son existence était une pure invention, dépourvue de tout fondement dans le droit positif, dans une question comme celle-ci, sont sans portée aucune. Certainement, on ne pensa à aucun moment ni l'on ne pense maintenant nier que dans d'autres droits elle puisse exister, mais cela n'empêche pas qu'il continue à être certain qu'il ne s'agit pas d'une règle universellement admise et qu'en Espagne, en tout cas, elle manque de base dans le droit positif <sup>2</sup>.

1) *Vraie signification du grief belge relatif à la non-convertibilité des obligations livres en pesetas.*

641. Les mobiles que la *Réplique* attribue gratuitement aux organes de la faillite en prétendant qu'ils auraient violé la prétendue règle sont au nombre de deux: d'une part, ils auraient de cette façon justifié le fait que le passif de *Barcelona Traction* était supérieur à l'actif et l'on pouvait fixer le prix minimum à une valeur zéro ou, comme le fit le Commissaire, à dix millions de pesetas (*Réplique*, par. 197, p. 118); d'autre part, ils auraient facilité à un ressortissant espagnol l'acquisition du patrimoine de *Barcelona Traction*, vu qu'il était propriétaire de la majorité des obligations en livres et qu'ainsi il devait payer un petit nombre d'obligations, tandis que tout autre enchérisseur se voyait obligé à payer la totalité (*Réplique*, par. 754, p. 553).

Le premier de ces arguments se traduit en chiffres à la page 559 de la *Réplique*. Si l'on avait appliqué la règle de la conversion, le passif en obligations livres aurait dû

<sup>1</sup> Voir *Réplique*, p. 15; par. 197, p. 118; et, spécialement par. 754 et suivants et pp. 553 et suivantes.

<sup>2</sup> On ne laisse pas pour cela sans réponse les affirmations faites sur la base de lois non espagnoles. Pas qu'elles supposent une quelconque démonstration d'irrégularités commises dans la faillite et non plus parce que le fait que certaines législations admettent cette règle peut être considéré comme consacrant un principe qui s'impose au-dessus de tous les droits positifs. A l'*annexe* N° 172, on pourra vérifier le défaut de la validité universelle de la règle en question.

être évalué en appliquant le cours de 45 pesetas par livre sterling et le passif obligations se serait réduit à 431 000 000 de pesetas.

Si cela était vrai, le Gouvernement belge peut être certain que la faillite de la société aurait été déclarée en Espagne bien des années avant ... à la demande de la *Barcelona Traction* elle-même ! Cette société n'était pas une *parvenue* dans le monde des affaires et des finances ; d'autre part, même le Gouvernement belge ne pourrait pas défendre la thèse que la *Barcelona Traction* avait fait en sorte que les droits des obligataires fussent intangibles <sup>1</sup> !

Or, depuis 1940, la *Barcelona Traction* cherchait anxieusement le moyen de se libérer de la charge onéreuse des obligations en livres sterlings et de les convertir en pesetas, sans trouver le moyen de le faire. Tel était le but que poursuivait le Plan d'arrangement de 1945.

S'il avait été certain qu'en Espagne, en déclarant la faillite de la *Barcelona Traction*, ses obligations auraient été automatiquement converties en pesetas, au cours de la date de la déclaration de faillite, qui peut douter que la société serait venue devant les Tribunaux espagnols et se serait présentée en état de faillite volontaire ? Une fois déclarée la faillite et dans elle, elle aurait pu très facilement, ou bien par l'intermédiaire de ses filiales, dont la saisie et le contrôle n'auraient pas été dès lors sollicités, consigner le montant du total des obligations ainsi converties et se libérer définitivement du licou économique qui l'asphyxiait.

Le Plan d'arrangement de 1945 aurait été non seulement inutile, mais excessivement rémunérateur pour les obligataires, si l'on avait pu adopter cette solution.

Pourquoi, donc, n'y eut-on pas recours ? Parce que la *Barcelona Traction* était la première à savoir que le paiement devait se faire en livres et que, s'il était effectué en pesetas, le montant devait se calculer en pesetas au taux applicable le jour du paiement.

C'est pour cela que le *Contre-mémoire* (p. 410) disait que la faillite se faisait en Espagne pour que les créanciers encaissent ce dû et non pour que soient favorisées les connivences et les combinaisons financières de la Société en faillite <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Les successifs « arrangements » imposés aux obligataires prouvent qu'il n'en était pas ainsi ; ces arrangements qui amputaient leurs droits furent suivis par le Plan d'arrangement de 1945, qui supposait une diminution radicale des créances des obligataires. Et l'on constate à l'A. M. 31, I, p. 188 que même les obligataires en pesetas se virent forcés d'accepter que les intérêts échus pendant la guerre civile soient réduits de 50 %, bien que la loi espagnole n'affectait pas leurs créances.

<sup>2</sup> La réponse du Gouvernement belge (R. p. 556, note 1) aux observations faites par le *Contre-Mémoire* ne manque pas de piquant. Si les créanciers qui demandèrent la faillite voyaient leurs créances réduits à cause de la déclaration de faillite et de la conversion automatique de leurs obligations, libellées en livres en obligations, libellées en pesetas, ils ne pouvaient pas se plaindre, car c'était leur faute si la faillite avait été déclarée. Produire de telles affirmations devant une Cour internationale est le comble du déraisonnable. Selon le Gouvernement belge, quand un créancier l'est en vertu d'une obligation en livres et se trouve devant un débiteur qui ne paye pas ce qu'il lui doit et surseoit de manière générale à l'accomplissement de ses obligations, il doit opter entre ne pas demander la déclaration de faillite — et continuer indéfiniment sans être payé — ou demander cette déclaration et supporter ensuite l'amputation d'une partie de ses créances, par application de la règle qui favorise le débiteur. Ce devait être une autre des « protections naturelles » imaginées par la *Barcelona Traction* pour les débiteurs récalcitrants. Quant aux créanciers qui n'ont pas eu recours à la déclaration, ils verraient seulement leurs droits réduits comme conséquence de la dévaluation de la peseta ou de l'impossibilité de transférer à l'étranger le contrevaletur des pesetas qu'ils auraient reçus ; mais c'est, dit-on, un événement étranger à la règle qui est universellement admise. En droit espagnol, on ne tolère pas que le débiteur puisse obtenir un bénéfice au préjudice de ses créanciers, en profitant de circonstances extrinsèques aux pactes conclus entre l'un et les autres.



642. Le second argument est un sophisme évident. Comme M. March était propriétaire de la majorité des obligations, les organes de la faillite se trouvaient, de ce fait, devant le dilemme suivant : ou convertir les livres en pesetas et au taux de la date de la déclaration de faillite, mais alors M. March, payé des années après, se trouverait avec des créances dévalorisées et payées en une monnaie qui n'était pas la monnaie stipulée; ou de ne pas procéder à la conversion, en s'exposant à se voir accusés d'être complices de l'obligataire principal qui était la personne qui devait recevoir le plus de livres sterling comme propriétaire du plus grand nombre d'obligations.

Il paraît que du fait que les obligataires espagnols avaient acheté des obligations en livres c'était un abus que d'essayer de se faire payer ce qui leur était dû comme si seuls les obligataires autres qu'eux avaient payé leurs obligations en les achetant.

Mais pour les tribunaux espagnols, le fait qu'un financier achète un grand nombre d'obligations ne lui donne pas vis-à-vis de la société émettrice plus de droits que ceux d'un petit obligataire, mais ne lui en donne pas moins que ceux dont jouit ce dernier.

Si l'on parle du « sacrifice modeste en devises » que M. March devait faire au cas où il serait adjudicataire, il faut aussi parler de celui qu'il avait fait antérieurement pour acheter les obligations. Sacrifice que ne purent ou que ne voulurent faire *Sidro* ou n'importe quels actionnaires de la *Barcelona Traction*.

Ni la société en faillite jadis, ni le Gouvernement belge actuellement n'ont voulu reconnaître le fait que cette Compagnie avait cessé d'affronter une masse anonyme d'obligataires auxquels elle pouvait imposer sa volonté dans des assemblées ou dans des conventions, ce qui était une solution commode pour un débiteur aux abois. Cela ne fait pas de doute. Mais si un autre groupe financier, usant parfaitement de ses droits, devenait obligataire majoritaire, il était en droit de veiller à ce qu'on lui paye ce qu'on lui devait non seulement à lui, mais à tous les petits obligataires qu'il ne voulait pas sacrifier.

643. Le Gouvernement belge, qui qualifie de déni de justice ce respect des droits des obligataires, y compris M. March, ne semble pas s'être indigné quand *Sidro* ne voulait rien savoir de la fameuse règle lorsqu'il s'agissait de payer les obligations en livres qui se trouvaient en son pouvoir. Le *Contre-mémoire* (IV, par. 274, p. 422) rappelait qu'au cours des négociations entre MM. Frère et March, entre la première et la seconde requête du Gouvernement belge devant la Cour Internationale de Justice, *Sidro* exigea que la liquidation de certaines obligations en livres qu'elle possédait, se fît précisément conformément au cahier des charges (A.C.M., N° 162, vol. IX, pp. 5 à 7).

Est-ce que *Sidro* avait oublié que, dans sa propre interprétation de cette prétendue règle de droit espagnol, ses créances en livres devaient être converties en créances en pesetas, et précisément au cours de 45 pesetas par livre sterling? Ou est-ce que, selon *Sidro* et ses protecteurs, cela ne s'applique qu'aux obligations possédées par d'autres personnes et non aux leurs?<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Il ne semble pas non plus que le *National Trust* ait considéré comme un grief le fait que les obligations qu'il possédait lui avaient été payées en livres et conformément aux dispositions du cahier des charges (A.C.M., N° 163, vol. IX, p. 8).

644. Ce grief démontre finalement la duplicité de ceux que le Gouvernement belge défend avec tant de désinvolture.

Pendant la durée de la faillite et avant la vente, la campagne internationale provoquée par les intérêts impliqués dans la *Barcelona Traction*, utilisa comme une de ses armes favorites l'accusation que le groupe des obligataires avait requis la faillite en Espagne pour convertir les obligations en pesetas.

Dans la « receivership » canadienne, l'on produisit la même affirmation devant les Tribunaux du Canada; le « Receiver », qui payait les frais de la procédure avec des fonds qui provenaient d'une filiale de *Sofina*, mais qui officiellement devait veiller aux intérêts des obligataires, affirmait que la faillite espagnole supposerait un grave préjudice pour ceux-ci si leurs créances en livres se convertissaient en créances libellées en pesetas. Et aujourd'hui on prétend tirer grief du fait que ces prédictions ne se soient pas réalisées.

## 2) *Inexistence de la règle en droit positif espagnol.*

645. Dans la mesure où le Gouvernement demandeur reproche aux tribunaux espagnols d'avoir violé ou consenti la violation d'une règle de l'ordre juridique espagnol, il lui incombe incontestablement de prouver l'existence de cette règle. Les décisions des tribunaux jouissent en effet sur le plan international d'une présomption de conformité avec le droit interne (*supra*, pars. 52 ss.).

Le *Contre-mémoire* a contesté l'existence de cette règle et a exposé le principe général posé par le Code civil et la jurisprudence pour le paiement des obligations en monnaie étrangère. La *Réplique* critique la jurisprudence citée et, affirme que les principes généraux ne seraient pas applicables au cas de la faillite, lequel serait régi par la règle exceptionnelle dont la violation est alléguée, mais l'existence non prouvée.

La présente *Duplique* démontrera qu'aucune de ces affirmations n'est exacte. Mais la réfutation de tous les arguments adverses, destinée à mettre en évidence le peu de sérieux des constructions juridiques échafaudées pour les besoins de la cause dans la *Réplique* ne peut faire perdre de vue qu'en définitive seule compte la question de savoir si la règle exceptionnelle applicable à la faillite existe ou non, si elle était ou non connue et admise par l'ordre juridique espagnol à l'époque où se produisirent les faits et ceci d'une façon absolument certaine.

646. D'après l'article 1170 du Code civil espagnol<sup>1</sup>, les obligations en monnaie étrangère doivent être exécutées dans la monnaie stipulée tant qu'existe la possibilité de le faire. Si cela est impossible pour des raisons matérielles ou légales, alors mais seulement alors, le paiement pourra être effectué dans la monnaie ayant cours légal en Espagne.

<sup>1</sup> L'article 1170 prévoit que: « Le paiement des dettes d'argent devra se faire dans l'espèce stipulée et, si le versement de cette espèce n'est pas possible, dans la monnaie en argent ou en or qui aura cours légal en Espagne ».

Dans cette dernière hypothèse surgit le problème du cours de change, sujet à des oscillations; le Tribunal Suprême a résolu le problème en ce sens que la somme à payer en « pesetas » doit être déterminée par le cours de change en vigueur au moment du paiement, et non par celui du jour de l'échéance de l'obligation (C.M., IV, p. 411, note 1).

La *Réplique* (V, p. 554, note 1) prétend que l'arrêt du 9 novembre 1957, cité par le Gouvernement espagnol, ne peut pas être considéré comme indiquant l'état de l'ordre juridique espagnol en la matière, car il s'agirait d'une décision isolée, dont la motivation serait discutable. Ni l'une ni l'autre de ces affirmations ne sont exactes.

Il n'est pas nécessaire de démontrer que cet arrêt confirme la jurisprudence antérieure. Il suffit de rappeler à la partie adverse que le principe exposé a été confirmé par d'autres arrêts postérieurs du Tribunal Suprême, spécialement celui du 8 juin 1963<sup>1</sup>. Quant à l'auteur invoqué pour contester l'opinion du Tribunal Suprême (moyen de toute façon sans pertinence), il est adversaire de la thèse soutenue dans la *Réplique*. Pour le vérifier, il suffit de lire complètement le texte invoqué<sup>2</sup>.

L'interprétation jurisprudentielle de l'article 1170 du Code civil, exposée dans le *Contre-mémoire*, était et est toujours en vigueur. Elle est en outre défendue par l'ensemble de la doctrine<sup>3</sup> (y compris l'auteur cité: A.D. N° 171).

647. C'est pourquoi sans doute la *Réplique* (par. 757, p. 554) prétend que la règle commune ne serait pas applicable à la faillite, laquelle serait régie par la règle exceptionnelle signalée. Elle affirme même sans la moindre gêne: « Il n'est ni contestable, ni contesté, que le droit espagnol de la faillite a adopté cette règle ».

Laissant de côté pour l'instant la question de savoir si la règle spéciale est ou non « contestable », il faut relever que la partie adverse ne peut tirer aucune conclusion favorable de ce qu'elle n'a pas été contestée. La consultation des innombrables travaux des auteurs espagnols qui ont traité de la faillite, révèle qu'aucun d'entre eux<sup>4</sup> n'a constaté

<sup>1</sup> Le paiement d'une certaine somme en liras ayant été stipulé dans une convention, les Tribunaux de première instance condamneront le débiteur qui ne pouvait payer dans la monnaie convenue, à payer en « pesetas » en calculant le change des liras en « pesetas » d'après le cours monétaire en vigueur le jour du paiement; une partie se pourvut en cassation, en soutenant qu'il fallait appliquer le cours du change au jour de la signature de l'engagement; le recours fut rejeté par le Tribunal suprême.

<sup>2</sup> Il est exact qu'Hernandez Gil (Antonio), *Derecho de obligaciones*, tome I, Madrid 1960, p. 414, affirme, qu'en principe, « la solution correcte est de s'en tenir au jour de l'échéance », mais le Gouvernement belge néglige ce qu'il dit immédiatement après: « Toutefois, les fluctuations dans les cours du change, qui se produisent postérieurement à l'échéance et avant le paiement, ne doivent pas se traduire par un préjudice pour le créancier; celui-ci aura le droit de réclamer la différence à titre d'indemnité. Le débiteur en demeure devra au contraire supporter les conséquences de son comportement ». (Les italiques ne sont pas dans le texte original.)

De même, son affirmation selon laquelle l'arrêt de 1957 « semble montrer une certaine inclination pour la date du paiement effectif » a dans le contexte de l'ouvrage un sens très distinct de celui que prétend la *Réplique*.

<sup>3</sup> Parmi les ouvrages les plus récents, qui détruisent intégralement les affirmations de la *Réplique*, en se fondant spécialement sur les arrêts du 9 novembre 1957 et du 8 juin 1963, on peut consulter DIEZ PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Madrid 1966, pages 432 et suivantes.

<sup>4</sup> Sauf, naturellement, MM. Garrigues et Ramirez.

l'existence de cette règle que l'on dit incontestable. L'absence de contestation ne signifie donc pas, comme le laisse entendre la *Réplique*, que tous les auteurs admettent la règle, mais au contraire qu'ils l'ignorent. Si l'immense majorité des auteurs ne citent pas cette prétendue règle en traitant de la déclaration de faillite et de ses effets, c'est parce que la règle n'existe pas. Il serait en effet invraisemblable qu'aucun auteur espagnol ne mentionne la règle si elle était aussi clairement applicable. L'A.D. 171 de la présente *Duplique* donne la liste des ouvrages espagnols consultés; quelques-uns sont antérieurs à 1940 et beaucoup sont postérieurs<sup>1</sup>.

648. Les citations des ouvrages de Garrigues et Ramirez faites dans la *Réplique* (p. 555) méritent un commentaire, parce que la première contient une traduction défectueuse (l'auteur emploie le mot « *reducción* » et non celui de « *conversión* », sauf à une seule occasion), et, la seconde, omet des paragraphes et des notes révélatrices des sources de l'auteur, qui nuancent ses conclusions et montrent jusqu'à quel point on peut fonder sur cette opinion un jugement sur le Droit positif espagnol<sup>2</sup>.

Mais nous reléguons à l'A.D. 171 de la présente *Duplique* l'examen de ces auteurs, car les citations faites dans la *Réplique* suffisent pour arriver à une conclusion tout à fait opposée à celle du Gouvernement belge. D'après la citation de la *Réplique*, lesdits auteurs ont affirmé, après avoir énoncé la prétendue règle :

« Notre Droit positif ne dit rien sur ce point » (Garrigues). « Inutile de dire que s'il est vrai que notre Droit positif ne dispose rien à ce sujet... » (Ramirez).

Quand le Gouvernement belge demande, dans la *Réplique* (pp. 555-556) « sur quelle base le *Contre-mémoire* a pu avancer ses affirmations, aussi catégoriques qu'erronées, quant à l'état du Droit espagnol dans la matière », on peut lui répondre que ses affirmations sont été faites, pour le moins, sur la base même des auteurs que cite la *Réplique*. Il est en effet évident que l'affirmation du *Contre-mémoire* selon laquelle le droit positif espagnol ne sanctionne pas la prétendue règle, est équivalente à l'affirmation que le droit positif « ne dit rien sur ce point » ou « ne dispose rien à ce sujet ».

Et le Gouvernement belge lui-même, en citant ces auteurs, indique comme eux, que :

« S'il n'existe pas une disposition spécifique de la Loi, qui la consacre expressément, elle se dégage clairement d'autres dispositions légales en vigueur en matière de faillite ». (R., pp. 554-555).

Ces dispositions, dont la règle se « dégage clairement », sont l'article 1381, en relation avec les articles 1285 à 1294 du Code de procédure civile, qui se limitent à prévoir le mode

<sup>1</sup> C'est en 1940 que Garrigues a exposé pour la première fois sa thèse dans la forme que nous verrons plus loin. Quand le Gouvernement belge affirme (R., p. 555) que ni Garrigues ni Ramirez ne citent aucune opinion contraire à la leur, il dit vrai, mais il est également vrai qu'ils ne citent aucune opinion favorable à leur thèse.

<sup>2</sup> Il faut noter, par exemple, que Ramirez invoque à l'appui de sa thèse le premier paragraphe de l'article 1170 du Code civil, qui est la règle de Droit commun dont le Gouvernement belge nie l'application et qui prévoit exactement le contraire de ce que cet auteur prétend.

de paiement, qui doit naturellement être fait en argent. On y chercherait en vain la moindre référence à l'espèce de monnaie dans laquelle le paiement doit être effectué ou le moindre indice permettant de supposer qu'il existe en matière de faillite une dérogation aux règles du Droit commun.

La seule chose que le Gouvernement belge puisse dire est par conséquent que malgré l'absence de toute disposition concrète en droit espagnol d'après deux auteurs isolés, il semblerait que la règle doive se déduire de certaines dispositions légales, qui ne prévoient rien à cet égard et dont l'application est douteuse en matière de faillite. Comment, dans ces conditions, la *Réplique* peut-elle oser accuser les tribunaux espagnols d'avoir « violé la loi » ou commis « une erreur grossière constitutive d'un déni de justice » ?

649. Le Gouvernement belge, qui avait la charge de prouver, sans contestation possible, l'existence de la règle, reconnaît expressément que l'ordre juridique espagnol ne la consacre pas. Cela suffirait à rendre inutile toute controverse ultérieure, qui ne peut avoir d'autre objet que de discuter l'opinion singulière de la partie adverse selon laquelle l'introduction de la règle dans le droit positif espagnol pourrait être utile ou opportune. Mais même sur ce terrain les conclusions du Gouvernement belge sont erronées.

La *Réplique* (V, par. 756, p. 554) rappelle qu'il est de règle générale dans la faillite que les biens du failli soient vendus pour être convertis en *moneta fori*. Les sommes obtenues, dit-elle ensuite, doivent être réparties entre les créanciers, ce qui implique nécessairement que toutes les créances doivent être converties dans la même monnaie du for, car le paiement du passif n'est possible que si les deux masses, active et passive, sont calculées dans la même monnaie.

La conclusion est manifestement erronée: si la règle de la conversion est prévue par la loi (comme cela est le cas dans certains pays), le paiement du passif avec le produit de l'actif se trouve facilité. Cela ne veut cependant pas dire que la conversion soit indispensable. Dans d'autres pays comme l'Espagne, où la règle n'est pas établie par le droit positif, doivent s'appliquer (M. Ramirez lui-même invoque l'article 1170 du Code civil) les règles du droit commun auxquelles seule une norme spéciale peut déroger obligatoirement. Et cette obligation n'est pas incompatible avec l'obtention de *moneta fori* dans la liquidation de l'actif.

Quand ils se trouvent en présence d'une créance en monnaie étrangère, les syndics ont le devoir de payer le créancier dans la monnaie stipulée, conformément aux dispositions de la règle précitée. Ils doivent, donc, acheter avec la *moneta fori* — comme tout débiteur, car ils agissent en lieu et place du failli — l'espèce spécialement stipulée en consacrant à cette acquisition les unités de *moneta fori* qui seront nécessaires. Et c'est seulement dans le cas où une telle acquisition des espèces stipulées serait impossible, pour des raisons matérielles ou légales, qu'ils devraient effectuer le paiement en *moneta fori*, mais en appliquant, comme l'a décidé le Tribunal Suprême, le cours de change en vigueur au moment du paiement.

Cela ne veut pas dire que l'on renonce à ce que les deux masses, active et passive, soient exprimées en une même monnaie, pour rendre possibles les calculs et les opérations,

soit pour établir les bilans, soit pour déterminer ce qui revient à chaque créancier en cas de paiement au prorata. Mais le fait que la *moneta fori* soit utilisée comme monnaie de compte ne signifie pas qu'elle puisse être utilisée comme monnaie de paiement. Le fait que les obligations en monnaie étrangère soient réduites en pesetas pour l'établissement des comptes ne signifie pas qu'elles soient converties en obligations payables exclusivement en pesetas. Cette réduction à la *moneta fori* utilisée comme monnaie de compte, permet de rendre les créances comparables, ce qui est la seule chose rendue nécessaire par le but de la faillite<sup>1</sup>.

650. Dans le cas concret de *Barcelona Traction*, il est établi que l'on n'a pas violé mais au contraire pleinement appliqué la loi espagnole en exigeant de l'adjudicataire le paiement en livres sterling en échange de l'acquisition du patrimoine grevé de la charge constituée par la société en faillite elle-même en faveur de ses obligataires.

Quant à la fixation du prix minimum, il est évident que pour pouvoir soustraire le passif de l'actif, il fallait calculer sa valeur en *moneta fori* utilisée comme monnaie de compte. Mais le change devait se faire au cours en vigueur à ce moment, encore antérieur au paiement, et non à celui en vigueur à la date de la déclaration de la faillite. Que cette réduction ait ou n'ait pas été explicitement exposée dans le rapport Soronellas est totalement dépourvu d'intérêt puisque le seul fait que l'on ait estimé le passif supérieur à l'actif, impliquait un calcul des unités de monnaie du for qui seraient nécessaires à l'acquisition à cette date du nombre suffisant de livres sterling<sup>2</sup>.

Le Gouvernement belge le reconnaît lui-même, quand il affirme que la dette mise à la charge de l'adjudicataire était une somme de livres qui, traduites en pesetas au cours réel du change à la fin de 1951, représentait un milliard cinquante-cinq millions de pesetas. (R., p. 559).

La double erreur attribuée au *Contre-mémoire* n'existe donc pas (R., p. 558); lorsqu'il s'agissait d'imposer à l'adjudicataire l'obligation de payer en livres, la question ne se réduisait évidemment pas à la détermination du cours de change applicable puisque aucune opération de bilan ou de prorata n'imposait ce paiement; et lorsqu'il s'agissait de fixer le prix minimum, la question était de déterminer le cours de change selon lequel la dette en livres devrait être réduite en *moneta fori*.

### C. Caractère déterminé du prix stipulé dans le Cahier des Charges

651. Le Gouvernement belge (R., par. 201, p. 119 à 121 et par. 748, p. 550) renouvelle son ancienne accusation selon laquelle le Cahier des Charges aurait violé les articles 1445

<sup>1</sup> De ce point de vue, l'opinion du Prof. Doelle, citée dans la *Réplique* (p. 558, note 1) acquiert un sens très différent de celui que prétend lui donner la *Réplique*.

<sup>2</sup> La *Réplique* (p. 558, note 2) expose un curieux raisonnement; si l'on appliquait le cours de change officiel, seul concevable pour une conversion légalement imposée, la faillie avait avantage à ce que l'on tienne compte du cours du change en vigueur en 1951, plutôt que de celui en vigueur lors de la déclaration de faillite. Comme il ne s'agissait pas d'une conversion imposée légalement, mais d'une réduction à *moneta fori* destinée à permettre l'évaluation, la thèse selon laquelle il fallait recourir au change officiel tombe d'elle-même; le jeu auquel veut se livrer la partie adverse, comme auparavant la faillie, en profitant de l'existence de plusieurs cours de change, n'est pas admissible. Pour calculer le passif, il fallait s'en tenir à la somme en *moneta fori* qui était réellement nécessaire pour acheter les livres sterling. Si ce que la *Réplique* affirme, de cette façon singulière, était exact, on ne s'expliquerait pas l'animosité avec laquelle elle a dénoncé à plusieurs reprises que l'on n'ait pas adopté le cours du change en vigueur en 1948.

et 1449 du Code civil qui exigent que la vente intervienne à un prix déterminé. Le prix était indéterminé, dit-il, bien qu'il se composât de deux parties — 10 millions de pesetas et les charges ou obligations que devait assumer l'adjudicataire — car la seconde partie était indéterminée et dépendait de la bienveillance des syndics qui, ne devait se manifester que si M. Juan March était l'adjudicataire.

Le *Contre-mémoire* a déjà répondu à cette accusation (IV, par. 266, pp. 415 et ss. et par. 271, pp. 419 et ss.). Le Gouvernement belge dénature manifestement le sens de la réponse espagnole, pour y trouver des contradictions imaginaires. Ce serait fatiguer l'attention de la Cour que de répéter les arguments véritablement exposés dans le *Contre-mémoire*. Il suffit donc d'y renvoyer. Mais la *Réplique* (R., V, p. 121) a voulu y ajouter en tentant de démontrer que le risque que les syndics agissent de façon discriminatoire n'était pas théorique, mais très réel. Elle affirme que les syndics n'ont pas exigé que *Fecsa* paye d'intérêts sur les intérêts en retard, bien que le *Contre-mémoire* affirme que les obligataires étaient en droit d'exiger leur paiement. Elle se demande en outre si la conduite des syndics aurait été la même dans le cas où l'adjudicataire n'aurait pas été *Fecsa*.

L'exemple choisi par le Gouvernement belge ne pouvait pas être mieux choisi pour démontrer exactement le contraire de ce qu'il prétend. Voici les faits :

Le 28 décembre 1951 — avant la vente aux enchères — *Fecsa* requit, par l'intermédiaire du Notaire de Reus, M. Miguel Guelbenzu, chacun des syndics de la faillite de la *Barcelona Traction* de déterminer quels étaient les droits attachés aux obligations en livres de la *Barcelona Traction* auxquels se référait le N° 5 du paragraphe A) de la deuxième condition du Cahier des Charges en précisant que leur reconnaissance, leur détermination et leur validité relevaient de la compétence des syndics.

Le Notaire remit la requête à tous les syndics à leurs domiciles de Reus. Le 29 décembre M. Torrents, avoué, agissant comme mandataire des trois syndics, comparut à l'étude du Notaire pour répondre à la requête. Il indiqua textuellement :

« ...

Que la clause du Cahier des Charges à laquelle se réfère la requête a pour objet de prévoir toutes les réclamations de paiement que pourraient faire les obligataires à l'adjudicataire et qui ne sont pas expressément décrites dans le reste des alinéas du paragraphe A) de la deuxième condition.

Comme on l'indique dans cette deuxième condition, les documents qui correspondent aux obligations émises par la *Barcelona Traction* que les enchérisseurs doivent liquider et payer ainsi que les rapports et études qui ont été faits à ce sujet sont à la disposition desdits enchérisseurs.

Parmi ces documents figure un rapport rédigé par un juriste canadien, dont il résulte que la *Barcelona Traction* a l'obligation de liquider et de payer les intérêts à raison de cinq pour cent l'an sur le montant de chacun des coupons échus et non payés de ces obligations.

En conséquence, M. Torrents, au nom des syndics, déclara que l'adjudicataire aurait au moins l'obligation de liquider et de payer ces intérêts au taux de cinq pour cent l'an sur le montant de chacun des coupons échus et non payés de ces obligations ».

Il est utile de joindre en A.D., 173 l'acte notarié cité et en A.D. 174 la copie du rapport rédigé par le juriste canadien, M. Welligton, mentionné dans l'acte lui-même.

Ces documents réduisent à néant l'accusation du Gouvernement belge et démontrent son manque total de fondement. Ils mettent en outre en évidence :

a) L'absence de connivence entre les syndicats et *Fecsa* et qu'ils agissaient d'une façon absolument indépendante <sup>1</sup>.

b) La prudence dont ont fait preuve les syndicats en demandant des études non seulement économiques et techniques, mais juridiques et cela non à des avocats espagnols, comme les professeurs Polo et Ballbé, mais encore à des juristes canadiens comme M. Welligton.

c) Que chaque enchérisseur éventuel, qui aurait eu des doutes sur le sens, la portée ou l'importance de l'une des clauses du Cahier des Charges, avait à sa disposition un moyen aussi simple qu'efficace pour les dissiper : s'adresser aux syndicats de la faillite pour leur demander les renseignements et éclaircissements dont il pensait avoir besoin.

652. Après que les représentants légaux de *Fecsa* eurent reçu la réponse des syndicats et examiné les documents auxquels cette réponse se référait, ils remirent, à leur tour, une lettre aux syndicats en date du 3 janvier 1952, veille de la vente aux enchères (A.D. 175). Cette lettre indiquait textuellement ce qui suit :

« Interprétant votre réponse à notre requête du 28 décembre dernier et les documents examinés, nous vous informons que nous déduisons clairement de tout cela que l'adjudicataire de la vente aux enchères ne contracte d'autre obligation de paiement que celle de liquider le principal des obligations, les coupons auxquels se réfère le Cahier des Charges avec la limitation prévue au paragraphe 4 de la troisième condition dudit Cahier des Charges et, le cas échéant, les intérêts de ces coupons à 5 % d'intérêt annuel ».

653. Avant de procéder à l'adjudication définitive à *Fecsa* des biens vendus lors de la vente aux enchères publiques du 4 janvier 1952, les syndicats exigèrent conformément aux dispositions du Cahier des Charges, que l'adjudicataire justifiât de l'exécution de son obligation de payer ; l'adjudicataire rapporta cette preuve en démontrant que la majorité des titres des obligations étaient en sa possession pour être estampillés (*infra*, par. 677) et que les dépôts prévus par le Cahier des Charges avaient été constitués.

Aucun créancier n'adressa de réclamation aux syndicats pour inexécution des obligations de l'adjudicataire ni pour demander leur intervention pour la fixation du montant de ses droits. La « National Trust » elle-même — et c'est un fait établi — présenta au paiement les obligations qu'elle possédait et qui furent payées. La *National Trust* n'a jamais formulé aucune protestation pour non-paiement d'une somme quelconque.

La vérité oblige à dire que malgré le temps passé et la suppression des dépôts et des cautions qui garantissaient le paiement des droits des créanciers, quelques obligataires se

<sup>1</sup> Une nouvelle preuve de la totale indépendance des syndicats et du soin et de la prudence avec lequel ils agissaient se trouve dans le fait suivant : En date du 27 décembre 1951 le « Banco Central » écrivit aux syndicats en leur annonçant qu'il tenait à leur disposition pour le compte de *Fecsa*, la garantie d'un million de dollars prévue par la sixième condition du cahier des charges. Les syndicats ne se contentèrent pas de cette lettre et le 28 décembre 1951 ils requirèrent par Notaire le « Banco Central » de leur communiquer les documents démontrant qu'il avait effectivement à sa disposition la garantie d'un million de dollars nord-américains mentionnée dans la lettre. En exécution de cette requête, le Notaire joignit à ses minutes, après les avoir comparées avec les originaux, les photocopies des documents qui établissaient l'existence réelle desdites garanties.



sont présentés ces derniers temps pour être remboursés. La société adjudicataire a exécuté ponctuellement ses obligations, sans donner lieu à protestations ni à réclamations d'aucune sorte.

#### § 5: LIQUIDATION ET PAIEMENT DES OBLIGATIONS PAR L'ADJUDICATAIRE

654. La *Réplique*, en traitant des clauses du Cahier des Charges concernant les conditions qui devaient être remplies pour être enchérisseur dans la vente aux enchères publiques et les droits et obligations attribués au futur adjudicataire, formule les griefs suivants :

a) Les sixième et septième conditions du Cahier des Charges qui concernaient le dépôt à effectuer pour participer à la vente aux enchères et la renonciation expresse à toute garantie contre l'éviction et les vices cachés, avaient pour objet d'éviter la présence de tout acheteur autre que M. March (V, par. 203/204, pp. 121/122).

b) L'obligation imposée à l'adjudicataire de rembourser les obligations de la *Barcelona Traction* dans la monnaie du contrat était également discriminatoire (par. 202, page 121). Elle violait les règles du droit espagnol en matière de faillite (par. 749 et ss., pp. 550 et ss.) et révélait une ignorance complète, systématique et délibérée des règles relatives au paiement des créances et de la procédure antérieure (par. 760 et ss., pp. 559 et ss.).

c) La faculté, laissée à l'adjudicataire, de conclure des accords avec les créanciers, avait pour objet de laisser subsister intactes les obligations dont le groupe March était titulaire (par. 205, pp. 122/123 et 768/770, pp. 564/567).

#### A. Régularité des conditions mises à l'intervention comme enchérisseur dans la vente aux enchères publiques

655. Le *Mémoire* (I, par. 220, p. 100) avait attaqué conjointement les sixième et huitième conditions de la vente aux enchères. La sixième condition imposait aux enchérisseurs l'obligation de déposer un million de pesetas et de garantir l'affectation spéciale de la somme de 357.140 livres sterling ou d'un million de dollars au paiement des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage*. Ce dépôt et la somme garantie devaient être restitués aux enchérisseurs, sauf à l'adjudicataire et celui-ci devait perdre sa garantie au profit de la masse s'il n'exécutait pas les obligations assumées<sup>1</sup>. La huitième condition prévoyait que la charge de faire les démarches nécessaires à l'obtention des autorisations administratives devant permettre l'exécution des obligations serait laissée à l'adjudicataire<sup>2</sup>.

On disait dans le *Mémoire* que la sixième condition était d'une « extrême rigueur » et qu'elle ne pouvait être acceptée que par un adjudicataire qui aurait eu par avance l'assurance d'obtenir les autorisations administratives prévues dans la huitième condition. La *Réplique* (par. 203, p. 121) insiste sur cette accusation, en faisant valoir que le *Contre-mémoire* n'a pas fait allusion à la sixième condition.

Il est de s'étonner que cette condition puisse être présentée par la partie adverse comme une chose anormale, introduite dans la faillite au profit d'un adjudicataire

<sup>1</sup> A.C.M., N° 158, vol. VIII, pp. 361/362.

<sup>2</sup> A.C.M., N° 158, vol. VIII, p. 362.

déterminé. Le *Contre-mémoire* n'a pas fait expressément allusion à cette condition parce qu'il y était implicitement répondu par la citation des règles qui s'appliquent à toutes les ventes aux enchères publiques en droit espagnol (A.C.M., N° 156, vol. VIII, p. 342).

L'article 1500 du Code de procédure civile prévoit que celui qui veut participer à une vente aux enchères comme enchérisseur doit effectuer un dépôt égal aux dix pour cent du prix de vente minimum fixé. Ce dépôt doit être restitué après la vente à tous les enchérisseurs, sauf à l'adjudicataire qui doit laisser son dépôt en garantie de l'exécution de son obligation de paiement du prix<sup>1</sup> et, le cas échéant, à titre de paiement partiel du prix de vente<sup>2</sup>.

Les syndics ont exigé le dépôt d'un million de pesetas qui représentaient exactement les dix pour cent de la somme qui devait être versée en espèces. Mais les obligations de de l'adjudicataire, dans le cas d'espèce, ne se limitaient pas au paiement de ce prix minimum, mais comportaient encore celui du montant total des obligations en livres de la société en faillite plus leurs intérêts. Logiquement, les syndics auraient dû exiger aussi les dix pour cent de cette somme. Dans ce cas, le montant du dépôt ou garantie se serait élevé à plus de trois millions de pesetas. Le *Contre-mémoire* n'a pas exposé dans quelle intention les syndics ont diminué cette somme d'un tiers approximativement. Il est raisonnable de présumer qu'ils ont précisément voulu faciliter l'intervention d'enchérisseurs, soit d'obligataires, soit de tiers, en donnant en outre à la faillie la possibilité de faire intervenir un tiers qui se subrogerait à l'adjudicataire en fournissant des garanties analogues.

On pourrait comprendre que l'on accuse les syndics de n'avoir pas exactement observé les règles applicables à l'intervention dans la vente aux enchères, si on leur reprochait de ne pas avoir exigé un dépôt de dix pour cent. Mais l'étonnement est pleinement justifié quand on constate que la partie adverse non seulement ne se plaint pas d'une telle prétendue irrégularité, mais affirme que la condition était « d'une extrême rigueur » et prétend voir une intention discriminatoire dans une clause imposée par la loi et qui a réduit d'un tiers l'exigence légale.

C'est peut-être pour cela que le Gouvernement belge n'a pas osé dire que la clause était illégale et a préféré passer sous silence les règles de droit espagnol qui réglementent la vente aux enchères.

656. L'affirmation mal intentionnée selon laquelle les sixième et huitième conditions avait été rédigées dans le but d'empêcher qu'une autre personne que le ressortissant espagnol M. Juan March puisse participer à la vente aux enchères, parce qu'il était le seul qui savait d'avance qu'il obtiendrait les autorisations administratives indispensables à l'exécution du Cahier des Charges, a été dûment réfutée dans le *Contre-mémoire* (IV, par. 270, p. 419). C'est le Gouvernement belge qui omet de faire allusion aux réponses qui ont été données.

---

<sup>1</sup> Conformément à l'article 1513, l'adjudicataire qui n'exécute pas son obligation répond d'une éventuelle diminution du prix lors de la seconde adjudication et des frais causés de ce fait. Il est évident que le dépôt constitué a pour but de garantir le remboursement de dommages de cette nature.

<sup>2</sup> Cette règle, qui a un caractère général dans toutes les ventes aux enchères, se retrouve dans les dispositions concernant certaines exécutions spéciales, comme les hypothécaires. Ainsi, l'article 131 de la Loi hypothécaire exige des enchérisseurs la consignation des 10% du prix fixé comme base (règle 14a). Si l'adjudicataire n'exécute pas son obligation de paiement, il perd le dépôt qui est affecté au paiement des frais et, s'il reste un excédent, des créances et intérêts (règle 15a).

Mais la *Réplique* (V, par. 782, p. 576) répète que *Fecsa* aurait fait preuve de folie si elle avait pris le risque de perdre le dépôt sans avoir d'avance l'assurance d'obtenir les autorisations nécessaires. Le manque de logique des arguments invoqués par l'adversaire saute aux yeux. Dans l'ensemble des ventes aux enchères, l'exigence du dépôt de garantie, quoique parfaitement logique, a pour conséquence que seuls peuvent se présenter comme enchérisseurs ceux qui ont l'argent nécessaire pour l'effectuer. Dans ce sens, on pourrait dire que l'exigence d'un dépôt est toujours une mesure discriminatoire en faveur du créancier poursuivant qui, dans l'exécution particulière, est relevé de l'obligation de déposer <sup>1</sup>.

Dans le cas concret de la *Barcelona Traction*, il est évident que seuls pouvaient se présenter comme enchérisseurs ceux qui avaient la possibilité de fournir le dépôt et la garantie, et ensuite de payer le prix et les obligations de la société en faillite. Il est également possible d'admettre que des tiers étrangers aux deux groupes en lice, auraient couru un certain risque en se présentant comme enchérisseurs. Ce risque aurait cependant été exactement le même que celui que court tout enchérisseur dans n'importe quelle vente aux enchères, dans le cas où, devenu adjudicataire des biens, il ne peut payer le prix qu'il s'est engagé à verser.

Cela étant, il existait précisément deux groupes pour lesquels le risque n'existait pas et qui pouvaient sans folie enchérir, même s'ils n'étaient pas certains d'obtenir les autorisations administratives. Le premier groupe était celui des obligataires majoritaires et le second celui de la *Barcelona Traction* et ses protecteurs ou *co-intéressés*. Il est exact que l'adjudicataire devait perdre le dépôt et la garantie en faveur de la masse si, une fois assumée l'obligation de payer, il lui était impossible d'exécuter les obligations assumées pour un motif quelconque. Mais, si l'argent avait été fourni par les obligataires majoritaires, il aurait en fait constitué une garantie pour eux-mêmes puisque — comme le reconnaît le Gouvernement belge — ils possédaient un grand pourcentage des obligations. Les créanciers sont en effet les premiers intéressés à ce que la masse soit pourvue de numéraire. Pour les obligataires majoritaires le risque était donc relatif, comme pour n'importe quel autre enchérisseur possédant des obligations.

Pour *Barcelona Traction* et ses « co-intéressés », dans le cas où elle aurait fait usage de l'option concédée dans le Cahier des Charges ou pour *Sidro* si elle avait accepté l'offre de *Fecsa*, le risque aurait été juridiquement inexistant, car s'agissant d'étrangers, ils n'étaient assujettis à aucune autorisation administrative préalable.

Dans l'hypothèse contestée où l'existence d'un dépôt inférieur au montant exigé par la loi, pourrait être considérée comme discriminatoire, cette discrimination aurait peut-être dû affecter des tiers hypothétiques, mais en aucun cas le groupe de la société en faillite; il était évident que ce groupe aurait dû être disposé à payer, disposition qu'il n'a jamais manifestée dans la faillite espagnole.

657. A propos de la septième condition, aux termes de laquelle on exigeait que l'adjudicataire renonce à l'éviction et à la garantie des vices cachés, le *Contre-mémoire* (IV, par. 270, p. 419) avait répondu au grief formulé dans le Mémoire avec les deux arguments suivants: 1<sup>o</sup> la clause prévoyant la renonciation n'est pas une anomalie ou le produit de l'imagination des syndics. Elle est prévue par la loi pour les ventes aux enchères en général,

<sup>1</sup> Il n'en est pas de même dans la faillite, où il n'y a pas de créancier poursuivant, mais une masse de créanciers qui n'est pas une personne morale pouvant se présenter comme enchérisseuse.

comme cela résulte des articles 1496 du Code de procédure civile et 131, règle 8<sup>a</sup>, de la Loi hypothécaire. Le Code civil prévoit en outre que cette renonciation est admissible dans toutes les ventes (A.C.M., N° 159, vol. VIII, page 368). Et 2<sup>o</sup> que le devoir des syndics était de protéger les créanciers contre toute action que, postérieurement à la faillite, l'adjudicataire pourrait introduire contre eux, en conséquence d'actions exercées par la société en faillite ou ses coïntéressés »<sup>1</sup>.

Le Gouvernement belge (R., par. 204, p. 122) n'a pu opposer aucune objection à ces arguments. En dénaturant le sens de la réponse du *Contre-mémoire*, il a toutefois prétendu qu'on avait laissé sans réponse le véritable grief du *Mémoire*, à savoir que la clause était défavorable à l'adjudicataire quelconque et que seul M. March ne subissait pas de préjudice parce qu'il était l'inspirateur de la faillite.

Il faut observer que si une condition n'enfreint aucune règle légale et si les syndics, en l'établissant, ont accompli leur devoir de veiller aux intérêts des créanciers dont ils sont les *mandataires*, le fait que cette condition soit plus ou moins favorable à des tiers hypothétiques qui auraient pu participer à la vente aux enchères est complètement dépourvu de signification et de pertinence. Le Gouvernement belge s'abstient pour cela aussi de prétendre que la clause était illégale.

Il est, en outre, inexact de dire qu'elle empêchait des tiers de participer à la vente et plus encore qu'elle faisait obstacle à ce que le groupe de la faillie puisse faire usage des options qui lui avaient été octroyées.

En acquérant les biens de *Barcelona Traction* à la vente aux enchères un tiers, étranger aux deux groupes en lice, aurait couru le risque hypothétique que la vente soit annulée et même que la faillite soit déclarée illégale<sup>2</sup>. Or, du fait de la renonciation, l'adjudicataire ne pouvait exiger des créanciers le remboursement des sommes payées. Cela ne voulait toutefois pas dire qu'il perdait les biens acquis sans compensation. Une fois la vente annulée ou la faillite déclarée illégale, le tiers aurait été subrogé dans la « *titularidad* » de toutes les obligations qu'il avait payées et il serait devenu le créancier de la société pour la totalité des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage*, avec leurs intérêts échus, qu'il avait payés, en exécution des conditions du Cahier des Charges. Il n'aurait donc pas été privé de droits puisqu'il aurait acquis la totalité des droits des obligataires. La renonciation ne pouvait par conséquent entraîner pour lui au maximum que la perte des dix millions de « pesetas » qu'il devait verser à la masse en faillite. Penser que cette somme, à côté de celle de neuf millions et demi de livres sterling pouvait peser dans l'esprit de possibles enchérisseurs au point de décider de leur participation ou de leur abstention à la vente aux enchères, est totalement inimaginable.

Enfin s'il est vrai que la renonciation pouvait ne pas causer de préjudice à M. Juan March, parce qu'il possédait la majorité des obligations et était à la fois créancier et adjudicataire, il est certain que cette clause ne pouvait pas davantage empêcher l'autre groupe financier de participer à la vente aux enchères ou de faire usage des options. Ceci pour le motif évident qu'au cas où la faillie aurait triomphé dans l'une des actions exercées

<sup>1</sup> La *Réplique* elle-même (p. 122) est forcée d'admettre que la renonciation est favorable aux créanciers, dont les syndics doivent défendre les intérêts, en faisant usage des moyens prévus par la Loi.

<sup>2</sup> Les décisions ultérieures des Tribunaux espagnols démontrent que le risque était en réalité inexistant. A l'époque de la vente aux enchères, il pouvait toutefois exister un risque hypothétique.

par elle, les biens vendus lui auraient été restitués et elle n'aurait fait que se libérer des obligations qui pesaient sur ces biens de par sa propre et libre volonté. Il est donc certain qu'aucun obstacle n'empêchait le groupe de la *Barcelona Traction* de participer à la vente aux enchères publiques. Dans ces conditions, il est impossible absolument de parler de discrimination.

B. *Régularité de la condition qui imposait à l'adjudicataire l'obligation de rembourser les obligations dans la monnaie du contrat*

658. Le Gouvernement belge consacre un grand nombre de pages à tenter de démontrer que la méthode suivie dans la vente aux enchères des biens de *Barcelona Traction* était irrégulière et qu'elle avait pour objet de faire passer aux mains de l'un des groupes financiers en lutte les biens propriété de l'autre groupe.

Il examine à cette fin la troisième condition du Cahier des Charges à un triple point de vue; il prétend que la clause était discriminatoire et avait un but frauduleux, il affirme qu'elle détournait la faillite de son but, il soutient enfin qu'elle révélait une ignorance systématique des règles concernant le paiement des créanciers.

Toutes ces accusations sont totalement dénuées de fondement.

1) *La troisième condition n'était pas discriminatoire.*

659. D'après la *Réplique* (V, par. 202, p. 121) seul M. Juan March aurait été en mesure de participer à la vente aux enchères et d'assumer l'obligation de payer les créanciers dans la monnaie convenue. Aucun résident en territoire espagnol — dit-on — ne pouvait obtenir l'autorisation des autorités monétaires, du moment que celles-ci avaient officiellement refusé d'admettre que les dettes en livres sterling de la *Barcelona Traction* pesaient sur l'économie nationale. Pour tenter de démontrer cette allégation, le Gouvernement belge renvoie à un autre passage de la *Réplique* (par. 365, pp. 265/266), dont le contenu prouve le contraire<sup>1</sup>.

Le Gouvernement belge a dû, en outre, admettre la réalité de l'affirmation contenue dans le *Contre-mémoire* (IV, par. 270, p. 419) selon laquelle les étrangers et les Espagnols résidant à l'étranger ne pouvaient alléguer aucun obstacle qui les aurait empêchés d'assumer l'obligation de payer les obligataires dans la monnaie du contrat. Il est opportun de prendre acte de cet *aveu* contenu dans la *Réplique*.

Pour atténuer l'effet de cette inévitable *aveu*, la *Réplique* a eu recours à des excuses: toute personne autre que M. Juan March aurait fait preuve d'une grande témérité en

<sup>1</sup> Comme le *Contre-mémoire* l'avait déjà signalé, la *Barcelona Traction* n'a jamais sollicité des devises pour le service de ses obligations en livres (*supra*, 1<sup>re</sup> partie, Chap. II, Sect. I, par. 2 et par. 4, A). Les autorités espagnoles n'ont ainsi pas eu l'occasion de se prononcer sur le service des obligations de la *Barcelona Traction*, mais sur celui des prétendues dettes d'*Ebro* en raison des obligations *General Mortgage* et du compte-courant en dollars avec *Internacional Utilities*.

Le fait que les autorités espagnoles se soient refusées à reconnaître cette prétendue dette d'*Ebro* envers la *Barcelona Traction*, dette dont *Ebro* n'avait pas fourni la justification adéquate, ne permettait pas de présumer *a priori* le rejet certain d'une autre demande de devises pour le paiement des obligations émises par la *Barcelona Traction* dûment justifiée (*supra*, 1<sup>re</sup> partie, Chap. II, par. 4, A).

assumant l'obligation de payer plus de neuf millions et demi de livres sterling, puisque la vente était irrégulière et portait sur des biens que l'on voulait « hispaniser » et tout acheteur autre que ledit ressortissant espagnol aurait rencontré des obstacles et des difficultés de la même nature que ceux dont avait souffert la *Barcelona Traction*. La partie adverse, à force de répéter les mêmes accusations sans aucune preuve, en arrive à se persuader elle-même que le simple fait de les énoncer sert de justification à ses arguments. Il suffit de constater que, comme l'a affirmé le *Contre-mémoire*, la vente n'était pas irrégulière, que l'intention « d'hispaniser » à tout prix l'affaire de la société en faillite n'existait que dans l'imagination de la *Barcelona Traction* et de ses protecteurs et que les difficultés rencontrées par cette société avaient pour seule cause sa propre conduite frauduleuse envers ses créanciers et l'Etat espagnol, pour qu'aucun masque ne puisse travestir l'aveu du Gouvernement belge.

2) *La troisième condition ne détournait pas la faillite de son but.*

660. La *Réplique* semble faire une confusion au sujet des buts de la faillite, en prenant pour des buts de cette procédure des éléments qui ne sont que des moyens de les atteindre. Les buts de toute faillite sont de permettre, par la vente de l'actif, le versement aux créanciers de ce que le failli leur doit et d'assurer dans ce paiement des dettes la « *par conditio creditorum* »<sup>1</sup>.

Le fait que le patrimoine d'un failli soit transféré à un acheteur qui se charge de payer les créanciers, loin d'être contraire aux fins de la faillite « *per se* », correspond aux formes les plus classiques d'exécution collective. Dans les cas ordinaires il peut être plus avantageux pour les créanciers que les syndics vendent séparément les biens du failli, en cherchant le maximum de profit pour la masse et en distribuant ensuite entre tous les créanciers le produit de la vente conformément aux divers privilèges et garanties. Il faut cependant répéter qu'il n'y a rien eu de frauduleux à ce que dans le cas de *Barcelona Traction*, le but de la faillite ait été atteint par l'aliénation des biens du failli, considérés comme une unité, avec pour l'adjudicataire la charge de payer intégralement les dettes obligataires du failli.

La vente par les syndics contre de l'argent effectivement payé à la masse et la distribution de cet argent par les syndics sera toujours un moyen de réaliser la protection des créanciers, mais non une fin en soi. On démontrera plus loin que le moyen choisi n'était pas illégal. Il faut aussi souligner ici avec force que le but de la faillite fut effectivement visé et atteint et que c'est précisément ce qui gêne la *Barcelona Traction* — et apparemment, le Gouvernement belge — qui a soutenu avec un zèle digne d'une meilleure cause que ce but ne devait pas être atteint en raison des mesures de « protection naturelle » prises par elle-même; en réalité, pour frauder ses créanciers.

661. La *Réplique* soutient (par. 750, p. 551) que s'il est normal que le propriétaire d'un bien donné en nantissement le vende en laissant à l'acquéreur le soin de rembourser le créancier pignoratif, il est anormal que dans la masse active de la faillite apparaissent des biens donnés en nantissement à qui ce principe doit être appliqué.

La *Réplique* invoque à nouveau à ce propos l'article 918 du Code de commerce, selon lequel, on ne pouvait pas d'après elle intégrer dans la masse les biens de la *Barcelona*

<sup>1</sup> Sur les fins de la faillite, *vide* les indications données dans le *Contre-mémoire*, pp. 239 et ss.

*Traction* parce qu'ils avaient été donnés en nantissement à la *National Trust*<sup>1</sup>, et qu'il aurait fallu auparavant payer intégralement au créancier pignoratif les obligations garanties par ces biens. Le Gouvernement belge prétend ensuite (V, par. 751, pp. 551 et 552) que les biens ayant été intégrés illégalement dans la masse, il fallait ignorer le nantissement et les aliéner pour une somme d'argent en faisant abstraction des charges, pour que les créanciers soient payés par les syndics. En présence de telles affirmations le Gouvernement espagnol doit rappeler quelle était la situation de fait et de droit, des biens objet de l'aliénation.

Le patrimoine entier de la *Barcelona Traction* était constitué par les actions et les obligations de ses filiales, dont la vente en paquets séparés aurait produit une véritable dépréciation de la chose vendue. Et le Gouvernement belge lui-même n'a pas contesté les raisons invoquées par les syndics, conseillés par des experts, pour vendre la totalité des biens.

La société en faillite avait d'autre part émis des obligations qui devaient être payées en un certain genre de monnaie et elle avait affecté la totalité de ses biens à la garantie de ses engagements à cet égard. On a déjà démontré (*supra*, par. 283 ss.) que, contrairement à ce que prétend la *Réplique*, cette garantie n'était pas un nantissement et que l'article 918 du Code de commerce ne lui était pas applicable. Mais la garantie existait, ce qui donnait aux obligataires un droit de priorité sur tous les autres créanciers non garantis par les « trust deeds ».

La garantie était certainement constituée en faveur de la *National Trust* du point de vue formel, mais en sa qualité de *trustee* des obligataires; ceux-ci étaient les bénéficiaires véritables de la garantie et les seuls dont on pouvait tenir compte à l'heure de l'aliénation des biens.

Il suffit de ce simple rappel pour comprendre la portée de l'affirmation de la *Réplique* (par. 749, p. 550) que la méthode suivie pour la vente des biens de la *Barcelona Traction* n'a pas de précédents en Espagne. Dans l'histoire judiciaire espagnole, il n'existe pas de précédents qu'une société, dont l'unique patrimoine est constitué par des effets de commerce, ait donné en garantie tous ses biens en faveur de pratiquement tous ses créanciers, dans la forme utilisée par la société en faillite, pour assurer en outre que ces créanciers seraient payés en une monnaie stipulée.

Dans la faillite espagnole de la *Barcelona Traction*, on a adopté une méthode efficace qui permettrait de payer aux créanciers ce qui leur était dû, dans la monnaie stipulée et en rendant efficace la garantie constituée par la faillie elle-même quand elle avait eu recours au crédit.

Il ne suffit pas, comme le prétend la *Réplique* (par. 753, p. 553), d'alléguer que le groupe espagnol était titulaire de 85 % des obligations. On doit répéter une fois de plus

<sup>1</sup> A certains endroits de la *Réplique*, spécialement au paragraphe 25 (page 16), il a été affirmé au contraire que le jugement déclaratif de faillite ne produisait pas d'effet sur les biens de la faillie, parce qu'ils avaient été remis en nantissement à la *National Trust*. Le Gouvernement belge ajoutait que les organes de la faillite avaient agi illégalement en exerçant les droits attachés à des actions qui ne faisaient pas partie de la masse de la faillite. Et il déclare maintenant (p. 551, note 1) que l'inclusion des actions données en gage à la *National Trust* « s'était opérée... en vertu du jugement de faillite ». Les deux thèses sont ainsi franchement contradictoires.

qu'aux yeux des tribunaux espagnols les intérêts de M. March étaient aussi respectables que ceux d'un quelconque autre obligataire, que le fait que les obligations aient été acquises par un groupe de financiers, ne donnait pas à ceux-ci plus de droits, mais ne leur en enlevait pas non plus et que la *Barcelona Traction*, en mettant en circulation ses obligations, avec la garantie établie, se trouvait obligée vis-à-vis des porteurs des titres, quels qu'ils soient.

Il n'est pas douteux que la *Barcelona Traction* eût préféré que ses obligations se fussent dispersées dans les mains d'une foule de porteurs, auxquels elle pouvait imposer sa volonté dans les successives « réorganisations financières », comme la société appelle pudiquement les spoliations successives dont les obligataires ont été les victimes. Mais ce n'est pas la faute des autorités judiciaires espagnoles si le groupe financier qui opérait sous le manteau de la *Barcelona Traction* n'a pas pu ou n'a pas voulu empêcher qu'un autre groupe financier achète la majorité de ces obligations et se refuse à une nouvelle « réorganisation financière » à l'image des antérieures.

662. Les allusions du Gouvernement belge au prétendu nantissement en faveur de la *National Trust* démontrent la désinvolture avec laquelle il invoque les prétendus griefs concernant les droits des tiers.

Si, se fondant sur une fausse interprétation de l'article 918 du Code de commerce, les organes de la faillite avaient autorisé la *National Trust* à vendre librement le portefeuille de la société en faillite pour payer les obligataires, le Gouvernement belge n'aurait vu aucune objection à ce que les obligations en livres ne soient pas transformées en obligations en pesetas et à ce qu'un tiers — la *National Trust* — soit chargé de payer les obligataires aux lieu et place des syndics.

Mais il y a mieux, comme il a été déjà dit, le groupe de la *Barcelona Traction* a allégué devant les Tribunaux du Canada, que le but de la faillite était de dépouiller les créanciers en payant leurs créances en pesetas tandis que le paiement aurait eu lieu dans la monnaie stipulée dans le contrat si la vente avait été faite par la *National Trust*. Cela n'empêche pas le Gouvernement belge de dire aujourd'hui (par. 749, p. 550) que le remboursement en devises était « une pièce essentielle » du plan de March.

La vente par la *National Trust* ne promettait enfin pas d'être excessivement favorable pour les créanciers. En effet avant la déclaration de faillite en Espagne, la *National Trust* était en effet disposée à renoncer à sa fonction de « trustee » des obligations *Prior Lien* et à ne conserver cette fonction que pour les obligations *First Mortgage*, car elle pensait que la vente du portefeuille de la *Barcelona Traction* ne rapporterait pas une somme suffisante pour permettre le paiement des deux masses d'obligataires, ce qui provoquerait un conflit entre ses devoirs de « trustee » de l'une et de l'autre des émissions d'obligations.

Dans la faillite espagnole, au contraire, les créanciers ont été payés dans la monnaie stipulée et les deux sortes d'obligataires ont été intégralement remboursés. Si les obligations avaient été converties en pesetas et si l'on avait calculé les livres au taux de change du jour de la déclaration de faillite, les créanciers n'auraient pas été protégés et la faillite n'aurait pas atteint son véritable but. Il n'est pas invraisemblable de supposer



que dans cette hypothèse le Gouvernement espagnol aurait dû se défendre contre une accusation de déni de justice, fondée sur le fait que le traitement réservé aux obligataires aurait été inférieur à celui qu'aurait pu leur assurer la *National Trust* sur la base des contrats de *trust*!

663. On pourrait soutenir que la vente des biens aurait été contraire au but de la faillite, si elle avait altéré la *par conditio creditorum* ou si elle n'avait pas permis le remboursement de tous les créanciers.

Le Gouvernement belge prétend aujourd'hui que la vente ne s'était faite qu'en faveur des obligataires *Prior Lien* et *First Mortgage* et il va jusqu'à affirmer que l'on n'avait même pas respecté certains des droits garantis par les contrats de *trust*. La question sera examinée plus loin du point de vue juridique mais on doit tout d'abord établir l'inexactitude de l'affirmation belge sur le plan des faits. Il faut de nouveau rappeler que le prix indiqué pour la vente aux enchères était un prix minimum et que les biens n'étaient pas cédés en échange du seul paiement des obligations privilégiées, quoique celles-ci représentassent la presque-totalité des dettes de la faillie. On indiqua comme prix minimum pour la vente aux enchères la somme de dix millions de « pesetas » avec, en plus, l'obligation de payer les obligations de la société en faillite dans la monnaie stipulée. Or, si l'on n'obtient dans une faillite que l'argent nécessaire au paiement des créanciers privilégiés et que l'on ne parvienne pas à payer les créanciers ordinaires, on ne commet aucune infraction au principe de la *par conditio creditorum*, comme le reconnaît la même *Réplique* (V, par. 763, p. 561) <sup>1</sup>.

Il est, donc, illogique de prétendre que les autres créanciers ont subi un préjudice du fait que le paiement n'a pas été directement fait par les syndics, si l'on ne démontre pas qu'il existait d'autres créanciers de la *Barcelona Traction* ayant un droit préférable à celui des créanciers qui ont effectivement été payés. Or le Gouvernement belge ne peut le démontrer pour la raison que de tels créanciers privilégiés n'ont jamais existé.

La preuve en est que quand la *Réplique* (pp. 552, note I et 563, note I) a voulu citer un exemple de créanciers ayant les mêmes droits que les obligataires, elle a renoncé à invoquer l'existence de créanciers prioritaires par rapport aux obligataires, elle a fait état du droit de la *National Trust* au paiement de ses frais et honoraires. Le Gouvernement belge devrait savoir que, dans toute faillite, le créancier doit comparaître et établir son droit pour qu'on le reconnaisse comme tel. Or, il est certain que la *National Trust* qui a invoqué tant de qualités distinctes pour intervenir dans la faillite, n'a jamais fait valoir ni établi aucune créance pour frais et honoraires contre la société en faillite ni formulé aucune protestation devant les Tribunaux espagnols pour non-paiement de ses frais et honoraires <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Imaginons l'hypothèse où le prix type aurait été fixé à la somme de pesetas nécessaires pour acheter neuf millions et demi de livres, plus les pesetas pour le montant des intérêts des obligations *First Mortgage* et dix millions de pesetas de plus; les syndics auraient dû alors payer les créanciers privilégiés et les autres créanciers seraient restés sans percevoir ce qu'on leur devait, à moins qu'un enchérisseur n'ait amélioré le prix minimum.

<sup>2</sup> Le *Mémoire* (I, par. 365, p. 178) a présenté aussi comme créanciers de la société en faillite les *receivers* canadiens, qui n'ont même pas essayé de comparaître devant les Tribunaux espagnols, quoiqu'ils disaient diriger la défense de la *Barcelona Traction*. La *Réplique* a préféré ignorer les créances des *receivers*.

664. De tout ce qui vient d'être dit, il résulte :

a) Qu'il n'est pas vrai que, dans la faillite espagnole, l'on ait méconnu un prétendu droit de nantissement de la *National Trust* pour le ressusciter ensuite au moment de la vente, comme on le prétend dans la *Réplique* (par. 752, p. 552). Il n'y avait aucun nantissement mais une garantie d'un type non nommé dont les obligataires étaient les bénéficiaires et qui n'autorisait en aucune manière à laisser la totalité des biens du failli en dehors de la masse de la faillite. Mais cette garantie, établie par la *Barcelona Traction* en faveur de la presque-totalité de ses créanciers, obligeait les syndics à s'assurer que les créanciers privilégiés recouvreraient la totalité de leurs créances dans la monnaie stipulée.

b) Qu'en réalisant la vente dans les conditions où elle a eu lieu, les syndics ont accompli leur mission essentielle, qui est d'assurer la protection complète et intégrale des créanciers, et non comme le prétend la *Réplique* (V, par. 753, p. 552) d'effectuer matériellement les paiements.

c) Qu'aucune infraction à l'article 911 du Code de commerce n'a été commise car on n'a en aucune manière privé les autres créanciers de la possibilité de recouvrer le montant de leurs créances et parce que leur situation n'a été altérée en rien par le fait que la vente aux enchères ait eu lieu dans ces conditions plutôt que dans d'autres. La sollicitude que manifeste le Gouvernement belge envers les créanciers ordinaires de la *Barcelona Traction* contraste singulièrement avec le manque d'intérêt qu'il a toujours montré envers les créanciers privilégiés. Cette sollicitude va jusqu'à s'étendre à une prétendue créance de la *National Trust*, que cette société n'a pas fait valoir devant les Tribunaux espagnols ni invoqué au cours de ses multiples comparutions, malgré la diversité des titres qu'elle a allégués pour intervenir dans la faillite.

3) *La troisième condition n'était pas illégale.*

665. Le principal effort accompli dans la *Réplique* (pars. 754 et ss., pp. 553 et ss.) pour tenter d'établir la prétendue illégalité de cette condition, vise une prétendue règle selon laquelle les obligataires auraient dû être payés en pesetas et la conversion effectuée au cours du change en vigueur le jour de la déclaration de faillite. Comme l'inexistence de cette règle en droit espagnol a déjà été démontrée, il n'est pas nécessaire de prouver qu'elle n'a pas pu être violée par la troisième condition. L'autre cause de la prétendue illégalité consisterait en ce que les syndics auraient dû payer eux-mêmes les créanciers, après avoir procédé à l'admission et au calcul des créances. La *Réplique* dénature une fois de plus les arguments donnés dans le *Contre-mémoire*, en laissant sans réponse ceux qui la gênent le plus. La question fondamentale est celle de savoir si la condition qui imposait à l'adjudicataire l'obligation de payer les créanciers privilégiés était ou non illégale car de la solution de ce problème dépend celle de toutes les autres questions posées dans la *Réplique*.

Le *Contre-mémoire* a exposé (IV, par. 267, pp. 416/417) que la troisième condition n'impliquait pas une reprise des obligations de la débitrice par l'adjudicataire. Il y aurait eu reprise de dette si les syndics avaient vendu les biens en laissant à l'adjudicataire le soin de payer les obligations en dehors du cadre de la faillite<sup>1</sup>. Il est cependant évident que ce ne fut pas le cas.

<sup>1</sup> Le *Contre-mémoire* disait, cependant, que même si cette subrogation avait eu lieu, elle n'aurait pas constitué un vice de nullité de la vente aux enchères, conformément au principe posé par le Tribunal Suprême dans son arrêt du 12 avril 1945. La *Réplique* garde sur ce point un silence prudent!

La *Réplique* (V, par. 767, p. 564) prétend que dans le *Contre-mémoire* on parle de la « substitution de l'acheteur à la débitrice », pour dire ensuite qu'elle n'a pas eu lieu car *Fecsa* a substitué les syndics et non la société en faillite. Le Gouvernement belge réfute une fois de plus une affirmation que le *Contre-mémoire* n'a pas faite. Si la partie adverse lit bien le passage qu'elle cite, elle pourra constater que l'on y affirme tout le contraire. Le *Contre-mémoire* y indique précisément que le *Mémoire* reproche au Cahier des Charges d'avoir prévu la substitution de l'acheteur à la débitrice, en présentant le fait comme une reprise de dette, alors qu'il n'y avait pas eu de semblable substitution ou reprise de dette car l'adjudicataire avait effectué le paiement matériel en se substituant aux syndics et sous leur contrôle. Le *Contre-mémoire* affirmait qu'en application de l'article 1158 du Code civil, les syndics pouvaient charger un tiers de l'extinction des obligations et que, ce faisant, ils n'enfreignaient aucune règle légale, puisqu'aucune règle n'interdisait aux syndics de charger un tiers des opérations de paiement.

Pour combattre cette thèse, la *Réplique* (par. 767) prétend que l'on ne peut invoquer le Code civil pour justifier la légalité de la condition, car dans la faillite le paiement doit avoir lieu sous le contrôle des organes de la faillite et par suite du Tribunal. Le *Contre-mémoire* (IV, par. 269, p. 418) a pleinement réfuté cette objection en mettant en évidence que le paiement effectué par l'adjudicataire avait eu lieu sous le contrôle des syndics et, par conséquent du Tribunal, comme cela était prévu dans la condition elle-même et dans les conditions corrélatives <sup>1</sup>. La *Réplique* répète l'objection sans rien répondre à l'argument du *Contre-mémoire*.

666. Ne pouvant réfuter les arguments du *Contre-mémoire* ni citer aucune règle légale interdisant aux syndics d'inclure dans le Cahier des Charges de la vente aux enchères une stipulation de la teneur de la troisième condition, la *Réplique* a cité une longue série de dispositions du Code de procédure civile qu'elle reproche aux syndics d'avoir méconnues.

Le Gouvernement belge invoque ainsi l'article 1240, qui exige que le prix payé par l'adjudicataire soit déposé à la disposition du tribunal (par. 761, p. 560). Il cite ensuite les articles qui concernent l'admission et la détermination du rang des créances (par. 762/764, pp. 560/562), et ceux qui déterminent la façon dont les syndics doivent effectuer le paiement (par. 766, p. 563).

Le fait que la *Réplique* répète avec tant d'insistance que ces principes ont été « ignorés » est révélateur ; il n'allègue pas en effet qu'ils auraient été violés ou enfreints par les syndics ou les tribunaux. Il soutient qu'ils n'ont pas été appliqués lors du paiement des obligataires. La raison de cette façon de poser le problème est évidente. Pour violer ces principes, il aurait fallu que les syndics, après avoir aliéné les biens contre une somme d'argent en aient disposé sans la mettre à la disposition du tribunal ou l'aient répartie entre les créanciers dont les créances n'auraient pas été préalablement admises ou dont le rang n'aurait pas été correctement déterminé.

<sup>1</sup> Il a été dit dans le *Contre-mémoire* que l'adjudication définitive ne pouvait intervenir qu'une fois que l'obligation de paiement aurait été exécutée à la satisfaction des syndics. Dans le cas contraire les biens n'auraient pas été remis et la masse de la faillite aurait été augmentée du montant du dépôt. Le Gouvernement belge a naturellement préféré ignorer l'argument, car il démontre que la sixième condition, relative au dépôt et à la garantie, remplissait une fonction de contrôle de l'exécution des obligations de l'adjudicataire. Or cela démontrait le manque de fondement de la thèse belge au sujet de l'objet de la sixième condition.

Du moment que l'adjudicataire avait été chargé du paiement, il est clair qu'il ne pouvait pas violer les règles prévues pour l'admission, la détermination du rang et le paiement des créanciers par les syndics. Si la condition n'est pas illégale, il ne peut y avoir de violation de règles qui sont prévues pour une situation complètement différente. Si la condition avait été établie en violation d'une règle légale la prohibant, il serait par contre superflu d'invoquer de telles dispositions. Mais ce que l'on ne peut faire c'est prétendre que la clause était illégale parce que le tiers a effectué le paiement avant que les syndics n'aient observé les règles relatives à la reconnaissance, à la détermination du rang et au paiement des créances.

667. La *Réplique* allègue que ces règles sont d'ordre public (par. 764, p. 562). Cela signifie seulement que dans toute faillite, il faut ouvrir la quatrième section et l'instruire conformément aux règles légales. Or c'est ce qui a été fait dans la faillite de la *Barcelona Traction*, aussitôt que l'état de la procédure l'a permis.

La troisième condition aurait pu violer les règles du droit matériel relatives à la reconnaissance et à la détermination du rang des créances si l'on avait aliéné le patrimoine de la société en faillite afin de payer des créances fictives ou pour altérer la *par conditio creditorum*. Mais cela ne s'est pas produit et, comme on l'a vu, le Gouvernement belge lui-même n'a pu citer une seule créance, prioritaire ou égale à celles des obligataires, qui n'aurait pas été payée après avoir été produite dans la faillite espagnole par son titulaire.

Tout cela confirme entièrement ce qui été indiqué dans le *Contre-mémoire* et que la *Réplique* n'a pu contester avec un seul argument solide. Contrairement à ce que prétend la *Réplique* (par. 765, p. 562), le *Contre-mémoire* ne s'est pas contenté d'affirmer (par. 268, pp. 417 et ss.) que la méthode suivie rendrait superflus l'examen et la détermination du rang des créances des obligataires. Le *Contre-mémoire* indiquait que la « vérification préalable » n'était pas nécessaire, car tous les créanciers qui avaient le droit d'être payés par l'adjudicataire tiraient ce droit de leur qualité d'obligataires, et que les émissions d'obligations étaient d'un montant parfaitement déterminé tandis que les créanciers justifiaient de leurs créances par la production de titres représentatifs émis par la société en faillite elle-même.

Les règles concernant l'admission des créances tendent à éviter l'admission dans la faillite de créances fictives, dont le paiement pourrait léser les autres créanciers; dans le cas d'espèce, la méthode adoptée rendait totalement impossible que quiconque présente des créances au recouvrement avec des titres fictifs ou autres que les obligations.

La *Réplique* garde un certain silence à cet égard, car on ne pourrait qualifier de fictives les créances des obligataires sans censurer la manière de procéder de la *Barcelona Traction* qui avait émis les obligations. Si certaines de ces obligations avaient été émises sans que la société ne reçoive de contre-prestation équivalente, cela n'aurait pu être imputé qu'à la faillie; mais même cela n'aurait pas permis de contester l'existence de créances résultant d'obligations émises et mises en circulation par le débiteur et incorporées dans des titres incontestables.

Quant à la violation des règles matérielles concernant la détermination du rang des créances, la *Réplique* ne peut nier que les obligataires eussent priorité sur tous les autres

créanciers puisque cette priorité avait été établie par la société en faillite elle-même. Le Gouvernement belge a en outre invoqué bien des fois l'existence de la garantie en allant jusqu'à prétendre que les biens devaient être sortis de la masse de la faillite, afin d'être vendus au profit unique et exclusif des obligataires. Il est paradoxal que la *Réplique* prétende défendre les intérêts des créanciers ordinaires, alors qu'elle a constamment prétendu que les biens remis en garantie devaient être vendus par la *National Trust*, ce qui aurait eu pour conséquence que seuls auraient été remboursés les obligataires à l'exclusion des autres créanciers, qu'aucun lien ne rattachait à la *National Trust*.

668. Les arguments relatifs à la créance impayée de la *National Trust* pour frais et honoraires ayant été réfutés, il reste à faire une dernière observation au sujet des autres créanciers auxquels se réfère la *Réplique* (R., V, p. 563, note 2).

Le Gouvernement belge a dû admettre que lorsque l'on procéda à l'admission et à la détermination du rang des créances, après la levée de la suspension de la faillite, les rares créanciers qui n'avaient pas été payés comparurent et ne formulèrent aucune protestation, alors qu'ils auraient seuls eu qualité pour se plaindre.

La *Réplique* veut expliquer leur défaut de protestation en distinguant deux catégories de créanciers. D'après elle, le liquidateur de l'*Ebro* ne pouvait pas protester, parce qu'il avait participé aux prétendues illégalités commises par les créanciers; quant aux autres créanciers, ils n'ont pas protesté parce que cela aurait été inutile puisqu'il n'existait plus de fonds pour les payer.

Il est vrai que le liquidateur d'*Ebro* ne pouvait formuler aucune protestation, mais pas pour les raisons indiquées par la partie adverse. *Ebro* était créancière en raison des millions exportés clandestinement d'Espagne à l'étranger, opération qui impliquait d'une part un délit monétaire et d'autre part, un dépouillement irrégulier de la filiale par la société mère. Or, le liquidateur d'*Ebro* savait parfaitement bien que les devises exportées illégalement, au lieu de servir à payer les obligataires, avaient été utilisées à des fins qu'il n'a pas encore été possible d'éclaircir. Le liquidateur d'*Ebro* ne pouvait décemment prétendre que la société mère devait restituer ces millions à sa filiale de préférence aux créanciers fraudés. La *Réplique* le dissimule évidemment soigneusement quand elle rappelle la façon de procéder de la faillie et démontre une fois de plus que, dans la faillite espagnole il n'y a jamais confusion entre les patrimoines de la *Barcelona Traction* et ceux de ses filiales, pas plus que ne disparaît la personnalité morale distincte de celles-ci.

Les autres créanciers qui ont comparu pour faire valoir leurs droits se sont aussi abstenus de toute protestation; s'ils s'étaient estimés lésés dans leurs droits, ils l'auraient incontestablement manifesté, justement en raison du fait que les caisses de la faillie étaient vides et que leur unique chance d'être payés était d'obtenir une déclaration de nullité de la vente aux enchères ou d'actionner les syndics en responsabilité. La raison donnée par la *Réplique* démontre précisément le contraire de ce qu'elle veut faire croire.

669. Le Gouvernement belge n'a en outre aucune qualité pour se plaindre de cette prétendue « ignorance » des règles relatives à la détermination du rang et au paiement des créances. Il ne peut pas défendre la *National Trust*, pour une prétendue créance qu'elle n'a jamais invoquée ni les créanciers ordinaires, qui n'ont jamais protesté.

Le fait que la société en faillite n'ait subi aucun préjudice ayant été mis en évidence (C.M., IV, par. 268, p. 418), la *Réplique* a cherché à répondre à cet argument en affirmant que le préjudice souffert par la *Barcelona Traction* était manifeste, car si l'on avait respecté les règles légales, la manœuvre ourdie par le groupe March aurait été évitée (R., par. 765,

p. 563). Là encore, on peut dire à juste titre que cet argument est « plus vite dit que démontré ». Le fait qu'une vente ait lieu à un prix plus ou moins élevé peut affecter un failli. Mais une fois que le prix a été fixé et que la vente a été faite, la destination donnée à l'argent et la forme dans laquelle s'effectue le paiement aux créanciers ne peuvent causer un préjudice au failli que dans l'hypothèse où il existerait un reliquat qui ne lui aurait pas été restitué. Cette hypothèse n'est pas réalisée dans le cas d'espèce, puisque la partie adverse reconnaît elle-même qu'il est resté des créanciers impayés.

Pour démontrer d'une façon concluante la manque absolu de préjudice, il est utile d'analyser à titre d'hypothèse, ce qui se serait passé si la vente avait été faite sans la charge spéciale en faveur des obligataires. Le prix minimum aurait été alors fixé en faisant abstraction de la charge, ce qui n'aurait altéré en rien la situation. Un des postes, celui de dix millions de pesetas, aurait été augmenté du montant de l'autre poste, c'est-à-dire une somme suffisante pour payer les obligataires. C'est-à-dire que l'une des deux parties qui formaient le prix minimum, aurait été supprimée pour venir augmenter l'autre.

L'acquéreur, après avoir consigné le prix en « pesetas », serait immédiatement entré en possession des biens vendus, avant même la date à laquelle a eu lieu l'adjudication définitive à *Fecsa*; personne n'aurait donc évité que le patrimoine de la *Barcelona Traction* ne passât aux mains de l'adjudicataire. Le moment venu, les créanciers privilégiés auraient été payés et les créanciers ordinaires n'auraient pas perçu le montant de leurs créances. Le seul préjudice véritable aurait été subi par les obligataires de la *Barcelona Traction*, non seulement parce qu'ils auraient été payés plus tard, mais aussi parce que la dévaluation postérieure de la peseta aurait fait qu'il n'aurait pas été possible de leur payer en livres la totalité de leurs créances du moins en ce qui concerne les porteurs d'obligations *First Mortgage*, de second rang.

Il est certain que la formule aurait aussi lésé les intérêts du groupe majoritaire des obligataires en immobilisant dans la caisse de la faillite une somme considérable de pesetas. Outre que l'affirmation que cette difficulté aurait empêché *Fecsa* d'acheter les biens, est une pure hypothèse. Il serait faux de croire que tout ce qui peut créer des difficultés à un groupe financier implique par là même un avantage pour le groupe opposé.

La preuve en est que la méthode de vente, loin d'être préjudiciable pour la société en faillite, était la seule qui permit à son groupe financier de récupérer les biens de la *Barcelona Traction*, en faisant usage de l'option que lui concédait le Cahier des Charges de la vente aux enchères. Les mêmes facilités ont, donc, été octroyées aux deux groupes qui pouvaient vraisemblablement être intéressés par l'achat des biens de la société en faillite.

#### C. Régularité de la faculté octroyée à l'adjudicataire de passer certaines conventions avec les obligataires

670. L'octroi de cette faculté à l'adjudicataire avait fait l'objet de critiques dans le *Mémoire* et a été expliqué dans le *Contre-mémoire* (par. 272, p. 420), sans que la *Réplique* ait pu donner aucune réponse valable<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> La *Réplique* (par. 205, p. 122) prétend qu'en reconnaissant que les syndics avaient probablement tenu compte de la réalité des deux groupes financiers en lutte, l'on a avoué que l'un des groupes avait dépouillé l'autre avec la complicité des Tribunaux espagnols. Cet aveu ne se trouve naturellement pas dans le *Contre-mémoire*. Il faut remarquer, une fois de plus, le raisonnement du Gouvernement belge pour qui tout avantage du groupe des obligataires, découlant de la réalité des faits, implique une illégalité et tout avantage prévu en faveur du groupe de la faillie pour lui permettre de récupérer ses biens, à la seule condition qu'elle paye ce qu'elle devait, implique une hypocrisie.

Devant l'affirmation espagnole que la clause qui concédait cette faculté pouvait être superflue, mais non illégale, la *Réplique* lance deux accusations, ébauchées dans sa première partie (V, par. 205, pp. 122 et ss.) et développées dans sa seconde partie (pars. 768/770, pp. 564/567).

Il était illégal — dit-elle — d'octroyer cette faculté à l'adjudicataire, car les syndics ne l'avaient pas, puisque les créanciers et le failli ne peuvent conclure un concordat qu'en observant les règles légales et que l'article 899 du Code de commerce prohibe les conventions particulières entre le failli et les créanciers.

L'invocation de l'article 899 du Code de commerce est tout à fait dépourvue de sens, car cette règle ne prohibe que les conventions particulières *entre le failli et l'un de ses créanciers*, et sanctionne le créancier par la perte de son droit et le failli par une déclaration de banqueroute simple, quand il ne mérite pas d'être déclaré en banqueroute frauduleuse<sup>1</sup>.

Les conventions auxquelles se référait le Cahier des Charges pouvaient être conclues entre l'adjudicataire — qui avait l'obligation de payer le montant de la créance pour pouvoir obtenir la remise des biens vendus — et l'obligataire qui voudrait convenir librement une autre forme d'extinction de son obligation.

L'accord que chaque obligataire faisait librement avec l'adjudicataire ne s'imposait pas et ne liait pas les autres obligataires qui ne voulaient pas, eux aussi librement, conclure un accord. Il est absurde de penser que les créanciers devaient se réunir en assemblée pour décider que chacun des assitants serait libre de passer ou non des conventions avec l'adjudicataire, sans que ces conventions affectent ou lient les autres.

Il est enfin paradoxal que le Gouvernement belge se souvienne maintenant de cette règle. Le *Contre-mémoire* a indiqué que des hommes de paille de la *Barcelona Traction* avaient tenté de désintéresser des obligataires qui avaient requis la faillite, en leur offrant le remboursement de leurs créances, mais seulement à eux et non aux autres créanciers. La *Réplique* garde silence sur cette anecdote, qui montre le genre de considération que la société en faillite avait pour les droits de ses créanciers. Cette conduite contraste avec celle du groupe majoritaire des obligataires, qui n'a jamais accepté de discuter la moindre proposition de solution avec le groupe de la faillite, s'il était à craindre que l'opération se ferait au détriment des obligataires minoritaires non compromis dans le procès et dont les créances ont été payées sans qu'ils aient déboursé un centime pour obtenir ce résultat.

671. Dans sa seconde accusation, la *Réplique* prétend que la stipulation qui prévoyait ces accords donnait à M. March une arme précieuse pour le cas où les mesures d'aliénation seraient annulées par les tribunaux espagnols, puisque les accords conclus entre les obligataires et l'adjudicataire pouvaient laisser subsister les obligations qui en faisaient l'objet. Cette théorie est erronée *en fait et en droit*.

En droit, l'interprétation que le Gouvernement belge donne de cette condition est dépourvue de fondement, et doit par conséquent être rejetée. Les raisons en sont très

<sup>1</sup> La *ratio* de la règle est on ne peut plus simple. Le législateur a voulu empêcher que le failli ne passe des accords avec un créancier au préjudice des autres. Le failli ne peut conclure d'accords qu'avec les créanciers réunis en assemblée, conformément à la loi, parce que dans le régime d'assemblée, la volonté de la majorité s'impose à la minorité pour l'adoption d'une mesure commune à tous les créanciers.

simples. L'adjudicataire était le premier intéressé à libérer les biens de toute charge, en sorte qu'il était illogique de penser qu'il pourrait laisser subsister des droits sur des biens qui étaient les siens en raison de l'adjudication définitive. D'autre part, l'acquisition d'obligations par *Fecsa* par une voie distincte du paiement, que ce soit par apport en nature à la société ou à l'occasion d'une augmentation du capital ou par une formule analogue, aurait immédiatement entraîné la confusion des droits<sup>1</sup>. Une fois l'obligation éteinte, la garantie ou la charge sur les biens se serait éteinte aussi, quelles qu'aient pu être les dispositions du Cahier des Charges.

L'obligataire qui aurait conclu une convention particulière n'aurait en outre pas pu s'adresser à la faillie, même si celle-ci était revenue à meilleure fortune ou avait été réhabilitée, car le fait même de prendre un arrangement conformément au Cahier des Charges de la vente aux enchères l'aurait lié à ce qui avait été convenu entre les syndics et l'adjudicataire. Personne ne peut accepter des stipulations en ce qui lui convient et les rejeter en ce qui ne le favorise pas.

Quant à l'affirmation que les obligations revivraient si les Tribunaux espagnols déclaraient la nullité de la faillite ou de la vente aux enchères, elle suppose une confusion manifeste entre divers concepts juridiques. La *Réplique* méconnaît l'effet qu'une déclaration de nullité aurait eu sur toutes les obligations payées par l'adjudicataire ou acquises par lui à la suite d'un accord. Tant que la vente aurait été considérée comme valable, c'est-à-dire tant qu'elle n'aurait pas été l'objet d'une déclaration de nullité, les obligations acquises par *Fecsa* ou payées par elle, auraient dû être considérées juridiquement comme entièrement éteintes. Mais à l'instant précis où une décision déclarant la nullité de la vente aux enchères aurait été rendue ou si une *restitutio in integrum*<sup>2</sup> avait été ordonnée, l'exécution de cette décision aurait entraîné d'une part, la restitution des biens acquis par *Fecsa* à la faillie et, d'autre part, la subrogation de *Fecsa* en tous les droits des obligataires envers la faillie, subrogation opérée par le fait même du paiement<sup>3</sup>.

La prétendue « habileté » de M. March n'a donc aucune explication, puisqu'il n'était pas nécessaire de recourir à la stipulation que l'on veut incriminer pour que les obligations revivent en cas de nullité de la vente aux enchères. Toutes les obligations auraient en effet retrouvé leur validité, qu'elles aient fait l'objet d'un arrangement ou d'un paiement. A moins évidemment que le Gouvernement belge veuille soutenir que si elle avait été nulle la vente aux enchères aurait eu comme unique effet l'extinction des obligations de la faillie.

672. La thèse est mal fondée aussi en fait. Toutes les obligations, à mesure qu'elles ont été payées pour le compte de *Fecsa* ou qu'elles ont été acquises par la société adjudi-

<sup>1</sup> *Fecsa* aurait eu l'obligation de régler les créances dont elle serait devenue titulaire par voie d'apport ou de toute autre manière et cette confusion des droits aurait entraîné l'extinction de l'obligation en application de l'article 1192 du Code civil.

<sup>2</sup> Cela aurait pu être obtenu par la voie du recours en révision, qui n'a pas été utilisée par la *Barcelona Traction*.

<sup>3</sup> La nullité de la vente aux enchères aurait entraîné la nullité de toutes ses conséquences, car il n'est pas compréhensible que le Gouvernement belge puisse imaginer que cette nullité aurait entraîné la restitution des biens alors que les obligations seraient restées éteintes. L'extinction avait sa cause dans le cahier des charges et, si celui-ci avait été déclaré nul, l'extinction aurait juridiquement disparu et l'adjudicataire aurait eu le droit d'être considéré comme obligataire, en vertu de la subrogation résultant du paiement.



cataire à un titre quelconque, ont été annulées par l'apposition d'un timbre mentionnant le paiement par *Fecsa*. L'estampillage est prouvé par des actes notariés passés à Londres ou à Genève, selon l'entité bancaire qui a effectué le paiement. Postérieurement, elles ont été mises en caisses et conservées, après rédaction, également, de l'acte correspondant <sup>1</sup>.

Il est donc déraisonnable de prétendre que ces obligations sont toujours en vigueur et qu'elles grèvent les biens actuellement propriété de *Fecsa*. Face à cette réalité, les arguments que voudrait faire valoir la *Réplique* sont sans fondement (V, par. 770, p. 567, note 2) <sup>2</sup>.

#### § 6: LA VENTE ET L'ADJUDICATION DES BIENS A FECSA

673. La *Réplique*, sous l'intitulé « *L'adjudication* » (par. 210 et 211, pp. 125 ss.) traite des questions totalement étrangères à l'adjudication des biens vendus. Il est nécessaire donc de consacrer quelques observations aux allégations adverses avant de traiter véritablement de l'adjudication.

D'après le Gouvernement belge, le *Contre-mémoire* voudrait faire croire que la société en faillite était coupable du traitement inique qui lui aurait été réservé dans la faillite espagnole et cette argumentation serait un moyen de justifier les prétendues irrégularités commises.

Il n'est pas nécessaire de justifier les mesures prises dans la faillite autrement que par l'exposé des faits et des motifs juridiques des décisions prises par ses tribunaux. Comme aucune irrégularité n'a été commise et comme le prétendu traitement inique est une pure fantaisie, la présente *Dupliche* n'a évidemment rien à justifier.

Le *Contre-mémoire* ne pouvait toutefois pas manquer d'esquisser le véritable visage de la société en faillite et de ses hommes de paille et de mettre en évidence quelle avait été sa conduite avant et pendant la faillite <sup>3</sup>. Personne ne peut douter, d'autre part, que si la *Barcelona Traction* avait payé ce qu'elle devait, elle n'aurait jamais été déclarée en faillite.

La *Réplique* soutient que le défaut de paiement de la société en faillite était un prétexte, car le refus de devises avait été la véritable cause de l'interruption du service des obligations. Il a été surabondamment répondu à cette accusation et il suffira de relever ici que le défaut de paiement de la faillie est un fait indiscutable et admis par le Gouvernement belge lui-même, quoiqu'il fasse usage pour s'y référer du terme pudique « d'interruption du

<sup>1</sup> A l'A.D. 176 de la *Dupliche* figure un compte rendu des obligations estampillées et ensachées et des actes notariés qui établissent ces opérations.

<sup>2</sup> Le Gouvernement belge prétend tirer parti d'un certificat produit à l'annexe 112 de la *Réplique* (dans le texte, il est inexactement dit à l'annexe 111): il comment, à ce sujet une erreur juridique, due à ce qu'il n'a pas tenu compte du sens et de la portée des clauses inscrites sur les obligations elles-mêmes. Il ignore en outre le sort des titres inscrits par la *National Trust* et l'*Helvetia*. Dans l'A.D. 177 des explications pertinentes sont données sur ces deux points.

<sup>3</sup> Les observations du *Contre-mémoire* auxquelles le paragraphe 210 de la *Réplique* prétend répondre, n'avaient pas été faites à la fin du chapitre concernant la vente, mais avant toute analyse de cette procédure. Cela indique bien qu'il ne s'agissait pas d'une argumentation d'arrière-garde destinée à justifier des irrégularités.

service financier ». Dans tous les pays, le débiteur qui ne paye pas ses créanciers est considéré comme étant en état de cessation de paiements, quels que soient les termes sous lesquels on veuille déguiser ce fait.

On a d'autre part déjà démontré que le refus de devises n'avait été qu'un prétexte pour éviter les conséquences défavorables du défaut de paiement <sup>1</sup>.

674. Le *Contre-mémoire* (IV, par. 205, p. 378) a déjà exposé que si la *Barcelona Traction* avait vraiment eu l'intention de payer ses créanciers, elle aurait pu consigner *avant la déclaration de faillite* auprès des tribunaux espagnols la contre-valeur en pesetas des intérêts dus et du capital des obligations qu'elle avait le devoir d'amortir. Cela aurait évité qu'elle soit déclarée en faillite. La *Réplique* ne fait pas la moindre allusion à cette consignation. Et pour cause, puisqu'il résulte du propre aveu de la partie adverse que les pesetas qui auraient pu être destinées à cet usage furent délibérément consacrées au financement de l'entreprise.

Quant à la consignation après la déclaration de faillite, l'argument que la *Barcelona Traction* avait été dépouillée de ses biens n'a aucune valeur. Si les dirigeants de la société croyaient vraiment que les obligations en livres s'étaient converties en obligations en pesetas par l'effet de la déclaration de faillite et que le passif se trouvait réduit à 431 millions de pesetas (R., p. 559), on ne s'explique pas pourquoi ils ne consignèrent pas cette somme devant le Tribunal, comme un pas à titre de mesure préalable à une opposition formée en temps utile. On ne peut pas soutenir sérieusement qu'ils n'avaient pas d'argent, car ils trouvèrent une société disposée à leur prêter des fonds pour se battre contre la faillite par l'intermédiaire du procès introduit en Ontario. On ne peut continuer à soutenir que la *Barcelona Traction* manquait de moyens pour consigner du fait de la saisie de tous ses biens, alors que l'on sait qu'*Amitas* lui a prêté une somme considérable en dollars <sup>2</sup>.

Le défaut de ressources résultant de la dépossession n'est donc qu'un *prétexte* pour justifier le défaut de consignation avant et après la déclaration de faillite.

Quant à la tentative de ne désintéresser que les créanciers qui avaient requis la faillite, signalée au même endroit, par le *Contre-mémoire*, la *Réplique* « n'en souffle mot ».

675. Quant au fait que la société en faillite n'ait pas tenté de parvenir à un concordat avec ses créanciers, le Gouvernement belge veut le justifier par de nouveaux prétextes et excuses qu'il répète ensuite (R., par. 842, p. 609) et qui ne peuvent convaincre personne. La présente *Duplique* a déjà répondu à ces excuses (*supra*, par. 559) et il suffit de lire le *Contre-mémoire* (par. 204, pp. 377 ss.) pour constater que la *Réplique* a laissé sans réponse la totalité des explications données <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Il ne serait pas de trop que le Gouvernement belge démontre que les dirigeants de la *Barcelona Traction* avaient utilisé pour payer leurs créanciers les millions de pesetas en devises qu'ils avaient illégalement exportées d'Espagne; s'ils avaient tenté de payer, ne fût-ce qu'une partie de ce qu'ils devaient, ils pourraient aujourd'hui soutenir avec quelque apparence de raison qu'ils avaient véritablement l'intention de payer.

<sup>2</sup> L'on notera ici le vice logique contenu dans la *Réplique*. Si la *Barcelona Traction* n'avait pas de biens en Espagne, il ne semble pas que leur saisie ait pu avoir le moindre effet sur son patrimoine. Si, du propre aveu du Gouvernement belge, la saisie a privé cette société des moyens qui lui auraient permis de consigner, il n'est pas douteux que la dépossession produisit des effets sur le territoire espagnol.

<sup>3</sup> Le *Contre-mémoire* a expliqué la différence entre une proposition de concordat honnête, faite dans le cadre de la faillite et le plan de compromis ou tout autre *Arrangement* comme ceux que la faillie avait dictés à ses créanciers. La *Réplique* ne tient pas compte de ce qui a été dit dans le *Contre-mémoire* et son silence constitue un véritable *aveu*.

676. D'après la *Réplique* (par. 211), le *Contre-mémoire* ne contiendrait aucune réponse aux affirmations faites dans le *Mémoire* à propos de la création de *Fecsa*, de son intervention dans la vente aux enchères et de la façon dont elle a pu rapidement exécuter les obligations que lui imposait le cahier des charges.

Cette allégation est surprenante. Le *Mémoire* (I, pp. 102 à 104) se limite à relater un certain nombre de faits qui sont en eux-mêmes admis par le *Contre-mémoire*. La présente *Duplicque* confirme en effet que *Fecsa*, adjudicataire des biens vendus, a effectivement rempli les conditions de la vente aux enchères et a ainsi justifié que les biens lui aient été remis après vérifications de l'exécution de ses obligations<sup>1</sup>.

La *Fecsa* a été évidemment constituée pour intervenir comme enchérissseuse dans la vente aux enchères. Cela résulte d'ailleurs de ses propres statuts sociaux. Les obligataires majoritaires, dirigés par M. March, se sont groupés dans *Fecsa*. Cela ne constitue aucun secret, car, contrairement à la société en faillite, les obligataires n'ont jamais eu recours à la simulation. *Fecsa* a participé à la vente aux enchères et elle a été le seul enchérissseur.

On ne voit pas pourquoi le *Contre-mémoire* devrait excuser ces faits, totalement légaux et étrangers aux actes des autorités administratives et judiciaires. Même si *Fecsa* comptait être l'adjudicataire des biens, ce que le *Mémoire* décrit comme une « certitude du groupe d'enlever le morceau », les autorités espagnoles continueraient à être totalement étrangères à la question.

Mais le Gouvernement belge lui-même relate un fait très significatif qui démontre le contraire de ce qu'il prétend dans le *Mémoire* et dans la *Réplique*. *Fuerzas Eléctricas de Cataluña* a été fondée avec un capital de cinq millions de pesetas, manifestement insuffisant pour développer l'affaire si elle devait être adjudicataire; le Gouvernement belge ne se demande même pas pourquoi un capital social si peu élevé avait été prévu.

La constitution d'une société anonyme est assujettie en Espagne à un impôt et elle entraîne des frais en proportion avec le capital social. Les augmentations successives de capital entraînent de nouvelles contributions. Si *Fecsa* avait eu l'assurance d'être adjudicataire des biens de la société en faillite, il eût été logique qu'elle soit constituée dès le début avec un capital suffisant pour le développement de son objet social. Cela lui aurait cependant fait courir le risque de devoir payer une somme élevée d'impôts et de frais et de se trouver ensuite dans l'impossibilité de se faire adjuger les biens, parce que d'autres enchérissseurs auraient augmenté la mise ou parce que la *Barcelona Traction* aurait fait usage de l'option que lui concédait le cahier des charges. La faiblesse du capital initial s'explique précisément parce que les fondateurs n'avaient pas la certitude que le Gouvernement belge leur prête gratuitement maintenant. Ils ont voulu limiter les frais au minimum pour le cas où la société ne serait pas adjudicataire et c'est seulement après l'acquisition des biens qu'ils ont procédé aux augmentations successives du capital.

677. Quant à la façon dont *Fecsa* a exécuté les conditions du cahier des charges, il suffisait de constater cette exécution qui justifiait précisément la remise des biens acquis. Le Gouvernement belge formule maintenant dans la *Réplique* (V, par. 782 ss., pp. 576 ss.)

<sup>1</sup> Les insinuations malicieuses, les accusations sans fondement et autres propos malveillants, entrevus dans la rédaction ne semblent pas devoir être réfutés, d'autant plus qu'aucune justification ne les étaye, mais du moment que la *Réplique* affecte de donner du prix à cette absence de commentaires, la présente *Duplicque* formule quelques observations.

de nouvelles accusations auxquelles l'on répondra dans une autre partie de la *Duplique*.

Quant à l'accusation faite au sujet des conventions particulières entre *Fecsa* et le groupe majoritaire des obligataires, l'on a déjà démontré que ces conventions étaient parfaitement valables et que les obligations ont effectivement été achetées et estampillées par *Fecsa*. Il est donc inexact de prétendre qu'elles n'aient pas été éteintes.

Mais il existe un fait significatif à propos de ces conventions. Le tribunal, à la demande de la *Barcelona Traction*, lui communiqua les documents qui contenaient les accords entre *Fecsa* et le groupe majoritaire des obligataires. Après avoir pris connaissance de ces conventions, la société en faillite ne formula pas la moindre protestation, n'attaqua pas leur validité et n'alléguait devant le juge spécial aucun des griefs dont fait état aujourd'hui le Gouvernement belge<sup>1</sup>.

678. Le *Contre-mémoire* (IV, par. 275 et 276, pp. 422 et 423) a exposé les tentatives du groupe de la faillite pour éviter la vente ainsi que leur défaut de base juridique. La *Réplique* ne dit rien à cet égard. Le *Contre-mémoire* a également rendu compte (par. 277 et 278, pp. 423 et 425) de l'exécution de la vente aux enchères et de l'incident de nullité de procédure soulevé ensuite par la faillie sous le prétexte que la vente aurait dû être présidée par le juge spécial numéro 3 au lieu de l'être par le commissaire, et il a démontré:

a) Que le fait que le commissaire ait présidé la vente était parfaitement correct (C.M. p. 424, note 1, A.C.M., 168, IX, p. 31) et qu'en tout cas, cela ne pouvait causer de préjudice à la faillie (C.M. pp. 424 et 425).

b) Que, loin d'avoir affirmé le contraire (comme le prétend le *Mémoire*), le juge spécial s'était abstenu de se prononcer sur la question, estimant qu'il s'agissait dans le cas d'espèce d'un vice qui, même s'il existait, n'impliquait pas la nullité radicale de l'acte (C.M. p. 424).

c) Que, s'agissant d'un vice qui aurait pu tout au plus entraîner l'annulabilité de l'acte, la faillie aurait dû démontrer qu'elle avait dûment protesté lors de la vente aux enchères contre le fait que c'était le commissaire qui présidait; que la faillie avait la charge de la preuve<sup>2</sup> et qu'elle n'avait même pas intenté de faire cette preuve, motif pour lequel la demande devait être rejetée (p. 424 et A.C.M., 166, IX, p. 16).

<sup>1</sup> Au sujet des actes judiciaires auxquels a donné lieu la requête présentée par la *Barcelona Traction* le 25 août 1952, voir AD 178.

<sup>2</sup> Quand la demande en nullité avait été déclarée recevable, les syndics avaient formé un recours en exposant que l'incident était irrecevable du fait que la *Barcelona Traction* n'avait pas formulé de protestation au moment de l'acte. Le juge spécial, en rejetant le recours par son jugement du 18 avril 1952, indiqua clairement que l'acte de la vente aux enchères ne permettait pas de savoir de façon certaine si la protestation avait été ou non formulée et qu'il devait par conséquent admettre la recevabilité de la demande en nullité, tout en se réservant de se prononcer sur la question lors du jugement de l'incident. L'avertissement que la charge de la preuve incombait à la *Barcelona Traction* était donc nettement donné. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que le juge ait indiqué ce qui suit dans sa décision:

« CONSIDÉRANT que la partie contraire, c'est-à-dire la représentation de la *Barcelona Traction* ayant dénié avoir formulé une quelconque protestation contre le fait que la vente aux enchères ait été présidée par le commissaire, alors qu'à raison de l'ambiguïté de la protestation qui figure dans l'acte, il incombait à cette représentation de prouver cet incident auquel se référerait précisément ce point, ce qu'elle n'a pas fait et n'a même pas intenté d'en offrir la preuve, nous devons considérer qu'elle a donné son assentiment à cette intervention du commissaire, conclusion à laquelle conduit avec une force suffisante la conviction morale du juge, par le fait qu'il s'est écoulé un délai de trois mois depuis le déroulement de la vente aux enchères et qu'on a notifié à la faillie le droit d'option qui lui était concédé ainsi que d'autres dispositions relatives aux diligences subséquentes d'aliénation des biens, sans qu'elle ait exercé aucun recours jusqu'à la présentation de la demande qui motive le présent incident ».

La *Réplique* (V, par. 771, p. 568), loin de tenter de réfuter les arguments donnés dans le *Contre-mémoire*, se limita à transcrire deux phrases de ce document, sans aucune valeur hors de leur contexte. Le silence est significatif.

679. Il est aussi significatif que la demande en nullité ait été formulée trois mois après le déroulement de la vente aux enchères, comme le signala fort bien le juge spécial. La *Barcelona Traction* mit trois mois à découvrir le soi-disant vice de nullité, alors que pendant ce temps l'adjudicataire avait effectué le paiement des obligations, en exécution des conditions de la vente.

Cet incident n'avait donc pas d'autre objet que d'ajourner ou de retarder le moment de l'adjudication définitive à l'adjudicataire, et tous les arguments invoqués à l'occasion de cet incident, y compris ceux relatifs à l'admission à un seul ou aux deux effets du recours d'appel interjeté contre le jugement rendu par le juge spécial, ne sont qu'un rideau de fumée avec lequel on prétend dissimuler la réalité.

La *Réplique* prétend (par. 772, pp. 568 ss.) que le recours aurait dû être admis aux deux effets: le juge spécial l'avait admis ainsi, mais les syndics sollicitèrent de la « Audiencia » l'admission à un seul effet et la Cour d'appel se prononça en ce dernier sens dans son jugement du 13 juin 1952.

On a déjà démontré que l'accusation du Gouvernement belge selon laquelle la loi de procédure aurait été violée par l'admission de l'appel à un seul effet est dépourvue de fondement (voir pars. 491 ss.). On a également montré la véritable signification de la récusation formulée par le conseil de la *Barcelona Traction* (A.D. 159). Il reste, donc, uniquement à signaler que le Gouvernement belge s'abstient de dire quel fut le résultat de cet appel. Pendant l'instruction de la deuxième instance, la *Barcelona Traction* découvrit un nouveau motif de nullité, si insignifiant que le Gouvernement belge n'a même pas osé l'invoquer dans le litige international comme un nouveau grief. Dans cette deuxième instance, la société en faillite demanda d'être admise à faire la preuve qu'elle avait protesté contre le fait que le juge spécial n'avait pas présidé la vente aux enchères. Bien que la Chambre de la Cour d'appel eût pu rejeter la demande pour n'avoir pas été formulée en première instance, elle y fit droit. La preuve apportée par la société en faillite, loin de démontrer le fait, mit en évidence que la protestation n'avait pas été faite dans l'acte de la vente aux enchères et que tout l'incident n'était qu'un prétexte pour paralyser l'adjudication faite à une société qui, de l'aveu même de la *Réplique*, avait rempli les conditions exigées<sup>1</sup>.

680. Pour démontrer l'inanité de ce dernier grief, l'on doit enfin mettre en évidence que, conformément aux conditions de la vente aux enchères, c'était les syndics qui devaient procéder à la remise des biens, comme ils le firent.

*Fecsa* adressa aux syndics la réquisition à laquelle référence a été faite, (A.D. 178, doc. N° 4), en date du 11 juin 1952, en demandant aux syndics la remise des biens, conformément au cahier des charges de la vente aux enchères. Les syndics firent droit à la requête le 15 juin et ils ne demandèrent pas d'autorisation au commissaire ni au juge pour procéder

<sup>1</sup> *Vid.* à l'A.C.M., 166, IX, pp. 20/22 l'arrêt rendu en appel par la « Audiencia » de Barcelone, le 30 avril 1954, rejetant le recours de la société en faillite pour des motifs qui ne laissent aucun doute sur la correction de la thèse espagnole.

ainsi, car ils étaient obligés d'effectuer la délivrance par le cahier des charges. La vente aux enchères judiciaires est une forme de vente, qui est régie par les conditions approuvées lors de l'adjudication; une fois que l'adjudicataire a accompli les conditions exigées de lui, la remise des biens doit être effectuée par l'autre partie, soit en l'espèce les syndics, non comme un acte procédural, mais comme un acte de disposition.

Dans l'acte que les syndics ont adressé au commissaire en date du 15 juin, ils l'ont simplement informé des mesures qu'ils avaient prises et qui furent exécutées le 17 de ce mois.

Le même jour, 17 juin, le commissaire rendit, en sa qualité de président de la vente aux enchères, une ordonnance approuvant définitivement l'adjudication, mais il ne donna pas ordre aux syndics de procéder à la remise des biens, car l'obligation de remise résultait du contrat.

Le *Contre-mémoire* a exposé (IV, par. 279, pp. 425 et 426) les vicissitudes auxquelles ont donné lieu les recours formés par la *Barcelona Traction* contre l'adjudication; la *Réplique* belge s'abstient de tout commentaire.

Or, comme la remise des biens est un acte de disposition et non un acte de procédure et qu'il est imposé aux syndics par le contrat et non par une disposition judiciaire, elle aurait dû être exécutée même si l'appel contre le jugement rejetant l'incident de nullité n'avait pas été admis à un seul effet. La suspension de la procédure n'aurait pu empêcher l'exécution d'un acte de disposition de biens qui avait lieu en dehors de la procédure même, en présence et avec l'intervention, non de l'officier public ou ministériel légal, mais d'un courtier de commerce <sup>1</sup>.

Il est donc une fois de plus démontré que le Gouvernement belge veut présenter comme griefs constitutifs d'un déni de justice des décisions parfaitement justifiées, rendues à la suite d'incidents et de recours entièrement dépourvus de fondement et qui n'avaient en outre aucune incidence sur la situation prétendument dommageable pour la société en faillite.

Une fois de plus, le Gouvernement belge se plaint de ce que des tentatives désespérées pour éviter l'inévitable n'aient pas donné le résultat auquel aspirait contre toute raison la *Barcelona Traction*.

---

<sup>1</sup> Vid. A.D. 161. Il contient les documents par lesquels la remise des biens fut réalisée.

## SECTION IX

PROCÉDURES JUDICIAIRES POSTÉRIEURES À LA VENTE  
DES BIENS DE *BARCELONA TRACTION*

681. En décembre 1952, le Tribunal Suprême espagnol a rejeté le pourvoi en cassation interjeté contre la sentence qui avait elle-même rejeté l'incident Genora.

Il s'était écoulé environ une année depuis la vente des biens de *Barcelona Traction* et il y avait plusieurs mois que les biens adjugés avaient été définitivement transférés à l'adjudicataire (17 juin 1952), après justification de l'exécution du cahier des charges.

C'est le Gouvernement belge, comme il a été dit, qui affirme qu'à partir de juin 1952, tous les recours et toutes les actions judiciaires étaient « illusoirs »; et c'est le Gouvernement belge lui-même qui soutient qu'à partir de juin 1952 prend fin l'intervention du *receiver* canadien pour le contrôle et la direction des différents actes judiciaires effectués en Espagne par *Barcelona Traction*, ses co-intéressés et la *National Trust*<sup>1</sup>.

Cependant, c'est précisément au début de 1953 qu'apparaissent des procédures judiciaires qui ont une signification très claire.

a) *Barcelona Traction*, en présence du fait réel qu'une fois vidé l'incident Genora, l'appel Boter devait suivre son cours, effectue une triple manœuvre à peu de jours d'intervalle pour retarder et compliquer la procédure.

Elle se joint à l'appel Boter (11 avril 1953) et demande aussi à faire la preuve. Elle soulève également un incident sur la somme litigieuse (21 mars 1953) et, finalement, elle fait comparaître Messieurs Sagnier et Andreu, lesquels s'empressent d'interjeter (29 avril 1953) une demande incidente sur le défaut de qualité des demandeurs à la faillite, ce qui suspend le cours de l'appel Boter.

Les conséquences de cet incident et leurs répercussions sur la paralysation de l'appel Boter ont déjà été examinées<sup>2</sup>.

b) D'autre part, c'est également en 1953 que commence une grande offensive par l'introduction en Espagne et à l'étranger, de plusieurs procédures.

Comme le Gouvernement espagnol l'a déjà indiqué, 70% des actions exercées dans la faillite, sous forme de procédures déclaratives de *mayor cuantía* l'ont été, précisément, entre 1953 et 1956.

<sup>1</sup> *Supra*, par. 452.

<sup>2</sup> *Supra*, pars. 501 et ss.

Le 28 janvier 1953 <sup>1</sup> *Barcelona Traction* présente une action introduisant une demande aux fins de révocation du Syndic, M. Burguera. Trois mois plus tard, la demande est renouvelée, sur l'initiative cette fois de MM. Andreu et Lostré <sup>2</sup>.

En février 1953, *Sidro* présente devant le tribunal de première Instance n° 14 de Madrid une demande de fraude de procédure <sup>3</sup>. Et en mars de la même année, *National Trust* présente à Ontario, simultanément, des demandes contre *Ebro Irrigation* et *Catalonian Land* respectivement, la société adjudicataire aux enchères figurant comme co-défenderesse dans les deux procédures <sup>4</sup>.

En 1954, nouvelle demande de *Barcelona Traction* <sup>5</sup>. Et en 1955, il en est présenté deux autres <sup>6</sup>; la même année, il est aussi à signaler l'action de certains actionnaires de *Barcelona Traction* qui introduisent trois demandes, dont deux devant le Tribunal Spécial et une devant le tribunal de première instance n° 2 <sup>7</sup>.

En février 1956, se termine le cycle des interventions de *Barcelona Traction* avec l'introduction d'une nouvelle demande devant le Tribunal Spécial <sup>8</sup>. Le 22 mars 1956, la *National Trust* ouvre une autre procédure devant le Tribunal de première instance n° 4 de Madrid <sup>9</sup> et, le 6 avril, de la même année 1956, c'est *International Utilities* qui présente une autre demande chronologiquement la dernière, cette fois devant le Tribunal de première instance n° 9 de Barcelone <sup>10</sup>.

682. Aucune autre demande n'a été présentée. Probablement *Barcelona Traction* a-t-elle pensé qu'il y avait suffisamment de procédures pour « étoffer » sa réclamation internationale éventuelle.

Le *Mémoire* (I, p. 114) révèle, d'une manière inconsciente, le but réel de ces procès :

« Les principaux d'entre eux ne faisaient que reprendre des griefs exposés déjà dans d'autres recours rejetés ou frappés de suspension; mais les décisions qui à leur tour les rejettent ou les tinent en suspens, fournissent de nouvelles illustrations de l'arbitraire et de la partialité dont continuèrent à témoigner la plupart des juridictions saisies. C'est à ce titre qu'il a paru nécessaire d'exposer succinctement le déroulement de certaines de ces procédures ».

683. Face à cette situation sur la procédure interne il convient de faire remarquer qu'en 1952, 1953 et 1954, le Gouvernement belge s'abstient de dire un seul mot; il garde sur le terrain diplomatique un mutisme absolu qui ne sera rompu qu'une seule fois en mars 1955 pour se référer aux démarches de M. Dean auprès du Gouvernement espagnol.

<sup>1</sup> A.C.M., N° 170, doc. 1, vol. IX, p. 50.

<sup>2</sup> A.C.M., N° 4, vol. IX, p. 327.

<sup>3</sup> A.C.M., N° 183, doc. 1, vol. IX, p. 133.

<sup>4</sup> A.M., 244, IV, p. 957, et A.D., 179.

<sup>5</sup> A.C.M., N° 171, doc. 1, vol. IX, p. 55.

<sup>6</sup> A.C.M., N° 172, doc. 1 et 173, doc. 1, vol. IX, pp. 64 et 69.

<sup>7</sup> A.C.M., N°s 185, doc. 1, 186, doc. 1, et 187, doc. 2, vol. IX, pp. 155, 171 et 181.

<sup>8</sup> A.C.M., N° 174, doc. 1, vol. IX, p. 73.

<sup>9</sup> A.C.M., N° 182, doc. 1, vol. IX, p. 128.

<sup>10</sup> A.C.M., N° 176, doc. 1, vol. IX, p. 84.



Ce n'est que le dernier jour de l'année 1956 que le Gouvernement belge revient à la charge en remettant un long mémorandum dans lequel on parle à nouveau de spoliation, de déni de justice, etc.<sup>1</sup>.

684. Le *Contre-mémoire* (IV, pp. 426-437) a porté à la connaissance de la Cour les différentes procédures introduites après le 4 janvier 1952, leurs vicissitudes, et la décision finale; il en a fait de même en ce qui concerne d'autres développements ultérieurs de la procédure, depuis le dépôt de la Requête, et particulièrement la déclaration judiciaire qui a qualifié la faillite de la *Barcelona Traction* de faillite frauduleuse, et l'instruction criminelle destinée à rechercher les responsabilités pénales qui en découlaient (C.M., pp. 447-458).

Sur tous ces points la *Réplique* garde un silence pratiquement total.

Le Gouvernement belge (R., V, p. 129) se contente d'affirmer que:

« Ces décisions sont postérieures au préjudice dénoncé par le Gouvernement belge et qui était consommé depuis plus de dix ans lorsqu'elles furent rendues. Elles ne l'ont ni sensiblement aggravé, ni certainement atténué, et s'il en est fait mention dans la deuxième partie de cette *Réplique*, c'est uniquement dans la mesure où le Gouvernement espagnol s'est approprié l'argumentation qui s'y trouve développée ».

Le lecteur de la *Réplique* constate que, dans sa seconde partie, il n'est fait que quelques allusions isolées à certaines des décisions rendues postérieurement à la vente aux enchères des biens du 4 janvier 1952; et qu'il n'est fait pratiquement aucune allusion à l'issue des nombreuses actions exercées par *Barcelona Traction* et par les différents co-intéressés.

Cette prudente discrétion du Gouvernement belge s'explique facilement.

Si, effectivement, à partir du 17 juin 1952, les recours étaient « illusoire », on comprend difficilement tant de procédures, plus de soixante-dix pour cent au total, entre 1953 et 1956.

Lorsque le 15 mai 1963<sup>2</sup>, la question de la compétence Boter a été tranchée, on a mis en marche les recours et les procédures qui avaient été suspendus à l'époque par suite de cette question; les différentes décisions sont notifiées à *Barcelona Traction*, mais celle-ci garde dans la procédure espagnole un mutisme total.

Si, effectivement, *Barcelona Traction* prétendait, et ce n'est qu'un exemple, que l'opposition a été faite en temps utile et que l'acte de déclaration de faillite n'est pas devenu irrévocable, si réellement elle croyait dans les différents vices de nullité qu'elle a dénoncés

<sup>1</sup> En décembre 1955, l'Espagne est entrée au sein des Nations Unies et, d'après le Gouvernement belge (*Mémorandum* du 31 décembre 1956):

« ... le Gouvernement belge se trouvait à l'époque dans l'impossibilité de soumettre unilatéralement le désaccord à une juridiction internationale ayant compétence obligatoire à l'égard des deux parties. Il ne pouvait dès lors que prendre acte du refus du Gouvernement espagnol.

Comme la situation n'est plus la même aujourd'hui... ».

<sup>2</sup> A.C.M., N° 193, vol. IX, p. 270.

dans ses incidents de nullité des 5 et 31 juillet 1948, il est difficilement compréhensible qu'elle n'ait formé aucun des recours prévus par la loi contre lesdites décisions <sup>1</sup>.

La *Réplique* (page 128) est bien laconique :

« Pendant de nombreuses années, comme il a été indiqué dans le *Mémoire* (N<sup>os</sup> 255 à 264, pp. 113 à 129), de nouveaux recours avaient été tentés pour faire reconnaître la nullité du jugement de faillite et des mesures subséquentes qui avaient conduit à la spoliation du groupe de la *Barcelona Traction*. Intentés en désespoir de cause et comme combats d'arrière-garde, ils ne furent pas poursuivis à partir du moment où les actionnaires belges, conscients depuis longtemps de leur inefficacité, obtinrent que leur Gouvernement portât l'affaire devant la Cour ».

C'est-à-dire que le Gouvernement belge justifie, avec une certaine timidité, son inhibition en ce qui concerne les actions et recours « sub *judice* » devant les Tribunaux espagnols, par le fait de la procédure internationale.

Le Gouvernement espagnol ne pense pas que cela soit une excuse.

685. La jurisprudence internationale oppose un démenti à la thèse belge. L'affaire *Interhandel* est un exemple clair sur ce point <sup>2</sup>.

La Cour a affirmé que la règle du non-épuisement des recours internes « s'impose à plus forte raison quand les procédures internes sont en cours, comme c'est le cas pour l'*Interhandel* et quand les deux actions, celle de la société suisse devant les tribunaux des Etats-Unis et celle du Gouvernement suisse devant la Cour dans sa conclusion principale, visent à obtenir le même résultat: la restitution des avoirs de l'*Interhandel* séquestrés aux Etats-Unis » <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Si *Barcelona Traction* gagnait, la conclusion se dégage d'elle-même. Si elle perdait, bien qu'ayant allégué des motifs justes, en fait et en droit, la décision contraire lui aurait été utile pour la procédure internationale.

<sup>2</sup> L'objet du litige était le séquestre des actions de la G.A.F., propriété de *Interhandel*, séquestre ordonné par les autorités américaines en 1942.

Le 21 octobre 1948, *Interhandel* a exercé une action devant les Tribunaux américains; la procédure n'a fait que peu de progrès et, le Département d'Etat Américain lui-même, dans une note du 11 janvier 1957 à son correspondant suisse, déclarait: « Que l'*Interhandel* avait définitivement été débouté de son action ».

La Requête du Gouvernement suisse a été présentée le 2 octobre 1957.

Cependant, le 14 octobre 1957, le Tribunal Suprême des Etats-Unis a rendu une décision qui accordait à *Interhandel* un « writ of certiorari », et l'a réintégré dans ses droits de procédure; plus tard, le 16 juin 1958, le Tribunal Suprême a cassé la décision du Tribunal d'Appel et a renvoyé toute l'affaire devant le Tribunal de Première Instance.

Ce fait a permis que la Cour, dans sa sentence du 19 janvier 1959, fasse droit à la troisième exception soulevée par le Gouvernement américain en estimant que les procédures en cours n'avaient pas été épuisées.

<sup>3</sup> C.I.J. Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances 1959, p. 27, et l'on ajoute:

« La Cour n'estime pas nécessaire de s'arrêter à l'affirmation du Gouvernement suisse d'après laquelle « les Etats-Unis eux-mêmes ont admis que l'*Interhandel* avait épuisé les recours devant les tribunaux américains ». Il est vrai que les représentants du Gouvernement des Etats-Unis avaient émis cette opinion à plusieurs reprises et notamment dans l'*aide-mémoire* annexé à la note du secrétaire d'Etat du 11 janvier 1957. Cette opinion reposait sur une appréciation qui s'est révélée mal fondée. En réalité, la procédure que l'*Interhandel* avait introduite devant les tribunaux des Etats-Unis était alors en cours ».

C'est-à-dire :

a) Le Gouvernement suisse a présenté la réclamation internationale neuf ans après le début de l'action devant les Tribunaux internes, et après que le Département d'Etat lui-même lui a fait connaître que « l'*Interhandel* avait été définitivement débouté de son action ».

b) Après formulation de la réclamation internationale, et celle-ci étant en cours, il est intervenu une décision du Tribunal Suprême américain qui a permis, finalement aux Tribunaux internes de reconsidérer le problème qui était l'objet de l'action de *Interhandel*.

c) Ce fait a eu pour conséquence l'admission par la Cour de l'exception de non-épuisement des recours internes.

*Interhandel* n'a pas cessé d'agir dans la procédure interne après la présentation de la *Requête*. Il semble évident que même si elle l'avait fait, elle n'aurait pas empêché que la Cour admette cependant l'exception du non-épuisement des recours internes.

686. Dans le cas de *Barcelona Traction*, le Gouvernement belge soutient que le fait de la réclamation internationale l'autorisait à abandonner les procédures introduites alors que certaines d'entre elles, théoriquement et si les allégations du Gouvernement belge étaient exactes auraient pu permettre soit la révocation du jugement déclaratif de faillite, soit la déclaration de sa nullité ou même la déclaration d'incompétence des Tribunaux espagnols.

En ce qui concerne la compétence, la décision a été rendue le 15 mai 1963, et *Barcelona Traction* n'a exercé aucun recours devant le Tribunal Suprême<sup>1</sup>. En ce qui concerne les décisions sur l'annonce d'opposition et l'incident de nullité de procédure, il a été statué par les décisions des 7 et 8 juin 1963<sup>2</sup>, rendues par le Tribunal Spécial, qui étaient susceptibles de recours par voie de rétractation (*reposición*) puis de l'appel devant la Cour d'appel de Barcelone.

Dans ces conditions, l'abstention procédurale de *Barcelona Traction* ne peut être justifiée.

La *Réplique* (V, page 595), en commentant les procédures postérieures à la date de la vente aux enchères, déclare :

« Ainsi qu'il a été exposé, les mesures de pseudo-normalisation prises à l'égard des sociétés filiales et sous-filiales, et surtout la vente intervenue le 4 janvier 1952, et l'adjudication définitive du 17 juin 1952 ont abouti à une situation telle que le dommage était consolidé dès le 17 juin 1952 au plus tard et qu'il n'eût servi à rien à la *Barcelona Traction* ou aux autres co-intéressés de continuer un combat dépourvu de perspectives, ce que le Gouvernement

<sup>1</sup> A.C.M., N° 193, vol. IX, p. 270.

<sup>2</sup> A.C.M., N° 196 et 197, vol. IX, pp. 281 et 283.

*espagnol a d'ailleurs lui-même reconnu en qualifiant les procédures intentées postérieurement au 4 janvier 1952 de combats d'arrière-garde »*<sup>1</sup>.

Dans ses Observations de 1963 (I, page 259), le Gouvernement belge, après avoir reconnu que ses avocats et avoués avaient adopté en face des nouvelles décisions prises dans la faillite « une attitude entièrement passive », affirmait :

« La justification de la conduite de la *Barcelona Traction* concernant les divers recours suspendus rejoint incontestablement la question qui fait l'objet de la présente section, à savoir si, au moment du dépôt par le Gouvernement belge de sa Réquête, la *Barcelona Traction* et ses co-intéressés et le Gouvernement belge lui-même étaient dispensés, par suite de l'écoulement d'un délai raisonnable, d'encore attendre que des jugements définitifs soient rendus. Plus précisément, il y a lieu de déterminer à quelle époque antérieure au dépôt de la Requête doit être fixée la date à laquelle ce délai a expiré ».

Le Gouvernement belge reconnaissait alors que l'on ne pouvait fixer d'une manière abstraite quel était exactement le délai raisonnable<sup>2</sup>.

Dans les mêmes Observations (page 260) il était établi que la date critique à ce sujet était celle du 4 janvier 1952, date de la vente des biens de *Barcelona Traction*<sup>3</sup>; et comme dernière date (Observations et Conclusions, page 262) celle du 25 juin 1956, « à partir de laquelle les recours en suspens ne pouvaient plus conduire à un résultat qui, même théoriquement, présentait encore le moindre intérêt pour les demandeurs »<sup>4</sup>.

C'est-à-dire que, d'après le Gouvernement belge, *Barcelona Traction* n'a rien fait dans la procédure de la faillite après 1956 parce qu'il a été décidé qu'aucun recours ne serait suivi après l'obtention de la décision du Gouvernement belge de porter l'affaire devant la Cour (R., p. 128).

Il est inexact qu'après 1956 *Barcelona Traction* se soit abstenue de toute procédure en Espagne. *Barcelona Traction* et ses « co-intéressés » ont agi en 1957, en 1958 et en 1959<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Il est déjà symptomatique que pour justifier son attitude, le Gouvernement belge doive invoquer la qualification prétendue du fait du Gouvernement espagnol que ces procédures étaient des « combats d'arrière-garde ». Cela est d'autant plus incompréhensible que c'est le Gouvernement belge lui-même, et non le Gouvernement espagnol, qui a inventé cette qualification, car c'est dans le *Mémoire* de 1962 (p. 114) que l'on l'utilise pour la première fois en disant que « la *Barcelona Traction*, suivie en cela par d'autres intéressés, livra encore pendant de longues années une série de combats d'arrière-garde »; la *Réplique* elle-même le reconnaît (p. 128).

<sup>2</sup> A la même page 259 desdites Observations, on peut lire :

« Le Gouvernement belge se gardera bien de supputer de façon abstraite quel est le laps de temps pendant lequel les ressortissants d'un Etat, qui prétendent avoir subi un dommage en pays étranger par suite d'une violation du droit international, sont tenus d'en poursuivre la réparation par les voies internes avant que leur Gouvernement puisse assumer leur protection diplomatique et judiciaire. »

<sup>3</sup> « A cette date se situe la dernière mesure judiciaire qui marque l'aboutissement de la procédure par le dépouillement total de la société faillie. A cette date, il n'est plus question dès lors de pouvoir empêcher celui-ci. La décision dommageable est acquise. Le seul espoir qui subsiste ne peut plus être que d'en arrêter et d'en effacer les effets, car quant à l'obtention d'une réparation équitable par la voie judiciaire interne, elle doit être une bonne fois rayée des possibilités pour des raisons qui seront exposées plus loin. »

<sup>4</sup> A cette date le pourvoi en cassation contre l'arrêt de la Cour de Barcelone du 30 avril 1954, qui rejetait l'incident de nullité des enchères soulevé par *Barcelona Traction* en mars 1952 (A.C.M., N° 166, doc. 5, vol. IX, p. 25) a été rejeté à son tour par le Tribunal Suprême.

<sup>5</sup> Parmi les divers actes de procédure effectués par *Barcelona Traction* et ses co-intéressés, on peut mentionner les actes suivants :

La *Requête* a été présentée le 15 septembre 1958<sup>1</sup>, et les faits démontrent que la décision de ne pas agir dans la procédure de faillite n'a pas eu pour cause l'existence de la procédure internationale puisque, après la présentation de la *Requête*, on a continué à réaliser certains actes de procédures.

687. Le *Contre-mémoire* (IV, pages 426/436) avait expliqué les caractéristiques des différentes actions exercées par *Barcelona Traction* et les autres « co-intéressés ».

Evidemment, le silence de la *Réplique* sur ces points permet au Gouvernement espagnol de s'excuser d'insister sur ce point particulier, et il doit se limiter par suite à se référer aux indications du *Contre-mémoire*.

Cependant, il n'est pas inutile de rappeler :

#### A. ACTIONS INTRODUITES PAR BARCELONA TRACTION

Les cinq procédures introduites par *Barcelona Traction* entre 1953 et 1956 révèlent son manque de sérieux et le caractère artificiel de son intervention.

C'est ainsi que l'action introduite en janvier 1953 a été rejetée par une décision du 17 juin 1959, rendue par le Juge spécial, qui n'a fait l'objet d'aucun recours<sup>2</sup>.

La demande de 1954 a été dirigée contre les Syndics et contre M. March; la décision du Juge, confirmée par la Cour, a été que la demande n'était pas admissible car elle était formulée dans le cadre d'une procédure de faillite contre une personne privée qui était

a) le 4 février 1957, *International Utilities* a présenté un pourvoi en cassation devant le Tribunal Suprême.

b) *National Trust* assiste le 19 septembre 1961 à l'audience sur le pourvoi en cassation interjeté par elle en ce qui concerne la procédure suivie devant le tribunal de première instance N° 4 de Madrid.

c) Le 4 août 1960, MM. Andreu et Sagnier joignent diverses preuves écrites à l'incident pour défaut de qualité qu'ils ont interjeté en 1953 pour paralyser l'appel Boter.

d) En 1957 *Barcelona Traction* comparait devant la Cour dans l'appel interjeté par le Syndic, M. Burguera contre la sentence refusant de donner suite à l'incident de nullité de procédure introduit par ledit Monsieur dans la procédure déclarative de *mayor cuantía* introduite par *Barcelona Traction* en 1953, contre *Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S.A.* et ledit Syndic; parmi ces actes de procédure, elle a assisté aux audiences d'appel.

e) Egalement devant la Cour d'appel de Barcelone, *Barcelona Traction* a fait en 1957 et 1958 divers incidents dans la procédure de la faillite contre les Syndics comme personnes privées, tels que l'assistance à l'audience d'appel et la préparation du pourvoi en cassation contre l'arrêt qui a été rendu par la Cour le 1<sup>er</sup> février 1958.

f) En 1959, *Barcelona Traction* a réalisé plusieurs actes de procédure dans l'instance introduite en 1953 contre *Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S.A.* et le Syndic, M. Burguera; entre autres elle a formé opposition à trois recours et a répondu à une demande incidente en nullité de procédure par *Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S.A.*

<sup>1</sup> Mais la décision de présenter cette demande semble déjà très claire dans le mémorandum du Gouvernement belge du 31 décembre 1956 et, encore plus, dans la note du 16 mai 1957.

<sup>2</sup> A.C.M., N° 170, doc. 2, vol. IX, p. 52.

L'action est dirigée contre le syndic, M. Burguera, pour une souscription supposée d'actions de *Fuerzas Eléctricas de Cataluña S.A.*, identique à celle formulée par Andreu et Lostríe le 14 avril 1953.

étrangère à la procédure; *Barcelona Traction* n'a exercé aucun recours contre la décision de la Cour.

Dans la demande formulée en 1955, *Barcelona Traction* « a oublié » de joindre à sa demande les copies prévues par la loi; ce vice était, en outre, facile à réparer; cependant, cela n'a pas été fait, et la demande n'a pas été accueillie.

En juin 1955, *Barcelona Traction* a présenté une demande qui n'a pas été accueillie sur un incident de nullité soulevé par les Syndics; *Barcelona Traction* a préparé le pourvoi en cassation correspondant, mais s'est abstenue de le régulariser.

Finalement, en 1956, elle a présenté une dernière demande, la seule qui est restée en sursis en raison de la compétence Boter, par décision du Juge confirmée par la Cour d'appel de Barcelone; *Barcelona Traction* a préparé un recours en cassation qui a été déclaré caduc faute d'avoir été présenté avec les formalités et dans les délais prévus. Une fois la suspension de procédure levée, il est apparu que l'avoué de *Barcelona Traction* était décédé, et son représentant en Espagne, M. Muntaner, ayant été sommé pour qu'il donne de nouveaux pouvoirs dans le délai légal, et ne l'ayant pas fait, *Barcelona Traction* a été déboutée de son action.

## B. ACTIONS DE NATIONAL TRUST

Tout aussi étrange est l'introduction par la *National Trust*, le 22 mars 1956<sup>1</sup>, d'une procédure, non pas devant le Juge spécial mais devant le tribunal de première instance n° 4 de Madrid.

Comme il a été exposé dans le *Contre-mémoire* (page 432), il semble que cette procédure manque de sérieux, et la preuve en est que le tribunal s'étant déclaré incompétent vu l'existence d'un tribunal spécial, et la Cour de Madrid et le Tribunal Suprême ayant confirmé cette opinion, la *National Trust* s'est abstenue de représenter sa demande devant ledit tribunal.

On cherchera en vain dans la A.R., n° 31, page 102, une explication plausible sur ce point.

Les faits démontrent qu'en 1963, après que la question de compétence Boter a été réglée et que la procédure a été mise en marche, plusieurs actes de procédure et procès<sup>2</sup> de la *National Trust* se trouvaient affectés par cette suspension.

Cependant, le 31 mai 1963, alors que la levée de la suspension était imminente, mais avant que l'attestation de la sentence du 15 mai 1963 soit reçue et jointe à la procédure

<sup>1</sup> A.C.M., 182, doc. 1, vol. IX, p. 128.

<sup>2</sup> a) Le recours en rétractation (*reposición*) contre la décision rejetant *in limini litis* la question de compétence soulevée le 27 novembre 1948.

b) La demande présentée le 17 novembre 1950, en ce qui concerne *Ebro*.

c) La demande présentée le 16 août 1951 en ce qui concerne *Catalonian Land*.

d) La demande présentée le 8 septembre 1951 en ce qui concerne les obligations *General Mortgage e Income Bonds de Ebro*. Procédure inexplicablement présentée devant le tribunal de première instance N° 5 de Barcelone au lieu d'être présentée devant le tribunal spécial. Le tribunal N° 5 s'est déclaré incompétent en faveur du tribunal spécial sur la demande du Syndic.

(ce qui n'a pas eu lieu avant le 4 juin 1963), la *National Trust* prit en fait la même position que *Barcelona Traction*: s'abstenir dans la procédure.

Mais pour masquer cette décision, on a tenté la manœuvre déjà dénoncée par le *Contre-mémoire* (page 430) (que naturellement la *Réplique* passe sous silence), manœuvre consistant en ce que l'avoué de la *National Trust* a présenté un écrit aux termes duquel il renonçait à représenter son client et sollicitait le sursis de la procédure jusqu'à ce que la *National Trust* ait donné des pouvoirs à un autre avoué.

Le tribunal a rejeté cette demande, qui allait à l'encontre d'un texte légal très clair, et la manœuvre a échoué<sup>1</sup>.

Les trois jugements (*autos*) des 6 août et 11 septembre 1963, qui ont donné lieu aux exceptions dilatoires formulées dans les trois procédures par les Syndics, principalement fondées sur le défaut de qualité de la *National Trust*, ont été signifiés à l'avoué de celle-ci et, cependant, aucun recours n'a été interjeté.

Aucun recours ne fut non plus introduit contre le jugement (*auto*) du 8 juin 1963 qui rejette le recours en rétractation de la *National Trust* contre la décision qui avait refusé l'admission de la question de compétence introduite par cette société.

Il résulte de tout ceci qu'en fait la *National Trust* a pris la même position que *Barcelona Traction* en se désintéressant totalement du procès. Mais il ne fait aucun doute que cette société canadienne est entièrement étrangère à la réclamation belge et, par suite, la motivation supposée du Gouvernement belge pour justifier son abstention dans la dernière phase de la procédure espagnole ne peut s'appliquer aux actes de la *National Trust*, alors qu'il apparaît comme évident qu'elle obéit aux mêmes raisons stratégiques que celle de *Barcelona Traction*<sup>2</sup>.

### C. ACTION DE SIDRO

Que dire de la demande de fraude de procédure introduite par *Sidro*, le 7 février 1953?<sup>3</sup>

Le *Contre-mémoire* (page 433) s'est longuement étendu sur elle; mais la *Réplique* s'abstient de réfuter ce qui a été exposé par le Gouvernement espagnol.

Quatre circonstances appellent particulièrement l'attention sur cette procédure:

a) La réclamation n'a pas été présentée devant le tribunal spécial mais devant le tribunal de première instance n° 14 de Madrid.

Il n'existe aucun motif pour expliquer cette anomalie qui suppose que *Sidro* ait présenté sa demande devant un tribunal qu'elle savait nécessairement incompétent; et naturellement, la *Réplique* ne tente pas d'en donner.

<sup>1</sup> L'article 9 de la Loi de procédure civile prévoit que l'avoué peut renoncer à sa représentation, mais qu'avant que cette renonciation soit notifiée à son mandant (soit judiciairement, soit par acte notarié) sa représentation persiste.

<sup>2</sup> Il est regrettable que dans le A.R., N° 31, page 102, où entre autres choses on suppose que, à la demande de *Sidro*, on devrait justifier les actes de la *National Trust* en Espagne et son absence de connivence avec *Barcelona Traction*, on ne trouve pas un seul mot sur ces points.

<sup>3</sup> A.C.M., N° 183, doc. 1, vol. IX, p. 133.

b) Il est étrange que *Sidro* étant obligataire de *Barcelona Traction* et ayant donc qualité pour s'opposer à la déclaration de faillite, ne l'ait pas fait. Et son seul acte de procédure dans la faillite espagnole, c'est en sa prétendue qualité d'actionnaire de *Barcelona Traction* dans la procédure dont nous parlons, bien qu'en sa qualité d'obligataire elle ait introduit en juillet 1949 une procédure à Londres contre le *Comité des Obligataires Prior Lien*.

c) Le tribunal de première instance n° 14 s'étant déclaré incompétent, *Sidro* s'abstient de poser à nouveau la question devant le tribunal spécial.

d) Lorsque le Tribunal Suprême confirma la décision de la Cour d'appel, qui avait elle-même ratifié la décision du tribunal, l'avoué de *Sidro* procède à la même manœuvre tentée plus tard par *National Trust*, c'est-à-dire qu'il renonce à son mandat, et le Tribunal ordonne la signification à *Sidro* et l'exécution de la commission rogatoire a tardé plus de deux ans, jusqu'à ce que le Tribunal déclare l'instance caduque après expiration d'un délai de quatre années sans que *Sidro* ait fait le moindre acte de procédure.

#### D. ACTIONS DES ACTIONNAIRES DE BARCELONA TRACTION

Le *Contre-mémoire* (IV, pages 434/436) a fait également allusion aux actions exercées par certains autres actionnaires de *Barcelona Traction* en 1955; la *Réplique* n'a pas davantage pris la peine de parler de ces procédures, bien que le Gouvernement espagnol ait mis en évidence le caractère artificiel et artificieux de celles-ci.

Il suffira de se reporter purement et simplement à ce qui est dit sur ce point dans le *Contre-mémoire*.

#### E. ACTIONS DE INTERNATIONAL UTILITIES

Le 6 avril 1956, *International Utilities* a introduit devant le tribunal de première instance n° 9 de Barcelone, une action contre *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* et contre *Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S.A.* demandant la nullité du contrat d'apport de biens de *Ebro* à *Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S.A.*<sup>1</sup>.

On ne trouve rien sur ce point dans la *Réplique*.

L'incompétence du tribunal était évidente, et lorsque cette incompétence a été déclarée, *International Utilities* s'est abstenue de comparaître devant le tribunal spécial.

L'action introduite par *International Utilities* est d'autant plus incompréhensible qu'elle disait se fonder sur une sentence rendue par le Tribunal Suprême d'Ontario, en date du 14 février 1955, dans un jugement de ladite société contre *Ebro Irrigation*<sup>2</sup>. Dans ce jugement, *Ebro* était condamné à payer à *International Utilities* une forte somme en dollars<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> A.C.M., N° 176, doc. 1, vol. IX, p. 84.

<sup>2</sup> Le *Contre-mémoire* a omis de se rapporter à cette procédure au Canada, peut-être parce que le *Mémoire* lui-même n'y fait pas allusion; les renseignements sur ce point sont très superficiels car on ne connaît que le texte de la sentence qui a été joint dans le procès espagnol par ladite société et qui maintenant est joint en A.D., 180.

<sup>3</sup> Plus de trente-huit millions de dollars canadiens. Sur ce point, voir *infra*, par. 709.



\* A la demande était joint un avis d'un avocat canadien qui donnait son opinion dans le sens qu'un jugement espagnol rendu en suite d'une action personnelle serait reconnu par le Tribunal d'Ontario comme une preuve suffisante pour justifier de la condition de créancier à Ontario <sup>1</sup>.

688. Il est opportun de rappeler qu'à partir de 1963 sont intervenues, fondamentalement, les décisions suivantes <sup>2</sup>:

a) L'arrêt du 15 mai 1963 <sup>3</sup> par lequel la Cour de Barcelone confirmait l'arrêt du 12 février 1949, rejetant le déclinatoire de juridiction soulevé par M. Boter et réitérant la compétence des Tribunaux espagnols.

b) Par décision (auto) du 7 juin 1963 <sup>4</sup> l'opposition de *Barcelona Traction* formulée dans son acte du 18 juin 1948 a été rejetée.

c) Par décision du 8 juin 1963 <sup>5</sup> il a été rejeté l'incident de nullité soulevé par *Barcelona Traction* le 5 juillet 1948 et complété le 31 des mêmes mois et an.

d) Par décision du 27 janvier 1964, la faillite de *Barcelona Traction* a été déclarée frauduleuse <sup>6</sup>.

Le Gouvernement espagnol a déjà indiqué sa position en ce qui concerne la thèse belge sur l'existence de la procédure internationale depuis 1952, ou si l'on veut depuis 1956, et sur l'abstention de *Barcelona Traction*.

La thèse est inadmissible; mais, même dans le cas où elle ne le serait pas, il semble évident que *Barcelona Traction* aurait dû en faire état d'une manière expresse devant les Tribunaux espagnols en formant recours, ne serait-ce que formellement.

La doctrine et la jurisprudence espagnole ont bien établi la doctrine des actes propres et leur répercussion sur les prétentions des parties plaidantes <sup>7</sup>.

En droit espagnol, le fait que *Barcelona Traction* ait accepté les décisions dont il a été parlé, non seulement suppose qu'elles sont passées en force de chose jugée, avec toutes les conséquences qui y sont attachées, mais aussi qu'il était bien établi qu'elle acceptait, par son silence, le dispositif de ces décisions et leurs motifs; c'est-à-dire, en ce qui concerne les faits et le droit sur lesquels lesdites décisions étaient fondées.

<sup>1</sup> Mais il convient de se demander pourquoi *International Utilities* n'a pas demandé l'exequatur de la sentence canadienne; de même on pourrait se demander la même chose en ce qui concerne les sentences obtenues au Canada par la *National Trust* contre *Ebro, Catalanian* et *Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S.A.*, dont il sera parlé plus loin. La question semble logique car le *Mémoire* (I, page 170) se plaint de ce que les Tribunaux espagnols aient agi « sans se soucier d'obtenir aucun exequatur ».

<sup>2</sup> Dans le *Contre-mémoire* (pages 447-458) il a été fait un examen complet de l'ensemble des décisions et des mesures intervenues au cours de la procédure espagnole après la décision sur l'appel Boter.

<sup>3</sup> A.C.M., N° 193, vol. IX, page 270.

<sup>4</sup> A.C.M., N° 196, vol. IX, page 281.

<sup>5</sup> A.C.M., N° 197, vol. IX, page 283.

<sup>6</sup> A.C.M., N° 202, vol. IX, page 292.

<sup>7</sup> DIEZ PICAZO, *La Doctrina de los propios actos*, Barcelone 1963, (Passim).

Cela est hors de doute. Et *Barcelona Traction* pouvait certainement éviter ces conséquences.

Lorsqu'un Etat formule une réclamation, il exerce effectivement et certainement un droit propre; mais la conduite du particulier qu'il protège a une importance évidente dans le cours de la réclamation, et si le particulier protégé lui-même reconnaît d'une manière authentique, sans réserves d'aucune sorte, certaines décisions judiciaires et leur fondement, il semble que cette reconnaissance doive répercuter ses effets sur la réclamation lorsque les décisions en question sont la base d'une réclamation internationale.

Le fait que cette abstention de *Barcelona Traction* s'est produite avec les effets qui ont été indiqués en 1963, après qu'en 1961 et à la demande des sujets mêmes qu'il a l'intention de protéger, le Gouvernement belge s'était désisté devant la Cour de sa Requête en date du 15 septembre 1958, revêt une importance particulière.

689. Le Gouvernement espagnol avait déjà insisté en temps opportun (*Exceptions Préliminaires*, 1960, page 406) sur l'existence à ce moment de différentes procédures qui étaient en cours. Et il disait:

« Aux fins de poser le fondement strict de cette exception, il faudra, en outre, se référer à l'état actuel des procès en cours au sujet de la faillite de la *Barcelona Traction*. En bref, on peut souligner que plusieurs actions introduites par la *Barcelona Traction* sont en cours et en attente qu'une décision soit prononcée.

Le Gouvernement espagnol ne peut certes pas prédire quel sera le résultat de ces actions et il ne peut pas non plus donner son opinion au sujet des arguments utilisés par les parties. Il se doit de respecter les décisions des tribunaux espagnols et de s'abstenir d'aborder, ni même d'effleurer, des questions qui sont *sub judice* ».

Le Gouvernement espagnol se référait également (*Exceptions Préliminaires*, 1960, page 407) à la levée de l'incident introduit par MM. Andreu et Sagnier qui, à son tour, suspendait le cours de l'appel Boter et qui:

« ... Par une telle décision, on a donc réouvert la voie pour que la question de juridiction introduite par M. Boter, et à laquelle la *Barcelona Traction* s'est jointe, soit décidée, et si le tribunal entend que la juridiction espagnole est compétente, les tribunaux auront alors à se prononcer au sujet de tous les incidents et de toutes les actions en suspens ».

Dans les *Exceptions Préliminaires* de 1963 (I, page 247), le Gouvernement espagnol insiste sur le point suivant:

« On peut souligner que, comme on l'a déjà fait aux paragraphes 16 et 17 des premières *Exceptions Préliminaires*, 1960, plusieurs actions introduites par la *Barcelona Traction* sont en cours et en attente qu'une décision soit prononcée ».

Parmi les procédures en cours, le Gouvernement espagnol mentionnait expressément l'incident en nullité de procédures soulevé par *Barcelona Traction*.

Dans les mêmes *Exceptions Préliminaires* de 1963 (p. 47), le Gouvernement espagnol affirmait:

« ... Pour des raisons de politesse élémentaire, au contraire, le Gouvernement espagnol ne saurait discuter les arguments utilisés par les parties lors de litiges qui sont toujours

pendants devant les Tribunaux. Mais s'il doit éviter les questions qui sont *sub judice*, il estime opportun, afin que la Cour soit renseignée de façon adéquate, de mettre en relief quelques faits qui, à son avis, démontrent le manque d'objectivité et le caractère passionné de l'exposé des faits contenu dans le *Mémoire belge* ».

Le Gouvernement espagnol pense que la continuité de son attitude sur ce point rend plus inexplicable, si possible, la passivité de *Barcelona Traction* vu les décisions rendues par les Tribunaux espagnols en 1963.

Complètement en marge de la répercussion que cela peut avoir sur la règle du non-épuisement des recours internes, il apparaît clairement que la passivité de *Barcelona Traction* tout en étant représentée dans la procédure et malgré les notifications régulières qui lui ont été faites de toutes les décisions, entraîne une reconnaissance positive du bien-fondé desdites décisions et une acceptation des fondements de fait et de droit sur lesquels elles ont été fondées.

L'abstention de *Barcelona Traction* vise des questions aussi importantes comme peuvent l'être la compétence des Tribunaux espagnols, l'opposition à l'ordonnance de déclaration de faillite, l'incident en nullité sur la procédure et la déclaration de faillite frauduleuse de *Barcelona Traction*.

Il paraît donc superflu d'insister sur l'importance de ces décisions, qui confèrent une plus grande gravité et une plus grande importance à la conduite de *Barcelona Traction*.

Le Gouvernement belge a tenté, inutilement, de justifier jusqu'à un certain point l'attitude prise par *Barcelona Traction* dans les dernières phases de la procédure en alléguant non seulement l'existence de la procédure internationale, mais aussi le cours d'un « délai raisonnable ». Le Gouvernement espagnol pense raisonnablement avoir démontré que cette allégation est inadmissible, pour les motifs exposés plus haut, mais en tout cas il est évident que cela ne peut pas s'appliquer à une décision telle que celle qui déclare frauduleuse la faillite de *Barcelona Traction*.

Dans le cas de la compétence *Boter*, dans l'annonce d'opposition à la faillite et en ce qui concerne l'incident de nullité, les décisions de 1963 se basaient sur des actes de procédure antérieurs.

Mais la sentence du 27 janvier 1964 soulève pour la première fois le problème de la qualification de la faillite, et la conclusion à laquelle arrivent à ce sujet les Tribunaux espagnols est de la considérer comme une faillite frauduleuse.

L'idée de fraude, et la nécessité de l'éviter, est latente dans toute la procédure de faillite espagnole, comme dans de nombreuses autres législations.

Le failli, par le seul fait d'être failli, est une personne suspecte, et une bonne partie des mesures attachées à la faillite, en commençant par le dessaisissement du failli de ses biens, ont pour but principal d'éviter que le failli puisse frauder les droits des créanciers.

Lorsqu'arrive le moment de la qualification de la faillite, c'est toute la vie du failli, en ce qui concerne, comme il est logique, ses affaires, qui est soumise à révision, au moins pour ses épisodes les plus importants, pour que le Juge puisse dire si la faillite est simple-

ment fortuite, ou si elle est coupable en raison d'actes de négligence ou si elle est véritablement frauduleuse.

L'arrêt (*sentencia*) du 27 janvier 1964 le dit dans les termes suivants :

« CONSIDERANT que la transcendance juridique de la qualification d'une faillite en raison des graves conséquences qui tiennent à la supposition de fraude, exige, comme le proclame l'arrêt (*sentencia*) de la Cour suprême du 28 janvier 1915, qu'on tienne compte non seulement des faits qui accusent précisément la violation de la loi, mais encore de tous les éléments et toutes les circonstances de la cause qui révèlent la nature morale des procédés et méthodes et du comportement commercial du failli, la bonne ou mauvaise foi que manifestent ses opérations, et même la vie privée des personnes physiques qui dirigeaient l'entreprise commerciale, car c'est seulement de cette façon que l'on pourra aboutir à une juste appréciation, permettant de déterminer judicieusement le fait visé par la règle juridique qui qualifie la faillite, en établissant s'il existe quelque chose qui révèle l'intention de frauder, ou bien une négligence dans le maniement des affaires ou encore l'absence d'une intention de fraude, dolosive ou négligente, qui mériterait d'être qualifiée de fortuite »<sup>1</sup>.

Une décision de cette nature présentait une très grande importance.

Et si *Barcelona Traction* avait été une affaire et une entreprise honnêtes, injustement poursuivies par les autorités judiciaires espagnoles, comme le prétend le Gouvernement belge, il était raisonnablement inexcusable de ne pas combattre cette sentence du 27 janvier 1964, surtout en tenant compte des allégations du Gouvernement belge devant la Cour.

Mais *Barcelona Traction* n'a exercé aucun recours contre cette sentence.

Bien plus, on déduit de la décision elle-même l'importance de la passivité de *Barcelona Traction* étant donné que, lorsqu'elle a eu connaissance des écrits du Syndic et du Ministère public concluant à la déclaration de faillite frauduleuse, *Barcelona Traction* n'a pas attaqué la requête<sup>2</sup>.

*Barcelona Traction* a ainsi abandonné une occasion unique de démontrer aux Tribunaux espagnols eux-mêmes la correction supposée de sa conduite avant et après la faillite.

Le Gouvernement espagnol croit qu'il a le droit d'exiger qu'avant de s'adresser à la haute juridiction de la Cour, *Barcelona Traction* devait épuiser préalablement la voie

<sup>1</sup> 3<sup>e</sup> Considérant de ladite sentence du 27 janvier 1964. (A.C.M., N° 202, vol. IX, page 292.)

<sup>2</sup> Dans le Considérant N° 10 de la sentence du 27 janvier 1964, on lit :

« CONSIDÉRANT que la non-présentation par la société faillie d'un rapport exposant les causes de son insolvabilité et le fait qu'elle n'ait pas formé opposition à la qualification de la faillite rendent nécessaire l'examen des antécédents de la faillite et que de leur ensemble il ressort en substance que la société faillie avait monté un complexe juridique, moyennant la création de nombreuses sociétés filiales, opérant un mécanisme artificiel de financements réciproques, d'« auto-contrats », de déplacements de patrimoines directs ou indirects, sans cause justifiée et, enfin, tout ce que ses dirigeants crurent nécessaire et opportun, en vue de diminuer la valeur du véritable patrimoine de *Barcelona Traction*, et de le soustraire aux poursuites de ses légitimes créanciers, les obligataires, en invoquant même le manque de devises et le refus du Gouvernement espagnol d'en procurer, alors que ce refus fut motivé, selon le procès-verbal souscrit, le 11 juin 1951, par les Gouvernements anglais, canadien et espagnol, par le fait que la filiale qui les avait demandées, *Ringos y Fuerza del Ebro*, s'était refusée à fournir aux autorités espagnoles les pièces et justifications comptables nécessaires. »

normale des recours internes; c'est pour cela qu'il a soulevé l'exception correspondante, aujourd'hui jointe au fond de l'affaire.

Ce même droit est, de l'avis du Gouvernement espagnol, celui qui lui permet de protester, dans le cadre d'une accusation de déni de justice et indépendamment de l'exception de non-épuisement des recours internes, contre cette passivité de *Barcelona Traction* dans la dernière partie de la procédure et, très particulièrement, en ce qui concerne la sentence du 27 janvier 1964 qui a déclaré frauduleuse la faillite de *Barcelona Traction* et qui n'a fait que convertir en situation juridique, et donner une répercussion légale, à une situation de fait née de *Barcelona Traction* elle-même, et qui s'était consolidée au cours des années par le moyen d'une conduite frauduleuse à l'égard des créanciers et de l'économie, du fisc et de l'administration espagnols <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Le mécanisme est exposé simplement et clairement dans l'arrêt (*sentencia*) du 27 janvier 1964; par exemple dans son considérant N° 8, elle dit:

« CONSIDÉRANT qu'il est établi et patent que la société faillie interposa entre elle et son patrimoine réel — les exploitations hydro-électriques qui constituaient véritablement l'objet de ses affaires — une véritable constellation de sociétés ayant — en apparence — une personnalité morale propre et indépendante, mais qui lui appartenaient intégralement, puisqu'elle possédait la totalité de leurs actions et même de leurs obligations, et qu'elle était arrivée à conserver à l'étranger les actions et obligations des sociétés filiales qu'elle contrôlait directement ou indirectement — les unes sur les autres, suivant la convenance de la *Barcelona Traction* —, provoquant ainsi un déplacement matériel et juridique du patrimoine de la société faillie, qui diminuait ou rendait illusoire les droits de ses créanciers, en mettant ce patrimoine hors de la portée de leur action, en sorte qu'elle paraissait se convertir ainsi en une société *holding*, de *simple financement* qui éludait ou dissimulait son véritable caractère de société d'exploitation, lequel était conforme à son objet social, selon les lettres patentes qui la créèrent; fait que mit en évidence l'avis des experts, qui indiquèrent que les droits de la société sur *Ferrocarriles de Cataluña* et sur *Les Tramways de Barcelone* furent aliénés au profit du groupe dirigeant de la société à un prix inférieur à celui de leur valeur réelle, et que ceux-ci les revendirent à des tiers pour une somme très supérieure, obtenant ainsi un gros bénéfice au détriment du patrimoine de la société faillie. »

## SECTION X

## LES PROCÉDURES SUIVIES HORS D'ESPAGNE

690. Le *Contre-mémoire* s'est reporté (IV, pp. 437/446) aux différents procès relatifs à la faillite de *Barcelona Traction* qui se sont déroulés hors d'Espagne.

Le Gouvernement belge, peut-être pour minimiser l'importance de la question, a renvoyé la discussion de la question à l'*Annexe* 134 de la *Réplique* (Vol. II, p. 816), où l'on trouve des références à la dernière receivership, à l'action introduite par la *Westminster Bank*, au procès Walford, à l'action de la *National Trust* contre *Catalonian Land* et *Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S.A.* et, finalement, au procès intenté par *Sidro* à Londres, contre le *Comité des Obligataires Prior Lien*<sup>1</sup>.

C'est d'une manière séparée que seront commentées les affirmations du Gouvernement belge sur chacune de ces procédures.

## A. LA RECEIVERSHIP

691. Le Gouvernement espagnol s'est occupé de la receivership dans le *Contre-mémoire* (pages 443/445). La *Réplique* déclare que la référence du Gouvernement espagnol a pour fin d'accréditer deux thèses: a) que la nomination du receiver reposait sur les mêmes bases que la faillite espagnole de *Barcelona Traction*, et que le receiver s'est vu octroyer des pouvoirs similaires à ceux dont avaient disposé les organes de la faillite espagnole; b) que l'existence du receiver ainsi que la continuation actuelle de la procédure au Canada, constituent un obstacle à l'action menée par le Gouvernement belge devant la Cour.

Le Gouvernement belge soutient que l'introduction, par la *National Trust*, de la procédure de la receivership, a son origine dans la faillite espagnole.

Il est évident, cependant, que même s'il en était ainsi, cela ne contredit pas l'affirmation du *Contre-mémoire* que l'ouverture de la receivership a été possible en raison de la défaillance de *Barcelona Traction* pour le paiement des intérêts des obligations *First Mortgage* et *Prior Lien*, et pour l'amortissement de celles-ci. Nous sommes donc devant le même état de cessation de paiements que celui qui a été examiné dans le jugement (*auto*) du 12 février 1948.

<sup>1</sup> Le Gouvernement espagnol parlera ici du procès de Londres, bien qu'il ait été intenté en 1949, pour traiter sous une même rubrique de toutes les actions judiciaires suivies hors d'Espagne, comme le fait d'autre part la *Réplique* dans l'annexe 134. En dehors de ce procès, et naturellement de la receivership, toutes les actions en dehors de l'Espagne ont eu lieu après 1953.

Si l'on examine les premiers actes de procédure du *receiver*, on parvient facilement à se convaincre que la *National Trust* s'est décidée à commencer la procédure en présence du problème soulevé par la *Westminster Bank* qui désirait exécuter la garantie des obligations en pesetas.

Le premier acte du *receiver* est un mémorandum du 22 juillet 1948, en demande de « consultation et autorisations diverses » relatives aux obligations en pesetas 6½ % à 45 ans<sup>1</sup>. Les premiers ordres du Juge canadien (22 juillet 1948) ont eu pour objet, exclusivement, le problème soulevé par la *Westminster Bank*<sup>2</sup>.

Le Gouvernement espagnol ne s'étonne pas que le même jour où le Tribunal a rendu l'ordonnance nommant le *receiver*, 15 juillet 1948, M. Clarkson accepte cette fonction, fournisse la caution de 150 000 \$ fixée par le Juge, et commence à agir : il apparaît comme évident qu'il n'a pas été cité préalablement, et que par suite, il devait être déjà au courant de ce qu'il allait être nommé comme *receiver*.

Mais il n'apparaît pas juste au Gouvernement espagnol que, pour des motifs identiques, le Gouvernement belge fasse une allusion malicieuse à la rapidité de la déclaration de faillite espagnole et à la nomination de ses organes sans citation préalable.

Il ne lui semble pas davantage anormal que l'on ait nommé M. Clarkson comme *receiver*, bien qu'il fasse partie de la firme « *Clarkson, Gordon & Co., Auditors de Barcelona Traction* », et bien que le Comité des Obligataires *Prior Lien* ait remis au Tribunal un télégramme, le 15 juillet 1948, protestant contre ce fait ; mais il ne lui semble pas logique que le Gouvernement belge feigne d'être indigné que la nomination des organes de la faillite espagnole ait porté sur des personnes présumées avoir la confiance des créanciers de *Barcelona Traction*.

692. La *Réplique*, invoquant le témoignage du conseiller juridique de la *National Trust*, M. MacKelcan, et les déclarations qu'il s'est permis de faire sur la légalité de la faillite dans la procédure espagnole, prétend en déduire que la demande de la *National Trust* était une conséquence directe du prononcé de la faillite en Espagne.

Le Gouvernement espagnol avait déjà fait allusion dans le *Contre-mémoire* à la déclaration de M. MacKelcan, et il se reporte à ce qui a été dit sur ce sujet dans celle-ci<sup>3</sup>, mais il ne semble pas objectif de n'analyser qu'une partie des déclarations de cet avocat ; en marge, évidemment, du caractère unilatéral et obligatoirement partiel de ces déclarations, étant donné sa condition de conseiller juridique de la *National Trust*.

<sup>1</sup> (Receivership, vol. I, pp. 85 à 100.) Dans le point 8 du mémorandum on vise l'avis qui avait été adressé par la *Westminster Bank* au représentant de *Barcelona Traction* à Londres le 15 juin 1948, l'avertissant qu'en raison du non-paiement des intérêts échus le 1<sup>er</sup> mars 1948, elle avait l'intention de faire procéder à la vente des biens hypothéqués, c'est-à-dire des 2.640.000 livres en obligations *First Mortgage*.

Dans le point 10 du même mémorandum, le *receiver* déclare que le 15 juillet 1948 « et immédiatement en tant que dépositaire et administrateur » il avait adressé un télégramme à la *Westminster Bank* l'avisant de sa nomination et annonçant la visite d'un de ses représentants.

<sup>2</sup> D'une manière curieusement parallèle, *Barcelona Traction* a fait, dans la faillite espagnole, une demande sur le paiement des intérêts de ses obligations en pesetas le 5 juillet 1948 (A.C.M., N° 65, doc. I, vol. VII, p. 331) et cela fut la première action de celle-ci après sa comparution dans la faillite, le 18 juin 1948 ; il n'apparaît pas comme absurde de penser que l'affaire de la *Westminster Bank* a poussé la *Barcelona Traction* à comparaître, tardivement, dans la procédure espagnole.

<sup>3</sup> C.M., IV, page 443.

Il faut insister sur le fait que, dans les alinéas 8, 9, 10 et 11 de la déclaration de M. MacKelcan, on reprend le fait que *Barcelona Traction* n'a pas payé les intérêts des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage* depuis le 1<sup>er</sup> décembre 1936, ni les amortissements correspondants depuis 1937 et que par, suite, la garantie peut être exécutée en raison de ces faits.

Plus encore, il convient de souligner que M. MacKelcan s'abstient, même d'indiquer que l'impossibilité de paiement a été due à des difficultés soulevées par le Gouvernement espagnol en matière de transfert de devises, ni n'exprime le moindre doute ni la moindre réserve sur la compétence des Tribunaux espagnols.<sup>1</sup>

693. Dans la même *Annexe* 134, le Gouvernement belge prétend signaler les différences «sensibles» entre la *receivership* canadienne et la procédure de faillite espagnole, mais les différences signalées relèvent du droit de la procédure et non pas du droit substantiel, et le *Contre-mémoire* se réfère aux analogies substantielles existant entre les deux procédures dans un grand nombre de points.

La *Réplique* relève deux différences:

a) Que la *receivership* fut décidée après citation de *Barcelona Traction*, et que le Comité des Obligataires *Prior Lien* avait été également informé de cette procédure.

Il est indiscutable, comme le Gouvernement belge le reconnaît lui-même, que la procédure de faillite se poursuit en Espagne «*inaudita parte debitoris*», comme dans d'autres pays du droit continental, et ceci est une différence de procédure par rapport aux procédures analogues en droit anglo-saxon.

b) La désignation de la personne du *receiver* et des organes de la faillite.

Il n'y a aucune différence sur ce point, car si le Gouvernement belge soutient que le dépositaire et le commissaire de la faillite espagnole ont été désignés parce que c'étaient des personnes ayant la confiance des créanciers, et qu'ils ont accepté leurs fonctions, sans citation préalable, le jour même de leur désignation, ce qui est exact c'est que M. Clarkson, non seulement était le «*auditor*» de *Barcelona Traction*, mais qu'il avait été nommé *receiver* à l'occasion de la première *receivership* de *Barcelona Traction* (déjà prononcée comme un écran pour contrarier l'action des créanciers de l'entreprise<sup>2</sup>) et qu'il avait également accepté cette mission, fourni caution, etc., le jour même où la décision avait été rendue, sans avoir été évidemment cité.

D'autre part, le *receiver* a été désigné malgré les réserves logiques faites sur ce point par le Comité des Obligataires; il est facile d'imaginer ce que dirait le Gouvernement

<sup>1</sup> Le Gouvernement espagnol avait indiqué que *Barcelona Traction* avait donné son accord sur la nomination du *receiver*. Dans l'annexe 134 (vol. II, page 818 de la *Réplique*) le Gouvernement belge se borne à consigner que la *National Trust* avait le droit de la demander et que, en fait, *Barcelona Traction* s'était abstenue d'intervenir au débat qui a précédé la nomination du *receiver*; le fait est exact, mais le document du 16 juillet 1948 de la *receivership* prouve que *Barcelona Traction* a comparu dans la procédure, et la décision du 15 juillet 1948 (*Receivership*, pp. 67 et ss.) a été rendue en présence de l'avocat de *Barcelona Traction*, M. Pattillo; il est évident que si *Barcelona Traction* a comparu et n'est pas intervenue, elle a donné un assentiment précis à la nomination du *receiver* et aux motifs invoqués pour qu'elle ait lieu sur la demande de la *National Trust*.

<sup>2</sup> Le 23 décembre 1914, le Tribunal Suprême d'Ontario a nommé trois *receivers* de *Barcelona Traction*, MM. Clarkson, Smith et Pearson.



belge si *Barcelona Traction* avait pu, par hypothèse, faire une protestation analogue et si le Juge espagnol n'y avait pas fait droit.

694. Finalement, la *Réplique* prétend que le Gouvernement espagnol n'a pas été heureux en indiquant que les pouvoirs octroyés au *receiver* étaient analogues à ceux conférés par le tribunal de Reus aux organes de la faillite.

Cependant, en examinant les documents de la *receivership*, on parvient à la conclusion que son parallélisme avec la procédure de faillite espagnole est véritablement notable, en particulier en ce qui concerne des points, tels que l'intervention des organes de la faillite dans les biens et patrimoines des filiales, et même dans la nomination de conseillers, etc.

La décision du Juge canadien du 15 juillet 1948 est déjà en elle-même explicite lorsqu'elle confère au *receiver* la possession de toute l'entreprise, des biens et des actifs qui ne sont pas entre les mains de la demanderesse, biens et actifs de toutes classes et de toutes natures, compris dans les trusts ou soumis à ceux-ci.

Mais le Gouvernement espagnol juge utile d'énumérer ici une série de faits qui résultent de la *receivership* canadienne, et qui lui semblent véritablement concluants.

1) Dans le mémorandum du *receiver* du 18 septembre 1948 (Vol. II, folio 169 à 178), il est demandé (septième question) une autorisation pour que les fonds de *Ebro* existant en escudos portugais dans un coffre-fort à Lisbonne (Portugal) soient transférés au compte de *Ebro* à la Bank of Scotland de Londres; et, sur le montant de ces fonds (livres 28.957.2.8) le *receiver* demande une autorisation pour que 23.000 livres soient transférées au compte ouvert à son nom à la *Canadien Bank of Commerce*<sup>1</sup>.

2) Dans le mémorandum du Receiver du 25 novembre 1948 (Vol. II, folios 179 à 225) on mentionne (vingt-septième section) un télégramme du *receiver* dans lequel il fait part de son intention de demander au tribunal que le *receiver* puisse ordonner à la société *Ebro* de payer sur ses fonds espagnols les obligations en pesetas de *Barcelona Traction*.

3) Dans le mémorandum du receiver du 25 août 1949 (Vol. II, pages 273 à 284) le nouveau *receiver* rend compte de ce que jusqu'à cette date il n'a pas été nécessaire d'emprunter davantage d'argent « principalement parce qu'il a été possible de transférer au compte du *receiver*, et d'utiliser pour les fins de l'administration judiciaires certains soldes de comptes bancaires de la défenderesse et de ses sociétés filiales.

4) Dans le mémorandum du receiver du 17 février 1950 (Vol. III, pages 386 à 392) celui-ci affirme que, bien qu'il n'ait pas eu accès aux archives et aux livres de comptabilité tenus en Espagne par les filiales et sous-filiales, cependant il a « sous son contrôle direct

<sup>1</sup> Dans la douzième question du même mémorandum, il sollicite une autorisation pour que *Ebro* procède « aux paiements (en livres sterling à Londres, Angleterre) que le *receiver* approuvera en faveur de *International Finance Corporation Limited* » et pour que le *receiver* soit autorisé « à faire en sorte que » *International* effectue en faveur de *Barcelona Traction* les paiements que le *receiver* « approuvera en leur temps ».

Dans la treizième question, on parle du transfert au *receiver* par la *National Trust* « des titres spécifiquement grevés et en sa faveur, conformément aux actes de fidéicommiss ».

et indirect les archives et livres de comptabilité tenus hors d'Espagne par la défenderesse et ses sociétés filiales ».

5) Dans le mémorandum du *receiver* du 17 février 1950 (Vol. III, pages 397 à 404) il est rendu compte de diverses mesures prises en ce qui concerne les biens d'*Ebro*, parmi lesquelles figure le recouvrement par *Ebro* d'une somme en livres de la société portugaise *Estudios Técnicos, S.A.* (pour livres 28.946.12.6), somme qui a été transférée au compte de *Ebro* à Londres; que Canadian and General Finance a payé à *Ebro* la somme qui était due en dollars, soit 9.275,33; et que l'équipement mobile d'*Ebro* en Angleterre a été vendu à International Utilities « filiale dominée à 100% par la défenderesse » pour 300 livres; et que les fonds du dépôt des comptes bancaires d'*Ebro* ont été utilisés pour effectuer des paiements de la *receivership* et transférés aux comptes du *receiver*<sup>1</sup>.

Finalement, le *receiver* rend compte de ce qu'il ne juge pas opportun de prendre certaines mesures suggérées par les conseillers juridiques espagnols, tendant à ce que le Conseil d'Administration d'*Ebro* « devrait être complètement renouvelé et que de nouveaux employés de rang supérieur devraient être nommés ». Et que, par contre, le *receiver*, a décidé:

a) la modification des statuts d'*Ebro* pour ce qui a trait à la convocation du Conseil d'Administration, aux cadres supérieurs et à la signature des contrats, actes et documents.

b) l'augmentation du nombre des conseillers de 9 à 11, en fixant le quorum pour le Conseil à 5.

c) la réunion d'une Assemblée Générale spéciale des actionnaires, qui a été tenue le 30 avril 1949, et dont l'acte déclare qu'il est accompagné d'un document de preuve C, qui n'apparaît pas dans la *receivership*.

d) l'élection d'un Conseil d'Administration au sein duquel figurent les postes suivants: « Chairman » du Conseil, Spécial; Président, G. T. Clarkson; premier Vice-Président, E. G. Clarkson et Vice-Président, Allan Graydon<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Dans le même mémorandum, on se reporte aux paiements faits par le *receiver* en faveur des employés de *Ebro*, et à la réduction progressive dans l'avenir de ces paiements.

<sup>2</sup> Dans le mémorandum du *receiver*, également en date du 17 février 1950 (vol. III, pp. 419 à 425) il est joint (documents de preuve A) un résumé des actions du *receiver* précédent depuis sa nomination jusqu'au 21 juin 1949.

Entre autres activités, on détache:

« ...

2. La levée d'inventaire des actifs de la Société et de ses filiales hors d'Espagne. Prise de possession des actifs de la Société hors d'Espagne, à l'exception de ceux qui sont entre les mains de la *National Trust*. Accords avec les dirigeants des filiales hors d'Espagne en vertu desquels ceux-ci n'agiraient qu'avec l'approbation du dépositaire. Etude de la question de la poursuite du paiement de certains traitements par *Ebro Irrigation and Power Company Limited*, dénommé à partir de maintenant la *Société Ebro*, et approbation de la continuation de paiements à des échelons susceptibles d'ajustement de temps en temps. Obtenir que certaines filiales réalisent certains actifs situés hors d'Espagne et organiser le transfert à Ontario d'importants soldes étrangers. Effectuer la vente d'actions de la Canadian and General Finance Company Limited détenues par la Société ».

4. Procéder au renouvellement partiel du Conseil d'Administration, à des changements de directeurs et à des modifications aux Statuts de la Société *Ebro* ».

« ...

6. Etude du registre des actions de la Société *Ebro* dans le but de modifications possibles dans le registre et décision de ne procéder à aucune modification ».

6) Dans le mémorandum du *receiver* du 20 mars 1950 (Vol. III, pp. 429 à 439) le *receiver* affirme que « Jusqu'à maintenant, le fonctionnement de l'administration judiciaire indiqué dans l'épigraphe a été entièrement financé par les soldes appartenant aux diverses sociétés qui se trouvaient hors d'Espagne »<sup>1</sup>.

695. Il est à présumer qu'après cet exposé de faits sommaire, à titre énonciatif et non limitatif, qui résultent de la *receivership*, le Gouvernement belge cessera de nier que le *receiver* canadien ait porté son contrôle sur les filiales, leur patrimoine, leurs fonds, leur gestion et leurs Conseils d'Administration, et même leurs Assemblées, plus loin encore que ce que prétend la *Réplique* pour la gestion et les actes effectués par les organismes de la faillite espagnole.

Il faut souligner que c'est le même conseil juridique du *receiver* qui est chargé de la défense en Espagne non seulement de *Barcelona Traction* mais des filiales, et le fait que pendant toute la période le *receiver*, non seulement a disposé des fonds des filiales hors d'Espagne pour les besoins de son administration, mais qu'avec ces fonds, il a assuré le paiement de frais et impôts des filiales canadiennes et la rémunération de leurs employés.

La *receivership* canadienne révèle les éléments d'actifs importants de *Barcelona Traction*, qui sont restés hors de la portée des créanciers, et qui n'ont pas été incorporés à la masse active de la faillite espagnole, et les chiffres qui figurent dans les annexes mentionnées supra sont significatifs<sup>2</sup>.

696. Le Gouvernement espagnol a cru opportun de faire appel à l'aide d'une personne dont le prestige est indubitable en matière de droit international, pour examiner la *receivership* en ce qui concerne les diverses accusations contenues dans le *Mémoire* et dans la *Réplique* contre la procédure espagnole.

La personne dont il s'agit est M. Briggs, Professeur de Droit International de la Cornell University.

Dans l'AD. N° 181 se trouve l'étude effectuée par ledit Professeur.

Sa lecture est véritablement significative. Le Professeur Briggs observe, à juste titre, que le Gouvernement belge n'a porté que très peu d'attention à la procédure canadienne.

<sup>1</sup> Dans le rapport de l'Officier Supérieur du Tribunal Canadien du 27 juillet 1950 (vol. III, pp. 450 à 463), il était joint diverses annexes.

Dans l'*Annexe A*, figurent les actifs originaires de la défenderesse et de ses filiales au 15 juillet 1948 (à l'exclusion des actifs en Espagne et du portefeuille entre les mains de la *National Trust*), actifs dont le *receiver* a pris possession. Dans l'*Annexe B*, on rapporte les sommes reçues par le *receiver* Clarkson « pour ou au nom des filiales canadiennes de la défenderesse » (à l'exception de ce qui touche toute opération de ces filiales en Espagne). Dans l'*annexe D*, figurent les soldes des comptes bancaires du *receiver* « et/ou de la défenderesse et/ou des filiales canadiennes de la défenderesse, à l'exclusion de tous comptes bancaires en Espagne, au 22 juin 1949 ». Dans l'*annexe C*, sont consignés une série de paiements effectués par le *receiver* au personnel de *Ebro*.

<sup>2</sup> La Cour observera que le Gouvernement belge en présentant une réclamation dont la légitimité et le bien-fondé doivent être rejetés en fait et en droit, se préoccupe peu de ne pas déduire de la valeur supposée de l'entreprise pour laquelle il réclame une indemnité, les éléments de l'actif qui sont restés en dehors de la faillite espagnole, car la faillie a éludé l'obligation qu'elle avait de les rapporter à la masse de la faillite.

La consultation du Professeur Briggs démontre les « multiples parallélismes existant entre la 'Receivership' canadienne et la procédure de faillite espagnole contre *Barcelona Traction*, et, que certains actes, réalisés par les Tribunaux espagnols ou par les organismes de la faillite, sont qualifiés de dénis de justice par le Gouvernement belge, alors que ces mêmes actes rentrent dans le cadre des facultés normales d'un 'receiver' suivant le Tribunal et les Receivers canadiens ».

Le Professeur Briggs signale, en examinant les actes réalisés par le receiver, que :

« 14. Ces actes du Receiver canadien en ce qui concerne les filiales de *Barcelona Traction*, n'ont provoqué aucune protestation visible de la Belgique contre le Gouvernement ni contre l'administration de la justice canadienne. En fait, le *Mémoire* et la *Réplique* belges contiennent étonnamment peu de références à la procédure canadienne.

15. Par contre, on remarque les protestations amères du *Mémoire* belge, alinéas 333 et suivants (pages 165 et suivantes) et de la *Réplique* belge, alinéas 79 et suivants (pages 46 et suivantes) et alinéas 587 et suivants (pages 441 et suivantes) contre certains actes des autorités espagnoles qui ont pourtant leur parallèle dans la procédure canadienne ».

Il démontre (alinéas 16 à 23), comment le *receiver* a appréhendé et contrôlé les biens des filiales, et comment il y est parvenu, sans se préoccuper de leur personnalité juridique distincte, comme faisant partie de l'entreprise de *Barcelona Traction* bien qu'évidemment elles ne soient pas parties dans ces procédures.

Dans les alinéas 29 à 33, il signale l'intervention décisive du *receiver*, non seulement pour le remplacement des dirigeants des filiales et pour le renouvellement de leurs Conseils d'Administration, mais aussi pour la direction et le contrôle des procédures qu'elles avaient introduites en Espagne.

Dans les alinéas 34 à 59, et sous le titre de la représentation légale du *receiver* canadien, et des sociétés, il explique l'intervention et les conseils du *receiver* dans la direction des procédures en Espagne, non seulement pour *Barcelona Traction*, mais aussi pour les filiales.

Le Professeur Briggs a jugé opportun d'ajouter à son travail certaines considérations particulièrement importantes (alinéas 59 à 62) sur la qualification fiscale de *Barcelona Traction* au Canada comme « société ayant des affaires à l'étranger », situation sur laquelle le Gouvernement espagnol avait déjà attiré l'attention. Le Professeur Briggs, comme conséquence des raisonnements qu'il effectue sur ce point, se demande à juste titre :

« 62. Si le Canada traite une société canadienne « d'étrangère » dans un but déterminé, la Belgique peut-elle protester parce que l'Espagne traite la même société, non comme une société « espagnole », mais comme une société étrangère œuvrant et propriétaire de biens en Espagne, soumise en conséquence aux lois espagnoles en ce qui concerne les impôts, le contrôle des devises et la faillite ? Voir le *Contre-mémoire* espagnol, alinéas 98 et suivants, pages 69 et suivantes »<sup>1</sup>.

Le même Professeur (alinéas 70 à 79) souligne « l'atmosphère de la procédure canadienne » et indique son étonnement en remarquant que les déclarations jointes à la procé-

<sup>1</sup> Dans les alinéas 63 à 69, le Professeur Briggs fait quelques réflexions pertinentes au sujet de la demande étrange de la *Réplique*, tendant à la condamnation de l'Espagne aux frais de la *receivership* canadienne.

sure sur la présumée partialité des juges espagnols en faveur du groupe March sont fondées sur « un exposé unilatéral, présenté par des personnes qui acceptaient totalement les arguments de *Sidro-Barcelona Traction-Ebro* en ce qui concerne l'illégalité de la procédure de faillite en Espagne », et il s'étonne, par exemple (et à juste titre) que, dans les mille trois cent quatre-vingt pages de la *receivership* canadienne, il ne figure pas la moindre référence au délai de huit jours que la loi espagnole accorde au failli pour qu'il puisse faire opposition à la faillite, ni au fait que *Barcelona Traction* n'a pas profité de cette possibilité.

Finalement, et sous l'intitulé de « quelques conclusions de caractère général » (alinéas 80 à 83), le Professeur Briggs formule, entre autres, les conclusions suivantes :

« 80. Malgré les efforts contenus dans l'*Annexe 134*, pages 817 et suivantes de la *Réplique belge*, pour établir une différence entre la procédure de faillite suivie en Espagne contre *Barcelona Traction* et la procédure introduite devant le Tribunal Suprême d'Ontario, Canada, les Décisions du Tribunal canadien révèlent de nombreux parallèles entre l'autorité et les actes des « Receivers » espagnols et canadiens, et des tribunaux sous le contrôle desquels ils ont agi. Malgré les différences qui existent entre le système juridique et procédural espagnol et le système juridique et procédural canadien, on doit conclure :

1) que le système juridique et procédural espagnol n'est nullement déficient par comparaison au système juridique et procédural canadien ;

2) que les actes des autorités correspondantes de la faillite et de la « receivership » ont été légaux ;

3) que le silence belge — c'est-à-dire, l'absence de protestation ou de critique — en ce qui concerne la « Receivership » canadienne, de *Barcelona Traction*, est incompatible avec ses amples critiques contre la procédure espagnole de faillite ;

4) que la différence d'attitude belge ne peut se justifier en soutenant que *Barcelona Traction* a comparu « volontairement » dans la procédure canadienne de « Receivership » ou en soutenant qu'elle était une société canadienne, alors qu'il n'y a pas eu de consentement de la part de *Barcelona Traction* en ce qui concerne la procédure espagnole contre une société canadienne. (Si un tribunal est compétent, peu importe l'accord du failli.) »

Il indique ensuite que « Au Canada comme en Espagne, il a été considéré que l'exercice des pouvoirs du Receiver comprenait : traiter comme une unité économique une société et son complexe de filiales et de sous-filiales, rattachées à elle par une interconnexion de Conseils d'Administration, aux fins de la « Receivership » ; occuper ou contrôler les biens disponibles de la société unique dans la « Receivership » ou la faillite, même lorsque ces biens sont en même temps des biens de filiales sous son contrôle, filiales possédant une personnalité sociale séparée ; remplacer les dirigeants et reconstituer les Conseils d'Administration de la société ou des filiales contrôlées par elle ; contrôler la représentation légale de la société contre laquelle est poursuivie une procédure judiciaire, ainsi que celle de ses filiales ».

Et, enfin, le Professeur Briggs conclut :

« 83. Le dossier de l'affaire *National Trust Co.* et *Barcelona Traction Co.*, devant le Tribunal Suprême de Ontario, Canada, révèle que l'on considèrerait que les actes dont il a été parlé plus haut reentraient dans le cadre des facultés normales et légitimes du Receiver. Les tentatives de la *Réplique belge* de qualifier ces actes — lorsqu'ils ont été exécutés par les autorités espagnoles contre une société canadienne et ses filiales et sous filiales espagnoles agissant en Espagne et soumises aux lois espagnoles — de délits internationaux ou de déni de justice (cf., *Réplique belge*, alinéas 79 et suivants (pages 46 et suivantes) alinéas 477

et suivants (pages 322 et suivantes) alinéas 515 et suivants (pages 369 et suivantes) alinéas 587 et suivants (pages 441 et suivantes) ne peuvent résister à un examen approfondi et sont contredites par les critères adoptés par le tribunal et par les *receivers* canadiens sur les fonctions légitimes du *receiver* de la même société ».

697. Finalement, dans l'annexe 134, appendice I, le Gouvernement belge se reporte à l'observation faite dans le *Contre-mémoire* (page 444) sur ce que, depuis le 15 juillet 1948, les avoués qui représentaient *Barcelona Traction* devant les Tribunaux espagnols n'avaient plus de caractère de légitimité, car, à partir de cette date, suivant le Gouvernement belge, et suivant la loi canadienne, la personne qui pouvait agir au nom de, et représenter, *Barcelona Traction*, c'était uniquement le *receiver*.

Le Gouvernement belge présente certaines considérations sur le fait que le *receiver* pouvait agir lui-même ou diriger la procédure dans laquelle interviendrait *Barcelona Traction*, et qu'il a choisi cette dernière solution. Mais l'observation du Gouvernement espagnol, à laquelle on prétend ainsi répondre, n'a rien à voir avec ce point de vue de la loi personnelle de *Barcelona Traction*, comme conséquence de la *receivership*.

Il semble clair qu'en vertu de l'ordre du Juge Schræder du 15 juillet 1948, *Barcelona Traction* a subi, en ce qui concerne sa capacité personnelle, une véritable diminution; tout acte de *Barcelona Traction* à partir de cette date nécessitait obligatoirement l'intervention de la tutelle du *receiver*. Or, cette situation n'apparaît pas dans la procédure espagnole dans laquelle *Barcelona Traction* agissait comme si le *receiver* n'existait pas; cela est certainement une anomalie.

Il n'apparaît, dans la faillite espagnole, ni la date du 15 juillet 1948, à partir de laquelle *Barcelona Traction* ne pouvait plus agir d'après la loi canadienne sans l'assistance du *receiver*, ni la date du 24 juin 1952, à partir de laquelle le Conseil d'Administration de *Barcelona Traction* a recouvré, en vertu d'une décision de justice expresse de l'autorité canadienne, sa liberté d'agir seul dans les procédures espagnoles.

698. Le *Contre-mémoire* (IV, p. 445) a fait également allusion à la situation étrange née de l'existence simultanée de la réclamation belge devant la Cour Internationale et de l'existence de la *receivership*.

En effet, le Gouvernement belge a d'abord demandé la « *restitutio in integrum* » du patrimoine de la société faillie, et maintenant la *Réplique* abandonne en pratique cette demande pour demander une indemnité équivalant à la valeur supposée du patrimoine de l'entreprise au moment de sa déclaration de faillite.

Cela suppose, en bonne logique, non seulement l'existence d'un patrimoine supérieur au passif de *Barcelona Traction*, mais aussi que les propriétaires juridiques de ce patrimoine soient les prétendus actionnaires belges de *Barcelona Traction*.

Mais en vérité ce titre ne revient pas, à partir du 15 juillet 1948, aux actionnaires de *Barcelona Traction*, quelle que soit leur nationalité, mais au *receiver* canadien, conformément à l'ordre exprès du Tribunal canadien, donné avec le consentement de *Barcelona Traction*, qui, non seulement n'a soulevé aucune objection, mais a accepté l'ordre du 15 juillet 1948.

Et cette situation subsiste encore aujourd'hui, car la *receivership* poursuit son cours, et le *receiver* a les mêmes pouvoirs que ceux dont il a été investi le 15 juillet 1948.

Le contre-sens semble évident.

En présence de l'objection espagnole, le Gouvernement belge se borne à exposer que :

« ... Il est évident, cependant, que la qualité du Gouvernement belge pour intenter la présente action internationale pour la protection de ses ressortissants actionnaires de la *Barcelona Traction*, ne peut nullement être influencée par la circonstance que cette société fait l'objet d'une action judiciaire au Canada et se trouve sous le contrôle d'un *receiver* ».

Naturellement, ceci n'est pas réfuter l'objection espagnole et cela met en évidence l'impossibilité de le faire <sup>1</sup>.

#### B. ACTION DE LA WESTMINSTER BANK

699. Dans l'appendice 2 de l'*annexe* 134 même (*Annexes* à la *Réplique*, Vol. II, pages 838-840), le Gouvernement belge se réfère à la procédure de la *Westminster Bank*.

Le Gouvernement espagnol doit s'en rapporter, non seulement à ce qui a été exposé dans le *Contre-mémoire* (IV, pp. 321, 322 et 446), mais aussi à ce qui a été dit sur ce point dans d'autres parties de la *Duplique* (pars. 528-9).

Il n'est pas exact que le Gouvernement espagnol ait discuté le fait que la *Westminster Bank* se disposait à réaliser la garantie le 15 juin 1948, en invoquant seulement le non-paiement des intérêts des obligations en pesetas pendant trois mois.

Ce que le *Contre-mémoire* a souligné (page 321), c'est que, parmi les diverses causes qui pouvaient donner lieu à la réalisation de la garantie (Clause 16 du Trust Deed du 1<sup>er</sup> mai 1927), se trouvaient non seulement le non-paiement des intérêts pendant six mois, mais aussi d'autres causes telles que la cessation de paiements de la société <sup>2</sup>, et, particulièrement, le fait qu'en un lieu quelconque du monde ait été nommé un séquestre-dépositaire ou un administrateur de tout ou partie des affaires ou biens de la société, si cette nomination, de l'avis du Trustee, était préjudiciable pour la garantie.

Le *Contre-mémoire* a indiqué aussi que la *Westminster* pouvait réaliser la garantie, non seulement en raison du non-paiement des intérêts des obligations en pesetas, mais aussi en raison du fait que, le 12 février 1948, un séquestre-dépositaire avait été nommé en Espagne, auquel avait été confiée l'administration de tous les biens de *Barcelona Traction*; cette même circonstance s'est renouvelée quelques mois plus tard (15 juillet 1948) avec la nomination d'un *receiver* au Canada.

<sup>1</sup> Le Gouvernement belge déclare s'en remettre à la partie de la *Réplique* qui traite de la légitimité du Gouvernement belge, mais on n'y trouve certainement rien sur cette question.

Nous nous trouvons devant un nouvel exemple de renvois « dans le vide », dont le Gouvernement belge est prodigue.

<sup>2</sup> Et la suspension des amortissements; comme on le sait, les obligations en pesetas de *Barcelona Traction* n'ont pas été amorties depuis 1936.

Il est évident que, même si les intérêts des obligations en pesetas avaient été payés, ce qui ne se pouvait pas pour les motifs invoqués déjà à maintes reprises, cela n'aurait pas empêché la réalisation de la garantie par le *trustee*, et c'est pour ce motif que lorsque la *Westminster Bank* a appris la nomination du *receiver* canadien, elle a adressé audit fonctionnaire, le 16 juillet 1948, un télégramme dans lequel elle disait expressément que « *votre nomination est une raison de plus pour l'action introduite par nous* ».

Le Gouvernement belge se contente d'observer que la nomination du *receiver* canadien a eu lieu un mois après que la *Westminster Bank* ait fait part de son intention de réaliser la garantie, mais il oublie que :

a) le 12 février 1948, c'est-à-dire quatre mois avant que soit annoncée la réalisation la garantie, un séquestre-dépositaire espagnol avait été nommé, ce qui était une raison suffisante d'après le *trust deed* pour pouvoir exécuter cette garantie; le fait a été souligné par le *Contre-mémoire* (page 321) et le Gouvernement belge garde le silence sur ce point.

b) Ce qui importe, ce sont, non seulement les causes existantes au 15 juin 1948 (qui étaient au nombre de trois — non-paiement des intérêts, défaut d'amortissement et nomination d'un séquestre-dépositaire espagnol — et non pas une comme le prétend le Gouvernement belge), mais aussi les causes qui existaient au moment où le gage a réellement été réalisé et cela s'est produit trois ans après la nomination du *receiver*, et il n'y a aucun doute que la *Westminster Bank* a considéré que ce fait était une raison de plus pour son action.

Le Gouvernement belge prétend que le Juge canadien, dans son jugement du 24 novembre 1950, n'a tenu compte que du paiement des intérêts de trois mois; et, dans ce but, il transcrit le paragraphe suivant du jugement du 24 novembre 1950:

« ... L'affirmation serait pertinente si la banque basait son droit de réaliser le gage sur la raison indiquée au paragraphe 16 (D), plutôt que sur les autres subdivisions du paragraphe 16 du *Trust Deed* de 1927, c'est-à-dire le défaut pendant trois mois dans le paiement des intérêts ». (*Annexes Réplique*, page 838).

Mais si l'on examine le texte original du document (*Annexes Contre-mémoire*, Vol. VII, annexe n° 68, doc. n° 3, page 347) on constate que le Juge canadien vise précisément l'invocation de la clause 17, qui se reporte au cas de la réalisation de la garantie pour nomination d'un séquestre-dépositaire, ce qui prouve que l'argument a été invoqué, et en outre, le Juge canadien ne dit en aucune manière que l'action exercée se fonde uniquement sur le non-paiement des intérêts pendant trois mois, mais sur d'autres causes de la clause 10 et, parmi celles-ci, il cite *par exemple* celle du non-paiement des intérêts pendant trois mois<sup>1</sup>. Le Gouvernement belge tourne la difficulté en remplaçant le « *par exemple* » par « *c'est-à-dire* », ce qui change tout à fait le sens de la citation.

700. Le Gouvernement belge prétend dénaturer l'affirmation du Gouvernement espagnol (C.M., page 322) que les Tribunaux d'Ontario ont déclaré le droit de la *Westminster Bank* de réaliser la garantie.

<sup>1</sup> « Reliance is also placed on the provision of Clause 17 of the Deed of Trust. This contention would be pertinent if the Bank claimed the right to enforce its security on the ground set forth in paragraph 16 (d) rather than upon the grounds set forth in the other sub-paragraphs of paragraph 16 of the 1927 Deed of Trust, e.g. default for three months in payment of interest... »



Le Gouvernement belge nie cette affirmation, et pour le justifier, cite deux paragraphes des arguments pour la sentence du 24 novembre 1950, totalement isolés de leur contexte.

Cependant, si l'on lit le document en question, il n'y a aucun doute que les Tribunaux canadiens ont établi le droit de la *Westminster Bank* à exécuter la garantie, bien que certainement cette demande n'ait pas fait partie de la requête de la *Westminster Bank*.

Le Juge canadien a déclaré clairement que « il n'est pas possible de passer sous silence le fait que la garantie entre les mains de la Banque est une garantie valable, subsistante et efficace, et que le droit de celle-ci de la conserver sous forme de certificats provisoires est un fait constant qui résulte des stipulations concrètes de l'alinéa 12 de l'acte de fidéicommis de 1927 »<sup>1</sup>.

Plus clairement encore, le Juge canadien a déclaré:

« ... Cependant, en tenant compte des dispositions de l'alinéa 12 de l'acte de Fidéicommis de 1927 et de l'alinéa 5 de l'acte de Fidéicommis de 1911, on ne comprend pas pourquoi la situation de la Société devrait être pire de ce qu'elle serait si la Banque tentait de faire exécuter sa garantie par la vente de certificats provisoires. Personne n'a attaqué son droit de le faire. Je considère comme correct de dire que, dans une vente d'obligations définitives, on obtiendrait un meilleur prix que dans une vente de certificats provisoires, mais que, dans tous les cas, celles-ci ne se vendraient pas à un prix inférieur à ceux-ci. La situation d'un receiver and manager ainsi que ses devoirs et obligations sont clairement et succinctement établis par le vicomte Haldane dans l'affaire *Parsons contre The Sovereign Bank of Canada* (1913) A.C. 160, p. 167<sup>2</sup>.

« ...

« ... parce que le droit que la Banque tente d'exercer ne placerait pas la Société, si l'affaire était tranchée en sa faveur, dans une situation pire que celle où elle se trouve actuellement, la Banque ne détenant que les certificats provisoires. Il est même parfaitement possible que si la Banque procède à une vente des titres dont s'agit sans compléter la garantie, les droits de toutes les parties affectées subiraient un préjudice bien plus important que si la Banque avait les obligations définitives dans ce but. Lorsque le contrat vise, comme il le fait dans ce cas, le perfectionnement d'une garantie entre les mains du créancier, je considère que le devoir du dépositaire est de remplir l'obligation légale de la Société à ce sujet: *Pegge contre Neath and District Tramways Company, Limited* (1898) chap. I. 183 »<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> « One cannot overlook the point that the security held by the Bank is a valid, subsisting and enforceable security and that its right to hold the same in the form of Interim Certificates is a continuing right flowing from the express provisions of paragraph 12 of the 1927 Trust Deed ».

<sup>2</sup> « Having regard, however, to the provisions of paragraph 12 of the 1927 Trust Deed, and paragraph 5 of the 1911 Trust Deed, I fail to apprehend why their position will be any worse than it would be were the Bank to attempt to enforce its security by selling the Interim Certificates. No one has disputed its right to do so. I deem it correct to say that on a sale of the Definitive Bonds a better price would be realized than on a sale of the Interim Certificates, but that in any event, the former would not sell at a lower price than the latter.

The position of a receiver and manager and his duties and obligations are clearly and succinctly stated by *Viscount Haldane in Parsons v. The Sovereign Bank of Canada* (1913) A.C. 160 at page 167 ».

<sup>3</sup> « ... because the right which the Bank seeks to enforce will not, if accorded to it, place the Company in a worse position than it is at the present time with only Interim Certificates in the Bank's possession. It is even quite possible that if the Bank makes a sale of the securities in question without perfecting its security the rights of all parties concerned will be more adversely affected than they would be if the Bank had Definitive Bonds available for the purpose. Where the contract relates as it does here to perfecting a security in the hands of the creditor, I deem it to be the Receiver's duty to carry out the Company's legal obligation in that regard: *Pegge v. Neath and District Tramways Company Limited* (1898) 1 CH. 183 ». (A.C.M., 68, doc. 3, VII, pp. 346-347).

L'appel de cette sentence a donné lieu au jugement du 8 juin 1951 (A.C.M., N° 191, vol. IX, p. 258) rendu par le Président du Tribunal d'Ontario. Dans ce jugement, le Juge a indiqué:

« ... Dans ces circonstances, qui étaient alors bien connues par toutes les parties intéressées et, surtout sur le vu de la déclaration de faillite prononcée par un Tribunal en Espagne contre le défendeur, il est raisonnable que les fidéicommissaires intéressés, selon les différentes classes d'hypothèque fidéicommissaire, se soient préparés à agir rapidement en profitant de toute opportunité pour se sauvegarder. Il n'y a rien dans les documents qui nous sont présentés, qui justifie que le Tribunal la dépossède de l'un quelconque de ses droits comme fidéicommissaire des détenteurs des obligations en pesetas. Les détenteurs d'autres obligations du défendeur, dont le demandeur est fidéicommissaire, ne souffrent d'aucune restriction pour disposer de leurs obligations sur le marché. La Banque a un droit évident contre la Société pour qu'il soit procédé à l'échange qu'elle a demandé et, à mon avis, le « receiver and manager » n'est pas compétent pour intervenir »<sup>1</sup>.

Le Tribunal Suprême d'Ontario ne pouvait dire plus clairement qu'il ne trouvait aucun motif pour déposséder le trustee de l'un quelconque de ses droits en tant que fidéicommissaire, droits parmi lesquels figurait celui de la réalisation de la garantie.

Tout ceci doit obligatoirement être considéré comme un consentement des autorités canadiennes à ce que la *Westminster Bank* procède à la vente; la preuve en est que la vente a été faite en 1951 (par des contrats des 5 février et 14 septembre de cette année), c'est-à-dire après que fut rendu le premier jugement<sup>2</sup>.

701. Le Gouvernement belge signale le fait qu'une sentence définitive ayant été rendue le 8 juin 1951, la *Westminster Bank* n'a pas encore procédé, à la date de la *Réplique*, à l'échange des certificats provisoires contre les certificats définitifs.

Cependant, la vente a eu lieu précisément sur les certificats provisoires, l'acquéreur ayant le droit d'obtenir les certificats définitifs.

Le Gouvernement belge affirme que si l'on n'a pas retiré les certificats définitifs, c'est parce que l'acquéreur s'était engagé, auprès de l'Institut Espagnol de Monnaie Etrangère, à importer et domicilier en Espagne les Obligations *First Mortgage* obtenus de la *Westminster Bank* après réception des titres définitifs, et que c'est pour cela qu'il n'a pas procédé à l'échange.

On ne comprend pas la portée de l'observation, d'autant plus que le fait de réaliser ou non l'échange dépendait en dernier ressort d'une action de la *Westminster Bank*.

702. Finalement, le Gouvernement belge indique qu'il est curieux que le *Contre-mémoire* (IV, page 323, note 1) ait mis en évidence que rien n'empêchait les actionnaires de

<sup>1</sup> In the circumstances then probably well known to all the parties concerned, and in view particularly of the bankruptcy declaration by a Court in Spain against the defendant, it is reasonable that the trustees concerned under the several trust mortgages should be prepared to act quickly upon any opportunity to get out. There is nothing on the record before us to warrant an opinion that the Westminster Bank has acted in any manner that would warrant the Court in depriving it of any of its rights as trustee for the peseta bondholders. The holders of other bonds of the defendant, for whom the plaintiff is trustee, are not restricted in disposing of their bonds on the market. The bank has a clear right against the company to the exchange it has asked for, and, in my opinion, the receiver and manager has no status to interfere.

<sup>2</sup> D'autre part, déjà, dans le memorandum du receiver du 22 juillet 1948 (*Receivership*, vol. 1, pp. 85 à 100), le conseiller juridique du receiver indique que toute tentative d'empêcher la vente est vouée à l'échec et, en fait, le receiver n'a tenté aucune action judiciaire pour empêcher la vente.

*Barcelona Traction* d'acquérir les obligations *First Mortgage* détenues en garantie par la *Westminster Bank*. Mais, comme motif, le Gouvernement belge se borne à dire que :

« ... Il était impensable, vu la situation de la procédure de faillite en Espagne, qu'ils songent à faire une telle opération ».

Il a été, cependant, démontré que la situation de la faillite en Espagne, à partir du moment où la *Westminster Bank* a manifesté sa volonté de réaliser la garantie, justifiait précisément l'acquisition de ces obligations, car elle aurait donné droit à l'acquéreur d'intervenir pour la nomination d'un ou plusieurs syndics de la faillite.

Mais, en outre, l'accusation fondamentale belge est de supposer que la réalisation de la garantie de la *Westminster Bank* a signifié une bonne affaire pour un ressortissant espagnol; s'il en était ainsi, on ne comprend pas comment les soi-disant actionnaires de *Barcelona Traction* ont laissé s'échapper l'occasion de le faire eux-mêmes.

Les documents de la receivership établissent clairement, comme il l'a déjà été souligné, que l'on a offert à M. Heineman d'acheter ces obligations et qu'il les a simplement refusées.

Finalement, l'annexe belge se reporte à ce qui a été exposé dans la *Réplique* sur la soi-disant obligation des organes de la faillite d'acquérir ces obligations; il est logique par conséquent du côté espagnol de se reporter, à son tour, à ce qui a été exposé sur ce point dans la *Duplique*, en indiquant qu'en tout cas l'application de l'article 918 du Code de commerce est une faculté et non pas une obligation, mais en outre, qu'il ne supposait pas le rachat d'aucun bien, sinon de quelques obligations contre la *Barcelona Traction* elle-même.

Le Gouvernement belge s'abstient de faire le moindre commentaire sur la critique formulée par le Tribunal Suprême d'Ontario sur les actes du *receiver*, soulignés par le *Contre-mémoire* (IV, p. 446, note 3).

### C. ACTION WALFORD

703. Dans l'appendice 3 de l'annexe 134 (Annexes à la *Réplique*, vol. II, pages 841 et 842), le Gouvernement belge se reporte à la procédure introduite par M. Walford en 1946.

Le Gouvernement belge réagit avec sa violence habituelle contre la référence du *Contre-mémoire* à ce litige, étrangement passé sous silence par le *Mémoire*, et il affirme qu'il n'y a pas fait allusion parce que ce procès n'a jamais été plaidé quant au fond.

C'est un fait que les décisions rendues par la justice anglaise gênaient les thèses soutenues par le Gouvernement belge.

Le *Contre-mémoire* (pages 38-41, 135-138 et 437-441) a exposé avec tous les détails les analogies entre les appréciations de fait et de droit du Juge anglais, et celles qui interviennent dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, particulièrement en ce qui concerne la juridiction des Tribunaux anglais devant lesquels tant *Barcelona Traction* que la *National Trust* ont fait un effort désespéré et inutile pour échapper aux condamnations, mais évidem-

ment le Juge anglais ne s'est pas laissé entraîner dans le complexe d'équivoques et de formalismes allégués successivement par *Barcelona Traction* et par la *National Trust* <sup>1</sup>.

Le Gouvernement espagnol doit se limiter à répéter ce qui a été exposé dans le *Contre-mémoire* sur cette affaire, compte tenu de l'impuissance démontrée du Gouvernement belge pour le réfuter.

Le Gouvernement belge soutient que le *Contre-mémoire* indique, comme analogie entre les deux procédures, le fait que M. Lawton avait été en Espagne, ce que *Canadian and General Finance* a été à Londres. Cependant, cette analogie se fonde plus exactement sur les agissements de *Ebro* en Espagne et sur le fait que le poste occupé par M. Lawton à *Ebro* et à *Barcelona Traction* était équivalant au poste occupé par M. Hubbard à *Barcelona Traction* et à *Canadian and General Finance*.

Mais il y a quelque chose de plus important encore: le fait que le Juge anglais a accepté comme preuve fondamentale une annonce publiée en 1944 dans l'Annuaire de la Bourse de Londres, où apparaissaient comme représentants en Angleterre de *Barcelona Traction*, *Canadian and General Finance* et M. Hubbard; cela est extrêmement intéressant, si l'on pense à la série des annuaires financiers espagnols, mentionnés dans le *Contre-mémoire* et joints comme annexes, où figurait l'adresse de *Barcelona Traction* à Barcelone et où l'on parlait de ses activités industrielles et commerciales dans le pays <sup>2</sup>.

Il est donc inexact de prétendre que «aucun des faits sur lesquels le juge anglais fondait sa compétence n'était réalisé en Espagne»; ce qui est exposé dans le *Contre-mémoire*, au vu des documents du procès Walford, prouve exactement le contraire, et c'est pour cela que le Gouvernement belge affirme à nouveau que «il peut se limiter à expliquer que le procès Walford, intenté par un comparse du groupe March, assisté d'un avocat du même groupe, M. Settle, faisait partie des moyens que Juan March mit en œuvre pour faire échouer le plan d'arrangement, dont l'exécution lui aurait enlevé toute chance d'acquérir le contrôle de la *Barcelona Traction*» <sup>3</sup>.

La réalité des événements qui se sont produits en 1946 et en 1947, tels qu'ils sont aujourd'hui exposés par le Gouvernement espagnol, dément la vraisemblance que les agissements de M. Walford aient eu le but que soutient aujourd'hui le Gouvernement belge.

Si l'on tient compte de l'orchestration malicieuse avec laquelle le Gouvernement belge a voulu présenter toutes les actions qui se rapportent au Plan d'arrangement, si ce que l'on

<sup>1</sup> C'est ainsi que, lorsque l'appel a été formé, il a indiqué que son avis était de ne pas le recevoir, car il s'agissait d'une simple question de fait, et, devant l'allégation de l'avocat de *Barcelona Traction*, qui soutenait qu'il existait une question de droit mêlée aux faits, le Juge anglais affirme: «Je ne pense pas qu'il en soit ainsi dans cette affaire. Parmi les preuves que vous m'avez fournies, il n'y en a aucune digne de foi». (Chap. I, *Annexe* 13, doc. N° 8, p. 10); les preuves en question étaient essentiellement celles fournies par Mr Hubbard, *Chairman* de *Barcelona Traction* depuis 1926.

<sup>2</sup> A.C.M., 9, IX, p. 334.

<sup>3</sup> Pour minimiser l'importance de l'affaire, le Gouvernement belge affirme que M. Walford était un simple comparse de M. March; cela est certainement plus facile à dire qu'à prouver et, effectivement, aucune preuve sur ce point n'est fournie par le Gouvernement belge.

Le fait que l'un des nombreux avocats qui sont intervenus dans l'affaire ait été également un avocat de M. March, même si cela est exact, ne prouverait rien en ce qui concerne la soi-disant connivence entre lui et M. Walford.

soutient aujourd'hui est exact, on ne comprend pas que le Gouvernement belge ait perdu l'occasion de mettre en évidence auparavant une nouvelle « manœuvre » de M. March.

Mais la vérité est que, finalement, et dans toute hypothèse, la position belge constitue une tentative puérile d'écarter le véritable intérêt de la question, qui n'est pas que M. Walford ait agi pour lui-même ou pour l'intérêt d'une tierce personne, mais qui est que la Justice anglaise ait rendu les décisions qu'elle a prises dans la procédure Walford, en fonction des faits qui lui ont été soumis.

704. Avec son habituelle liberté de langage, le Gouvernement belge termine en affirmant (Annexe 134, appendice 3, page 2) que c'est « une pure contre-vérité » l'exposé fait par le *Contre-mémoire* (IV, pages 134 à 138) au sujet de l'incidence de l'affaire Walford sur la décision de ne plus proroger le Plan d'arrangement; de nouveau, cela est plus facile à dire qu'à prouver et, ainsi, le Gouvernement belge ne peut répondre aux affirmations du *Contre-mémoire* sur ce point.

En bas de page <sup>1</sup> le Gouvernement belge se contente de citer l'Annexe 31 de la *Réplique*; dans cette Annexe, la *National Trust*, parlant du Plan d'arrangement, affirme qu'il n'a pas été demandé une nouvelle prorogation en ce qui concerne la dernière date de validité dudit Plan, 14 décembre 1946, parce que la *National Trust* a été avisée par M. Montañés du contenu du discours prononcé deux jours avant par le Ministre du Commerce espagnol, M. Suanzes, dans lequel il annonçait que toutes les demandes de *Barcelona Traction* étaient rejetées; et le représentant de la *National Trust* affirme que, comme il n'y avait pas à étudier aucune autre prorogation « il est évident que l'action Walford n'avait aucun rapport avec la situation ».

Cependant, la décision du Juge anglais, M. Evershed, du 8 novembre 1946, rejetant la demande de la *National Trust* qui tendait à refuser la compétence du Tribunal anglais, apparaît à l'évidence comme ayant incité la *National Trust* à ne pas demander une nouvelle prorogation du Plan d'arrangement, compte tenu de ce que l'on ne pouvait éviter que la Justice anglaise examine le fond de la question soulevée par M. Walford, c'est-à-dire la prorogation induite du Plan d'arrangement et les responsabilités contractées par la *National Trust* en raison de sa conduite comme « trustee » des obligations en livres de *Barcelona Traction*.

En fait, et après cette décision, il n'existait qu'un seul moyen pour éviter que la Justice anglaise se saisisse du fond de l'affaire: ne pas proroger le Plan d'arrangement; celui-ci n'étant pas prorogé, M. Walford s'est vu contraint à se désister de son action, qui n'avait plus de sens, et le 14 février 1947, le Juge anglais a pris acte de ce désistement.

#### D. PROCÈS INTENTÉS PAR LA NATIONAL TRUST

705. Dans l'appendice 4 de l'annexe 134, le Gouvernement belge se reporte aux procès introduits par la *National Trust* au Canada, contre *Ebro*, *Catalonian Land* et *Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S.A.*

<sup>1</sup> A.R., N° 134, vol. II, p. 842.

Le *Contre-mémoire* (pp. 445 et 446) a fait allusion à ces actions, et il n'a évidemment rien à modifier ici sur ce point.

Mais, avant de démontrer l'inexactitude des observations du Gouvernement belge dans ladite annexe, il convient d'accorder un moment d'attention à la date où la procédure a été introduite.

La demande est introduite en mars 1953. Cependant, le fondement de cette demande, ce sont des actes réalisés par les syndicats de la faillite, qui ont adopté certaines modifications des Statuts de *Ebro* et de *Catalonian*, décidant l'émission de nouveaux titres. Comme on le sait, cela a été décidé lors de l'Assemblée Générale Extraordinaire tenue le 1<sup>er</sup> décembre 1949.

Il est étrange que ce point étant le véritable fondement de la demande, la *National Trust* n'ait pas introduit cette action immédiatement après les faits sur lesquels elle se fonde.

Cela est d'autant plus incompréhensible que la demande est présentée, comme il a été dit, en mars 1953, après la vente des biens de *Barcelona Traction* (4 janvier 1952), après le transfert définitif des biens vendus à l'adjudicataire (17 juin 1952) et lorsque le *receiver* canadien a décidé d'abandonner le contrôle et la direction des procès (24 juin 1952).

Dans ces conditions, ce jeu de dates rend évidemment suspect le sérieux de l'action exercée, particulièrement si l'on se rappelle l'affirmation réitérée du Gouvernement belge d'après laquelle, à partir de 1952, toutes les actions et recours étaient « illusoires ».

L'annexe 31 de la *Réplique*, où l'on pense que l'on devrait trouver l'explication des diverses procédures judiciaires exercées par la *National Trust*, ne dit rien à ce sujet, car la *National Trust* se borne à consigner qu'à partir du 15 juillet 1948 toutes les mesures prises par elle au Canada ou à l'étranger « ont été spécifiquement autorisées ou approuvées par le Tribunal ». Naturellement, cela n'apporte aucune lumière sur la question.

Le Tribunal canadien (par ordre du 2 mars 1953) autorisa l'action introduite par la *National Trust* en ce qui concerne *Catalonian Land* et *Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S.A.* Dans un mémorandum du receiver de la même date (*Receivership*, pp. 928 et ss.) on joint les documents de preuve A et la lettre de la *National Trust* à *Ebro*, du 18 février 1953, relatifs à l'action qu'allait introduire la *National Trust*, demandant confirmation des points qui allaient constituer substantiellement le « petitum » de la demande<sup>1</sup>.

*Ebro* répond le 1<sup>er</sup> mars 1953 (Document de preuve B) qu'elle se trouve en face des réclamations en conflit, « en tant que actionnaires et obligataires de vous-même d'une part, et, d'autre part, avec les réclamations des personnes qui possèdent les présumés certificats d'actions et d'obligations qui ont été émis en Espagne », et que, jusqu'à ce que ce conflit ait été tranché « par la décision d'un Tribunal compétent sur la société, nous ne pouvons courir le risque d'une double responsabilité, à votre égard, au Canada, et à l'égard des réclamants rivaux en Espagne, en vous fournissant les confirmations et déclarations que vous nous demandez dans la lettre ».

---

<sup>1</sup> C'est-à-dire que le demandeur tentait de se mettre d'accord avec le défendeur sur le « petitum » de la demande.

C'est dire que *Ebro* refuse de confirmer les points qui étaient transcrits dans la lettre de la *National Trust* jusqu'à ce que le « conflit » existant soit tranché par la décision définitive d'un Tribunal compétent.

Etant donné que *Ebro* ne voulait pas donner son accord jusqu'à ce que soit rendue une décision sur ce point, il en résulte que, en fait, l'existence d'accusations précises belges de déni de justice dépendait, selon *Ebro*, de la décision d'un Tribunal canadien. Cela ne paraît ni logique ni admissible.

706. Le *Mémoire* se réfère, avec une certaine emphase, aux procédures qui nous occupent.

Le *Contre-mémoire* s'est borné à souligner le manque d'incidence de ces procès dans le litige international pendant devant la Cour, et a exposé comment les décisions du Juge canadien se basaient exclusivement sur l'exposé de la *National Trust* dans les réponses complaisantes de *Ebro* et de *Catalonian Land*, et particulièrement, dans les déclarations de deux témoins, MM. Sanchez Jimenez et Giralt Segura, avocats de *Barcelona Traction*.

Le Gouvernement espagnol a fait ces dernières observations pour mettre en évidence que le Juge canadien a pu écouter la version d'une des parties en cause et a fondé finalement sa décision sur le témoignage des avocats de cette partie, car la conduite de *Ebro* et de *Catalonian Land* n'était pas celle qui correspond à de véritables sociétés défenderesses<sup>1</sup>.

Pour le Gouvernement belge, le Gouvernement espagnol « visiblement embarrassé », a attaqué la question de façon oblique.

Il est cependant clair, et le Gouvernement belge ne peut le démentir, que le litige n'a pas d'incidence dans la procédure internationale, puisque ce qu'auraient dit les Tribunaux canadiens dans un procès fait par la *National Trust* au Canada n'a évidemment aucun rapport avec le problème soulevé devant la Cour. Ce n'est que si le Gouvernement belge soutenait avoir un intérêt légitime pour assumer, sur le plan international, la protection de la *National Trust*, ou même si l'on veut de ses actionnaires, que les procès qui nous occupent entreraient en ligne de compte pour la réclamation belge; mais, évidemment, il n'en est pas ainsi.

<sup>1</sup> Le *Contre-mémoire* a affirmé que le Juge canadien ignorait que les Avocats espagnols qui se sont présentés comme témoins étaient les Avocats de *Barcelona Traction* et de son groupe, y compris la *National Trust*.

Le Gouvernement belge dément cette affirmation au vu des renseignements qu'il prétend se trouver dans les actes du procès, et qu'il ne joint pas.

Le Gouvernement espagnol veut faire constater qu'il ne dispose pas desdits actes et que, dans les fondements (motifs) du jugement du Juge Schroeder, bien qu'il soit fait allusion à ces avocats dans des termes élogieux, on ne parle pas de leur condition d'avocats de la *National Trust* et de *Barcelona Traction*.

Le Juge Schroeder s'est ainsi exprimé dans les motifs du jugement du 12 mai 1954:

« Pour exposer les diverses actions et procédures suivies devant les Tribunaux espagnols, le demandeur et la défenderesse *Ebro*, ont sollicité la présence de deux éminents membres de leur profession en Espagne, qui pouvaient attester de la loi de ce pays.

J'ai eu la chance d'entendre la déposition de M. Roberto Sánchez Jiménez, avocat hautement qualifié, qui exerce sa profession en Espagne, et qui représente d'importantes compagnies anglaises et américaines, et d'autres pays, ainsi que leurs intérêts, et la déposition du D<sup>r</sup> José María Giralt Segura, également très compétent et hautement qualifié comme membre de son barreau en Espagne. Le D<sup>r</sup> Giralt s'est hautement détaché sur le plan académique et, bien qu'actuellement il ne se consacre plus activement qu'à la pratique du droit à Barcelone, il est Professeur Honoraire de Droit de l'Université de Barcelone ».

Il n'apparaît donc pas logique que, si le Juge canadien avait connu la qualité d'avocats de l'une des parties de ces personnes, il se soit exprimé de cette manière.

En ce qui concerne l'observation logique du *Contre-mémoire*, suivant laquelle on a soumis au Juge canadien une version obligatoirement partielle des faits, le Gouvernement belge prétend l'attaquer en déclarant que :

« a) ...le Tribunal d'Ontario a cependant basé sa décision uniquement sur le droit canadien applicable au statut et au fonctionnement de deux sociétés canadiennes, ainsi qu'aux actions et obligations de ces sociétés remises en gage au trustee ».

« b) Le Juge canadien n'a pris en considération les violations du droit espagnol que pour décider s'il devait exercer son pouvoir discrétionnaire pour rendre le jugement déclaratoire demandé par la *National Trust*. La Cour constatera, en parcourant cette partie de la décision du tribunal d'Ontario (A.M. N° 245, vol. IV, pages 964 à 966) que les violations alléguées ont amené le Juge à exercer son pouvoir discrétionnaire dans le sens demandé par la *National Trust* ».

« c) Le *Contre-mémoire* prétend enfin pouvoir déduire de la lecture des motifs du jugement que le Juge canadien aurait ignoré la réalité des faits et qu'il aurait accepté comme articles de foi les déclarations du professeur Giralt.

Mais il faut bien constater que le Gouvernement espagnol s'abstient d'indiquer celles de ces déclarations qui, selon lui, seraient incorrectes ».

Le Juge canadien a examiné soigneusement les différentes actions et les vicissitudes de la procédure de faillite espagnole, tenant ponctuellement compte de la version fournie « ex parte », car évidemment il ne disposait d'aucune autre version.

Ce fait, en lui-même, démontre l'importance qu'il attachait aux prétendues violations du droit espagnol commises par les tribunaux espagnols<sup>1</sup>. Le Juge canadien déclare clairement que « la déposition du Professeur Giralt met en évidence que ce qui s'est passé devant les tribunaux espagnols était contraire à la loi espagnole »<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Dans la note 1 qui figure au bas de la page 844 (vol. II de A.R.), le Gouvernement belge se réfère à une allusion faite par le Juge canadien à la possession médiata et civilissime comme si cette allusion était la sienne, alors qu'en réalité il s'agit de la version fournie par MM. Sánchez et Giralt; la procédure utilisée par le Gouvernement belge pour « modifier » la citation, est bien simple: couper le paragraphe en éliminant la phrase initiale qui est ainsi conçue: « On en est réduit à des supputations quant au sens de cette expression, étant donné que tant Monsieur Sánchez que le D<sup>r</sup> Giralt conviennent de ce qu'il s'agit d'un terme inconnu en droit espagnol, mais apparemment, ... »

Le Gouvernement belge commence, tout simplement, le paragraphe par le mot « Apparemment ». Il importe de souligner que lorsque la *Réplique* utilise la même citation à d'autres fins (R. p. 411, note 1) il fait la transcription complète.

<sup>2</sup> Parmi les diverses références à la déposition des avocats espagnols, il déclare:

« ... Un autre facteur qui doit être pris en considération résulte de ce que le Professeur Giralt, dans son témoignage, a déclaré que le Code de commerce espagnol de 1829 stipule que le Tribunal décrétant la faillite prévoit « la saisie judiciaire de toutes les propriétés du failli, des livres, archives et documents relatifs à ses affaires, et que « saisie judiciaire » signifie appréhension physique et rien de moins ». Il a signalé en outre que selon la loi espagnole, les biens de la *Barcelona* auraient pu être atteints au Canada par application de l'article 300 de la Loi de Procédure civile espagnole, qui stipule que « lorsqu'une sommation ou autre procédure judiciaire doit être exécutée en pays étranger, des commissions rogatoires seront envoyées par voie diplomatique ou de la manière et dans la forme stipulées dans les traités, et, en l'absence de tels traités, de la manière et dans la forme stipulées par les règles générales dictées par le Gouvernement espagnol, et dans tous les cas, le principe de réciprocité doit être respecté ». Il a ajouté qu'en ce qui concerne le Canada, le traité du 27 juin 1929 auquel le Canada a adhéré, en 1935, prévoit les moyens qui auraient pu être utilisés pour atteindre les biens de *Barcelona* situés au Canada, puisque ce traité contient des dispositions réciproques au sujet de l'exécution de telles procédures judiciaires en



Et il parvient aux conclusions qu'il formule par la voie des faits « établis » d'après les déclarations des avocats espagnols <sup>1</sup>.

707. Le Gouvernement espagnol n'a pas à se prononcer sur le fait de savoir si *Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S.A.* a été dûment cité ou non pour comparaître dans le procès, ni, le cas échéant, les motifs qu'elle a eus pour ne pas y comparaître. La seule chose qu'il importe de souligner, c'est que les jugements prononcés dans les procès qui nous occupent ont été rendus en son absence et que, comme le fait ressortir le *Contre-mémoire*, le simple fait de la non-comparution des défendeurs pouvait entraîner une décision conforme à l'exposé du demandeur, car on estimerait que le défendeur, par son silence, acquiesçait aux conclusions de la demande; en droit espagnol il ne suffit pas de la non-comparution (défaut) du défendeur pour dispenser le demandeur de rapporter la preuve des fondements de sa demande.

Le Gouvernement belge reproche au Gouvernement espagnol ne de pas avoir mentionné quelles étaient les déclarations faites par les avocats de la *National Trust* et de *Barcelona Traction* dans la procédure, qui étaient incorrectes. Il semble au Gouvernement espagnol que les 220 pages du chapitre III du *Contre-mémoire* sont une réponse plus que suffisante, pour démontrer le caractère erroné et logiquement déformé de la déclaration desdits avocats.

#### E. ACTION DE SIDRO ET DE M. HOLMSTED

708. Dans l'appendice 5 de l'annexe 134 (Annexes *Réplique*, vol. II, pp. 846 et 847) on trouve une petite note relative au procès introduit à Londres en 1949 par *Sidro* et M. Holmsted (Secrétaire d'*Ebro*) contre le Comité des Obligataires *Prior Lien*.

Le *Contre-mémoire* (IV, pp. 440 à 442) s'est reporté à cette action introduite le 28 juillet 1949; le Gouvernement espagnol n'a rien à modifier sur ce qui y a été exposé.

Les observations faites dans l'annexe de la *Réplique* ne contredisent en rien les affirmations du Gouvernement espagnol.

Le Gouvernement belge parle de « rôle néfaste » du Comité des Obligataires *Prior Lien* dans la procédure de faillite espagnole.

---

Espagne et au Canada. Il a déclaré en outre qu'aux termes de la loi espagnole sur la faillite « un créancier gagiste n'est pas obligé de livrer les biens donnés en gage d'une dette, si préalablement cette dette n'a pas été payée ». Le Professeur Giralt a exposé également que lorsqu'une « *declinatoria* » (déclinatoire) est pendante, il est obligatoire, aux termes de la loi espagnole, qu'une décision finale soit rendue dans cette procédure avant que les syndics ne soient nommés dans la procédure de faillite, et que le cas de *Barcelona* est unique dans l'histoire de la procédure en Espagne, car les syndics ont été nommés tandis que le déclinatoire était toujours pendant. Selon le témoin, cet acte est interdit par l'article 114 de la Loi de Procédure civile parce qu'il n'y avait aucune urgence et qu'il n'existait aucun danger qu'un dommage irréparable soit subi, puisque de toute manière tous les biens étaient aux mains du séquestre provisoire (*depositorio*) qui les avait saisis.

<sup>1</sup> Les faits décrits ont eu pour résultat de vicier (vitiating) les titres en question, qui se trouvent en main de la demanderesse, et si celle-ci est amenée à les réaliser dans la procédure d'exécution, la valeur de son portefeuille s'avérera vraisemblablement être considérablement diminuée. Rien que par ce seul motif, la demanderesse a déjà droit à avoir une déclaration concernant ses droits et à voir la situation clarifiée. Etant donné tous les éléments dont la preuve a été apportée, je suis arrivé à la conclusion que le Tribunal ne doit pas refuser à la demanderesse la déclaration qu'elle sollicite, nonobstant le fait qu'aucune condamnation (consequential relief) n'est ni ne peut être sollicitée à titre de conséquence. Partant, il y aura dans l'action où *Ebro* est défenderesse, un jugement déclarant... »

Le Gouvernement espagnol a déjà mis en évidence le fait que l'intervention de ce Comité dans la procédure espagnole n'a eu pratiquement aucune influence sur le développement de la faillite <sup>1</sup>.

Il a démontré combien il est étrange que *Sidro*, qui comme obligataire aurait pu comparaître dans la faillite espagnole et même exercer un recours contre la décision de déclaration de faillite, se soit abstenu de le faire et, par contre, ait tenté de paralyser, par le litige qui nous occupe, l'action des créanciers, bien que le Comité des Obligataires *Prior Lien*, créé à Londres le 8 avril 1948, ait été désigné avec l'accord de la *National Trust*.

Il n'est pas non plus aisément compréhensible que si la *National Trust* estimait que l'action en Espagne portait préjudice à ses droits, elle n'ait pas introduit l'action judiciaire correspondante pour y faire obstacle, et cela est d'autant plus étrange que c'est finalement ce motif qu'a retenu le Juge anglais pour rejeter la demande de *Sidro*.

Il est évident que le Juge anglais, à bon droit, a estimé qu'il ne pouvait en aucune manière entrer dans l'examen des complications de droit espagnol et examiner la régularité ou l'irrégularité de la procédure de faillite en Espagne, et que la procédure et le droit espagnol étaient naturellement différents du droit canadien.

Encore plus: la juridiction anglaise a rejeté, avant la décision définitive, l'adoption de mesures conservatoires pour intervention immédiate dans la procédure espagnole <sup>2</sup>. *Sidro* alléguait, non seulement l'existence de multiples violations et de multiples fraudes au droit espagnol, mais soutenait aussi que, comme conséquence de l'action du Comité des Obligataires *Prior Lien*, la minorité de ces obligataires (5% environ) n'avait pu intervenir à la faillite, faute de qualité, ce qui est absolument inexact.

<sup>1</sup> Voir *supra*, par. 469.

<sup>2</sup> Dans la sentence du 21 septembre 1949 (A.C.M., N° 188, doc. 3, vol. IX, p. 207) le Juge Devlin a rejeté la demande de *Sidro* tendant à défendre au Comité d'agir devant les Tribunaux espagnols, en se fondant entre autres sur les considérants suivants:

«... Je me propose de vous donner maintenant, et de commencer, par un résumé de ce que sont, à mon avis, les faits de l'affaire que j'ai à étudier. En le faisant, je désire qu'il soit bien établi que je n'ai écouté, bien entendu, que les faits qui m'ont été présentés par les demandeurs. Certains d'entre eux, ceux qui ne concernent que les dates de la procédure de faillite qui a eu lieu en Espagne, peuvent être en dehors de toute controverse; les autres sont clairement très discutables. Je ne prétends en aucun cas statuer sur ces affaires ni m'occuper des faits que j'aurais pu trouver si l'affaire m'avait été soumise pour les vérifier. J'ai simplement choisi parmi les faits qui m'ont été présentés par les demandeurs, ceux que je considère comme ayant la plus grande signification »...

«... La question est essentiellement de savoir si M. Borrajo, comme avoué devant les Tribunaux espagnols, a ou non qualité pour représenter les personnes qu'il prétend représenter. Ceci est une question que n'importe quel tribunal, à mon avis, devrait trancher par devant lui-même; c'est une affaire essentiellement interne, et il serait exagéré que le Tribunal d'un autre pays intervienne et déclare effectivement qu'un certain avoué n'a pas le droit de comparaître au nom des personnes qu'il prétend représenter. C'est, en substance, ce que je ferais si j'obligeais le Comité à modifier ou à retirer une partie des pouvoirs de M. Borrajo. Tel est le premier point que je considère devoir prendre en considération à ce titre, qui est, à mon avis, une question absolument interne que tranchera le Tribunal espagnol lui-même. »

«... Une chose est que ce Tribunal déclare ce qu'est la loi anglaise, pour appuyer et aider un tribunal étranger, mais une chose très différente est que ce Tribunal insiste sur le critère de la loi, tel qu'il devrait être adopté par un tribunal étranger. »

«... Ceci, à mon avis, c'est demander une chose sans précédent. Il n'est pas nécessaire de dire si, pour les effets de cette requête, un tribunal anglais prendrait cette décision. Il suffit de dire que je suis convaincu: que ce n'est qu'en démontrant à un tribunal anglais l'existence évidente d'une grave injustice qui ne pourrait être réparée qu'en permettant aux demandeurs de comparaître immédiatement devant les Tribunaux espagnols, que j'aurais le droit d'admettre une requête qui impliquerait une aussi grave ingérence dans la conduite d'un tribunal étranger en rapport avec la procédure qui est en cours devant lui.»

Le Gouvernement belge soutient que le Juge Dankwerts a jugé applicable la « no action clause »; mais le manque de fondement de cette assertion a déjà été démontré précédemment<sup>1</sup>.

Comme l'a souligné le *Contre-mémoire*, le Juge anglais n'a pas été exactement informé de la portée et de la nature des actions exercées par le Comité des obligataires dans la faillite, ni des conditions dans lesquelles sa présence a été admise par le Juge espagnol. Le Juge anglais lui-même reconnaît que:

« 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, pour des avocats anglais (ou canadiens) 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 Gouvernement belge soutient que la majorité du Comité des obligataires était composée de personnes appartenant au groupe March. Si cela est exact, c'était logique si le groupe détenait la majorité des obligations *Prior Lien*, mais, à l'évidence, le Comité des Obligataires n'a exercé aucune action incorrecte, et, en outre, son élection a eu lieu avec la bénédiction expresse de la *National Trust*.

Le Gouvernement belge déclare que le Comité des obligataires aurait pu faire œuvre utile en collaborant avec le receiver, et que c'est dans cet espoir que la *National Trust* l'avait invitée à donner son point de vue sur la nomination du receiver. L'ironie est patente, si l'on se rappelle que le Comité des obligataires a protesté énergiquement contre la nomination comme receiver d'une personne qui était membre de la firme de « auditeurs » de *Barcelona Traction*, sans que sa protestation ait été prise en considération.

Le Comité des Obligataires a comparu à la faillite le 11 août 1948 (A.C.M., N° 123, vol. VIII, p. 176); peut-être son intervention a-t-elle été due, précisément, au fait qu'il avait été constaté que toute collaboration avec la *National Trust* et avec le receiver était inutile étant donné l'échec de sa première intervention à ce sujet.

#### F. ACTION DE L'INTERNATIONAL UTILITIES

709. Le Gouvernement espagnol va maintenant parler de l'action introduite au Canada par International Utilities contre *Ebro*.

Le Gouvernement belge n'a fait aucune mention de ce procès dans aucun de ses actes. Le Gouvernement espagnol, dans son désir de fournir à la Cour tous les renseignements qu'il possède, désire présenter quelques observations sur le procès dont il s'agit.

Il n'est pas besoin de souligner son caractère artificiel, puisque *Barcelona Traction* avait été simultanément propriétaire des actions de *Ebro* et de *International Utilities*, et que, lors de la présentation de la demande devant le Tribunal canadien (30 novembre 1953), *Barcelona Traction* continue toujours dans la même condition, suivant le Gouvernement belge.

<sup>1</sup> *Supra*, par. 159.

L'objet du procès était la réclamation d'une somme d'environ 40 millions de dollars canadiens, solde du fameux compte-courant existant entre les deux sociétés.

Le Gouvernement belge, qui dénonce avant tout d'emphase l'action simultanée dans la procédure de faillite espagnole de divers créanciers, et qui a qualifié certaines de ces actions de « comédies judiciaires », aurait dû se souvenir de la « mise en scène » de l'action dont nous parlons maintenant.

*Ebro* a répondu sur la demande, comme si elle était réellement un plaideur indépendant, et *International Utilities* a présenté une réplique « réfutant » certaines des allégations de *Ebro*.

Naturellement, il a été rendu un jugement conformément à la demande de *International Utilities*, le 14 février 1955.

Le 25 février 1955, il a été délivré un ordre de saisie sur les biens de *Ebro*, saisie à laquelle il a été procédé avec un résultat négatif.

On oublie cependant que, d'après le Gouvernement belge, il existait au Canada des actions de diverses sociétés du groupe, appartenant à *Ebro* et, comme il résulte de la *receivership*, au 31 décembre 1955, il existait aussi des espèces qui étaient la propriété de *Ebro*<sup>1</sup>.

Evidemment, toute cette procédure n'avait pour but que de pouvoir présenter le jugement correspondant et l'acte de saisie dans le procès introduit par *International Utilities* par la suite en Espagne.

L'action dont il s'agit avait déjà été examinée par le *receiver* dans son mémorandum du 17 février 1950 (*Receivership*, pp. 397 et ss.) mais le *receiver* a jugé alors que l'introduction de cette action n'était pas opportune.

---

<sup>1</sup> Voir dans les documents de la *receivership*, pp. 1165 ss.

## SECTION XI

LA CONDUITE DE LA *BARCELONA TRACTION* DANS  
LA PROCÉDURE DE FAILLITE

710. Le *Contre-mémoire* (IV, pp. 458 à 460) a présenté toute une série de considérations qui lui ont permis de clore l'exposé des faits relatifs à la faillite de la *Barcelona Traction*.

Il est significatif que la *Réplique* n'ait pu y apporter une réponse. Il est également significatif qu'elle évite de faire allusion à la consultation donnée, en 1918, par un avocat du groupe de *Barcelona Traction* qui dénonçait, déjà trente ans avant la déclaration de faillite, les irrégularités de sa structure juridique, la responsabilité qu'entraînaient certaines conduites et l'impossibilité de faire face à ses engagements <sup>1</sup>.

Le silence de la *Réplique* sur ce point met en relief la logique des conclusions présentées, conclusions basées sur toute une série de faits irréfutables et constituant une explication synthétisée certes, mais difficilement attaquable, du bon droit du Gouvernement espagnol et du caractère injustifié de la réclamation belge.

Quelle a donc été la conduite de la *Barcelona Traction* dans la procédure espagnole de faillite? Elle a tout simplement été une conduite centrée sur la tromperie.

La *Barcelona Traction* et ses « co-intéressés » ont plaidé avec une mauvaise foi évidente. Le dialogue de procédure qu'elle a eu avec les autorités judiciaires espagnoles n'a pas été un dialogue loyal.

Le *Contre-mémoire* s'est efforcé de présenter à la Cour dans ses traits les plus saillants, la conduite de la *Barcelona Traction* dès sa création jusqu'au moment de sa faillite. Cette conduite montre, en toute objectivité, qu'elle a suivi une politique permanente de tromperie

<sup>1</sup> « Mais chacune de ces filiales se développe à son tour en des branches, des filiales ou des sociétés adhérentes, multiples et parfois très compliquées; et chacune desquelles s'entrelace et se croise avec les autres au moyen d'accords, de garanties, de nantissements, etc., que l'on peut réputer pour l'un des écheveaux les plus embrouillés, ourdi pour compliquer une affaire et un négoce déjà extrêmement compliqué en soi-même.

Indubitablement, certaines des combinaisons effectuées pour exécuter cette série volumineuse d'actes et de contrats, entraînent des vices patents de nullité et représentent pour leurs gestionnaires l'éventualité de responsabilités de tout ordre, lesquelles pourraient être très graves dans certains cas. »

« Nous ne considérons dangereuse et aventurée la situation des obligataires de 7% étant donné l'état réel de la Compagnie depuis le premier décembre 1914, que s'il arrivait, lors de la prorogation qu'il faudra solliciter des obligataires de 5% après juin 1918, que ceux-ci la refusent et la Compagnie, dans l'impossibilité de faire face à ses engagements tombe de nouveau aux mains du receiver et arrive à se déclarer en état de faillite, avec une rétroactivité de celle-ci qui atteindrait ses filiales les plus importantes, ou en entraînerait quelqu'une, ou comporterait simplement la nullité de faits passés. » (A.C.M., 203, IX, pp. 298 et 305.)

à l'égard des obligataires et de l'administration espagnole, tant en matière fiscale que de concessions, de devises, etc.

Forcément, de telles caractéristiques devaient également ressortir dans sa façon d'agir au cours de la procédure de faillite.

La faillite prononcée le 12 février 1948 par un juge espagnol est le point d'aboutissement de faits et d'une conduite répréhensibles. Ce qui surprend, ce n'est pas que cet aboutissement se soit produit, mais qu'il ne se soit pas produit plus tôt.

Les faits prouvent que la structure juridique compliquée choisie par la *Barcelona Traction* avait pour but médiat de lui donner une position confortable lui permettant de léser indéfiniment les droits des créanciers de la société, seuls investisseurs réels.

Les différentes « réorganisations » imposées par la *Barcelona Traction* à ses créanciers au cours de son histoire prouvent, par elles-mêmes, l'efficacité du système pendant de nombreuses années.

Cette structure complexe, utilisée avant tout pour déjouer toute action éventuelle de la part des créanciers de la *Barcelona Traction*, devait engendrer et a, bien entendu, engendré une perturbation considérable dans la procédure de la faillite.

La chose est tellement vraie que si l'on imagine un instant une *Barcelona Traction* exerçant loyalement ses activités en Espagne, à découvert, sans tromperies ni interpositions frauduleuses de personnalités juridiques, on en arrive rapidement à la conclusion que la déclaration de faillite de la *Barcelona Traction* n'aurait revêtu, de loin, la complexité qu'elle a en fin de compte revêtu.

On peut, qui plus est, affirmer que l'immense majorité des griefs formulés par le *Mémoire* n'aurait pu exister<sup>1</sup>.

On arrive à la conclusion que si la conduite de la *Barcelona Traction* avait été une conduite de loyauté et non de tromperie, si elle avait suivi une ligne droite, la puissante imagination dont font preuve les rédacteurs du *Mémoire* et de la *Réplique* aurait été pratiquement dans l'impossibilité de parvenir à inventer un seul des griefs actuels.

En sorte que si le Gouvernement espagnol se voit aujourd'hui dans l'obligation de réfuter lesdits griefs, c'est parce qu'il s'agit d'une conséquence inéluctable de la conduite de la *Barcelona Traction*, société qui s'est efforcée de camoufler la réalité dans un dessein clairement frauduleux.

711. La *Barcelona Traction* est née sous la forme d'une société qui, au Canada, réalisait des affaires à l'étranger, et en l'occurrence il ne peut s'agir que d'affaires en Espagne, tandis

---

<sup>1</sup> Pas même le Gouvernement belge n'aurait alors osé discuter la juridiction des tribunaux espagnols. Il ne discuterait pas non plus la question de la publication du jugement déclaratif de faillite en Espagne. Le prétendu problème de la saisie des titres des filiales et sous-filiales n'existerait pas non plus, de même que celui de la saisie à titre provisoire et en tant que mesure conservatoire de leurs patrimoines. Tous les problèmes relatifs à l'émission de nouveaux titres, changements de Conseil d'administration, modification de statuts, etc., n'auraient pu exister non plus. Il n'aurait pas été non plus imaginable que l'on puisse poser d'autres problèmes tels que celui de la destitution des hauts employés des filiales ou de la révocation des pouvoirs donnés à leurs avoués.

qu'en Espagne elle prenait la forme d'une société étrangère sans biens ni activités commerciales dans le pays.

La *Barcelona Traction* a demandé l'argent dont elle avait besoin, à ses créanciers, seule source initiale de financement de l'entreprise, et s'est ensuite développée suivant un processus allégrement intitulé d'auto-financement, alors qu'il s'agissait uniquement en fait du « placement » des sommes indûment soustraites aux créanciers et au fisc.

Entretenant sa position de débitrice, la *Barcelona Traction* a mis un soin extraordinaire à mettre son patrimoine dans des poches qu'elle pensait être hors de portée pour les créanciers. C'était la *Barcelona Traction* qui devait l'argent, mais le patrimoine qui devait servir pour garantir et payer ces dettes, se trouvait placé en « d'autres mains », celles des filiales et sous-filiales, lesquelles, dans un but fiscal, administratif ou financier, avaient la forme de personnes morales apparemment indépendantes. La même attitude a bien entendu été suivie dans la faillite.

Elle a de même, comme dernière supercherie, placé une fiction : supplémentaire entre le patrimoine et la dette, celle de l'*International Utilities*. Ainsi l'*Ebro* ne sera pas débitrice de la *Barcelona Traction*; elle le sera d'*International Utilities*; la *Barcelona Traction* créancière de l'*Ebro*; elle le sera d'*International Utilities*.

Il y avait des créanciers; de petits obligataires dispersés de par le monde. Mais ils n'étaient que des créanciers inoffensifs; la *Barcelona Traction* les a toujours considérés avec un mépris olympien.

Lequel parmi ces ingénus obligataires avait donc été capable d'engager une action judiciaire contre son débiteur, celui-ci étant une puissante entreprise pouvant mettre en jeu mille ressorts et se réfugier derrière une structure juridique aussi compliquée qu'habile transformant a priori toute idée de plainte judiciaire en un véritable cauchemar?

C'est bien pour cela que lorsque certains créanciers ont fait prononcer la faillite de la *Barcelona Traction* la réaction provoquée a été de « douce hilarité ».

Qu'importait donc que l'on prononce en 1948 une faillite en Espagne, où la *Barcelona Traction* avait placé l'argent reçu des obligataires, où se trouvait le seul patrimoine social pouvant servir pour payer aux créanciers leur dû, puisque dès 1911 avait été utilisé le système qui consistait à recevoir l'argent dans une poche et à placer le patrimoine dans la poche d'une autre personne, apparemment indépendante?

Un aveu suprêmement révélateur s'est glissé dans le recours partiel introduit par *Barcelonesa* contre le jugement déclaratif de faillite:

« Il faut reconnaître que ces trois détenteurs de titres représentent une minorité insignifiante par rapport à la masse des possesseurs de titres d'une aussi puissante société, masse qui se trouve disséminée dans les divers pays du monde, si insignifiante qu'elle ne constitue plus que le grain de sénévé de l'Évangile. Que la volonté de ce groupuscule imperceptible puisse non seulement provoquer une gêne ou une pauvre égratignure, mais encore la faillite totale d'un colosse de l'ampleur de la *Barcelona Traction Light and Power Co. Ltd.* est la chose la plus énorme que l'on ait jamais eue raconter ». (C'est nous qui composons en italiques) (A.D. 115).

La puissance de ce « colosse » se manifeste en disant que le juge devait notifier le jugement déclaratif de faillite à la *Barcelona Traction* « afin de se mettre à couvert des plaintes qui pleuvraient sur lui, notamment à travers les Ambassades ».

712. Le Gouvernement espagnol n'a jamais songé à discuter le fait qu'une entreprise puisse légitimement adopter une structure juridique compliquée et multiforme, et développer ses activités non par l'intermédiaire d'une seule personne morale, mais par celui d'un groupe de personnalités juridiques. Mais cela bien entendu, lorsque le but poursuivi est licite.

Cependant lorsque la multiplicité et l'imbrication des personnalités juridiques ne répond pas à une authentique rationalisation industrielle, financière ou commerciale, lorsqu'elle répond par contre à une cause illicite, lorsqu'elle tend — et y parvient — à tromper et à léser les créanciers, le fisc d'un Etat, ses autorités administratives chargées de régir et de contrôler quelque chose d'aussi intimement lié à la souveraineté et à l'économie nationales que les concessions et les devises, il se doit de réagir contre la légitimité apparente d'un groupe de sociétés qui ne peut être reconnu comme tel, puisque le faire reviendrait à accepter une formule magique qui transformerait en une conduite respectable une conduite et des activités qui répugnent à la morale aussi bien qu'au droit.

La *Réplique* (V, p. 16, note I) laisse entrevoir par inadvertence le but réel de la structure juridique compliquée de la *Barcelona Traction*. C'est celui d'obtenir « une protection naturelle » contre les mesures des créanciers.

Ce qui est reproché aux tribunaux espagnols c'est que, par suite de leurs décisions, les créanciers de la *Barcelona Traction* sont parvenus pour la première fois dans l'histoire de la société à toucher leur dû, événement qui n'a pu être obtenu qu'en rendant cette « protection naturelle » inefficace.

Le mécanisme était simple : interposer des sociétés et déposer les titres hors d'Espagne. Mais la déclaration de faillite et les mesures accordées ont fait sauter le verrou du système défensif prévu, puisqu'il a été considéré qu'aux effets de la faillite tout se passait « comme si la personnalité morale des filiales disparaissait ». Les organes de la faillite sont devenus titulaires des droits qui appartenaient à la société faillie, et cela a permis que l'on ne puisse pas léser une fois de plus les droits des créanciers de la *Barcelona Traction*.

La *Barcelona Traction* a été déclarée en faillite le 12 février 1948. Le délai pour former recours arrivait à terme à 24 heures le 24 février et c'est la veille de ce jour que survint la première note diplomatique sur l'affaire : la note du Gouvernement britannique. Avant donc que n'arrive le terme du délai accordé pour former l'opposition, la *Barcelona Traction* avait eu le temps de mettre en marche la pesante machine diplomatique et de donner impulsion à la première intervention, mais en même temps elle s'abstint de former le recours.

Cela donne la mesure de l'intolérable inversion de principes qui a été prodiguée au cours des années, à savoir la tentative réalisée de transformer un conflit d'intérêts privés en un problème international en méprisant, fondamentalement, la juridiction évidente des tribunaux espagnols, et en prétendant que le Gouvernement espagnol entrave l'action de la justice.

Cette conduite n'est certainement pas correcte.



713. Certes il n'est pas facile de comprendre la décision de *Barcelona Traction* de ne pas former recours contre le jugement déclaratif de faillite si l'on prend en considération les « irrégularités » dénoncées par le Gouvernement belge. Mais si au contraire on tient compte de la réalité, il est évident que :

a) Elle se trouvait réellement en faillite et, par conséquent, l'opposition n'aurait jamais pu aboutir à un résultat ;

b) Les irrégularités de toutes sortes qui entachaient la conduite de la *Barcelona Traction* en Espagne faisaient que toute décision de mettre en discussion la faillite était dangereuse, car cela impliquait le fait de découvrir toutes ces irrégularités. La conduite de la *Barcelona Traction* était en fait une conduite inavouable, et elle ne pouvait être présentée au grand jour.

C'est peut-être pour cela que cette société a songé à remplacer le recours par des pressions diplomatiques. Si ces pressions aboutissaient à un résultat positif et si le Gouvernement espagnol intervenait dans l'affaire au mépris de l'indépendance de ses tribunaux, la faillite pourrait être annulée et l'on aurait une fois de plus écrasé les créanciers de la *Barcelona Traction*.

On a mis simultanément en marche le mécanisme préétabli des filiales. Les filiales n'ont pas mis en question le jugement déclaratif de faillite, mais ses effets. Elles l'ont fait en cachant leur condition authentique d'*alter ego* de la *Barcelona Traction*, et ont trompé le juge lorsqu'elles ont nié que leurs actions appartenaient à la société faillite et affirmé leur indépendance totale à l'égard de la société faillite.

Si les juges espagnols tombaient dans le piège, la faillite ne deviendrait plus qu'une « mauvaise plaisanterie ». Mais si les juges espagnols l'évitaient, la non-reconnaissance de la personnalité juridique indépendante des filiales dans la faillite permettrait de confirmer le prétendu déni de justice invoqué pour la première fois par la Belgique dans sa note diplomatique du 27 mars 1948, laquelle dénonçait déjà, 44 jours après la déclaration de la faillite, l'existence de toute une série de dénis de justice.

En outre, la décision prise par la *Barcelona Traction* de ne pas former de recours présentait un autre avantage, à savoir qu'elle lui laissait la possibilité de former le recours hors du délai, ce qui entraînerait son rejet et permettrait à la *Barcelona Traction* de prendre l'attitude d'une société « qui avait voulu former recours », sans succès <sup>1</sup>.

Au cas où les recours des filiales auraient abouti, la déclaration de faillite elle-même aurait, qui plus est, pu être intéressante pour la *Barcelona Traction*. Elle lui aurait en effet permis de continuer à disposer en fait de l'entreprise par l'intermédiaire de ses filiales et de faire valoir en même temps la faillite pour faire exécuter la garantie hors d'Espagne. Il était en effet vraisemblable que, au Canada, par exemple, l'on ne manquerait pas d'invoquer la faillite espagnole pour justifier une réalisation dérisoire d'une garantie devenue insuffisante pour que les créanciers puissent percevoir leur dû.

<sup>1</sup> Le fait que le déclinatoire Boter ait été soulevé, a apporté des facilités à la stratégie adoptée par la *Barcelona Traction* devant les tribunaux. En effet, en annonçant tardivement qu'elle avait pris la décision de s'opposer à la faillite, le tribunal ne pouvait qu'attendre la levée de la suspension découlant du déclinatoire de compétence Boter pour se prononcer.

Les rôles auraient ainsi été certainement inversés et le Gouvernement espagnol aurait peut-être même dû faire face à une réclamation internationale fondée sur le fait que ses tribunaux avaient permis que l'on lèse les créanciers de la *Barcelona Traction*.

714. Le Gouvernement espagnol a déjà souligné à la page 49 des *Exceptions préliminaires* de 1963, l'importance décisive que pouvait revêtir l'intervention des avocats dans le cours d'un litige.

Dans les *Observations*, page 216, le Gouvernement belge a fourni une liste d'avocats qui étaient intervenus dans l'affaire et a souligné combien il était difficile d'imaginer que leurs conseils aient été erronés.

Le *Contre-mémoire* a souligné à nouveau, à la page 542, ce point, et a cité une déclaration expresse de l'un des avocats du groupe qui était en outre membre du Conseil d'administration de la *Sidro*. Ledit avocat incriminait textuellement un « *manque absolu de direction, manque d'unité des actions qui ne sont pas intentées, méconnaissance de ce qu'on fait, et qui amène à la répétition d'une même affaire et à la contradiction* »<sup>1</sup>.

Le Gouvernement belge s'abstient de faire le moindre commentaire sur cette reconnaissance explicite d'une situation réelle.

Le Gouvernement espagnol ne croit certainement pas qu'il faille imputer à l'erreur, ou à la négligence professionnelle certains agissements de la *Barcelona Traction* et notamment, comme il a eu l'occasion de le signaler, la décision qu'elle a prise de ne pas former de recours contre le jugement déclaratif de faillite.

Ce qui s'est passé entre le 14 février 1948, date de la publication du jugement déclaratif de faillite, et le 24 février de la même année, date à laquelle prenaient fin les huit jours ouvrables accordés pour recourir contre le jugement déclaratif de faillite, prouve que certaines hésitations se sont produites sur le fait de savoir si l'on devait ou non former un recours contre le jugement déclaratif de faillite<sup>2</sup>.

Cette décision initiale de la *Barcelona Traction* de ne pas former de recours devait, bien entendu, conditionner toute la procédure de la faillite.

<sup>1</sup> A.C.M., *annexe* N° 12, vol. IX, p. 356. On perçoit déjà dans cette note l'idée d'avoir recours à la Cour internationale, et c'est à cela que l'on fit également allusion lors de l'interpellation qui eut lieu au Sénat belge en mars 1948. Cette interpellation suscita une grande controverse, certains sénateurs ayant nié l'existence d'un quelconque intérêt belge dans l'affaire. Finalement, l'affaire fut portée devant la Cour après le lamentable épisode de l'affaire Olivier Gérard.

Voir aussi dans le même sens le Mémorandum du *Receiver* N° G 24, vol. V, p. 856, dossier de la *Receivership* déposé au Greffe de la C.I.J.

<sup>2</sup> Voir *supra*, par. 434 et ss.

M. Sagnier a reçu en temps utile des pouvoirs avec la faculté expresse de recourir contre la faillite mais il n'a pas formé le recours.

L'action de M. Teixidor est plus claire encore. Cette personne a également reçu des pouvoirs avec la faculté expresse de former un recours contre la faillite, mais n'a comparu que quelques heures avant que le délai ne prenne fin pour faire savoir qu'il se joignait à l'opposition que pourrait former la société faillié. Après quelques jours, M. Teixidor s'est désisté de son recours.

Or, on a ensuite pensé à former le recours, puis on a en fin de compte abandonné cette idée.

Si l'on admet un seul instant le fait que la thèse de la *Barcelona Traction* pouvait être vraie, à savoir que la publication du jugement déclaratif de faillite devait être faite au Canada, on se rend compte qu'il est évident qu'une telle thèse est — dans l'inacceptable hypothèse où elle pourrait être admise — pour le moins discutable et, de ce seul fait, aventureuse. Or, il est en outre certain — sans compter le fait qu'aucun plaideur raisonnable ne jouerait une carte aussi lourde de conséquences que celle qui consiste à accepter la déclaration de sa propre faillite sur le seul fait que le jugement correspondant doit ou non être publié au Canada — qu'au cas où cette publication aurait été légalement possible, elle n'aurait pu être réalisée avant plusieurs mois. Mais l'intérêt d'un plaideur de bonne foi est de discuter et de recourir *le plus rapidement possible* contre une décision aussi grave et aussi pleine d'effets immédiats qu'une déclaration de faillite, et à plus forte raison lorsqu'il la considère comme injuste et entachée de vices.

C'est un fait indiscutable que la *Barcelona Traction* a eu immédiatement connaissance du jugement déclaratif de faillite et qu'elle n'a néanmoins pas formé de recours. Cela rend son attitude injustifiable, même si l'on cherche à la camoufler sous la soi-disant obligation de publier le jugement déclaratif de faillite au Canada.

Mais, en outre, la thèse belge sur la publication n'empêchait même pas un créancier quelconque de la *Barcelona Traction*, par exemple les hommes de paille MM. Sagnier, Teixidor, Lostrie, Andreu, et la *Sidro* elle-même en tant qu'obligataire, etc., de recourir contre le jugement déclaratif de faillite. Or aucun d'entre eux ne l'a fait.

Le premier acte déloyal de la *Barcelona Traction* à l'égard des tribunaux espagnols a été de ne pas vouloir qu'ils étudient ses objections sur le bien-fondé de la faillite en s'abstenant de former un recours contre celle-ci. Ce ne sont pas les tribunaux espagnols qui ont empêché par caprice une controverse et un prononcé sur le fond de la faillite; c'est la *Barcelona Traction* qui en a été la cause en s'abstenant de présenter dans le temps et la forme requise le recours correspondant.

715. La *Barcelona Traction* a comparu le 18 juin 1948 dans la faillite (A.C.M., 109, VIII, p. 135).

Dans l'acte de comparution présenté quatre mois après la déclaration de faillite, la société faillie cache qu'elle a eu une connaissance immédiate de la déclaration de faillite, puis demande qu'on la lui signifie personnellement, alors que la vérité est, d'après l'aveu du Gouvernement belge lui-même, qu'elle a immédiatement eu connaissance de la faillite, et que la signification du jugement n'est pas obligatoire en droit espagnol<sup>1</sup>.

Le même acte annonçait, dans une demande additionnelle (« otrosí »), une opposition à la déclaration de faillite fondée sur divers motifs.

a) Le premier de ceux-ci était « l'incompétence des tribunaux espagnols pour déclarer la faillite d'une société constituée conformément aux lois canadiennes, dont le domicile légal est à Toronto, province de l'Ontario, et qui est inscrite sur les registres du Département d'Etat de ce pays ».

<sup>1</sup> Même en admettant la thèse de la société faillie celle-ci serait absurde car, comment comprendre que la *Barcelona Traction* ait mis quatre mois à demander la notification, alors qu'elle apprit sa mise en faillite immédiatement?

Le premier argument de l'acte de comparution est donc constitué par un refus de la juridiction des tribunaux espagnols, sans pour autant alléguer le moindre fondement sérieux et sans se joindre à la discussion qui avait déjà été engagée sur le sujet <sup>1</sup>.

b) Le second motif est celui-ci « le fait que les obligataires qui auraient déclenché la procédure de faillite n'avaient aucun droit et ne disposaient d'aucune action, aucun d'entre eux ne pouvant justifier de la qualité de créancier légitime de la société, ma mandante ».

Autrement dit, des obligataires qui présentent des titres-obligations au porteur dont les intérêts sont impayés depuis douze ans « ne sont pas » des créanciers légitimes.

Pas un mot n'est dit au sujet de la *National Trust*, de la « no action clause » et de toute la série d'arguments qui sont désespérément accumulés dans la réclamation internationale.

c) Le troisième motif de l'acte de comparution de la *Barcelona Traction* prétend que la société « n'a pas cessé d'une manière générale dans le paiement de ses obligations ».

Pas un renseignement, pas un chiffre, pas une allégation ne sont fournis à ce sujet. On n'a pas encore inventé la thèse selon laquelle le droit espagnol exigerait l'insolvabilité pour prononcer la faillite. Pas une seule mention n'est portée du fait que l'impossibilité du paiement des obligations serait due à un prétendu « fait du prince ». Pas une seule mention n'est non plus faite au sujet des renseignements qui figuraient sur le propre bilan de la société et qui prouvaient sa situation de cessation de paiements.

d) Le quatrième et dernier motif invoquait « tous autres motifs qu'il paraîtra opportun d'invoquer après examen du jugement déclaratif de faillite qui, comme on l'a dit, n'a pas été signifié à la société, ma mandante ». On cachait donc le fait que la *Barcelona Traction* avait eu une connaissance immédiate du jugement déclaratif de faillite, qu'elle avait également eu une connaissance littérale de celui-ci, puisqu'il avait été notifié même à des administrateurs de la société. On a donc feint devant le premier juge spécial de ne pas avoir eu connaissance du jugement déclaratif de faillite, ce qui est totalement faux.

Dès lors, on comprend que les quatre « motifs » que la *Barcelona Traction* fait connaître le 18 juin 1948 comme constituant le fondement de son opposition tiennent en tout dans dix-sept lignes.

Il semble évident que le moins que l'on pouvait exiger de la *Barcelona Traction*, si elle voulait vraiment discuter le manque de fondement du jugement déclaratif de faillite, était que, quatre mois après la déclaration de faillite, elle présente un acte fondé et raisonné: un acte sérieux.

Il est vrai que seule l'opposition était annoncée <sup>2</sup>, mais il paraît raisonnable que, si l'on voulait réellement convaincre le tribunal de ce que l'on commettait une injustice, le premier acte de *Barcelona Traction* devait contenir un fondement plus solide.

La *Barcelona Traction* savait parfaitement que la faillite était irrévocable à partir de 24 heures le 24 février 1948 et que, par conséquent, elle était forclosée pour former un recours

<sup>1</sup> Le déclinatoire Boter.

<sup>2</sup> Le Gouvernement belge soutient que c'était bien une authentique opposition. S'il en était ainsi, la pauvreté voulue des « motifs » exposés par la *Barcelona Traction* au juge s'avère encore plus inexplicable.

quelconque (voir *supra*, par. 432). C'est pour cela que dix-sept lignes lui suffirent pour pouvoir dire un jour qu'elle avait formé opposition. Elle savait en effet qu'elle ne pouvait aboutir du fait de la forclusion qui l'atteignait, ce qui l'a dispensée de prendre la peine de mieux fonder son acte, chose d'ailleurs difficile à faire, puisqu'il était impensable de discuter sérieusement la juridiction des tribunaux espagnols, pas plus d'ailleurs que la qualité des créanciers requérant la faillite ou la situation de cessation de paiements de la *Barcelona Traction*.

716. D'après la thèse du Gouvernement belge, la *Barcelona Traction* a décidé de s'abstenir de former recours et a préféré faire entrer en lice les filiales.

Ces dernières n'ont pas mis en question le jugement déclaratif de faillite, mais seulement les mesures prises à l'égard de l'*Ebro* et de la *Barcelonesa*. Les filiales ont immédiatement joué le jeu qui leur était assigné.

Toutefois, leurs recours, outre le fait qu'ils n'avaient absolument point trait à la déclaration de faillite de la *Barcelona Traction*, reposaient sur une tromperie, à savoir sur le fait de nier de façon éhontée, voire même avec une feinte indignation, que leurs actions appartenaient à la société faillie, point qui constituait le fondement du jugement déclaratif de faillite en ce qui concerne les mesures de saisie affectant les filiales.

On a dit au juge: il n'est pas vrai que la *Barcelona Traction* soit la propriétaire de mes actions; nous sommes des personnes morales totalement indépendantes et avons pleine autonomie. Néanmoins, il suffit de lire le *Mémoire* pour se rendre compte que de telles affirmations ne sont pas exactes.

Autrement dit, l'activité des filiales, que le Gouvernement belge présente comme fondamentale et adéquate outre le fait qu'elle ne l'est point, est fondée uniquement et exclusivement sur la double tromperie rapportée; en outre, pas un seul des griefs formulés par le Gouvernement belge à l'égard de la déclaration de faillite, n'a été invoqué.

On allègue même que les mesures du jugement déclaratif de faillite affectant les filiales les placent dans une situation pire que celle de la société faillie, cette dernière « pouvant recourir » alors que les filiales ne pouvaient pas le faire. Or la *Barcelona Traction* s'est précisément abstenue de recourir ...!

On ne pourrait que difficilement trouver un exemple plus clair et plus frappant de tromperie dans un dialogue de procédure.

717. La *Barcelona Traction* entend nier la juridiction des tribunaux espagnols, mais s'abstient de soulever la question de compétence appropriée.

C'est la *National Trust* qui la soulèvera en novembre 1948 alors qu'elle n'était pas qualifiée pour le faire.

La façon d'agir de la *Barcelona Traction* dans la question de la juridiction n'est pas non plus compréhensible de la part d'un plaideur normal, de la part d'un plaideur de bonne foi.

La *Barcelona Traction* a comparu finalement le 18 juin 1948 alors que le débat sur la juridiction des tribunaux espagnols engagé par Boter était précisément en cours, débat qui ne devait recevoir de solution en première instance que le 12 février 1949.

Qu'a donc fait alors la *Barcelona Traction*? Rien.

Elle s'est abstenue d'intervenir en quoi que ce soit dans l'affaire. Elle n'a pas apporté au juge les éléments de preuve ou les arguments qui étaient nécessaires pour démontrer ce qui était indémontrable, à savoir le défaut de juridiction des tribunaux espagnols. Mais pendant ce temps par contre, ce soi-disant défaut de juridiction était incessamment invoqué dans les notes diplomatiques. Il l'a même été dans l'acte de comparution du 18 juin 1948.

Les avocats de la *Barcelona Traction* se sont abstenus de présenter au juge espagnol les arguments qui prouaient, à leur sens, le défaut de juridiction des tribunaux espagnols.

Un des griefs du Gouvernement belge est que l'on ait accordé un délai de preuve extraordinaire à M. Boter pour instruire en première instance le déclinatoire qu'il avait soulevé. Ce délai extraordinaire de preuve a été accordé le 14 avril 1948. Si la *Barcelona Traction* n'a pas alors comparu, c'est simplement parce qu'elle n'a pas voulu. Elle pouvait en effet le faire dès la déclaration de faillite.

Or qui plus est, les pouvoirs avec lesquels l'avoué de la *Barcelona Traction* a comparu le 18 juin 1948 avaient été octroyés le 9 mars 1948...<sup>1</sup>

Le délai extraordinaire de preuve accordé à Boter fut octroyé sans contradiction ni opposition de quiconque. Il est bien évident que c'est parce que la *Barcelona Traction* ne l'a pas voulu.

L'attitude anormale de la société faillite ne s'arrête pas là. Le délai extraordinaire de preuve ayant été accordé, délai dont l'objet était de permettre de fournir les documents que détenait la *Barcelona Traction*, en l'occurrence les écritures de « trust », cette société s'est abstenue de les présenter au tribunal, chose qui aurait évidemment rendu le délai extraordinaire de preuve inutile. Et le Gouvernement belge a ensuite présenté ce délai extraordinaire de preuve à la Cour comme un déni de justice!

L'arrêt du 12 février 1949 reconnaissant la juridiction des tribunaux espagnols ayant été rendu, la *Barcelona Traction* s'est abstenue de former appel. Ce n'est qu'en 1953 qu'elle s'est jointe à l'appel formé par Boter lui-même, et ce parce que cela lui convenait pour mener à bien sa stratégie de procédure. Elle ne l'a fait qu'en avril 1953, à une époque où, d'après le Gouvernement belge, tous les recours étaient « illusoire » et où la vente des biens de la *Barcelona Traction* avait eu lieu depuis plus d'un an.

Est-ce donc là une conduite loyale à l'égard des tribunaux espagnols?

<sup>1</sup> Il faut tenir compte du fait que les recours formés par les filiales avaient fait l'objet d'un désistement en mars 1948 de la part des avoués nommés par les nouveaux Conseils d'administration.

De mars 1948 à juin 1948, la *Barcelona Traction* n'a fait intervenir personne dans sa faillite, à l'exception de M. Sagnier, lequel s'est également abstenue d'intervenir dans la question de compétence Boter.

Il est difficile de comprendre qu'aucun des nombreux « coïntéressés » de la *Barcelona Traction* ne soit intervenu dans une question comme celle de la juridiction, question qui présente tant d'importance pour le Gouvernement belge et pour la *Barcelona Traction*.

718. L'assemblée des créanciers de la *Barcelona Traction* s'est tenue le 19 septembre 1949, et les syndics y ont été nommés.

Un des griefs formulés par le Gouvernement belge sur le sujet est que l'on n'ait pas établi la liste des créanciers.

Le Gouvernement espagnol a déjà dit tout ce qu'il convenait de dire sur cette matière. Mais il ne lui semble pas inutile de rappeler ici, en tant que nouvel exemple de l'attitude anormale de la société faillie, que la principale difficulté pour dresser ladite liste résidait en fin de compte dans le manque de collaboration de la *Barcelona Traction*.

En effet, la *Barcelona Traction* a été requise de présenter son bilan, ses livres, papiers et documents.

Elle n'a jamais donné satisfaction aux requêtes qui lui étaient présentées. Elle n'a pas fourni ce qu'elle avait le droit et le devoir de fournir, mais le Gouvernement belge feint de s'indigner lorsque, à défaut de cette collaboration de la faillie, le bilan a dû être rédigé par un commerçant, et que le commissaire à la faillite a dû remplacer les listes de créanciers par des états de créanciers et leur donner la publicité correspondante.

Le Gouvernement belge présente la nomination des syndics comme une nouvelle manœuvre, mais omet aussi de faire savoir que les gens de la *Barcelona Traction* auraient pu intervenir de façon décisive dans cette nomination, qu'ils auraient même pu nommer quelques-uns des syndics, mais ils n'ont pas voulu le faire <sup>1</sup>.

719. La *Contre-mémoire* a prouvé la responsabilité de *Barcelona Traction*, et encore du Gouvernement belge, dans le retard apporté à la procédure, l'un des points cruciaux d'après le Gouvernement belge.

Un aperçu des interventions de la *Barcelona Traction* à cet égard ne laisse lieu à aucun doute.

Lorsque cette société a soulevé l'incident de nullité de procédure (5 juillet 1948) elle a requis la suspension de la procédure, et par surcroît, la suspension du déclaratoire d'incompétence Boter, lequel était en cours d'instruction.

Lorsque le jugement relatif à l'affaire de compétence Boter eut fait l'objet d'un appel, la *Barcelona Traction* se conduisit de la façon suivante:

a) Elle a soulevé (11 juillet 1949) un incident de nullité de procédure, *en demandant expressément que l'on suspende la procédure*;

b) Une fois que l'incident Genora (ordonnance du 12-8-49) suspendant l'appel Boter eut été reçu « *a trámite* », elle s'est abstenue de former un recours contre la décision correspondante;

<sup>1</sup> La Westminster Bank, trustee des obligations en pesetas de *Barcelona Traction* offrit de vendre £2.640.000 en obligations *First Mortgage*, détenues à titre de garantie, à M. Heineman; or celui-ci refusa l'offre.

c) Lorsque le délai extraordinaire de preuve eut été proposé, elle s'y est formellement opposée, *mais elle s'est en même temps abstenue de fournir les documents qu'elle détenait* et qui permettaient d'établir la preuve proposée par Genora;

d) Lorsque l'arrêt sur l'incident Genora eut été rendu, les demandeurs ont formé (16-3-51) un pourvoi en cassation, *mais elle s'est abstenue de requérir la Cour d'appel (« Audiencia ») d'exécuter l'arrêt faisant l'objet du pourvoi* en se fondant sur les dispositions de l'article 1786 du Code de procédure civile;

e) Lorsque l'appel Boter eut été repris, elle a soulevé, le 21 mars 1953, un nouvel incident relatif à la somme en litige;

f) Lorsqu'elle a vu que l'incident n'était pas admis, elle s'est jointe à l'appel Boter (11-4-1953), *ce qui lui a évidemment permis d'empêcher qu'un désistement éventuel de Boter ne fasse disparaître la suspension de la procédure;*

g) Cette solution présentait le danger de n'aboutir à rien puisque Boter et les demandeurs à la faillite formèrent un recours contre l'ordonnance reconnaissant l'adhésion de la *Barcelona Traction* à l'appel (16-4-1953), elle s'est hâtée voyant l'incertitude du résultat de le renforcer grâce à l'intervention, le 29 avril 1953, de MM. Andreu et Sagnier, lesquels ont soulevé un incident relatif à la qualité des demandeurs à la faillite et autres, *et ont demandé et obtenu la suspension de la procédure.*

L'incident soulevé par Andreu et Sagnier a amené les syndicats à déposer une plainte, mais le déroulement normal de l'instruction a été boycotté par un procédé commode, à savoir l'inexécution par le Gouvernement belge des commissions rogatoires qui lui furent adressées par le tribunal espagnol.

Lorsque la *Barcelona Traction* eut adopté par la suite une attitude de passivité dans la procédure, elle s'est abstenue de se retirer et de retirer ses « coïntéressés ». La nécessité de notifier les diverses décisions a également contribué à prolonger la procédure. Enfin cette attitude a été complétée par des manœuvres telles que les tentatives ratées de certains plaideurs, par exemple la *National Trust*, de faire renoncer les avoués à leurs pouvoirs sous prétexte que le fait devait être notifié à leurs mandataires, ce qui permettait d'obtenir un nouveau retard dans la procédure.

La conduite de la *Barcelona Traction* à cet égard se passe de commentaires.

720. Un juge spécial appelé à connaître de tous les actes de procédure relatifs à la faillite de la *Barcelona Traction* a été nommé le 16 avril 1948, sur la demande de l'*Ebro*, demande appuyée diplomatiquement par le Gouvernement belge dans sa note du 27 mars 1948.

Malgré ce fait, la *Barcelona Traction* et son groupe ont néanmoins présenté plus tard des requêtes judiciaires répétées devant divers tribunaux de Barcelone et de Madrid, évidemment incompetents. Ces requêtes sont les suivantes :

a) Le 6 juillet 1949, l'*Ebro* a engagé une procédure déclarative dite de *mayor cuantía* auprès du tribunal N° 9 de Barcelone;

b) Le 8 septembre 1951, la *National Trust* a présenté une requête au tribunal N° 5 de Barcelone;



c) Le 22 mars 1956, la *National Trust* a présenté une requête au tribunal N° 4 de Madrid;

d) Le 6 avril 1956, l'*International Utilities* a présenté une requête au tribunal N° 9 de Barcelone;

e) Le 7 février 1953, la *Sidro* a présenté une autre requête, la seule qu'elle ait présentée, au tribunal N° 14 de Madrid, requête relative à des fraudes en matière de procédure.

Cette attitude consistant à présenter des requêtes réitérées en justice au sujet de la faillite de la *Barcelona Traction* devant des tribunaux que l'on savait à l'avance *incompétents*, constitue la plus claire des preuves d'une conduite frauduleuse en matière de procédure.

721. Les cinq procédures déclaratives dites *de mayor cuantía* engagées par la *Barcelona Traction*, les seules qu'elle ait jamais engagées, ont toutes été engagées entre 1953 et 1956, autrement dit *après que l'on eut effectué la vente des biens de la Barcelona Traction et que l'on eut définitivement adjugé les biens vendus, soit une fois, d'après la thèse belge, que tous les recours étaient devenus « illusoires »*.

Toutes les actions qualifiées par le Gouvernement belge de combats d'arrière-garde ont eu lieu, pour ce qui est de la *Barcelona Traction*, entre les dates indiquées, ce qui dispense de tout commentaire.

Qui plus est, plus de 70% des réclamations formulées sous la forme de requêtes judiciaires autochtones ont été présentées après la vente des biens.

Il ne semble certainement pas que cette façon d'agir puisse être qualifiée ni de normale, ni de correcte.

722. La note de l'avocat de la *Barcelona Traction* et administrateur de la *Sidro* à laquelle il a été fait précédemment allusion se réfère à des actions en justice qui n'avaient pas été intentées.

Cela prouve à tout le moins une attitude négligente mais, si les griefs du *Mémoire* étaient vrais, cela prouverait une attitude absolument anormale et inexplicable.

Il n'est point besoin en réalité d'insister sur ce point, car il constitue l'essence même de l'exception espagnole du non-épuisement des recours internes. Le Gouvernement espagnol y renvoie, et signale tout particulièrement la non-présentation d'un recours en révision.

Mais l'avocat lui-même mentionne le fait que l'on revenait de façon incompréhensible sur la même affaire. La chose est également indiquée dans l'exposé fait par le Gouvernement espagnol.

Ainsi, par exemple, les deux procédures déclaratives dites *de mayor cuantía* engagées par l'*Ebro* en 1949, l'une devant le juge spécial, l'autre devant le tribunal N° 9 de Barcelone, étaient pratiquement identiques.

La requête présentée par la *Barcelona Traction* en janvier 1953 demandant la destitution de M. Burguera, syndic, est identique à celle présentée par Andreu et Sagnier dans le même but en avril 1953.

La nomination des syndics a été attaquée par la faillie le 21 septembre 1949. MM. Andreu et Sagnier l'ont également attaquée à la même date et pratiquement pour les mêmes motifs.

Quel but poursuivait-on donc en intervenant ainsi deux fois? Le but évident de compliquer la procédure, d'amonceler des actes de procédure qui, du fait de leur manque de fondement, permettaient à leur tour d'accumuler des jugements défavorables.

723. La *Barcelona Traction* a présenté en juin et en octobre 1952 trois requêtes successives de récusation contre la Chambre n° 1 de la Cour d'appel (« Audiencia ») de Barcelone (C.M., IV, p. 429).

Ces récusations cumulées (*acumuladas*) furent rejetées par jugement (*auto*) du 25 septembre 1953.

Il suffit de lire le jugement en question pour se rendre compte du défaut de fondement desdites récusations. (Voir C.M., p. 429 et A.C.M. 175, IX, p. 81.)

Mais ce qu'il importe de mettre en relief ici, en tant que nouvel exemple de la conduite anormale de la *Barcelona Traction*, c'est la date à laquelle ces récusations eurent lieu. En effet, en juin 1952, la vente des biens de la *Barcelona Traction* fut réalisée, les biens furent définitivement adjugés à l'entité adjudicataire, et la Cour d'appel avait déjà confirmé par jugement du 5 février 1952 la décision de vendre.

Cela prouve que lesdites récusations, outre qu'elles étaient intrinsèquement *improcedentes* (non conformes au droit), n'avaient point pour but d'empêcher que la Chambre récusée puisse avoir connaissance des problèmes de la vente. En effet, si tel avait été le but poursuivi, la récusation aurait évidemment été intentée auparavant.

On ne peut voir dans un acte aussi profondément grave autre chose qu'une tentative de le faire valoir lors d'une instance internationale, et les choses se sont bien passées ainsi.

On ne saurait trouver raisonnablement d'autre explication.

L'action exercée constitue, dans ces conditions, une véritable fraude de procédure.

724. L'intervention de la *National Trust* dans la procédure de faillite montre de façon non équivoque qu'il s'agit bien d'une conduite d'où la bonne foi est absente.

La *National Trust* pouvait, en tant qu'obligataire, contester la juridiction des tribunaux espagnols. Elle pouvait former un recours contre le jugement déclaratif de faillite, etc. Mais elle n'a rien fait.

Elle a par contre entrepris, en tant que *trustee*, toute une série de procédures en Espagne. La première (novembre 1948) en posant le problème du défaut de juridiction des tribunaux espagnols.

La meilleure preuve que la *National Trust* possédait en tant qu'obligataire une personnalité indiscutable dans la faillite, est constituée par le fait que *lorsqu'elle agit comme telle, elle est admise sans discussion ni réserve d'aucune sorte*. C'est ainsi qu'elle assiste à l'assemblée des créanciers pour la nomination des syndics, qu'elle y fait des déclarations et qu'elle y exerce les droits que bon lui semblent.

On ne peut vraiment pas fournir une explication raisonnable de cette anomalie, qui cache, de toute évidence, une conduite déloyale, d'autant plus déloyale que l'on accusera par la suite les autorités judiciaires espagnoles d'avoir établi une discrimination en ne reconnaissant pas la qualité requise dans la procédure à la *National Trust*.

On ne trouve aucune explication ni dans la *Réplique*, ni dans son Annexe 31, pouvant raisonnablement justifier cette conduite anormale.

725. La façon très particulière de plaider de la *Barcelona Traction* apparaît également dans les actes de procédure relatifs à la vente.

Le *Contre-mémoire* a déjà exposé de façon détaillée les caractéristiques de ces actes de procédure. On peut cependant rappeler ici les deux faits fondamentaux qui ressortent du dossier de la *receivership* canadienne.

L'avocat du *receiver*, qui dirigeait et était responsable de tous les actes de procédure du groupe, y compris évidemment de ceux de la *Barcelona Traction*, a relevé qu'il avait reçu de ses clients l'ordre de *retarder la procédure*<sup>1</sup>.

Mais il y a plus!

Le *Contre-mémoire* a mis en lumière qu'aucun recours ne fut réellement formé contre l'ordonnance (22 novembre 1951) qui a approuvé le cahier des charges, et c'est le conseil du « *receiver* » lui-même qui l'avoue lorsqu'il dit:

« Comme on le voit, *pas un seul commentaire n'a été fait sur les racines de l'affaire, et ce malgré l'immense importance des questions dont il s'agit*. Je me suis borné à ne pas fermer la porte qui permettait de les discuter le cas échéant. La raison en a été qu'il aurait été extrêmement indiscret actuellement de faire connaître la position de la *Barcelona Traction* à l'égard de l'ordre de vente aux enchères et ses conditions, point sans aucun doute culminant de toute la procédure de faillite »<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Dans la *receivership*, vol. V, Mémorandum du *receiver*, N° G 21, du 24 décembre 1951, document de preuve « N », M. Sánchez Giménez, avocat, a affirmé ceci: « mes clients me donnèrent immédiatement des instructions et me dirent de faire traîner l'affaire et l'exécution de l'ordre (il s'agit de l'ordonnance du 27 août 1951 ordonnant la vente) autant et aussi longtemps qu'il serait possible ». Cette attitude a été générale pour toute la procédure, et c'est pour cela que le *receiver* a pu déclarer dans son Mémorandum du 18 avril 1952, « *Receivership* », vol. V, ce qui suit: « *Les efforts réalisés soit directement auprès des tribunaux espagnols, soit par des pressions diplomatiques exercées sur le Gouvernement espagnol, soit encore d'une autre façon, pour rétablir la situation légale en Espagne, ont eu à mon avis les résultats importants suivants: (i) Ils ont au moins permis d'obtenir un retard substantiel dans la réalisation de la faillite* ».

<sup>2</sup> « *Receivership* », vol. V, Mémorandum du « *receiver* », G 21, du 24 décembre 1951, document de preuve « N ».

(C'est nous qui composons en italiques.)

Cette attitude se passe de commentaires. Elle est complétée par la passivité dont *Barcelona Traction* et *Sidro* ont fait preuve devant le fait consommé de la vente aux enchères.

La *Barcelona Traction* n'a pas utilisé le droit que lui conférait le cahier des charges de présenter un tiers qui se subrogerait à l'adjudicataire dans les mêmes conditions que celui-ci.

L'entité adjudicataire a offert la même possibilité à la *Sidro*, qui ne l'a pas non plus prise en considération.

D'après le Gouvernement belge, l'adjudication aurait représenté une affaire fabuleuse pour l'entité adjudicataire, et la consommation de la spoliation de la *Barcelona Traction* au préjudice de ses actionnaires.

Ni la *Barcelona Traction*, ni la *Sidro* n'ont néanmoins fait usage de la possibilité qui leur était offerte, possibilité qui leur permettait, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un tiers, de s'adjuger intégralement le patrimoine de la *Barcelona Traction* sans autre obligation que celle de payer ce que l'entité faillie devait à ses créanciers.

Ce fait constitue à lui seul le plus formel démenti vis-à-vis des griefs graves et gratuits du Gouvernement belge, lequel cherche en vain à présenter la *Barcelona Traction* comme la victime d'une spoliation.

Les « spoliateurs » ont donc offert aux « spoliés » la possibilité d'acquérir le patrimoine prétendument objet de la spoliation à la seule condition de payer ce qui était dû, dette dont ni l'existence, ni le montant n'étaient mis en discussion.

Devant un tel fait, les griefs du Gouvernement belge paraissent, tout simplement, ridicules.

Mais en même temps, une telle attitude met en lumière ce qui constitue la clef même de l'interprétation de toute l'affaire: il ne s'agit en fait que d'un débiteur qui ne paie pas ce qu'il doit.

L'affaire de la *Barcelona Traction* représente l'histoire d'une société qui s'est trouvée dès sa création en état de faillite latente. L'histoire d'un débiteur qui ne paie pas, qui ne veut jamais payer.

Si la *Barcelona Traction* avait payé, il n'y aurait pas eu de faillite.

Si la *Barcelona Traction* avait consigné en pesetas en Espagne le montant de ce qui était dû, il n'y aurait pas pu avoir non plus de faillite.

Si la *Barcelona Traction* s'était présentée comme étant en suspension de paiements (chose logique si elle était réellement solvable et ne pouvait payer du seul fait de la question des devises), il n'y aurait pas eu non plus de faillite.

En négligeant même toutes ces considérations, si avant la vente aux enchères de ses biens les gens de la *Barcelona Traction* avaient proposé un concordat, si elle avait tout

simplement offert de payer avec une garantie raisonnable de paiement, la vente aux enchères n'aurait pas été réalisée.

La seule chose qui intéressait les obligataires, majoritaires ou minoritaires, était en effet de pouvoir toucher leur dû, de pouvoir toucher ce qui leur était dû depuis des années. La chose ressort d'une façon particulièrement nette et incontestable de la procédure de la *receivership*. Le *receiver* y rend en effet compte des entrevues que tant lui-même que ses représentants ont eues avec le groupe March. Or la réponse fournie est toujours la même: qu'ils payent ce qu'ils doivent. Il est même ajouté et souligné que l'on ne demande aucun traitement de faveur et que de ce fait le paiement devait s'étendre à tous les créanciers, dans les mêmes conditions<sup>1</sup>.

La conduite de la *Barcelona Traction* dans la procédure de faillite ressort de la façon la plus significative de cette attitude préméditée et répétée de refus de faire quoi que ce soit qui supposerait un paiement, que ce soit avant ou après la faillite, ou que ce soit après que les biens de la société faillie aient été vendus.

La procédure de faillite a pour but principal dans tous les pays du monde, d'obtenir que les créanciers touchent les créances qu'ils détiennent contre le failli. Le but de toute procédure de faillite étant tel et entraînant la liquidation du patrimoine du failli, et la *Barcelona Traction* n'ayant jamais voulu payer, on comprend facilement qu'elle ait adopté l'attitude étrange et anormale indiquée dans ses grandes lignes au cours de la procédure de sa faillite.

Une fois éliminés les divers obstacles de procédure qui suspendaient l'instruction du déclinatoire Boter, la question de compétence a été tranchée en 1963 et la *Barcelona Traction* s'est abstenue de former le moindre recours contre les décisions successives qui ont été rendues. Elle n'a point formé de recours contre l'arrêt confirmant la juridiction des tribunaux espagnols; elle n'a pas recouru contre le jugement qui rejetait sa dite opposition, ni contre celui qui rejetait les incidents de nullité qu'elle avait suscités. Elle n'a rien fait.

Elle s'est également abstenue d'intervenir dans la branche («*pieza*») concernant la qualification de la faillite, n'a répondu à aucune des communications qui lui ont été faites et, en fin de compte, a consenti l'arrêt du 27 janvier 1964 qui déclarait sa faillite frauduleuse, en établissant le bilan de la conduite de la faillie dans le passé.

On retrouve donc la même attitude à la fin qu'au commencement de la procédure de faillite de la part de *Barcelona Traction*, à savoir une passivité absolue.

<sup>1</sup> Dans la *receivership*, vol. V, Mémorandum du *receiver*, N° G 21, du 24 décembre 1951. document de preuve «*H*», le *receiver* lui-même affirme que le groupe March possède une grande quantité d'obligations *Prior Lien* et *First Mortgage*, et qu'ils «*défendent leur droit au paiement du capital et des intérêts échus*». Le *receiver* ajoute ce qui suit:

2) «*March a démenti qu'il cherche à contrôler la société. Il possède trop d'intérêts d'un autre genre pour se voir lié par l'exploitation de sociétés de services publics; la seule chose qu'il veut c'est son argent.*»

3) «*En tant que créancier important non disposé à faire dépendre son droit d'un arrangement, March estime qu'il n'a pas à chercher le premier à contacter les intérêts des actionnaires. Toute suggestion pour une action conjointe doit provenir de la société.*»

4) «*Tout arrangement qui puisse être conclu entre March et les actionnaires doit nécessairement prévoir le paiement total à tous les obligataires. Il n'est pas disposé à négocier seulement pour ses obligations en laissant les obligataires minoritaires dans l'ornière.*»

Tous les problèmes de la faillite sont en même temps portés du domaine national à la *sphère internationale*, ce qui transforme un pur et simple conflit d'intérêts privés en un litige international qui, en définitive, n'avait aucun sens.

Les créanciers de *Barcelona Traction* ont touché intégralement ce que celle-ci leur devait et ne leur payait pas, et ce grâce, précisément, à la procédure de faillite espagnole, procédure au cours de laquelle, tant à son début qu'au cours de son déroulement ou qu'à sa fin, la *Barcelona Traction* a adopté une conduite trompeuse parfois, frauduleuse d'autres fois, déloyale en toutes circonstances.



*CHAPITRE IV***La responsabilité internationale en raison  
du contenu des décisions judiciaires :  
l'absence des autres conditions requises**

Le Gouvernement espagnol, après avoir prouvé dans le Chapitre III que la justice espagnole n'avait pas violé le Droit interne, va démontrer dans le présent chapitre à plus forte raison que les autres conditions requises pour qu'il y ait responsabilité internationale ne sont pas davantage remplies.

Dans ce but, ce Chapitre se composera de trois sections. La Section I mettra en évidence l'absence de l'élément subjectif de mauvaise foi et d'intention discriminatoire. La Section II montrera qu'il ne s'agit pas de décisions judiciaires rendues en dernière instance. Une section III sera enfin consacrée à quelques considérations générales.



## SECTION I

## L'ABSENCE DE MAUVAISE FOI ET D'INTENTION DISCRIMINATOIRE

726. On a déjà vu (voir Partie II, chap. I, N<sup>os</sup> 26 ss. *supra*) que la mauvaise foi et l'intention discriminatoire sont une condition essentielle de la responsabilité internationale de l'Etat en raison du contenu de ses décisions judiciaires.

Le Gouvernement espagnol rappelle à ce sujet que la mauvaise foi ne saurait en aucune manière se présumer, mais qu'elle doit être prouvée par le Gouvernement qui l'allègue.

La *Réplique*, malgré la facilité avec laquelle elle lance les accusations les moins fondées, n'a pas osé formuler sur ce point contre les tribunaux espagnols une accusation précise contre laquelle le Gouvernement espagnol aurait pu se défendre d'une manière concrète. Elle affirme même que l'on n'impute « à aucun magistrat espagnol une intention frauduleuse ou malhonnête » (R., V, N<sup>o</sup> 854). Mais en même temps, et assez contradictoirement, elle incrimine « sur la base des pièces mêmes du dossier, l'évidente partialité » de certains magistrats, insinuant ainsi qu'ils ont pu agir poussés par un sentiment patriotique mal compris, animés par un « nationalisme exacerbé » (R., N<sup>o</sup> 854). Le Gouvernement belge ne formule pas clairement cette accusation et ne tente en rien d'apporter des preuves à l'appui de ses dires; il se contente d'émettre des conjectures et des insinuations sur la possibilité que les décisions dont il s'agit aient pu être inspirées par une fausse conception de la protection des intérêts nationaux.

Il est extrêmement curieux et significatif qu'après avoir tant insisté sur la notion d'« insuffisance d'action, apparente à tout homme non prévenu » (R., N<sup>o</sup> 464), la *Réplique* ne donne aucun exemple de cas où aurait existé, de la part des tribunaux espagnols, une telle insuffisance d'action, un manque de diligence ou une omission grossièrement coupable. Ce qu'elle suggère, c'est que les actions et décisions en cause auraient été prises par des juges « non pas incapables, mais qui ont leur jugement faussé par des considérations ou des passions extrajudiciaires, conscientes ou non, ou parce qu'ils ont subi l'action de l'une des parties » (R., N<sup>o</sup> 470).

En présence d'insinuations formulées d'une manière aussi vague, le Gouvernement espagnol ne peut que reprendre les termes utilisés par le Gouvernement britannique, lorsqu'il s'est trouvé être la victime d'accusations semblables devant la justice internationale: « par des allusions obscures et à demi-mots on espère créer une atmosphère de culpabilité »<sup>1</sup>; « dans le cas qui nous occupe, non seulement il n'y a pas de preuve concluante: il n'y a rien, sinon des affirmations et des insinuations »<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> C.I.J. *Affaire Ambatielos*, Mémoires, Plaidoiries et documents, page 427 • By dark allusions and half-statements they hope to create an atmosphere of guilt ».

<sup>2</sup> I.A.T., *Ambatielos Case*, Minutes of the 12th plenary sitting a.m. p. 79... « in the present case not only is there no evidence of the clearest character, there is really nothing but assertion and innuendo ».

727. Il est donc permis de conclure que le Gouvernement belge a abandonné toute tentative de faire la preuve, par des moyens étrangers aux décisions de justice elles-mêmes, de l'existence de l'élément subjectif indispensable pour qu'existe une responsabilité internationale en raison du contenu de ces décisions. La position du Gouvernement demandeur est de vouloir prouver cet élément subjectif *sur la base exclusive de la prétendue énormité de ces décisions* et de la partialité, de la malveillance et des intentions discriminatoires qui, d'après le Gouvernement belge, seraient évidentes *in re ipsa*. Il est clair que dans cette hypothèse le Gouvernement belge devrait faire la preuve que, suivant l'expression du Professeur Charles de Visscher, « l'on ne puisse plus expliquer la sentence rendue par aucune considération de fait », ni par aucune raison de droit valable », (voir *supra*, Chap. I, II<sup>e</sup> Partie, N<sup>o</sup> 39) démonstration qui, comme on le verra par la suite, n'aboutit à aucun résultat positif susceptible d'appuyer les thèses du Gouvernement demandeur.

728. Dans les paragraphes 787 à 791 de la *Réplique*, sous le titre « Les indices de partialité des autorités judiciaires », le Gouvernement demandeur cherche à alléguer, en accumulant de soi-disant exemples de discrimination et de partialité, l'existence de l'élément subjectif. C'est pourquoi le Gouvernement espagnol se propose d'analyser successivement et de façon détaillée chacun des trois indices énumérés par la *Réplique*: « la contradiction dans les solutions », « les contacts irréguliers » et les « indices d'hostilité ».

#### A. La prétendue contradiction dans les solutions

729. Le premier exemple de solution contradictoire consisterait dans « la négation suivie de la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés auxiliaires » (R., N<sup>o</sup> 788).

On a déjà exposé les raisons pour lesquelles il n'y a eu dans ce cas ni partialité, ni contradiction. La saisie provisoire et partielle des actifs des filiales n'a été qu'une mesure destinée à assurer la réalisation du but poursuivi par toute loi de faillite, qui est de donner aux créanciers la garantie immédiate sur *tous* les biens du débiteur, tout en préservant l'intégrité de leur substance économique. Tout juge qui se voit contraint de prononcer une faillite, les conditions requises étant réunies, a le devoir professionnel de prévenir toute fraude possible et de prendre toutes les précautions utiles pour que le but poursuivi puisse être atteint. Il n'y a eu là aucune contradiction. La personnalité juridique des filiales a été maintenue et reconnue d'une manière générale; mais il se trouve qu'elle était inopposable aux créanciers obligataires dans la mesure où elle aurait pu être utilisée pour soustraire les biens hypothéqués en garantie de leurs créances. C'est ce qui explique le maintien de la personnalité des filiales, y compris pour réclamer contre les mesures de saisie de leurs actifs (voir *supra*, Chap. III, II<sup>e</sup> Partie, N<sup>os</sup> 343 ss.).

730. La seconde contradiction signalée (R., par. 788), serait « l'alternance de violation et d'application du droit de gage résultant des *trust deeds* ». Ce grief n'est pas non plus fondé car, pour les motifs qui ont été exposés, il n'y a eu, dans la procédure espagnole, ni violation, ni application du « droit de gage » (voir *supra*, Chap. III, II<sup>e</sup> Partie, N<sup>os</sup> 283 ss.).

D'autre part, ni *Barcelona Traction*, ni aucun de ses cointéressés n'ont allégués devant les tribunaux espagnols cette prétendue violation du « droit de gage » ni son application discriminatoire ultérieure (voir *infra*, ce chapitre, N<sup>o</sup> 748). Le « droit de gage » résulterait de certains contrats de *trust* rédigés conformément à un droit étranger, le

droit canadien, que les tribunaux espagnols n'étaient tenus ni de connaître ni, faute d'allégation et de preuve, d'appliquer. Comment peut-on, dans ces conditions, accuser de partialité les tribunaux espagnols?

Peu après la déclaration de la faillite, l'examen des documents saisis chez la faillie a permis de découvrir de nouveaux éléments d'appréciation qui ont eu une grande influence sur les procédures ultérieures. L'un des faits constatés a été que *Barcelona Traction* avait transféré, apparemment d'une manière gratuite, à *International Utilities* — société qui, comme *Ebro*, pouvait prétendre avoir une personnalité juridique indépendante —, toutes ses créances contre *Ebro*, tant celles résultant du compte courant que celles représentées par des bons et obligations de *Ebro* y compris les célèbres *General Mortgage Bonds*. Bien que l'on sache, aujourd'hui, que ce transfert était fictif et répondait exclusivement à un but de dissimulation fiscale, cette découverte d'une cession à titre de libéralité de la part du failli pouvait signifier une tentative de fraude à l'égard des créanciers, car si ces valeurs étaient restées dans le portefeuille de *Barcelona Traction* au lieu de passer à une autre société, cela aurait permis aux obligataires d'attaquer directement le patrimoine de *Ebro*, qui était la seule garantie qu'ils possédaient. En outre, la position de *National Trust* n'apparaît pas comme très claire dans cette affaire, car il est difficile d'expliquer comment cette société avait pu autoriser un tel transfert gratuit de créances, bons et obligations de *Ebro*, étant donné que cela diminuait les garanties des détenteurs d'obligations de *Barcelona Traction*, garantie à laquelle étaient affectés lesdits bons, déposés à la *National Trust* dans ce but. (C.M., *Annexe II*, Chap. III, vol. VII, pp. 94 et 96).

Le fait que le juge ait déclaré, dans son deuxième arrêt du 27 mars 1948, qu'*International Utilities* n'avait qu'une personnalité fictive et n'était en réalité qu'un « alter ego » de *Barcelona Traction*, a permis à la justice de récupérer cette garantie des créanciers et d'étendre la saisie aux obligations émises par *Ebro* et déposées à la *National Trust* comme garantie des obligations de *Barcelona Traction*.

Cette mesure a été généralisée à toutes les valeurs qui s'y trouvaient déposées en garantie des dettes de la faillie, en raison des facilités de transfert, non autorisées par les contrats, qui avaient été accordées par le « trustee » au débiteur.

Cet exemple ainsi que le précédent montrent que la *Réplique* ne considère ces décisions comme contradictoires que parce qu'elle fait systématiquement abstraction d'un facteur déterminant dans toute procédure de faillite, à savoir le devoir de prendre toutes mesures nécessaires pour prévenir et, s'il y a lieu, réprimer toute fraude pouvant léser les créanciers. En laissant de côté cet élément, le Gouvernement belge ne peut fournir que la version déformée de la procédure de faillite, que l'on trouve dans le *Mémoire* et dans la *Réplique*.

On ne peut supposer que ces mesures des juges espagnols aient été inspirées par la mauvaise foi ou par une intention discriminatoire, car elles n'ont d'autre explication que l'accomplissement du devoir légitime d'empêcher la réalisation d'actes de simulation et de fraude au préjudice des créanciers.

731. La *Réplique* présente, comme autre indice de partialité, « l'usage unilatéral fait de la suspension résultant du déclinatoire Boter » (N° 788).

Il n'est pas exact que l'usage de la suspension résultant du déclinatoire Boter ait été unilatéral, car la suspension n'a pas affecté la section de la vente, sur laquelle la société

faillie a pu introduire et a introduit effectivement tous les recours et actions qu'elle a jugé bons.

D'autre part, comme il a déjà été dit, la faillie n'a pas manqué de se joindre à l'appel Boter et les deux parties en litige sont, en fait, tombées d'accord pour la suspension de la première section de la faillite, et pour la continuation des procédures dans la seconde section.

En particulier, la société faillie, non seulement n'a pas formulé en temps opportun d'opposition valable sur cette première section, mais elle n'a pas non plus discuté dans les formes la juridiction espagnole, son concours à l'appel Boter n'ayant eu lieu qu'en 1953. Elle a au contraire poursuivi une politique d'acquiescement à la lente procédure que certains créanciers voulaient imprimer à cette première section afin que l'affaire ne soit pas jugée en Espagne, mais que la question soit résolue par des interventions diplomatiques et des pressions politiques.

Le Gouvernement belge se formalise à ce propos de ce que les tribunaux espagnols — compte tenu des délais limites qu'impose la loi en matière de convocation d'assemblées — aient décidé de former une section séparée permettant de se prononcer à l'égard de l'assemblée des créanciers. Mais, même s'il s'était agi d'un acte purement discrétionnaire, ce que disait le Gouvernement britannique dans l'*Affaire Ambatielos* serait tout à fait applicable en l'espèce :

« Etant donné ces considérations, que l'arrêt de la Cour d'Appel soit universellement approuvé ou non, il semble impossible de considérer cette décision comme un déni de justice, au sens que le droit international donne à ce terme. Le pouvoir exercé par la Cour d'Appel était un pouvoir discrétionnaire; et on a déjà fait remarquer (par. 159 de la deuxième partie) que la possibilité de contester la décision doit presque toujours exister quand il est question de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, car il dépend essentiellement d'un jugement personnel. Cependant, dans la mesure où ces pouvoirs sont exercés régulièrement et de bonne foi, sur la base de principes bien établis (ce qui serait en soi-même témoignage de régularité et de bonne foi) et sans méconnaissance manifeste des faits, elle ne peut être attaquée uniquement parce qu'une autre décision aurait pu être prise ou aurait été théoriquement soutenable »<sup>1</sup>.

732. Il n'y a eu ni contradiction ni partialité dans les décisions des 7 juin 1949, 27 novembre 1951 et 13 juin 1952 où le Gouvernement belge semble découvrir des éléments de discrimination (R., N° 788).

Le Gouvernement espagnol renvoie à ce qui a été déclaré sur ces décisions (Chap. III, II<sup>e</sup> Partie, *supra*, pars. 491 à 495 et C.M., pars. 202 à 206 du Chap. IV) et se borne à formuler ici quelques considérations complémentaires.

Ainsi, les décisions du 7 juin 1949 relatives à la nomination de syndics et à l'admission à double effet de l'appel Boter, sont toutes deux fondées sur des dispositions formelles de

<sup>1</sup> « In the light of these considerations, and whether or not the actual decision arrived at by the Court of Appeal would command universal approval, it is submitted that it is impossible to regard that decision as amounting to a denial of justice, as that term is properly to be understood according to international law. The Court of Appeal was exercising a discretionary power, and it has already been pointed out (see Part II, paragraph 159) that the possibility of question must almost always exist where the exercise of a discretionary power is concerned, since it inherently turns on the exercise of individual judgment. So long, however, as the discretion is exercised regularly in good faith, on the basis of established principles (which is itself evidence of regularity and good faith) and without any manifest ignoring of the facts, it cannot be attacked merely on the ground that another decision would have been possible, or theoretically sustainable ». (I.A.T. *Ambatielos case*. United Kingdom Counter-case, p. 104, par. 266).

la loi, et ne peuvent en aucune manière démontrer *in re ipsa* ce soi-disant esprit de partialité ou de malveillance que la *Réplique* prétend y trouver. La première décision répond à la préoccupation de veiller sur les intérêts des créanciers — en les chargeant directement de l'administration des biens — et de mettre fin à l'intervention prolongée d'un dépositaire dont l'indépendance est mise en doute par le Gouvernement belge. En ce qui concerne la deuxième décision du 7 juin 1949, qui a confirmé l'admission à double effet de l'appel Boter, si *Barcelona Traction* trouvait que cet appel à double effet lui portait préjudice d'une manière irréparable, elle aurait dû demander, à l'instar des avocats de Genora, une procédure séparée en exceptant de la suspension son recours en nullité ou son écrit du 18 juin 1948. Elle ne l'a pas fait, parce que, en vérité, elle savait que ces recours, tardifs et mal fondés, étaient condamnés d'avance, son seul intérêt étant de les maintenir latents, pour pouvoir se plaindre ensuite de « déni de justice ».

Le refus d'autoriser l'utilisation de l'article 385 du Code de Procédure civile ainsi que celui d'accorder l'appel à double effet des décisions relatives à la vente sont qualifiés de décisions extrêmement partiales et discriminatoires (R., N° 788); cependant des antécédents décisifs montrent qu'il n'y a là aucune partialité. Ainsi, comme il est prouvé à l'*Annexe 141*, Chapitre III du C.M., *Barcelona Traction* elle-même, dans des requêtes présentées pendant l'année 1948, a soutenu en termes catégoriques qu'en matière de faillite « il n'est pas possible d'accueillir des appels à double effet en raison de la nature exécutoire elle-même » de ces procédures, et que « l'article 385 ne peut être appliqué »<sup>1</sup>.

L'accusation de partialité ou de discrimination ne tient donc pas, à moins que le Gouvernement belge ne prétende qualifier de « malveillance » le fait que le juge ait rempli son devoir de poursuivre les procédures de la faillite jusqu'à leur fin naturelle et inexorable (sauf intervention de concordat), c'est-à-dire jusqu'à la vente des biens du failli. La Cour d'Appel de Madrid, en statuant en 1954 sur un recours de *Sidro*, disait qu'en droit espagnol, comme dans de nombreux autres droits influencés par le système français, « dans ces procédures d'exécution universelle de biens, le juge exerce non seulement une action judiciaire au sens strict, mais aussi une action administrative et une action directrice, en collaboration avec les créanciers... »<sup>2</sup>.

Cette attitude de la justice était particulièrement justifiée dans ce cas, car, comme l'ont révélé les documents de la « receivership », il existait un plan délibéré de *Barcelona Traction* pour perturber et retarder, par de multiples recours, dont le but était purement dilatoire, la réalisation de la vente (voir *supra*, Chap. II, II<sup>e</sup> Partie, N° 103).

Le Gouvernement belge ne peut prétendre, dans de telles conditions, qu'il soit impossible d'expliquer les décisions dont il s'agit « par aucune considération de fait ou raison de droit valable », seule hypothèse où l'on pourrait retenir la mauvaise foi à l'origine de la décision judiciaire *in re ipsa*. (Voir *supra*, Chap. I, II<sup>e</sup> Partie, N° 39).

733. La *Réplique* prétend également (R., N° 788) que la reconnaissance du Comité des Obligataires *Prior Lien* et le refus de reconnaître la *National Trust* constitueraient des indices de partialité.

<sup>1</sup> Un autre antécédent important est la décision, en septembre 1948, du Tribunal Spécial rejetant une demande d'application en faveur des demandeurs dudit article 385.

<sup>2</sup> A.C.M. (Chapitre III, *Annexe* N° 183, doc. N° 3, vol. IX, p. 143).

On a déjà indiqué les différences fondamentales existant entre ces deux décisions. Le Comité des Obligataires était composé de créanciers, auxquels la Justice avait reconnu cette qualité et qui se sont contentés d'être présents dans la procédure. Par contre, *National Trust* a présenté diverses demandes et introduit divers recours, non comme créancier, mais comme « trustee », institution que cette société elle-même déclarait être « inconnue en Espagne »<sup>1</sup>; puis, à partir de 1950, en se prétendant propriétaire d'une partie des actions d'*Ebro* et de *Catalonian Land*, sans apporter néanmoins la preuve de cette qualité de propriétaire qu'elle s'attribuait. On ne peut par conséquent absolument pas affirmer l'existence d'une discrimination résultant du traitement différent de sujets de droit dont la qualité n'était pas la même (vid. *supra*, N<sup>os</sup> 469 ss.).

Il n'est donc pas davantage possible de soutenir sérieusement à cet égard que le traitement réservé par les tribunaux espagnols à la *National Trust* ne peut s'expliquer « par aucune considération de fait ou raison de droit valable ». Par suite, on ne peut pas dire qu'une quelconque mauvaise foi puisse découler *in re ipsa* des sentences espagnoles.

#### B. Les prétendus « contacts irréguliers »

734. La *Réplique* (R., N<sup>o</sup> 789) signale comme indice de contacts irréguliers les circonstances qui se rapportent à la désignation du commissaire et du dépositaire.

On ne saurait critiquer le fait que le juge de la faillite se conformant à la pratique généralement suivie dans les tribunaux espagnols (voir *infra*, Chap. III, II<sup>e</sup> Partie, N<sup>os</sup> 185 ss.) ait désigné pour exercer les fonctions de commissaire un négociant de renom et de très bonne réputation qui exerçait une importante activité commerciale en Catalogne et dont les affaires rayonnaient à travers l'Espagne. Il est normal que, contraint de trouver une personne qui fût apte à remplir une tâche aussi délicate et absorbante, le juge ait préféré nommer un tel commerçant. Cette personne remplit alors les formalités exigées pour se faire inscrire à Tarragone et elle se trouva donc dans les conditions que prescrivait la loi pour être désignée.

Quant au séquestre-dépositaire, la loi espagnole comme bien d'autres, en attribue les fonctions à des commerçants en activité. L'expérience de tous les Etats où il en est ainsi montre toutefois qu'il est extrêmement difficile de trouver des commerçants qui soient prêts à négliger leurs propres affaires pour exercer cette mission complexe.

Comme les juges sont rarement en mesure de connaître ou de présenter des personnes de ce genre, le problème d'ordinaire reçoit une solution qui consiste en ceci que le juge accepte la personne ou les personnes compétentes et disposées à accepter cette charge que leur suggèrent les intéressés eux-mêmes. Mais il n'y a rien là qui soit irrégulier ou inconvénient car, en procédant à la désignation, les juges assument la pleine responsabilité de leur choix. Ils doivent donc se convaincre par eux-mêmes que les personnes dont le nom leur est suggéré réunissent en effet les conditions d'honorabilité et de compétence que requiert la loi.

Selon les pratiques judiciaires des divers pays, de telles suggestions initiales peuvent émaner soit du débiteur lui-même qui est en état de cessation de paiements, soit des créanciers, soit du « trustee » des obligations non payées.

<sup>1</sup> C'est une déclaration de la *National Trust* dans sa demande du 27 novembre 1948 présentant un déclinatoire de compétence en faveur du Tribunal Suprême d'Ontario.

C'est ainsi par exemple qu'aux Etats-Unis les dirigeants même de la société en difficulté ou des créanciers qui s'étaient au préalable mis d'accord avec cette dernière, suggéraient le nom des personnes que les tribunaux devaient charger de remplir les fonctions de « receiver » dans les « receiverships » ou de « trustee » dans les « bankruptcies »<sup>1</sup>.

Il en fut ainsi par exemple dans les trois « receiverships » de *Barcelona Traction*. Dans la « receivership » canadienne de 1914, le tribunal désigna sur les indications de *National Trust* le jour même où fut entamée la procédure, M. Clarkson (lequel fut à nouveau « receiver » en 1948) ainsi que le D<sup>r</sup> Pearson qui était alors président de la société. En Grande-Bretagne, en 1914 aussi, à la demande d'un créancier obligataire qui était à la dévotion de la société, ce fut le principal associé de la firme d'« auditors » de l'entreprise qui fut désigné « receiver ». Dans la seconde « receivership » canadienne, en 1948, le tribunal désigna successivement comme « receivers », sur la proposition de *National Trust*, trois membres de la firme d'« auditors » d'*International Utilities* qui avaient été également choisis en 1948 pour être « auditors » de *Barcelona Traction*. Cette désignation fut opérée par le juge Schroeder, d'Ontario, bien qu'avant que la désignation eût été faite, il eût reçu de la majorité des obligataires *Prior Lien* un télégramme exprimant l'avis que cette désignation ne serait pas « une nomination appropriée et indépendante » (« Receivership » canadienne, fs. 56 et 57).

La législation espagnole, comme bien d'autres, part d'une base fort différente. Dans la réglementation qu'elle fait de la procédure de faillite, elle vise à prendre la protection des créanciers qu'elle tient pour les personnes principalement intéressées au cours de la procédure. C'est pourquoi elle les habilite à désigner les syndics qui sont leurs représentants. La nomination d'un séquestre-dépositaire vient de ce qu'il importe de nommer un administrateur provisoire chargé de veiller sur les biens jusqu'à ce que se réunisse l'assemblée des créanciers : le séquestre-dépositaire est en somme une sorte de syndic provisoire que désigne le juge, et cela est si vrai que l'article 1049 du Code de commerce de 1829 accepte que cette nomination puisse porter sur une personne qui soit en même temps un créancier de la faillite<sup>2</sup>.

Puisque telle est la doctrine dont s'inspire la loi, il paraît raisonnable d'admettre qu'ainsi que cela est arrivé dans l'espèce et dans divers autres cas, le nom du séquestre-dépositaire puisse être suggéré au juge, plutôt que par le débiteur en état de cessation de paiements, par les créanciers eux-mêmes, sans que le fait contienne rien qui soit irrégulier ou inconvenant<sup>3</sup>.

Dans le cas d'espèce, la personne dont le nom fut proposé par les créanciers et que le juge accepta réunissait toutes les conditions de « notorio abono y buen crédito » que requiert la loi. La personne du séquestre-dépositaire ne fit l'objet d'aucune récusation, d'aucune accusation d'ordre personnel, malgré l'acharnement qui a caractérisé le procès en Espagne.

<sup>1</sup> Rapport de la « Securities and Exchange Commission. Report on the study and investigation of the work, activities, personal and functions of protective and reorganization committees », Partie VIII, p. 25, et Partie I, pp. 243 ss., particulièrement 258-259 et 271-274.

<sup>2</sup> Etant donné cette possibilité, il est absurde de reprocher au séquestre-dépositaire d'avoir eu des relations d'amitié ou de collaboration avec tel ou tel des principaux créanciers ou d'avoir choisi parmi les personnes dévouées à ces derniers les administrateurs des filiales.

<sup>3</sup> Dans la faillite de la société *Minera del Moncayo* que cite la *Réplique*, le juge désigna pour commissaire et pour séquestre-dépositaire les personnes mêmes que la société faillie avait indiquées dans l'acte par lequel elle avait demandé la faillite (vid. *supra*, chap. III, Section II, N° 186).

735. La *Réplique* (R., V, N° 789) verrait un autre indice de contact irrégulier dans « la mise en question surabondante par le juge de Reus de la validité des pouvoirs de l'avoué d'*Ebro*... vingt-quatre heures après la nomination... des nouveaux administrateurs d'*Ebro*, prélude nécessaire aux substitutions d'avoués et désistements des recours ».

Il a déjà été indiqué que le grief relatif à la substitution des avoués était injustifié. Mais, ce qui est important ici, c'est que la substitution des avoués n'a rien à voir avec l'étendue, l'accroissement ou la diminution des pouvoirs qui ont été utilisés par l'avoué de *Ebro* pour ses recours de février 1948 <sup>1</sup>.

Le fait même que le juge ait admis cette observation révèle qu'il *ne savait pas* que les nouveaux Conseils d'Administration préparaient l'annulation de ces pouvoirs et leur remplacement par d'autres, comme l'insinue le Gouvernement belge.

736. Un autre indice de contact irrégulier consisterait pour la *Réplique* (R., N° 789) dans le fait qu'au cours d'une action intentée en 1956 par la *National Trust* à Madrid, contre les syndics de la faillite, l'avocat de l'un d'eux « fut en mesure de présenter un écrit dans lequel il faisait preuve d'une connaissance profonde de la demande avant qu'elle ne lui ait été notifiée ».

Mais cela ne démontre pas davantage l'existence de contacts irréguliers entre les juges et l'une des parties en cause. Aucune organisation judiciaire au monde ne peut éviter qu'il puisse occasionnellement survenir, au niveau de fonctionnaires administratifs subalternes, des fuites de cette nature. Ce qui importe, c'est-à-dire ce qui peut révéler une attitude de malveillance ou de discrimination et entraîner ainsi la responsabilité de l'Etat, c'est de savoir quelle attitude ont prise les tribunaux supérieurs lorsqu'ils ont eu à connaître de ces irrégularités.

Dans le cas d'espèce, l'attitude de la Cour de Madrid a été si rigoureuse que l'on ne peut qu'exclure toute imputation de responsabilité en raison des actes d'un fonctionnaire administratif subalterne. Non seulement elle a déclaré « qu'il est contraire à la morale que le défendeur, par un moyen distinct de la voie légale, qui est la citation, puisse connaître certains écrits et documents qui se trouvent sous la garde et la responsabilité de fonctionnaires publics », non seulement elle a éliminé de l'instance la partie qui y comparaisait sur la base de ce renseignement, mais elle a encore dénoncé le fait à l'Inspection Centrale des Tribunaux <sup>2</sup>. Cette Inspection a pour mission d'enquêter au sujet de toute irrégularité ou abus que pourraient commettre des fonctionnaires de l'administration de la justice et proposer des sanctions appropriées.

### C Les prétendus indices d'hostilité.

737. La *Réplique* considère (R., N° 790) les arrêts des 15 septembre 1951 et 5 février 1952, qui ont ordonné la vente des biens de la faillie, comme des signes d'hostilité contre le groupe *Barcelona Traction*. On ne comprend guère que le failli trouve hostiles les décisions judiciaires qui ordonnent la vente de ses biens, car cette vente, comme le dit Thaller

<sup>1</sup> Les demandeurs à la faillite, dans leur requête du 25 février 1948 attaquant le recours de *Ebro*, ont fait remarquer les déficiences du pouvoir présenté. Il était donc logique que le juge prenne une décision à ce sujet.

<sup>2</sup> A.M. *Annexe* N° 243, vol. IV, p. 955-956



« forme l'issue normale de la faillite, issue que peut d'ailleurs conjurer un concordat, voté à quelque époque que ce soit »<sup>1</sup>.

En dehors de l'objet même de ces décisions, est-il possible de trouver dans leurs considérants cet esprit d'hostilité dont se plaint la *Réplique*? Celle-ci affirme, en ce qui concerne le jugement du 15 septembre 1951, que « la plupart de ces considérants étaient complètement étrangers à l'objet de la demande » (R., N° 790) et, dans une autre partie de la *Réplique*, il est dit que l'on doit voir « dans cette sorte d'apologie de la procédure de faillite, présentée hors de propos », « une preuve évidente de mauvaise conscience » (R., N° 716, p. 529, nota).

On ne peut aucunement dire que ces développements aient été « hors de propos », car, dans la requête de *Barcelona Traction* (A.M., N° 180, vol. III, pp. 685 et ss.), requête à laquelle répondait cet arrêt, on attaquait les bases mêmes de la faillite et l'on mettait en question en termes énergiques toute la procédure suivie jusqu'alors. C'est ainsi que l'on peut s'expliquer que, tant le Juge Spécial que la Cour, se soient considérés comme tenus d'examiner à nouveau les procédures suivies par la justice espagnole et, dans la mesure où ils étaient d'accord avec elles, à les justifier. S'ils ne l'avaient pas fait, l'accusation de la *Réplique* serait inverse: il ne s'agirait plus de prolixité excessive, mais de rejet sommaire d'arguments sans examen ou réfutation sérieuse.

L'arrêt donne une réponse pertinente aux griefs exposés par le requérant. Celui-ci soutenait à nouveau l'argument suivant lequel la vente s'étendait au patrimoine « d'autres sociétés qui ne sont pas en faillite et qui n'ont rien à voir avec cette procédure », et que *Barcelona Traction* était une société « sans domicile, établissement ni opérations en Espagne » (A.M., vol. III, p. 686), ce qui a contraint le Juge à démontrer et à constater judiciairement que les filiales étaient entièrement contrôlées par la faillie et exerçaient des activités en Espagne (cf. attendus 1 à 12 de l'arrêt, A.C.M., Chap. III, N° 153, doc. 2, vol. VIII, pp. 324 à 327).

La *Réplique* (R., V, p. 530, note 1) se plaint également du ton de ces décisions qui, d'après elle, « révèle de manière saisissante l'état d'esprit de ces juridictions à l'endroit de la *Barcelona Traction*. On ne peut s'empêcher de penser que ce ton, en singulier contraste avec celui employé précédemment, a été donné par la Déclaration conjointe et le communiqué officiel du Gouvernement espagnol, publiés en juin 1951 ».

Il est exact que dans ces décisions de justice, et particulièrement dans la première, le Juge Spécial a examiné la conduite de *Barcelona Traction* en Espagne et l'a condamnée en termes sévères. Mais cela était nécessaire pour déterminer si se trouvait ou non justifiée la crainte des syndics en ce qui concerne les conséquences pouvant résulter des irrégularités constatées par la justice (cf. attendus 13 à 26, *ibid.*, pp. 327 à 330) et par les trois Gouvernements dans leur Déclaration conjointe fondée sur une enquête internationale effectuée par des experts.

La *Réplique* ajoute que cette décision de justice du Juge Spécial reproduit les accusations les plus saugrenues<sup>2</sup>, accusations d'ailleurs reprises dans un libelle qui circulait

<sup>1</sup> THALLER, E.: « Des faillites en droit comparé », Paris 1887, vol. II, p. 280.

<sup>2</sup> La *Réplique* (N° 790, p. 581, N° 1) qualifie déclaration saugrenue et hostile le fait de mentionner, parmi les suspensions de paiements de *Barcelona Traction*, celles qui se sont produites en 1914 et en 1936, dates de la première guerre mondiale et de la guerre civile espagnole. Mais, dans ces dates, il n'y a lieu

alors en Espagne sur les activités du groupe de la *Barcelona Traction* ainsi que dans l'Acte Tripartite ou Déclaration conjointe.

Ces deux accusations concernant la source d'inspiration de la décision de justice, outre qu'elles sont contradictoires entre elles, sont sans fondement. Ce qui importe de déterminer, c'est si les faits constatés par la Justice étaient ou non exacts, et si les documents qui appuient et prouvent ces constatations étaient ou non à la disposition des magistrats.

Les irrégularités invoquées par le Juge Spécial ne peuvent être niées et résultaient des documents joints à la procédure que le Juge avait examinés d'une manière exhaustive, tels que, par exemple, la mystérieuse dissolution sans laisser de traces de *Spanish Securities* (cf. attendu 13 et *supra* Partie I, chap. I, sect. II); l'historique des difficultés financières antérieures de *Barcelona Traction* (cf. attendu N° 14 et *supra* Partie I, chap. I); la critique du « plan d'arrangement » et des bénéfices qu'il assurait à ceux qui le finançaient (attendu N° 15 et *supra*, Partie I, chap. II, sect. I); les raisons de la cessation des paiements et la « faillite latente » (attendus N° 16 et 17 et *supra*, Partie I, chap. II, sect. I); le fait que les trois Gouvernements aient reconnu dans l'Acte Tripartite l'existence d'irrégularités de toutes sortes dans les activités de *Barcelona Traction* (attendu N° 18, Partie I, chap. II, sect. I); les irrégularités fiscales commises qui sont indiquées à titre d'exemple (attendus N° 19, 20 et 21, et *supra*, Partie I, chap. I, sect. III); le contrat avec *Sofina*, que le juge qualifie d'ahurissant étant donné l'absence de contrepartie pour les sociétés agissant en Espagne (attendu N° 22 et *supra* Partie I, chap. I, sect. II); les évasions de pesetas par le canal des prêts faits à *Chade* et l'exportation clandestine de devises (attendus N° 23, 24, 25 et 26 et *supra* Partie I, chap. II, sect. II).

Personne ne peut prétendre que dans une procédure de faillite, s'agissant d'une décision aussi importante que la vente des biens, ces considérations et constatations de la Justice, fondées sur des faits et des documents incontestables et concernant la conduite commerciale de la faillie soient inutiles et « hors de propos ».

Il est inadmissible de soutenir que les organes judiciaires en statuant sur les incidents qui naissent au cours d'une procédure de faillite, doivent laisser de côté toute considération sur la conduite des dirigeants de la société en faillite à l'égard des créanciers et, en général, à l'égard de la loi que doit appliquer le juge.

Aucun Juge ne doit être, en fin de compte, en état de divorce avec la réalité, mais il a le devoir de tenir compte de tous les éléments du procès qui peuvent avoir des conséquences sur la décision à prendre, sans excepter naturellement ceux qui ont un caractère éthique.

La lecture de la sentence du Juge Spécial du 15 septembre 1951 (cf. A.C.M., Chap. III, N° 153, vol. VIII, pp. 324-331) et de la décision confirmatoire du 5 février 1952<sup>1</sup>, loin de démontrer une intention hostile, permet de comprendre comme il convient les raisons déterminantes de l'appréciation sévère que méritait *Barcelona Traction*; c'est un étrange procédé de la part des avocats du Gouvernement belge, dans l'impossibilité où ils se

de voir ni « animosité » ni « inconscience », mais simplement la mention d'un fait qui s'est effectivement produit. D'autre part, toutes les entreprises n'ont pas suspendu leurs paiements en 1914 ou en 1936, et celles qui l'ont fait, n'ont ni récidivé en 1918, 1921 et 1924, ni maintenu leur suspension de paiements depuis 1936 jusqu'en 1952.

<sup>1</sup> Le texte du deuxième considérant de cette dernière décision, dont le ton est critiqué par la *Réplique* (R. N° 790) peut être trouvé textuellement transcrit page 553 du *Contre-mémoire*.

trouvent de réfuter d'aussi graves constatations judiciaires, que de présenter ces documents irréfutables comme base de leur accusation d'hostilité.

Loin de trouver dans ces décisions une hostilité du juge, on y trouve tout simplement l'attitude de tous les juges du monde à l'égard d'un plaideur qui ne dit pas la vérité, qui se confine dans des affirmations dogmatiques démenties par les faits, qui critique acerbement les décisions de justice prises à son égard, qui plus est, a été déclaré coupable de graves irrégularités, et dont les principaux dirigeants ont été condamnés pour délits monétaires.

738. Enfin, la *Réplique* (R., V, N° 791) présente comme un indice de partialité le fait que la Cour d'Appel de Barcelone ait admis dans certains paragraphes de ses arrêts des 7 juin 1949 et 27 janvier 1951 « la liberté particulière prise par les tribunaux dans l'application des textes légaux ».

Dans le premier arrêt relatif à la nomination des syndics, le Tribunal estime nécessaire de tenir compte des circonstances particulières de l'affaire, non pour prendre quelque liberté que ce soit à l'égard des articles de la loi, mais, bien au contraire, afin d'indiquer que ces circonstances ont été prises en considération par « la loi elle-même », qui réclame expressément, sans aucun retard, la convocation des créanciers pour l'élection de syndics (cf. A.C.M., Chap. IV, C.M., vol. IX, p. 358).

Dans le second de ces arrêts, le Gouvernement belge isole de son contexte un membre de phrase et passe sous silence la partie immédiatement suivante de la même phrase, qui ramène l'affirmation initiale du tribunal à de justes proportions <sup>1</sup>.

La doctrine qui découle du contexte est irréfutable: l'interprétation des règles sur les faillites doit se faire conformément aux circonstances de l'affaire, mais en même temps elle doit respecter les droits du failli et des créanciers et ne pas dénaturer l'esprit de la loi.

C'est la même doctrine que soutient, dans des cas similaires, la Cour Suprême des Etats-Unis, qui, lors d'une faillite de grande entreprise ayant une énorme dette obligataire, a déclaré: " practically it is impossible to sell the property of a great railroad for cash " <sup>2</sup>. Et, dans le *Monon case*, il est dit que « all judicial proceedings must be adjusted to facts as they are » et que « We may not shut our eyes to any facts of common knowledge »; enfin les juges font remarquer que « the railroad mortgage, or trust deeds, are ordinarily so large in amount that on foreclosure thereof only the mortgagees, or their representatives, can be considered as probable purchasers » <sup>3</sup>.

739. En conclusion, le Gouvernement belge n'a pas satisfait à « l'onus probandi », qui lui incombe en ce qui concerne l'élément subjectif indispensable pour qu'existe dans l'affaire une responsabilité internationale de l'Espagne. Cet élément subjectif n'apparaît pas *in re ipsa* dans les décisions judiciaires incriminées, et les indices invoqués conduisent, comme on l'a vu, à des conclusions totalement opposées à celles que prétend en tirer le Gouvernement demandeur.

<sup>1</sup> Cet extrait incorrect a été déjà signalé par le Gouvernement espagnol dans le par. 188 du Chap. IV du *Contre-mémoire*, qui transcrit le paragraphe dans son intégralité (voir le texte complet de la sentence dans A.C.M. N° 148, Chap. III, doc. 5, vol. VIII, p. 271).

<sup>2</sup> FRANK, J.: *Some realistic reflections on some aspects of Corporate Reorganization* (1933), 19 Virginia Law Review, p. 554.

<sup>3</sup> *Louisville Trust Co.*, cf. *Louisville, New Albany & Chicago Railway Co.* et autres, 174 U.S. pp. 682 et 683.

## SECTION II

L'ABSENCE DE DÉCISIONS DE DERNIÈRE INSTANCE  
ET L'INVOCATION D'ARGUMENTS NOUVEAUX

740. Une des autres conditions nécessaires pour que le contenu de la sentence interne donne lieu à responsabilité internationale est qu'il s'agisse de décisions en dernière instance, tous les recours accordés par le droit interne ayant été utilisés. Cela a déjà été affirmé dans le *Contre-mémoire* (C.M., IV, par. 106 et 121 à 124 du Chap. IV): pour toute réponse à cet argument le Gouvernement belge a gardé un silence éloquent.

« Le fondement de cette exigence élémentaire » — disait le *Contre-mémoire* en des termes qui n'ont pas davantage été attaqués par la *Réplique* — « est le fait que tout Etat accorde, dans son organisation judiciaire, les moyens de contestation et de recours qui sont justement destinés à remédier à la faillibilité naturelle et humaine de ses juges. Cette faillibilité peut être réparée, soit devant les instances supérieures, soit parfois devant la même instance. Si la personne qui s'estime lésée ne fait pas usage des moyens de recours que prévoit la loi pour redresser les erreurs, on ne saurait rendre l'Etat responsable de ces erreurs ou de la négligence et de l'inaction de la partie lésée » (C.M., N° 121, Chap. IV).

741. Le principe ci-dessus étant posé, le Gouvernement espagnol tient à rappeler deux omissions fondamentales de la part des particuliers que protège le Gouvernement belge, à savoir le défaut d'opposition contre le jugement déclaratif de faillite et l'opposition nettement insuffisante contre l'ordonnance du Juge spécial ayant approuvé le cahier des charges (cf. *supra*, N°s 620 ss.).

742. D'autre part, le Droit international impose aux Etats de ne point fonder leurs accusations contre les décisions des tribunaux d'un autre Etat sur des objections nouvelles, qui n'ont pas été soutenues en temps voulu par les personnes privées protégées. La possibilité de soulever de nouvelles objections représenterait une échappatoire à cette règle de l'épuisement des recours internes. Le fondement de cette règle est de permettre aux tribunaux de l'ordre interne de faire justice à cette réclamation avant qu'elle ne soit portée devant un organe international. Mais, si le Gouvernement demandeur appuie certains de ses griefs sur des objections qui n'ont pas été soulevées par les particuliers devant les tribunaux de l'Etat défendeur, ceux-ci n'ont pas pu rendre préalablement justice ni, par conséquent, refuser de la rendre.

743. Cet aspect de la question est abordé de manière très pertinente par l'arbitre suédois Bagge, dans l'*Affaire des Navires finlandais*<sup>1</sup>.

Les Gouvernements finlandais — demandeur — et anglais — défendeur —, avaient soumis à l'arbitre la question de savoir si les propriétaires des navires finlandais avaient

<sup>1</sup> Rec. Sent. Arb. N.U., vol. III, pp. 1480 à 1550.

épuisé les recours mis à leur disposition par le Droit anglais. L'une des questions soulevées était celle de savoir lesquelles des allégations de fait et de droit pouvaient être prises en considération par l'arbitre <sup>1</sup>. Le Gouvernement britannique a déclaré à ce sujet:

« A respondent state is only able to do justice in its own, or to obtain a decision of its Courts of justice on the fact and the law in a case, if the grounds of law and fact on which the international claim is based are actually raised and submitted to its tribunals. The very idea that you are going to do justice and that you are going to investigate a claim must mean that all the relevant questions of law and fact are before the tribunal. In order to satisfy the local remedies rule it is necessary that all contentions, both of law and of fact, should have been raised and submitted to the tribunals and pronounced on by them. Otherwise, you could not carry out the *raison d'être* of the local remedies rule. It is therefore necessary in the present case to see how the claimants formulate their claim and to examine the grounds on which it is based and then to see whether the various contentions could have been taken before the Arbitration Board in the first place and before the Court of Appeal in the second place. If they could have been raised and taken then it is, in order to satisfy the local remedies rule, necessary that they should be taken » <sup>2</sup>.

Un peu plus loin l'arbitre a déclaré:

« If what the parties in these respects contend is right—and the Arbitrator is of the opinion that it is so—then it appears that the *raison d'être* of the local remedies rule, in a case of an alleged initial breach of international law, can be solely that all the contentions of fact and propositions of law which are brought forward by the claimant Government in the international procedure as relevant to their contention that the respondent Government have committed a breach of international law by the act complained of must have been investigated and adjudicated upon by municipal Courts up to the last competent instance, thereby also giving the respondent Government a possibility of doing justice in their own, ordinary way » <sup>3</sup>.

Plus loin, l'arbitre a ajouté:

« But, as previously said, every relevant contention brought forward by the claimant Government in the international procedure—whether erroneous or not—must, according to the opinion expressed by the Arbitrator, under the local remedies rule have been examined by the municipal courts, ere the respondent State is bound to enter into further international proceedings » <sup>4</sup>.

Ces considérations sont de toute première importance, car elles soulignent que le but même de la règle de l'épuisement des recours internes exige que, dans la procédure internationale, seules puissent être soulevées des allégations de fait et de droit préalablement présentées devant les tribunaux internes.

744. De son côté, la Commission Européenne des Droits de l'Homme, qui, comme on le sait, applique la règle de l'épuisement des recours internes, au sens où l'entend le Droit International Général, a établi qu'il était nécessaire que tous les griefs soulevés par le requérant devant la Commission aient été préalablement présentés devant les juridictions internes <sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Rec. Sent. Arb. N.U. Vol. III, pp. 1497 à 1498.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 1498.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 1502.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 1504.

<sup>5</sup> Cf. WIEBRINGHAUS H.: *La règle de l'épuisement préalable de voies de recours internes dans la jurisprudence de la Commission Européenne des Droits de l'Homme*, Annuaire Français de Droit International, 1959, p. 695 et 696; MONCONDUIT F.: *La Commission Européenne des Droits de l'Homme*, A. W. Sijthoff,

745. Dans l'affaire Martini, la question s'est posée, lors de l'examen de la conformité par rapport au Droit international de l'arrêt vénézuélien que le Gouvernement demandeur présentait comme constituant une injustice patente.

Effectivement, la sentence du Tribunal de Caracas du 4 décembre 1905 a prononcé la résiliation du contrat de concession conclu entre la société Martini et le Gouvernement vénézuélien, en se fondant sur divers motifs, parmi lesquels le défaut de paiement des loyers du 1<sup>er</sup> février au 8 novembre 1904. Au cours de la procédure internationale le Gouvernement italien a reproché à cette partie de l'arrêt de ne pas avoir tenu compte de ce qu'au cours de la longue période antérieure à 1904, le Gouvernement vénézuélien n'avait pas rempli ses obligations à l'égard de la société, ce qui avait empêché la maison Martini de s'acquitter de ses obligations. Mais le Tribunal arbitral a estimé que :

« ... il faut admettre que la Compagnie n'a pas développé devant la Cour d'une façon claire et précise l'exception visée. Ce fait pourrait être considéré comme décisif lorsqu'il s'agit de juger si la Cour de Caracas aurait dû tenir compte de l'exception. On ne saurait reprocher à la Cour de n'avoir pas accueilli une exception qui ne lui fut pas clairement présentée — à juger des pièces photographiées du procès »<sup>1</sup>.

Le Gouvernement italien a invoqué un autre cas d'inexécution du contrat par le Gouvernement vénézuélien qui, d'après lui, aurait libéré la maison Martini de l'obligation de payer les loyers. En effet, cette inexécution serait née du fait que le Gouvernement vénézuélien n'aurait pas accordé à la société l'exonération du paiement des droits de douane afférents au matériel qui lui était nécessaire pour la reprise des travaux à la suite de l'arbitrage Ralston. Le Tribunal arbitral a déclaré :

« Le Tribunal arbitral estime que les renseignements sur cette prétendue infraction au contrat de Martini sont très incomplets. Même si l'on admet que l'exception en question fut soulevée au cours du procès dans la forme indiquée ci-dessus, l'infraction aurait consisté en ceci que le Gouvernement vénézuélien a laissé sans réponse une demande présentée oralement par un représentant de la maison Martini. Il nous manque des informations sur la date et sur la signification de la demande en ce qui concerne la quantité et la valeur des marchandises importées. Dans ces conditions, le Tribunal arbitral ne peut attacher de l'importance au fait que l'arrêt de 1905 ne fait pas mention de cette prétendue inexécution du contrat de concession de la part du Gouvernement vénézuélien »<sup>2</sup>.

---

Leyde 1965, pp. 315-317. Ainsi, il n'ya pas épuisement des recours internes lorsque l'intéressé allègue devant la Commission la violation de l'art. 6 de la Convention parce qu'on lui a refusé l'assistance gratuite d'un interprète dans une procédure pénale, alors que devant les tribunaux internes il avait simplement soulevé le fait que l'un des jurés s'était endormi pendant le cours de l'audience (Requête, N° 327/57, décision du 18 mars 1958; N° 309/57, décision du 20 mars 1958). Il n'y a pas non plus d'épuisement des recours internes lorsque le requérant soutient devant la Commission que les tribunaux belges ont fait une mauvaise application de l'art. 56 du Code pénal, relatif à la récidive, puisque cette question n'a jamais été soulevée devant lesdits tribunaux (Requête N° 458/59, décision du 26 mars 1960, Annuaire, vol. III, p. 233). Il en est de même lorsque l'intéressé n'a pas soulevé la question de l'extorsion d'un aveu au cours de la procédure qui l'aurait empêché d'exercer le recours judiciaire accordé par la loi allemande pour attaquer l'authenticité du dit aveu. (Requête, N° 604-59, Décision 2 avril 1960; Annuaire, vol. III, p. 237). Et cette condition s'étend aux questions qu'une juridiction d'appel ou de cassation pourrait soulever d'office (Requête 342/57, décision du 4 décembre 1958; *Affaire Autriche c. Italie*, Requête 788/60, Rapport de la Commission A. 84.548, pages 69-70). D'autre part, les griefs soulevés devant la Commission doivent avoir été présentés devant toutes les juridictions nationales. C'est ainsi que le requérant doit faire valoir devant l'autorité judiciaire supérieure les droits dont il allègue la violation actuellement, en vertu d'une décision de la juridiction inférieure. (Requêtes N°s 263/57, décision du 20 juillet 1957, Ann., vol. I, p. 147; N° 1103/61, décision du 12 mars 1962, Ann. vol. V, p. 187, etc.).

<sup>1</sup> Rec. Sent. Arb. N.U., vol. II, p. 989-990.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 994.

La doctrine établie et appliquée par le Tribunal arbitral dans l'*Affaire Martini* ne peut être plus claire: lorsque l'on juge du fait de savoir si le contenu d'une décision interne est ou non contraire au Droit international, il n'y a pas lieu de tenir compte des griefs qui n'ont pas été soulevés d'une manière précise dans les procédures internes.

746. Dans l'*Affaire du S.S. Lisman*, la réclamation devant le tribunal des prises britannique avait été fondée sur le fait que le retard dans la livraison du navire constituait, d'après le demandeur, une infraction au Droit anglais. Dans la procédure internationale, la réclamation était fondée sur l'immobilisation du navire et la saisie des marchandises, ce qui d'après le demandeur constituait une violation du Droit international. Mais l'arbitre a conclu que le requérant ne pouvait invoquer d'autres griefs que dans la procédure devant le tribunal des prises britannique <sup>1</sup>.

747. Il est très important de mentionner que la *Réplique* elle-même reconnaît l'exactitude de cette doctrine lorsqu'elle affirme (R., V, N° 815) que la référence de l'arrêt *Ambatielos* « à tout le système de protection judiciaire » de l'Etat défendeur... « vise l'utilisation, à l'appui des recours, des moyens de fait et de droit que l'Etat demandeur prétendra ultérieurement faire valoir devant une juridiction internationale ».

748. Certains des « griefs » que le Gouvernement belge formule maintenant contre les décisions de justice espagnoles rendues dans la faillite de *Barcelona Traction* ou dans des procédures connexes, n'ont pas été soulevés par les particuliers devant les Tribunaux espagnols. Sans préjudice des réponses qui ont été fournies (voir *supra*, Chap. III, II<sup>me</sup> partie) sur lesdits griefs, le Gouvernement espagnol tient à faire savoir qu'aucun de ceux qui sont énoncés ci-après à titre indicatif et non limitatif, n'a été articulé dans les procédures internes:

a) La *Réplique* parle d'excès de pouvoir et de violation de la loi lorsque le juge de la faillite a autorisé les créanciers à prouver par témoins les rapports qui existaient entre *Barcelona Traction* et ses filiales (R., N° 479). Cette prétendue irrégularité n'a jamais été invoquée dans les procédures internes.

b) Il n'a pas davantage été allégué devant les tribunaux espagnols une violation de la loi du fait que la preuve testimoniale ait été pratiquée sans citation des tiers lésés et sans que le greffier ait déclaré connaître les témoins ou ait exigé la présence de témoins connus (R., par. 479).

c) Ni *Barcelona Traction*, ni aucun des cointéressés n'ont jamais invoqué, auparavant, le fait que la décision du juge de la faillite en date du 10 février 1948 aurait méconnu la *no action clause* (R., N° 494).

d) Il n'a pas davantage été soutenu devant les tribunaux espagnols le grief suivant lequel, lors de la saisie des actifs des sociétés filiales, il y aurait eu violation des règles sur la faillite des sociétés remplissant un service public et des règles sur la saisie des biens de ces sociétés (R., Nos 538-545).

e) Il n'a pas non plus été soutenu devant les Tribunaux internes le grief formulé par la *Réplique* dans les paragraphes 584 à 586, selon lequel, lorsque le juge de la faillite a

<sup>1</sup> L'arbitre dit: « ... by the position he deliberately took in the British Prize Court, that the seizure of the goods and the detention of the ship were lawful, and that he did not complain of the but only of undue delay from the failure of the Government to act promptly. claimant affirmed what he now denies, and thereby prevented himself from recovering there or here upon the claim he now stands on, that these acts were unlawful, and constitute the basis of his claim » (Cf. Rec. Sent. Arb. N.U., vol. III, p. 1790).

ordonné la saisie des actions des filiales de *Barcelona Traction*, il a porté atteinte aux droits qui résultent des contrats de trust en faveur de la *National Trust*, violant ainsi les dispositions de l'article 918 du Code de commerce espagnol (R., Nos 584-586).

f) On n'a jamais parlé, dans les procédures internes, du grief du par. 593 de la *Réplique*, à savoir la méconnaissance de la personnalité juridique des sous-filiales lorsque les organes de la faillite y exerçaient le droit de vote.

g) Il n'a jamais été dit devant les tribunaux espagnols que lorsque le juge de la faillite a accueilli le déclinatoire Boter et lorsqu'il lui a attribué un effet suspensif, il s'est contredit du fait qu'il avait prononcé l'irrévocabilité de l'ordonnance de faillite (R., Nos 623-625).

h) On n'a pas davantage invoqué devant les Juges espagnols l'application abusive du principe « le criminel tient le civil en état », dont se prévaut maintenant le Gouvernement belge (R., N° 641).

i) Rien n'a été dit non plus sur le fait que les décisions du Juge de la faillite des 2 et 17 mars 1948, qui ont déclaré définitif le jugement de faillite, auraient constitué une erreur grossière et tangible (R., Nos 677-678).

j) Enfin on n'a pas soutenu que l'absence de la rédaction par le Commissaire d'une liste nominative des créanciers constituait une violation de la loi (R., N° 686).

k) Et on n'a jamais invoqué devant les tribunaux espagnols que, lorsque l'on prévoyait dans le cahier des charges que les biens seraient transmis à l'acquéreur grevés du gage qui pesait sur eux, cela supposait une reconnaissance illégale et discriminatoire du droit de gage (R., Nos 750-753).

l) On n'a pas non plus allégué d'erreur grossière lorsque les dettes stipulées en monnaie étrangère n'ont pas été converties en monnaie espagnole aux taux de change de la date du jugement de faillite (R., Nos 754-759).

Les « griefs » ci-dessus n'ayant pas été soulevés dans les procédures internes, les tribunaux espagnols n'ont jamais eu la possibilité de se prononcer sur leur bien-fondé. La règle de l'épuisement des recours internes a donc été manifestement enfreinte.



## SECTION III

## CONSIDÉRATIONS D'ORDRE GÉNÉRAL

749. Il a été mis en évidence, dans le Chapitre premier de cette partie (N<sup>os</sup> 44 ss. *supra*) comment une juridiction internationale doit examiner les sentences internes afin de déterminer si leur contenu donne ou ne donne pas lieu à une responsabilité internationale. Il a été dit que cette juridiction n'agit pas comme un organe d'appel ou de cassation, et que ce ne sont pas les considérants de la sentence interne, mais leur dispositif qui doit être pris en considération par le Juge international. Il en découle que le Gouvernement défendeur peut ajouter aux arguments de droit positif interne des considérations plus générales puisées dans le droit et la jurisprudence comparés et dans les principes généraux du droit.

Dans les paragraphes suivants, on examinera les grandes lignes du procès de faillite dans la perspective énoncée.

A cette fin, les points fondamentaux qui seront analysés seront les suivants:

- La déclaration de faillite et les mesures qui ont conduit à son exécution;
- Les recours interposés et la prétendue absence de défense;
- L'opportunité, le prix et les modalités de la vente;
- La situation des actionnaires.

A. *La déclaration de faillite et les mesures qui ont conduit à son exécution*

750. La question qui se pose est celle de savoir si l'on peut raisonnablement soutenir que la déclaration de faillite et l'exécution de celle-ci ont conduit à un résultat notoirement injuste.

La déclaration de faillite elle-même ne constitue pas une injustice manifeste: la justice consiste à donner à chacun ce qui lui revient (*jus suum cuique tribuere*), et il n'est pas possible de considérer comme injuste le fait que les créanciers aient obtenu la déclaration de faillite et la vente des biens du débiteur pour toucher des créances impayées depuis onze ans et demi.

Par contre, si la faillite n'avait pas été déclarée et exécutée, les tribunaux espagnols auraient grandement porté préjudice aux créanciers obligataires. Le fait que certains de ces obligataires l'étaient depuis une date récente, ne peut être pris en considération, étant donné que c'est un principe de droit bien établi que le successeur, qu'il soit à titre universel ou à titre particulier, se trouve dans la même position que son auteur<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> La Cour permanente de Justice internationale a eu l'occasion de souligner que l'on ne peut établir aucune distinction entre les droits des acquéreurs originaux et ceux de leurs successeurs, car on ne peut supposer que ces acquéreurs originaux « dussent se trouver, au point de vue des droits qu'ils détiennent en vertu de leurs titres, dans une situation plus favorable que les porteurs qui par la suite, se procurent les titres par transfert » (*Affaire des emprunts brésiliens*, C.P.J.I. Série A, N<sup>o</sup> 20/21, p. 113).

751. Comme on l'a vu, la *Réplique* (R., V, N° 495) affirme que la plus grave irrégularité commise par les tribunaux espagnols est « d'avoir déclaré la faillite de la *Barcelona Traction* alors que cette société était *in bonis* » et que sa cessation de paiements était partielle et temporaire.

Une réponse a déjà été donnée à cet argument au vu du droit espagnol. D'une part, il est insensé de parler de cessation de paiements *partielle*, du seul fait que l'on a continué à payer les intérêts des obligations en pesetas, intérêts dont le montant annuel atteignait à peine 2,4% de la dette totale des intérêts et des amortissements en souffrance.

D'autre part, pour ce qui est du caractère prétendument temporaire de cette cessation de paiements, non seulement elle s'est prolongée pendant onze ans et demi, mais elle était susceptible de durer indéfiniment. Le Plan d'arrangement ayant échoué, le Rapport de la société de 1946, présenté à la Justice espagnole, n'ouvrait aucune perspective de paiement pour les obligataires, et se bornait à souhaiter que « 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 »<sup>1</sup>. Ce n'est pas parvenir à un résultat injuste que de déclarer en faillite une société qui se trouve dans un état de cessation de paiements aussi général, et, de surcroît, aussi irrémédiable: il aurait été, par contre, absolument injuste pour les créanciers que le Juge leur refusât d'office la mise en faillite d'une société qui ne payait plus ses dettes depuis onze ans pour 97,6% de leur montant, et qui ne proposait pas la moindre solution concrète pour l'avenir.

752. Les procédures d'exécution de la faillite n'ont aucun caractère exorbitant et ne font que poursuivre le but recherché par le jugement de faillite. On ne peut certes pas reprocher aux tribunaux espagnols d'avoir procédé à l'exécution du jugement de faillite et notamment — dans le but de rendre celle-ci effective — d'avoir fait saisir les actifs des filiales.

Si cette mesure conservatoire et préventive n'avait pas été prise, il aurait été porté injustement tort à la confiance que les créanciers avaient mise dans la justice de l'Espagne pour obtenir d'elle le recouvrement effectif de leurs créances. On aurait permis, au moment même de la déclaration de faillite, que s'évaporent les actifs liquides, l'argent et les valeurs qui *garantissaient les créances* à l'encontre de la société faillie. Il aurait été possible également que soient soustraits en nombre plus grand encore les documents nécessaires pour connaître la véritable structure de l'entreprise et la conduite des responsables afin de savoir si la faillite a été fortuite, coupable ou frauduleuse et de prendre les mesures qui s'imposent selon les hypothèses.

753. Il était donc conforme aux principes généraux du droit d'empêcher la manœuvre préméditée consistant à transférer tous les titres au Canada, pour empêcher les créanciers d'exercer leurs droits garantis par les biens matériels situés en Espagne. Les concessions, installations électriques et autres immeubles, avaient été construits en Catalogne avec l'argent obtenu des obligataires, grâce à la promesse qui leur avait été faite dans les

<sup>1</sup> Cf. A.C.M., *Annexe* N° 7 au Chap. III, vol. VII, p. 47. Ce souhait n'était même pas sincère, car les dirigeants de la *Barcelona Traction* savaient que même si les restrictions de changes venaient à diminuer, ils ne se trouvaient cependant pas en état d'obtenir des devises en Espagne jusqu'à l'assainissement de leur comptabilité, jusqu'à l'effacement des irrégularités et des fraudes commises, et jusqu'à ce qu'ils aient fourni aux autorités les renseignements et justifications légitimement demandés par celles-ci. (Voir à ce sujet l'aveu de l'administrateur de la société, M. Menschaert, dans sa lettre du 8 janvier 1947, A.C.M., *Annexe* 6, Chap. II, doc. 8, vol. VI, p. 348).

prospectus d'émission que ces biens resteraient affectés avec une garantie hypothécaire en faveur des obligations.

Ce serait méconnaître les principes les plus élémentaires de tout ordre juridique que de subordonner l'effectivité des droits d'un créancier au bon plaisir du débiteur failli refusant de remettre les titres qui représentent ces droits et empêchant les organes de la faillite de les saisir physiquement. Cela constituerait une prime à la fraude et à la mauvaise foi, et, même sans aller aussi loin, rendrait le Droit inopérant dans tous les cas où, pour quelque cause que ce soit, un titre de créance ne pourrait être retrouvé.

Si la justice espagnole s'était déclarée incompétente pour agir en se fondant sur l'un quelconque de ces motifs, dont on vient de démontrer la fausseté, elle aurait abdiqué une partie de ses attributions et elle aurait porté atteinte à des valeurs juridiques aussi fondamentales que la sécurité et la confiance dans le crédit.

754. L'un des aspects sur lesquels insiste le plus la *Réplique* est celui qui concerne la prétendue méconnaissance de la qualité juridique des sociétés auxiliaires.

La portée limitée de l'« inopposabilité » déclarée par les tribunaux espagnols a déjà été expliquée (cf. *supra* N<sup>os</sup> 364 ss.).

Dans la perspective où nous examinons ici cette affaire, il convient de préciser que si l'un des concepts essentiels de l'ordre juridique consiste dans le respect de la personne humaine, cela ne s'étend naturellement pas à la personnalité morale d'une société commerciale. Ce concept est une forme juridique, mise à la disposition des individus pour la protection de leurs intérêts, et il peut être parfaitement compatible avec l'ordre juridique et la justice, et même exigé par celle-ci pour que, dans certains cas, les mesures nécessaires puissent être prises et éviter ainsi une utilisation abusive de cette forme juridique.

Un de ces cas est celui dans lequel on prétend léser l'intérêt d'autrui et violer la parole donnée en invoquant abusivement des personnalités apparemment différentes et autonomes, mais qui, comme cela est le cas de *Barcelona Traction*, correspondent toutes à un même intérêt et obéissent à la même direction fortement centralisée.

Cela est d'autant plus vrai si l'on tient compte de ce que *Barcelona Traction* avait annoncé, dans son prospectus d'émission d'obligations (A.C.M., vol. 1, p. 92), que celles-ci « sont garanties par une première hypothèque sur tous les biens immeubles de la Compagnie, ses concessions et ses droits, ainsi que sur tous les titres que la Compagnie possède actuellement ou qu'elle pourrait acquérir par la suite au moyen du produit des obligations »<sup>1</sup>. Comme l'a dit la Cour permanente de Justice internationale, dans l'affaire des emprunts brésiliens, les acheteurs « ont acquis les titres sur la foi du prospectus », « le prospectus peut être considéré comme une offre permanente, aux termes de laquelle tout porteur a, dans l'avenir, le droit de se référer »<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Le Gouvernement belge a reconnu que la véritable garantie des créanciers était constituée non par les titres, mais par les installations des sociétés filiales d'exploitation. Ainsi, dans le par. 50, page 29 du *Mémoire*, on dit qu'en 1936, la *National Trust* a envisagé « la réalisation du gage qu'elle détenait, à savoir les titres de l'*Ebro* et d'autres sociétés auxiliaires, mais s'était aussitôt rendue à l'évidence que ces gages étaient dépourvus de valeur tant que les sociétés exploitantes n'auraient pas recouvré leurs installations ».

<sup>2</sup> C.P.J.I., *Affaire des emprunts brésiliens*, Série A, N<sup>o</sup> 20/21, p. 113.

Il n'est pas possible de considérer comme injustes des mesures judiciaires qui eurent toutes pour but l'accomplissement effectif des engagements pris lors de l'émission des obligations. Par contre, admettre la thèse de la société, suivant laquelle ces « biens immeubles de la Compagnie, ses concessions et ses droits », affectés en hypothèque, ne garantissaient pas les créances car ils n'appartenaient pas à la *Barcelona Traction*, mais étaient la propriété d'une personne morale différente, *Riegos y Fuerza del Ebro*, aurait constitué une violation de la bonne foi à l'égard des créanciers.

755. Enfin la publication du jugement en Espagne a rempli le but poursuivi par toute procédure de publication et n'a lésé les droits de personne. On ne peut davantage critiquer le fait que le jugement déclarant la faillite ait été publié à Barcelone et non à Toronto. Barcelone était le centre réel des activités de l'entreprise; d'autre part, c'est son adresse de Barcelone que l'entreprise indiquait dans sa publicité. (Voir C.M., chap. IV, Nos 154 et 156, et A.C.M., chap. IV, *Annexe* N° 9, doc. 1 à 31). Fait plus significatif encore, le nom même de la société constituait un indice sérieux permettant de situer son centre.

Bien que Toronto fût le siège statutaire et le Canada l'Etat dont elle possédait la nationalité, on ne peut contester qu'il y avait à Toronto, pour employer des termes que le Professeur Battifol semble avoir écrits pour cette affaire, « un siège social qui, sans être proprement fictif, caractériserait manifestement moins bien la localisation de la société que le lieu unique et définitif de son exploitation »<sup>1</sup>. *Barcelona Traction* n'avait aucun personnel administratif au Canada et il lui était interdit d'exercer une quelconque activité et de posséder des biens dans ce pays.

Il est superflu de remarquer que, dans le but d'éluider certaines lois fiscales espagnoles, *Barcelona Traction* n'avait établi en Espagne ni son domicile ni aucune succursale, et qu'en 1932 elle avait retiré le titre de Président à son Directeur résidant à Barcelone.

Si, dans le but qui vient d'être indiqué, *Barcelona Traction* a refusé d'établir son siège en Espagne, bien que ce pays fût le centre réel de ses activités, il ne serait pas logique que la société puisse se prévaloir de cette dissimulation.

Toutes ces raisons justifient que la publication ait eu lieu en Espagne et non au Canada, car, étant donné la portée de cette mesure, elle était destinée à être immédiatement connue par tous les intéressés.

Enfin, cette publication n'a causé aucun préjudice à la *Barcelona Traction*, celle-ci ayant eu matériellement un laps de temps suffisant pour faire opposition, dans le délai légal, au jugement déclaratif de faillite (voir *supra*, Chap. III, Nos 205 et 432).

#### B. Les problèmes posés par les droits de la défense

756. Le *Mémoire* et la *Réplique* ont déployé d'énormes efforts pour tenter de donner l'impression qu'il y a eu une violation des droits de la défense. L'analyse approfondie de l'affaire démontre, cependant, que c'est là un grief sans fondement.

##### 1) Prétendue violation des droits de la défense en ce qui concerne la *Barcelona Traction*.

Il convient d'analyser tout d'abord le cas de la faillie elle-même, *Barcelona Traction*. Le droit espagnol, comme le droit belge et comme d'autres systèmes juridiques du conti-

<sup>1</sup> BATTIFOL, H.: *Droit international privé*, 4<sup>me</sup> édition, Paris 1967, p. 230.

ment, admet la déclaration de faillite sans audition du failli, justement à cause du manque de confiance que la loi commerciale éprouve à l'égard du débiteur qui est arrivé à l'état de cessation de paiements sans prendre aucune mesure judiciaire pour y remédier. Comme le dit le juriste italien, Bonelli, cette déclaration unilatérale de faillite « est un véritable défi à l'adresse du failli. Si celui-ci relève le gant, c'est lui qui doit commencer la procédure contradictoire »<sup>1</sup>.

*Barceloua Traction*, pour des raisons qui seront examinées plus loin (voir Chap. VI, II<sup>e</sup> Partie, N<sup>os</sup> 837 ss.) s'est abstenue de relever ce gant et d'introduire la procédure contradictoire. Si elle ne l'a pas fait, ce ne fut pas par la faute de la justice espagnole, qui ne s'est jamais opposée à sa comparution mais qui, au contraire, est partie de l'hypothèse suivant laquelle *Barcelona Traction* se défendrait.

### 2) *Prétendue violation des droits de la défense en ce qui concerne Sidro et la National Trust*

757. D'autre part *Sidro*, ce prétendu actionnaire majoritaire de *Barcelona Traction*, a toujours eu, en tant que créancier obligataire de celle-ci, plein accès aux tribunaux espagnols. La *National Trust*, cette société canadienne que la Belgique tente également de protéger, aurait également été bien accueillie par les tribunaux espagnols si elle avait invoqué sa qualité de créancière. Mais elle n'a invoqué, dans un premier temps, que sa qualité de « trustee », institution inconnue en Espagne, et dans un second temps sa qualité de propriétaire des actions de l'*Ebro*, sans apporter aucune preuve satisfaisante à l'appui.

Il aurait été totalement injuste de permettre que le « trustee », agissant dans l'intérêt de la société faillie, et de concert avec elle, porte préjudice, au moment même de leur réalisation, aux intérêts des créanciers obligataires dont la *National Trust* était « gardienne officielle » (M., I, 1962, par: 156).

### 3) *Prétendue violation des droits de la défense en ce qui concerne les sociétés filiales*

758. C'est alors qu'en présence de la défaillance de ceux qui auraient pu, et qui auraient dû introduire la procédure contradictoire, se sont présentées devant les tribunaux espagnols les sociétés filiales, et principalement *Ebro*, invoquant leur personnalité morale autonome pour la défense de leurs actifs et de leurs biens touchés par la faillite. Comme on le verra plus loin, cela faisait partie d'un plan concerté à l'avance pour « dissocier *Ebro* de *Barcelona Traction* », et obtenir ainsi que l'on poursuive la faillite, bien que son patrimoine soit vidé de tout son contenu économique.

La justice espagnole a été pleinement respectueuse des droits des sociétés auxiliaires. Elle n'a pas rejeté sans l'examiner cette prétention des filiales et n'a pas méconnu leur qualité pour ester en justice. Il leur a été indiqué que leur demande ne pouvait être reçue que si elles présentaient, devant la justice, dans une procédure distincte, la preuve qu'elles étaient en réalité des sociétés étrangères à la société en faillite et qu'elles avaient un droit de propriété sur les biens qu'elles revendiquaient. On leur a indiqué la voie de la « tierce opposition », dite « *terceria de dominio* », afin qu'elles puissent ainsi, totalement ou partiellement, détruire, la présomption *juris tantum* à laquelle était parvenue la justice espagnole: il était

<sup>1</sup> BONELLI, G.: *Del Fallimento*, Milano 1923, vol. I, p. 289.

en effet toujours tenu pour acquis en février 1948, que *Barcelona Traction*, était la propriétaire de toutes les actions de *Ebro* comme elle l'avait déclaré en décembre 1946.

Ainsi, loin de constituer un « déni de justice » *lato sensu*, il y avait là une invitation faite aux sociétés filiales d'agir en justice en utilisant la procédure appropriée et en apportant les preuves à l'appui de leur revendication.

Le fait que cette « *terceria de dominio* » n'ait pas été présentée par les filiales montre qu'elles ne pouvaient pas prouver leurs droits de propriété sur les actions d'*Ebro*.

Il ne suffisait pas en effet qu'*Ebro* déclare d'abord en février 1948 ignorer si ses actions appartenaient ou non à *Barcelona Traction* puis en septembre 1949 savoir qu'elles n'appartenaient pas à *Barcelona Traction*, il fallait qu'*Ebro* puisse démontrer qu'elle était indépendante de *Barcelona Traction* ou que ses actionnaires comparaissent devant la Justice espagnole pour y appuyer cette revendication en leur nom personnel<sup>1</sup>.

#### 4) *Prétendue violation des droits de la défense résultant du remplacement des avoués*

759. La *Réplique* soutient que le remplacement des avoués constitue une violation des droits de la défense alors que cette mesure peut s'analyser comme l'*extinction des pouvoirs donnés indirectement par la société faillie avant la faillite*.

En effet, cette mesure n'a été que le corollaire du pouvoir des organes de la faillite de remplacer les administrateurs des filiales qui ne méritaient plus sa confiance. « In plus stat minus »; si l'on a le pouvoir (et le devoir) de remplacer des dirigeants qui obéissent aux instructions de la faillite et de modifier ainsi toute l'activité d'une société, on peut aussi infléchir les actions en justice de cette société. Il serait anormal que des avoués, désignés indirectement par la faillite et qui défendraient les intérêts de celle-ci, puissent continuer d'agir dans la procédure en utilisant des pouvoirs antérieurs à la faillite, contrairement à l'intérêt des créanciers et des organes judiciaires qui, exerçant légitimement les droits du failli, étaient venus contrôler la marche des affaires de la société au nom de laquelle ces avoués remplacés prétendaient agir.

La société faillie n'était pas pour autant sans défense, puisqu'elle a toujours conservé le droit de présenter directement son propre point de vue, ses arguments et sa défense, simplement en comparaisant elle-même devant les tribunaux espagnols.

En s'abstenant de comparaître directement, et à visage découvert, en persistant dans sa tactique d'agir par l'intermédiaire de ses filiales — dont le contrôle a été légitimement exercé par les organes de la faillite —, *Barcelona Traction* s'est exposée au risque de perdre le contrôle des recours introduits par lesdites filiales. Ce qui s'est passé avec les premiers avoués des filiales a été la conséquence inéluctable de la structure particulière du

<sup>1</sup> Cela a été reconnu, devant la « receivership » canadienne, par le Conseil de la *National Trust, M. McKelcan*; « à moins que les titulaires des actions de la Société *Ebro*, et de toutes les autres sociétés subsidiaires, comparaissent devant les tribunaux espagnols pour étayer les objections formulées par les filiales et les reprendre à leur propre compte, la réclamation, d'après moi, se trouvera être nécessairement incomplète devant les tribunaux espagnols ». (*Receivership*, p. 233, déclaration assermentée du 26 novembre 1948). — « Unless the holders of the shares of the *Ebro* Company and of all the other subsidiaries are before the Court supporting these objections and taking them on the same bet. if, why, the case would necessarily, I should think be incomplete before the Spanish Court ».

groupe. Si le remplacement des avoués a eu des conséquences fâcheuses pour *Barcelona Traction*, celles-ci résultent d'une erreur stratégique dans l'organisation du groupe *Barcelona Traction* et non d'un soit-disant déni de justice de la justice espagnole.

5) *Prétendue violation des droits de la défense en la personne des dirigeants des sociétés filiales*

760. Les recours des dirigeants des sociétés filiales contre leur déchéance justifiée ont entraîné des réclamations étrangères à la procédure de la faillite proprement dite. En fait, ils pouvaient réclamer, à titre individuel, la continuation de leurs contrats de travail, de mandat, d'administration, etc., et, à défaut, la reconnaissance des droits attachés à la rescision desdits contrats. Mais ces droits, même s'ils avaient existé, auraient dû être reconnus dans une procédure judiciaire séparée, et ne pouvaient en aucun cas faire obstacle à l'évolution de la procédure de faillite.

En fait, cependant, ce que l'on cherchait à faire grâce à ces recours, c'était bien de retarder la procédure de la faillite. Il n'était pas possible d'admettre que les créanciers n'obtiennent pas satisfaction, par suite de la discussion prolongée de prétentions irrecevables.

C. *L'opportunité, le prix et les modalités de la vente*

1) *La décision de vendre*

761. On ne peut pas davantage critiquer la décision de vendre les biens prise en 1951.

Il y aurait eu, par contre, un grave préjudice pour les créanciers, si on avait adopté la solution qui se dégage des critiques du Gouvernement belge, c'est-à-dire si l'on avait attendu qu'il soit statué sur les différents recours tardivement introduits par le failli, auquel cas la vente des biens n'aurait pu avoir lieu que plusieurs années après.

Il aurait été, en effet, gravement préjudiciable aux créanciers que persiste pendant de longues années un état de saisie judiciaire des biens, avec tous les troubles, frais et retards que tout contrôle de justice entraîne obligatoirement par rapport au fonctionnement normal d'une activité industrielle. Pour ne citer qu'un exemple, non seulement les syndics n'ont pas le pouvoir d'émettre des emprunts ou d'augmenter le capital social de l'entreprise, mais encore le marché des capitaux se trouvait pratiquement fermé pour une société qui subissait les effets d'une procédure de faillite. Cela rendait impossible le fonctionnement normal de toute entreprise d'énergie électrique qui, comme le reconnaît la *Réplique*, doit poursuivre une politique constante et suivie d'investissements afin d'éviter que sa situation ne subisse une détérioration considérable.

Dans ses documents écrits et dans ses plaidoiries, le Gouvernement belge a pris une position presque caricaturale au sujet de cette notion de détérioration. Dire qu'après plusieurs années d'administration provisoire ou entre les mains des syndics — c'est-à-dire toujours sous le contrôle de la justice — les valeurs de la masse étaient exposés à une détérioration continue, ne signifie pas qu'il faille assimiler ces valeurs à des denrées périssables, mais n'exprime que le fait réel de la perte de valeur due à la situation financière.

L'*Affaire Venable*, dont parle la *Réplique*<sup>1</sup>, est un exemple dans lequel un Etat a été déclaré responsable du dommage matériel subi par les biens en capital non périssables, qui

<sup>1</sup> *Rec. Sent. Arb. N.U.*, vol. IV, p. 219 et ss.

sont demeurés inutilisés, parce qu'ils faisaient partie de la masse d'une faillite. L'une des raisons dont a tenu compte la Commission arbitrale dans ce cas pour condamner l'Etat, fut que le tribunal avait excessivement tardé sur la procédure de faillite, c'est-à-dire qu'il n'était pas parvenu en temps opportun à la solution normale de toute faillite, c'est-à-dire à la vente des biens saisis.

## 2) *Le prix de la vente*

762. On ne peut pas considérer comme insuffisant le prix obtenu lors de la vente, puisqu'il a permis de payer intégralement les créanciers, après avoir réglé les frais de justice.

Il est difficile, sinon impossible, de trouver un jugement de faillite, portant sur une entreprise d'une certaine importance, dans lequel on soit parvenu à un prix de réalisation ayant permis de couvrir effectivement l'intégralité des créances. En général, on ne rembourse pas intégralement les créances, mais simplement un pourcentage de celles-ci :

Etant donné qu'à l'évidence *Sidro* se désintéressait complètement de la situation, et vu l'insolvabilité de l'entreprise, il aurait été possible d'acheter les biens pour un prix bien inférieur à celui qui a été payé, lequel couvrirait la totalité du passif des obligations en livres et en pesetas, plus une somme de dix millions de pesetas. De même, la vente par lots, au lieu de la mise aux enchères de la totalité de l'entreprise, aurait fourni au groupe majoritaire des obligataires l'occasion d'acquérir certaines majorités-clés, à un prix beaucoup plus bas.

Dans ces conditions, le groupe acquéreur n'aurait eu qu'à payer un prorata, au reste des obligataires, parmi lesquels figuraient entre autres *National Trust*, *Sidro* et *Sofina*.

Ce paiement à 100% à tous les obligataires prouve la sincérité de M. Juan March envers le Receiver Glassco, lors de leur entrevue du 27 juillet 1951. D'après le témoignage de ce dernier, il s'est opposé à tout arrangement pouvant signifier des avantages pour le groupe majoritaire des obligataires et des désavantages pour les obligataires minoritaires : « Any settlement which might be reached between March and the equity interest will have to provide payment in full to all the bondholders. He is not prepared to deal on behalf of his own holdings and leave the minority bondholders in the lurch »<sup>1</sup>.

763. La formule indiquée comme possible dans le paragraphe précédent, et qui aurait permis au groupe d'obligataires dominant d'acquérir les biens pour un prix beaucoup plus bas que celui qui a été effectivement payé, non seulement était légalement viable, mais en outre constitue la formule généralement utilisée dans des situations analogues de faillites et de ventes forcées de grandes entreprises ayant un passif obligataire élevé.

Il est alors intéressant de comparer ce qui s'est passé dans ces cas avec ce qui s'est passé dans le cas d'espèce, car cela permettra de vérifier qu'il n'y a pas eu ici d'insuffisance de prix, mais au contraire, étant donné la situation qui existait légalement, une grande générosité dans le montant effectivement payé.

<sup>1</sup> *Receivership*, f. 773 « Tout arrangement auquel on pourrait parvenir entre March et les intéressés devra prévoir le paiement complet à tous les obligataires. Il n'est pas disposé à négocier pour le compte de ses propres obligations et à laisser à l'écart les obligataires minoritaires ». (C'est nous qui composons en italiques.)



Dans les cas visés, l'acquisition de la société en faillite ou « receivership » a été réalisée par les comités d'obligataires désignés comme « Bondholder's protective committees » (Comités de protection des obligataires)<sup>1</sup>. Les détenteurs d'obligations se réunissent au moyen de ces comités de protection, afin d'acquérir les biens lors de la vente judiciaire. Les obligataires qui ne désirent pas participer à cette continuation des affaires ou à la réorganisation de l'entreprise en faillite, reçoivent des espèces en échange de leurs titres.

Lorsque, conformément à l'ordre du Tribunal, on procède à la vente forcée ou aux enchères judiciaires, le comité fait des offres en utilisant pour le paiement de la plus grande partie du prix d'achat des obligations qui y ont été déposées.

C'est justement au sujet de ces cas que la Cour Suprême des Etats-Unis a prononcé, dans le cas *Monon*, la phrase déjà rappelée (voir *supra*, par. 738, p. 774) « toute procédure judiciaire doit s'ajuster aux faits tels qu'ils sont ».

La caractéristique de ventes judiciaires d'une telle importance, ayant lieu dans ces conditions, est que, comme cela s'est passé dans le cas de *Barcelona Traction*, des acheteurs extérieurs ne se présentent pas (« outside bidders »). Ce sont les créanciers eux-mêmes, ainsi organisés, qui acquièrent la propriété lors de la vente, ce qui est considéré comme parfaitement légitime: « de la même manière qu'un créancier hypothécaire isolé peut préférer faire une offre en ce qui concerne l'immeuble mis en vente judiciaire, plutôt que de permettre qu'il soit vendu pour une valeur nominale à un acquéreur qui paye en espèces, de la même manière la signification économique normale de la situation est un facteur qui conduit souvent les créanciers à préférer continuer une affaire dans l'espoir de récupérer davantage que par le moyen de la vente »<sup>2</sup>.

764. Cependant dans la pratique, des difficultés ont surgi par suite de l'importance prédominante que prend inévitablement, lors des enchères ou de la vente judiciaire, le groupe majoritaire des obligataires.

Il est difficile de lutter contre un comité lorsque la vente judiciaire concerne de grandes entreprises: en effet, le comité a été en mesure de réunir de nombreux titres d'obligations impayés, qui peuvent être utilisés au lieu de l'argent que les autres sont tenus de payer. Lorsque l'entreprise est assez importante, le résultat inévitable c'est que l'on décourage les offres extérieures. Cette prédominance du comité lors de la vente judiciaire est encore accentuée par l'exigence habituelle de la décision de justice d'un dépôt de garantie en espèces ou en obligations de la part des candidats acquéreurs. Cette exigence, née de la louable intention de décourager les enchérisseurs irresponsables, a aussi pour résultat de décourager un acquéreur éventuel en l'obligeant, simplement comme condition préalable pour porter les enchères, à déposer une somme substantielle en espèces.

<sup>1</sup> Il y a une étude classique des travaux et des activités de ces Comités réalisée par la « Securities and Exchange Commission » sous la direction du juriste des Etats-Unis Douglas, à présent juge de la Cour Suprême de son pays.

— *Securities and Exchange Commission, Report on the Study and Investigation of the work, activities, personal and functions of Protective and Reorganization Committees* en 8 volumes. (Dénommé ci-après *Sec. Report*). Les développements qui vont suivre ont été extraits de ce Rapport. Cf. l'*Annexe Dupliquée N° 182*.

<sup>2</sup> *Ibid.*, *Sec. Report*. Part VIII, p. 7. « Just as an individual mortgagee may prefer to bid in a plot of real estate upon foreclosure in preference to its sale at a nominal price to cash buyers, so the common-sense economics of the situation, as one factor, will often lead creditors to prefer continuing a business in the hope of greater salvage than would be afforded by its sale . . . ».

L'expérience a démontré les risques d'abus que cette position d'acquéreur unique peut entraîner, au préjudice des obligataires qui n'ont pas accepté le plan majoritaire et qui, par suite, vont recevoir en espèces leur part au prorata du résultat de la vente.

Le Comité majoritaire a une tendance naturelle à profiter de sa situation d'acquéreur unique pour offrir le prix le plus bas possible, ce qui soulève le problème du traitement équitable des obligataires dissidents, qui ne s'est pas posé dans le cas de la *Barcelona Traction*, en raison de la position égalitaire prise par le groupe majoritaire des obligataires.

Dans la pratique et dans la législation des Etats-Unis, le remède à ce danger a été trouvé dans la fixation, par le Tribunal d'un prix minimum (« upset price »), c'est-à-dire de l'offre minima considérée comme acceptable et au-dessous de laquelle la vente n'a pas lieu.

Mais les critères, sur la base desquels ces prix sont fixés, ont pour résultat que la vente se fait à des sommes très basses. Dans la pratique, le prix minimum (« upset price ») est fixé approximativement à la valeur de démolition de la propriété<sup>1</sup>.

Les différences qui existent entre ces affaires où la justice est tenue de fixer un prix minimum pour la défense de l'obligataire minoritaire, et ce qui s'est passé lors de la vente des biens de *Barcelona Traction*, où le prix minimum assurait à l'obligataire étranger au groupe majoritaire le recouvrement à 100 % de ses créances sont évidentes. Dans ce cas, le groupe créancier majoritaire a accepté de payer un prix sans précédent, étant donné que l'on ne connaît pas d'exemple de faillites aussi importantes où la totalité des créances aient été couvertes. Telle est la raison pour laquelle les intéressés eux-mêmes, malgré les critiques du Gouvernement demandeur concernant le cahier des charges, voulaient se rallier aux clauses de ce cahier (*Annexe 6*, p. 143 de l'*Annexe I*, Observations et Conclusions du Gouvernement belge).

Tout ceci prouve qu'il n'y a pas eu de résultat injuste, ni dans le prix minimum fixé et payé, ni dans les conditions de la réalisation de la vente, bien au contraire comme le prouve la comparaison avec d'autres enchères judiciaires similaires.

### 3) Les modalités de la vente

765. Le Gouvernement belge soutient que la clause de remboursement des obligations contenue dans le cahier des charges est illégale. Il dit en effet qu'elles auraient dû être remboursées en pesetas et au taux de change en vigueur à la date de la déclaration de faillite. Il a été déjà indiqué que cette thèse est absolument erronée en Droit espagnol, d'une manière générale, et dans le cas d'espèce en particulier puisque la conversion des créances en monnaie locale au taux de change en vigueur le jour de la faillite est nécessaire lorsque les créanciers concourent au prorata, mais non lorsqu'ils touchent intégralement leurs créances.

~ Du point de vue suivant lequel on examine actuellement la procédure de faillite, il ne fait aucun doute que si l'on avait transformé les créances des obligataires en pesetas, au cours officiel du jour de la déclaration de faillite, cela aurait impliqué une injustice irritante et une confiscation partielle de ces créances. L'injustice grossière et tangible de ces résultats

<sup>1</sup> Pour la démonstration de ce qui vient d'être exposé, cf. *Annexe Duplique N° 182*.

aurait été d'autant plus grave qu'elle aurait constitué une violation flagrante de l'engagement pris à l'origine par l'entreprise dans le prospectus des obligations.

Il est pour le moins singulier que le Gouvernement belge se plaigne maintenant de ce que l'on n'ait pas, dans la procédure espagnole de faillite, effectué le paiement en pesetas, paiement que le Receiver dénommait « le grand danger » de la faillite espagnole, et que, d'après le représentant de *Barcelona Traction*, personne ne souhaitait « sauf peut-être le groupe majoritaire des obligataires espagnols ». Cette crainte du paiement en pesetas comme conséquence de la faillite a été exposée devant le Juge canadien pour le convaincre d'ordonner, et non seulement d'autoriser, la présence de la *National Trust* comme propriétaire des actions de *Ebro*<sup>1</sup>.

Si la Justice espagnole avait procédé devant les organes judiciaires canadiens de la manière dénoncée et comme cela est maintenant réclaté par le demandeur comme étant celle appropriée, le Gouvernement espagnol aurait pu se voir exposé à des réclamations de la part des Etats dont étaient ressortissants les obligataires lésés par cette conversion monétaire. Même le Gouvernement belge aurait formulé ces réclamations, au bénéfice des obligataires belges.

Ce qui fait que même si le Droit espagnol exigeait, ce qui n'est pas le cas, la conversion monétaire au change officiel dans le cas de faillite, les tribunaux espagnols avaient de bonnes raisons pour ne pas prendre une décision qui aurait supposé le risque de réclamations internationales. Etant donné la primauté du Droit international sur le Droit interne, et le devoir des juges de donner la préférence au premier en cas de conflit, aucun grief n'est à formuler contre un acte judiciaire qui a respecté les intérêts des ressortissants étrangers.

#### D. *La situation des actionnaires*

766. La raison fondamentale sur laquelle le Gouvernement belge prétend fonder sa réclamation et prouver ainsi l'injustice des faits survenus en Espagne, c'est que, bien que les obligataires aient touché ou puissent encore toucher intégralement leurs créances, conformément aux conditions du cahier des charges, en revanche, les intérêts des actionnaires de *Barcelona Traction*, n'ont pas été respectés.

Ceci nous entraîne à examiner, d'abord d'une manière générale, puis sur un plan plus particulier, la situation des actionnaires à l'égard des créanciers, qu'ils soient obligataires ou non. Comme il a été dit, à juste titre, « there are plenty of problems concerning the corporation which are related with justice. They concern the relationship among corporations, their organs, shareholders, and individual creditors. These problems shall be solved from the view-point of justice commutative, distributive and general (legal) justice »<sup>1</sup>.

D'après la législation comparée, le principe général de Droit fondamental en la matière, est la priorité absolue des créanciers, qu'ils aient ou non une garantie réelle, sur les actionnaires, qui sont en définitive, pour autant qu'ils contrôlent la société, les responsables de la situation de cessation de paiements.

<sup>1</sup> *Receivership*, f. 243-244 et 300.

<sup>2</sup> TANAKA, K.: *Some observations on the characteristics of corporation law*, dans « *La società per azioni alla metà del secolo XX* », Studi in memoria di Angelo Sraffa, II, Padova, 1962, p. 738.

C'est ce que reconnaissent, par exemple, les auteurs cités dans la *Réplique*, paragraphe 287, pages 190-191, et les autres cités dans l'*Annexe Duplique N° 183*

Tirant la conséquence logique de ces prémisses, un tribunal des Etats-Unis affirmait que les actionnaires « demeurent entièrement subordonnés puisque la compagnie étant insolvable, elle appartient exclusivement aux créanciers »<sup>1</sup> Un autre concluait dans une formule devenue classique, que les actifs d'une société, « en raison de l'insolvabilité du débiteur, appartiennent exclusivement aux créanciers »<sup>2</sup>.

767. Le Gouvernement belge se voit donc obligé de soutenir que *Barcelona Traction* était pleinement solvable lorsqu'il a été procédé à la vente, pour éviter que toute sa thèse ne s'effondre, ce qui explique que la *Réplique* attaque avec tant d'énergie les expertises présentées à la Justice espagnole, tendant à l'évaluation de l'entreprise.

On a déjà réfuté comme il convient ces critiques dépourvues de fondement, dans lesquelles on manie des chiffres et des taux de change, et où l'on parvient à la conclusion d'un état de solvabilité grâce au subterfuge consistant à calculer l'actif au taux de 173 pesetas par livre, et le passif au taux de 45 pesetas par livre (voir *supra* N° 624 ss.).

Mais, même si l'on ne tient pas compte de ces antécédents judiciaires qui ont été attaqués par le Gouvernement belge, trois démonstrations catégoriques existent de ce que *Barcelona Traction* était insolvable.

768. La première, c'est que s'il s'était agi d'une société solvable, l'importante réduction qu'entraînait le Plan d'arrangement n'avait aucune justification morale ni juridique, ainsi que l'a indiqué très justement le Juge qui a prononcé la faillite. On a déjà indiqué (cf. Première Partie, Chap. II) qu'en ce qui concerne le capital des obligations *First Mortgage*, la réduction était de 55%. En ce qui concerne les intérêts, auxquels on renonçait totalement, la valeur moyenne de cotation des actions offertes en échange dans le Plan dépassait à peine le cinquième de la dette, de telle sorte que l'amputation des créances au titre des intérêts dépassait 75%.

769 La deuxième raison c'est que *Barcelona Traction* en se présentant comme insolvable, a obtenu l'approbation des Tribunaux d'Ontario pour ce Plan<sup>3</sup>.

*Barcelona Traction* n'a jamais reconnu avoir commis un acte de faillite, ou se trouver en situation de faillite, au Canada ou en Espagne. Cela signifie qu'elle a obtenu l'approbation du Plan d'arrangement en se présentant devant la Justice canadienne comme une société insolvable et en obtenant une déclaration d'insolvabilité desdits tribunaux.

Un document présenté en annexe à la *Réplique* et provenant de la *National Trust*, confirme cette conclusion en ces termes: « The definition of the term (« debtor companies »)

<sup>1</sup> In re *Day & Meyer, Murray & Jung, Ltd*, 93 F. (2d) 658 (C.C.A., 2d, 1938).

<sup>2</sup> In re *Philadelphia & Reading Coal & Iron Co., Appeal of Schrager*, 105 F. (2d) 357 (C.C.A. 3d, 1939).

<sup>3</sup> La *Barcelona Traction* a comparu devant la Justice canadienne en invoquant la Section 4 de « The Companies Creditors Arrangement Act, 1933 » (A.C.M., Chap. I, *Annexe* 114, doc. 1, vol. II, p. 386) mais, pour qu'elle puisse présenter cette demande, conformément aux dispositions de la Section 4 de ladite loi, il fallait qu'il s'agisse d'une « société débitrice » au sens de la Section 2 c) de cette loi, c'est-à-dire 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 ». La justice canadienne a déclaré que *Barcelona Traction* « is a debtor company within the meaning of the Companies Creditors Arrangement Act, 1933 » (A.C.M., *Annexe* 114 au Chap. I, vol. II, p. 418).

as contained in the Act implied insolvency »<sup>1</sup>. Et la *National Trust* ajoute que cette définition « could apply to Barcelona, if at all, in a technical sense »<sup>2</sup>. Si la société s'est placée volontairement dans cette catégorie pour obtenir l'approbation du Plan d'arrangement, comme le reconnaît la *Réplique* (V, p. 298) elle ne peut prétendre ensuite éluder les conséquences juridiques qui résultent de cet acte volontaire dont elle a retiré des bénéfices.

Dans ces circonstances, cette société, ses prétendus actionnaires et le protecteur diplomatique de ceux-ci, c'est-à-dire le Gouvernement belge, se trouvent maintenant empêchés (« estopped ») de prétendre qu'il s'agissait d'une société solvable pour tâcher d'en tirer des avantages.

770. La troisième démonstration, la plus concluante et la plus catégorique, de l'insolvabilité de *Barcelona Traction* et du fait qu'une fois les créanciers payés « There was no equity left for the stockholders » découle du résultat des enchères et du non-exercice de l'option d'achat offerte à *Sidro*.

S'il s'était agi d'une compagnie solvable, dont l'actif aurait dépassé le passif autant que le prétend le Gouvernement belge, cette situation économique se serait manifestée lors des enchères avec la force que revêtent toujours les faits économiques. Des intéressés n'auraient pas manqué de porter les enchères au-dessus d'une somme couvrant le passif obligataire, plus les frais de justice.

Ce grief du débiteur failli, suivant lequel ses biens n'ont pas atteint lors des enchères leur véritable valeur, est courant et même compréhensible. Déjà Balzac parlait dans « César Birotteau » des « jérémiades » des commerçants faillis, car « un négociant n'apprend pas sans douleur la dépréciation des choses qui représentent pour lui tant d'argent, tant de soins ».

Ce qu'il y a de nouveau dans cette affaire, c'est qu'un Gouvernement soutienne et présente cette « jérémiade » devant un Tribunal international. Ce qu'aurait dû faire *Sidro*, pour laquelle il n'y avait aucune difficulté à obtenir les devises nécessaires, si elle considérait vraiment que les biens étaient bradés, c'était de se porter enchérisseur ou d'accepter l'option offerte.

Si *Sidro* n'a pas participé aux enchères et n'a pas accepté l'option offerte, c'est qu'en réalité il ne restait rien pour les actionnaires après le paiement intégral des créanciers obligataires: l'entreprise n'avait pas un rendement suffisant pour les neuf millions et demi de livres et les cinquante-cinq millions de pesetas, qu'il fallait obtenir comme prix minimum des enchères.

Et cela, les dirigeants de *Barcelona Traction* le savaient mieux que personne puisque leur politique a toujours été dès la création de la société de favoriser les actionnaires aux dépens des obligataires.

On comprend alors que, lorsque par suite de la faillite, tout le capital en obligations, plus les intérêts, est devenu exigible, la société, vidée de son sang par ses actionnaires, n'ait pu fournir un rendement suffisant et raisonnable pour l'investissement requis pour la couverture du passif.

<sup>1</sup> A.R. N° 31, vol. I, N° 8, p. 114: « La définition de ces termes (« société débitrice ») implique l'insolvabilité. »

<sup>2</sup> A.R., N° 31, vol. I, N° 8, p. 114.

## CHAPITRE V

## L'absence d'actes internationalement illicites de la part des autorités administratives

771. Le Gouvernement espagnol va examiner à présent, à la lumière du droit international, les accusations que formule la *Réplique* sous le titre « Les dénis de justice volontaires des autorités administratives » (R., N° 772 ss.). Les données de fait sur lesquelles reposent ces accusations ont été réfutées dans la première Partie, Chap. II, Section I de la présente *Duplique* où l'on a soigneusement examiné les rapports qu'entretenait l'entreprise avec les autorités administratives en matière de devises.

Le Gouvernement espagnol se propose de faire quelques observations sur les fondements théoriques du grief allégué par le Gouvernement belge: ce sera l'objet de la Section I. Après quoi, il passera à l'examen détaillé des critiques formulées par la *Réplique* qui consistent à prétendre que les autorités administratives espagnoles se seraient « rendues coupables d'un exercice abusif du contrôle des changes » (R., N° 776, p. 572): tel sera l'objet des deux sections suivantes. Une dernière section sera consacrée aux accusations du Gouvernement belge concernant le « communiqué officiel espagnol du 16 juin 1951 ».

## SECTION I

## LES FONDEMENTS THÉORIQUES DU GRIEF

772. Le fondement juridique des accusations que formule le Gouvernement belge à l'encontre des autorités administratives espagnoles a été modifié dans la *Réplique* par rapport à ce qu'il était dans le *Mémoire*. Alors que le *Mémoire* faisait valoir la prétendue notion de déni de justice « substantiel », la *Réplique* introduit une notion nouvelle, celle de l'« abus de droit » en matière de contrôle des changes.

Les autorités administratives sont accusées d'avoir commis cet « abus de droit » de deux façons: *a*) parce qu'elles n'ont pas donné leur approbation à la troisième modalité de financement du Plan d'arrangement (R., V, N° 776); *b*) parce qu'elles ont, nonobstant, donné leur autorisation en trois occasions différentes à des opérations que le « groupe March » les avait priées d'approuver (R., N°s 779 à 785) <sup>1</sup>.

773. Pas plus dans la *Réplique* que dans le *Mémoire*, et pour cause, le Gouvernement belge ne précise ni ne définit ce qu'il entend par « dénis de justice volontaires des autorités administratives ». Il a essayé toutefois d'expliquer ce qu'il entend par « abus de droit en matière de contrôle des changes » et, à cet égard, il a dit que l'exercice du pouvoir monétaire n'était pas absolument discrétionnaire et exempt de toute restriction, mais qu'« au contraire, l'exercice de leur compétence par les autorités espagnoles du change était soumis, en droit espagnol, à l'obligation de respecter les fins en vue desquelles cette compétence leur était attribuée » (R., N° 774). En ce sens, le Gouvernement belge estime que « des mesures prises dans le but réel et sincère de protéger la monnaie ne peuvent prêter à critique, mais si elles tendent, en réalité, à atteindre, par des moyens du contrôle des changes, un but autre que la protection des ressources du pays en matière de devises étrangères, alors l'administration est coupable d'abus de droit » (R., N° 775).

La position de la partie adverse revient en somme à faire appel non pas exactement à la notion d'« abus de droit » mais bien plutôt à un concept juridique, qui est étranger au droit international, tel le « détournement de pouvoir ». D'autre part, ce prétendu abus n'est nullement prouvé et, comme l'a dit la Cour permanente de Justice internationale, « la Cour ne saurait présumer l'abus de droit » <sup>2</sup>.

En tout cas, et c'est là l'essentiel, ainsi que la Cour a pu le constater à la lecture de ce qu'expose la première Partie (Chap. II) et de ce qui va suivre, les mesures que vise le Gou-

<sup>1</sup> Les accusations formulées contre les autorités administratives espagnoles ont été fortement modifiées par rapport à celles qu'énonçait le *Mémoire*, non seulement sous l'angle juridique mais encore dans leur forme concrète. Le Gouvernement espagnol tient à établir de façon formelle que dans la Partie II de la *Réplique* on ne trouve plus trace des griefs ci-après que le *Mémoire* formulait de façon autonome:

*a*) Ce que l'on appelle les « refus systématiques » qui auraient été opposés à partir de 1940 par l'Instituto Español de Moneda Extranjera aux demandes de devises d'*Ebro* (M., I, N° 355).

*b*) La nomination de M. Andany comme membre de la Commission d'experts (M., N° 356).

*c*) L'admission à la cote en Bourse de Madrid des titres de *Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S.A.* (M., N° 358).

<sup>2</sup> C.P.J.I., *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, Série A/B, N° 46, p. 167.

vernement belge ont été prises afin de protéger les ressources monétaires du pays : elles étaient donc justifiées, en droit comme en fait.

774. L'Etat espagnol, lors de l'adoption des décisions dont le Gouvernement belge lui fait aujourd'hui grief, n'a porté atteinte à aucune obligation d'ordre international, pour la bonne raison que le droit international général ne contient aucune règle en la matière.

Si le Gouvernement belge prétend maintenir qu'il existerait en la matière une règle de caractère coutumier, il devrait à tout le moins en donner la preuve; mais il sait fort bien que cela n'est pas possible. Il est évident, en effet, qu'il n'existe aucune règle coutumière qui, en droit international, imposerait aux Etats des limites au droit qu'ils ont d'exiger que soient préalablement justifiées de façon satisfaisante les demandes de devises et qu'il n'est pas de règle qui les contraigne à concéder les devises lorsque les demandes n'ont pas été justifiées. A cet égard, il sied de rappeler au Gouvernement belge une fois de plus la thèse qui a été soutenue devant la Cour Internationale de Justice et admise par les deux parties au litige, à savoir qu'« un Etat, en dehors des stipulations formelles d'un traité, peut établir un régime de contrôle des changes. Il appartient en effet à sa souveraineté de régler librement le régime de sa monnaie et de son commerce extérieur... »<sup>1</sup>. Or, il n'y a pas et il n'y a jamais eu de traité international entre l'Espagne et le Canada en cette matière.

775. Faute de pouvoir s'appuyer sur une règle coutumière ou conventionnelle pour étayer les accusations qu'il formule contre les décisions des autorités administratives espagnoles, le Gouvernement belge en vient, en désespoir de cause, à dire que ces décisions sont caractérisées par « un exercice abusif du contrôle des changes » (R., N° 776, p. 572)<sup>2</sup> et par une discrimination exercée au détriment d'un groupe étranger en faveur d'un groupe espagnol. Les deux accusations apparaissent d'ailleurs souvent imbriquées l'une dans l'autre. Toutefois, qu'on les prenne séparément ou ensemble, elles ne sauraient résister à une analyse sérieuse.

776. Lorsque le Gouvernement belge parle d'un « exercice abusif du contrôle des changes » à l'égard du groupe de *Barcelona Traction*, il se réfère aux « règles espagnoles relatives » à ce contrôle (R., N° 774, p. 570). Il situe ainsi le prétendu abus dans le cadre de l'ordre juridique espagnol par l'exercice du « pouvoir de contrôle » que ledit ordre juridique conférait aux autorités administratives. A ce propos, la *Réplique* soutient que cet exercice doit se conformer aux fins et desseins de la loi (R., N° 774, pp. 570-571). Sur ce point, il est permis de se demander s'il est possible de parler sérieusement d'une interprétation abusive de certaines règles en vertu desquelles furent prises des décisions que ne contestèrent pas les particulier prétendument lésés, alors que l'ordre juridique espagnol mettait à leur disposition des moyens de recours (voir III<sup>e</sup> Partie, Chap. 1, Section IV, § 1).

777. Le Gouvernement espagnol ne croit pas davantage que l'on puisse parler d'abus alors, d'une part, que ceux-là même qui présentaient les demandes de devises ont négligé de fournir, dans des conditions donnant satisfaction aux autorités espagnoles, les renseignements indispensables à l'appui de leurs demandes, et alors, d'autre part, que, par la suite, les représentants des Gouvernements signataires de la Déclaration conjointe du 11 juin 1951 ont reconnu que ces renseignements n'ont pas été fournis et que, quelques

<sup>1</sup> C.I.J., *Affaire relative aux droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc (France c. E.U.A.)*, Mémoires, Plaidoiries et Documents, vol. I, p. 78.

<sup>2</sup> Cf. également R., N°s 774 (pp. 570 et 571) et 775 (p. 571).



mois plus tard, plus clairement encore, le Gouvernement canadien a reconnu le fait dans sa note du 28 septembre 1951.

778. Enfin, il faut s'étonner que le Gouvernement belge prétende que n'auraient pas été respectées les fins en vue desquelles l'exercice du pouvoir de contrôle monétaire avait été confié aux autorités et que les mesures incriminées auraient été adoptées dans un « but autre que la protection des ressources du pays en matière de devises étrangères » (R., N° 775, p. 571); lesdites autorités demandaient simplement qu'on leur fournisse une justification satisfaisante des dettes extérieures dont la reconnaissance était impliquée par les demandes d'autorisation relatives au Plan d'arrangement.

779. Le Gouvernement demandeur invoque, à l'appui de sa thèse, des extraits d'ouvrages doctrinaux et des exemples de pratique internationale qui concernent certains aménagements adoptés en matière de contrôle des changes à l'égard d'étrangers en général ou d'étrangers d'une nationalité déterminée, et il s'évertue à induire de ces cas exceptionnels certaines limitations d'ordre général qui restreindraient prétendument le pouvoir discrétionnaire que, du point de vue du droit international, possède tout Etat, en l'absence de traité, dans l'application de son propre régime de contrôle des changes.

Le Gouvernement espagnol se propose de montrer que ni la doctrine ni la pratique internationale invoquées dans la *Réplique* ne permettent de parvenir aux conclusions que le Gouvernement belge prétend en tirer.

780. Ainsi le Gouvernement belge présente à l'appui de son raisonnement un passage extrait d'un mémorandum du Département d'Etat des Etats-Unis d'Amérique en date du 1<sup>er</sup> mars 1961.

Mais la situation que vise ce mémorandum du Département d'Etat ne saurait être rapprochée en aucune manière de celle qui est présentement débattue. Il suffit ici de préciser qu'il s'agissait, ainsi qu'il apparaît à la lecture de ce document, d'une limitation apportée à l'achat d'une monnaie étrangère *en bloc* (les dollars des Etats-Unis) et que la discrimination visée par ce mémorandum s'exerçait à l'encontre de *tous* les ressortissants d'un seul et même pays (les citoyens des Etats-Unis) et *pour la raison précise qu'ils étaient ressortissants de ce pays*<sup>1</sup>.

781. De même, quand le Gouvernement belge allègue à l'appui de sa thèse la décision judiciaire rendue en Grande-Bretagne dans l'*Affaire Helbert Wagg & Co. Ltd.* (R., N° 775), il commet une grave inexactitude. Il n'est pas vrai que cet arrêt ait « rejeté » une « loi passée en apparence dans ce but [c'est-à-dire, pour protéger l'économie du pays] mais en réalité avec un objectif ne concordant pas avec l'usage des nations »<sup>2</sup>. Cet arrêt a seulement reconnu la validité et l'efficacité d'une loi allemande de 1933 qui faisait obligation de payer en Allemagne et en marks des dettes qui auraient dû, dans les prévisions initiales des Parties, être acquittées en monnaie étrangère. Dans ce cas précis, le tribunal britannique s'est fondé sur le fait qu'il s'agissait d'un contrat régi par le droit allemand et que la loi applicable était une loi promulguée en Allemagne dans l'intention de protéger l'économie du pays dans des circonstances difficiles; le tribunal ajoutait ces mots que reprend la *Réplique*, à savoir qu'il s'agissait d'une loi valable et non pas d'une « loi passée

<sup>1</sup> KERLEY, E.: *Contemporary Practice of the United States relating to International Law*, American Journal of International Law, vol. 56, N° 1, January 1962, p. 165.

<sup>2</sup> *Helbert Wagg & Co., Ltd.* (1956), Ch. 323, pp. 351-352.

en apparence dans ce but mais en réalité avec un objectif ne concordant pas avec l'usage des nations ».

On voit clairement qu'il s'agissait d'un « obiter dictum » et que le passage cité par la *Réplique* a été extrait de son contexte pour donner l'impression que dans ce cas le Tribunal avait *effectivement* décidé de repousser, en l'espèce, l'application d'une loi qui n'était pas conforme à l'usage des nations.

En réalité, la décision du Tribunal n'a pas cette portée et, lorsqu'on lui restitue son sens véritable, on s'aperçoit qu'elle n'a rien à voir avec le présent litige <sup>1</sup>.

Indépendamment du fait que, dans le cas présent, la législation monétaire espagnole a été appliquée pour protéger l'économie nationale, le Gouvernement espagnol entend également s'élever contre la méthode suivie par le Gouvernement belge lorsqu'il invoque cet arrêt. Le Gouvernement belge prétend, en effet, dégager l'existence d'une règle de droit international d'un « obiter dictum » d'un juge interne alors que celui-ci s'est borné à considérer, du point de vue de l'ordre public de son pays (*public policy*), l'application sur le territoire de ce pays d'une législation étrangère régissant les changes.

782. Si le grief belge est ainsi dépourvu de tout fondement théorique, il ne résiste pas davantage à une analyse de ses données concrètes. C'est ce que l'on se propose de montrer à présent.

---

<sup>1</sup> Le Gouvernement belge cite sur ce point, en même temps que l'arrêt du tribunal britannique, le cours de MANN, F.A.: *Money in Public International Law, Recueil des Cours*, tome 96 (1959-I), p. 98, note 2. Abstraction faite de ce qui est dit ci-dessus, il importe de considérer que, lorsque cet auteur parle d'illicéité en matière de contrôle des changes, il vise des cas tout à fait différents de celui qui nous occupe: c'est ce qui ressort manifestement de la jurisprudence qu'il cite, et qui concerne des cas dans lesquels des mesures discriminatoires avaient été appliquées contre certaines catégories de personnes.

## SECTION II

LES DÉCISIONS ADMINISTRATIVES RELATIVES  
AU PLAN D'ARRANGEMENT

783. Si l'on passe à l'examen concret des accusations formulées par la *Réplique*, elles consistent à dire que les autorités administratives espagnoles se seraient « rendues coupables d'un exercice abusif du contrôle des changes » et cela de deux façons :

- d'une part, en repoussant le troisième mode de financement du Plan d'arrangement ;
- d'autre part, en ce qu'elles auraient « abusivement permis au groupe March les opérations requises pour qu'il puisse se rendre maître des avoirs de la *Barcelona Traction* » (R., V, N° 776, p. 572).

784. La première critique que formule le Gouvernement belge concerne ce que la *Réplique* appelle le refus d'accepter la troisième modalité de financement du Plan d'arrangement : la question a déjà été étudiée dans son ensemble précédemment (cf. *supra*, I<sup>re</sup> Partie, Chap. II ; C.M., IV, Partie I<sup>re</sup>, Chap. II, N°s 243 à 284, pp. 205 à 214). Il convient cependant de revenir sur les caractères essentiels de ce Plan car, quoi qu'en dise le Gouvernement belge<sup>1</sup>, la troisième modalité de financement n'était pas une opération que l'on pût dissocier de toutes les demandes antérieures ni de l'examen de la structure et du comportement du groupe financier qui entendait la mettre en œuvre.

Comment le Gouvernement belge peut-il prétendre (R., N° 777, p. 572) que le *Contre-mémoire* ne contient « aucune justification acceptable du refus auquel se heurta le groupe de la *Barcelona Traction* » quant à la troisième modalité de financement du Plan d'arrangement, alors qu'il y est dit expressement que « jamais, à aucun moment, on [les requérants] 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., Partie I<sup>re</sup>, Chap. II, N° 284, p. 213) ?

785. Le Plan d'arrangement, dans ses trois modalités de financement — sans excepter la dernière — était pour les autorités espagnoles une proposition de caractère exceptionnel en ce qu'il « exigeait toujours des autorités espagnoles la reconnaissance de dettes que la société *Ebro* s'était refusée à justifier de façon satisfaisante depuis l'année 1931, en dépit de l'insistance de l'Administration espagnole » (C.M., Partie I<sup>re</sup>, Chap. II, N° 265, p. 209).

Cette troisième modalité de financement comportait une cession de devises à *Barcelona Traction* de la part des sociétés *Sovalles* (société du groupe espagnol *Chade*), *Sofina* et

<sup>1</sup> Le Gouvernement belge voudrait faire passer cette troisième modalité de financement pour dépourvue de tout lien avec les refus antérieurs de devises que le Gouvernement demandeur reconnaît fondés. Il s'efforce de la présenter comme une opération innocente « qui ne comportait plus pour l'Espagne de contribution en devises » (M. N° 355). Les véritables fins de cette troisième modalité de financement du Plan d'arrangement et les sacrifices que sa mise en œuvre eussent impliqués pour l'économie espagnole ont déjà été exposés (cf. *supra*, I<sup>re</sup> Partie, Chap. II, section I ; adde C.-M., Partie I, Chap. II, N°s 264-265 et 284, pp. 209 et 213-214).

*Sidro*, en contrepartie du transfert des obligations en livres sterling d'*Ebro* (société d'exploitation en Espagne) qui étaient la propriété de *Barcelona Traction*. Ainsi qu'on vient de le rappeler, elle impliquait également la reconnaissance d'une dette extérieure que les autorités monétaires tenaient pour insuffisamment justifiée, encore que l'autorisation dont parle le Gouvernement belge ne concernât que le transfert de pesetas d'*Ebro* (société opérant en Espagne) à *Barcelona Traction*, société qui prétendait n'avoir en Espagne ni biens, ni siège, ni activité.

786. Dans toutes ses modalités de financement, le Plan d'arrangement revenait en définitive à convertir les obligations de *Barcelona Traction* en obligations d'*Ebro* et c'est ce résultat que l'on prétendait obtenir au su des autorités espagnoles et avec leur permission, en laissant de côté, comme allant de soi, l'ensemble du problème de la dette qu'avait contractée *Ebro* en émettant en 1925 et 1926 des bons à 50% de leur valeur nominale sans qu'il en résultât aucun investissement réel au profit de l'économie espagnole. En d'autres termes, l'ambition des dirigeants du groupe *Barcelona Traction* était que les autorités espagnoles donnent leur consentement à l'enterrement du « skeleton in the closet » de l'entreprise.

787. En effet, la lettre par laquelle les administrateurs de *Chade* donnèrent leur accord à la troisième modalité de financement du Plan d'arrangement constituait une tentative, plus habile encore que les précédentes, pour délivrer *Barcelona Traction* de son passé. Il y était dit que « dans sa forme actuelle [l'opération] n'affecte en rien l'Etat espagnol ni l'Institut espagnol de Monnaie Etrangère, [mais] nous désirons la faire connaître au Gouvernement » (A.C.M., Chap. II, *Annexe 5*, doc. 15, vol. VI, p. 303).

Le pivot de l'opération consistait dans la remise des obligations d'*Ebro* à *Sidro*, *Sovalles* et *Sofina* en contrepartie de leurs apports; en outre, la possibilité demeurait expressément ouverte pour la conversion de ces obligations d'*Ebro* en obligations-pesetas.

788. Si, lorsque l'opération fut portée à la connaissance de l'autorité espagnole, celle-ci ne s'était pas opposée à sa mise à exécution, le fait aurait créé pour l'Etat espagnol un précédent, un véritable « estoppel » qui lui eût interdit par la suite de contester la légitimité de ces obligations d'*Ebro* qu'elle avait jusqu'alors refusé de reconnaître faute de justifications suffisantes.

Aussi, est-ce à juste titre qu'un rapport établi par les soins du ministère de l'Industrie et du Commerce, à la demande du ministre, faisait observer que si l'Etat ne s'opposait pas à l'opération, « on accepterait officiellement, pour ainsi dire, les conditions dans lesquelles furent primitivement émises les obligations *Barcelona Traction* (couvrant l'*Ebro*), ce point étant essentiel » (A.C.M., Chap. II, *Annexe 5*, Doc. 20, vol. VI, p. 310). Le ministre de l'Industrie et du Commerce avait d'ailleurs parfaitement conscience de ce risque, comme le montre le passage de son discours aux Cortès où il disait: « Il serait téméraire de reconnaître, sans cet examen préalable approfondi, un premier débit qui, par extension, pourrait entraîner tous les autres » (C.M., *Annexe 9* au Chap. III, vol. VII, p. 84).

789. Autrement dit, tout comme les précédentes propositions d'approbation du Plan et d'obtention de devises, cette troisième modalité de financement mettait à nouveau en lumière la nécessité de fournir les renseignements demandés concernant la structure financière de l'entreprise ainsi que ses activités et investissements en Espagne.

C'est pourquoi les autorités espagnoles insistèrent une fois de plus sur l'insuffisance des informations qu'on leur fournissait. Le ministre de l'Industrie et du Commerce disait au représentant de *Chade*, par note du 30 octobre 1946: « Lors du dernier entretien que nous avons eu il ne m'a pas été possible même d'éclairer, car vous les ignorez, les aspects importants concernant les modalités du développement de la *Barcelona Traction* et de l'*Ebro* » (A.C.M., *Annexe 5*, doc. N° 29, vol. VI, p. 323).

Le représentant de *Chade* essaya de se défendre et il le fit d'une manière telle qu'il mit en évidence le fait qu'une fois de plus, les dirigeants de *Barcelona Traction*, ses représentants, agents et mandataires cherchaient à esquiver toute enquête sur la structure et les procédés de financement du groupe: « En effet, en vous référant à une époque très antérieure à l'actuelle, j'ai dû vous dire que je ne pouvais vous renseigner, et j'ai ajouté que, lorsqu'il s'agissait d'aspects comme celui de la constitution et du développement de l'*Ebro* et de *Barcelona Traction* pendant une période supérieure à trente ans, si cela devait être examiné sérieusement, cela ne pouvait être fait par vous et par moi au cours d'un entretien, mais que cela exigerait un travail prolongé » (A.C.M., *Annexe N° 5*, doc. N° 30, vol. VI, p. 324).

790. C'est qu'en effet il s'agissait bien de cela. Il ne s'était d'ailleurs jamais agi d'autre chose: il fallait faire un examen sérieux des conditions dans lesquelles s'étaient constituées et avaient évolué *Ebro* et *Barcelona Traction* depuis leur fondation, et le représentant de *Chade* avait certes raison à cet égard de dire que ce serait là une tâche de longue haleine.

La démarche de M. Ventosa, représentant de *Chade* n'ayant pas réussi faute de « 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 » (A.C.M., *Annexe 5*, Doc. 29, vol. VI, p. 323) voici qu'apparaît en Espagne M. Spéciael, Président de *Barcelona Traction*. Il est reçu par le ministre de l'Industrie et du Commerce le 26 novembre 1946. Ce dernier réitère la demande de renseignements qu'il avait déjà formulée en 1945 lorsqu'il avait été pour la première fois saisi du projet de Plan d'arrangement. Le 7 décembre 1946 — soit sept jours avant l'échéance du délai fixé pour la mise à exécution du Plan d'arrangement —, *Barcelona Traction* s'adresse pour la première fois à l'I.E.M.E. en demandant l'approbation dudit Plan. Le même jour, le Président de *Barcelona Traction* envoie au ministre une lettre contenant des affirmations si catégoriques et si contradictoires par rapport à ce qui avait été dit et reconnu jusqu'alors par les sociétés qui demandaient des devises et par les dirigeants de *Chade* qu'elle ne pouvait que provoquer une suspicion justifiée de son destinataire.

Ainsi, par exemple, la reconnaissance du fait que *Barcelona Traction* était l'unique actionnaire, obligataire et créancier étranger d'*Ebro* barrait d'un trait de plume les fameuses créances d'*International Utilities*. De même l'aveu qu'*International Utilities* était une filiale de *Barcelona Traction* et que celle-ci en possédait toutes les actions, jetait un jour nouveau sur l'ensemble du problème, rendant indispensable un nouvel examen approfondi de l'affaire.

791. Ce dernier aveu si lourd de signification, ne concordait pas du tout avec ce que M. Ventosa, représentant de *Chade*, avait dit au ministre moins de quarante-cinq jours auparavant, lorsqu'il décrivait *International Utilities* comme une « société canadienne pour le financement d'entreprises de services publics » (A.C.M., Chap. II, *Annexe 5*, Doc. 23, appendice I, vol. VI, p. 316).

En présence de divergences aussi sérieuses, de révélations aussi graves et faites à la dernière minute, on comprend sans peine que le ministre ait répété qu'il fallait absolument procéder à une « étude à fond et détaillée du développement, du processus de capitalisation, des installations et autres questions de même caractère, intéressant les entreprises qualifiées, étude qui, naturellement et au cas où vous offririez les facilités nécessaires devrait être effectué par des éléments compétents et désignés par l'Etat » (A.C.M., Chap. II, *Annexe N° 6*, doc. N° 4, vol. VI, p. 337).

Le bien-fondé de cette attitude du ministre a été parfaitement compris par les dirigeants de *Barcelona Traction* et par leurs principaux conseils qui se mirent en devoir de se préparer en vue de cette enquête <sup>1</sup>.

792. De tout ce qui précède il résulte que l'administration espagnole, en n'autorisant pas le Plan d'arrangement, n'a commis aucun « abus de droit » au regard de la législation interne des changes. Les décisions prises l'ont été dans le but de protéger le pays en matière de dettes extérieures, but qui restait parfaitement dans le cadre des prévisions de la législation sur le contrôle des changes.

Les autorités espagnoles, comme il est de règle, demandèrent les renseignements dont elles avaient besoin pour connaître les motifs qui justifiaient les demandes et elles ne se montrèrent pas disposées à délivrer des autorisations en vue d'opérations qui auraient impliqué l'acceptation tacite d'obligations en monnaie étrangère ou le changement de celles-ci, tant qu'elles n'étaient pas convaincues que ces dernières correspondaient réellement à des apports de l'extérieur à l'économie du pays. Il est parfaitement justifié et conforme au droit interne comme au droit international qu'un Etat subordonne à une telle enquête préalable la délivrance d'une autorisation pour une opération présentant des caractéristiques aussi exceptionnelles, alors surtout que cette autorisation impliquait de façon irréversible la reconnaissance d'une lourde dette extérieure qui grevait prétendument une exploitation industrielle située en Espagne.

793. Que les autorités monétaires espagnoles n'aient pas fait un usage arbitraire ou abusif de leurs pouvoirs en la matière, c'est ce qui vient d'être amplement démontré; il convient d'ajouter que les motifs dont s'inspira leur action ont été reconnus dans la déclaration conjointe des trois gouvernements et repris par le Gouvernement canadien dans sa Note diplomatique du 28 septembre 1951. Le Gouvernement espagnol maintient à cet égard ce qui a été dit aux paragraphes 15 à 25 du Chapitre IV du *Contre-mémoire* et notamment au paragraphe 25, qui n'a fait l'objet d'aucune réfutation par le Gouvernement belge dans sa *Réplique*.

794. D'autre part, si le Gouvernement demandeur en venait à dire que la décision de la Commission d'enquête ou l'accord intergouvernemental fondé sur le rapport de cette Commission ne sont pas opposables à la Belgique ou aux actionnaires prétendument belges de la *Barcelona Traction* pour le motif que la Belgique n'avait pas de représentant au sein de la Commission d'enquête ou qu'elle n'a pas pris part ni adhéré à la Déclaration conjointe, il alléguerait de la sorte un de ces arguments qui prouvent trop, car cela reviendrait à remettre gravement en question la validité et les effets d'un accord international auquel ont été parties les Etats dont les monnaies étaient affectées par les mouvements de fonds envisagés et l'Etat national de la société. On ne peut imaginer un instant que la Cour ait à examiner à nouveau le fond de cette question et

<sup>1</sup> A.C.M. Chap. II, *Annexe N° 6*, doc. N° 6, vol. VI, p. 339 et *Annexe 1.000* au Chap. I, vol. V, p. 381.

que soit remis en cause un problème que la déclaration conjointe a définitivement tranché par un accord entre les Etats directement intéressés.

Admettre un tel principe et tolérer un tel précédent serait lourd de conséquences, car ce serait admettre que tout autre Etat tiers, dont les ressortissants ne seraient pas compris dans les 80% d'actionnaires de nationalité prétendument belge, puisse ultérieurement former une nouvelle réclamation contre l'Espagne en alléguant que l'autorité de la chose jugée par l'arrêt à venir dans la présente affaire ne les concerne pas au motif qu'il n'y aurait pas identité de parties. Combien de fois, dans ces conditions, le Gouvernement espagnol devrait-il faire reconnaître le bien-fondé de sa position devant la Cour internationale de justice ?

## SECTION III

INEXISTENCE DE LA DISCRIMINATION ALLÉGUÉE PAR  
LE GOUVERNEMENT BELGE DANS LES DÉCISIONS DE L'I.E.M.E.

795. La seconde série de griefs que le Gouvernement belge formule contre les autorités administratives espagnoles consiste dans une vaine tentative en vue de montrer qu'il y aurait eu discrimination dans le comportement desdites autorités selon qu'elles traitaient avec le groupe *Barcelona Traction* ou avec ce que la *Réplique* appelle le « groupe March » (R., V, N° 779).

Une observation préliminaire doit ici être faite: pour que l'on puisse parler sérieusement de discrimination, il faudrait que l'on puisse établir un parallèle entre la décision critiquée et une situation similaire dans laquelle les autorités administratives auraient donné leur approbation. On ne saurait parler de discrimination lorsque les situations que l'on met en regard l'une de l'autre sont différentes: c'est pour cette raison que le grief de discrimination articulé par le Gouvernement belge ne résiste pas à l'examen.

En effet, le parallèle que la *Réplique* s'efforce d'établir est dépourvu de pertinence pour deux raisons: a) parce que les situations que la *Réplique* prétend mettre en regard sont du point de vue monétaire absolument différentes et b) parce que, alors que les demandes émanant d'*Ebro* et l'unique demande émanant de *Barcelona Traction* ne remplissaient pas les conditions exigées par la loi en ce qui concerne les renseignements à fournir à l'administration, les trois demandes de M. March et de *Fecsa* qui furent agréées étaient conformes aux prescriptions légales et fournissaient les informations requises par l'I.E.M.E.

796. Le Gouvernement espagnol va donc étudier ci-après les trois opérations critiquées par le Gouvernement belge.

§ 1: LES DÉCISIONS DE L'I.E.M.E. CONCERNANT LE REMBOURSEMENT  
DES OBLIGATIONS EN PESETAS DE « BARCELONA TRACTION »

797. Le Gouvernement belge qualifie de discriminatoires les autorisations accordées par l'I.E.M.E. aux deux demandes présentées par M. March le 20 février 1951. M. March demandait: 1) l'autorisation d'introduire sur le territoire espagnol des obligations *First Mortgage 5½%* de *Barcelona Traction* d'un montant nominal de £ 2.640.000 et. 2) l'autorisation d'acquérir en Espagne des pesetas moyennant cession à l'I.E.M.E. de la contrepartie en dollars des Etats-Unis, afin de permettre à la Westminster Bank ou à ses agents bancaires d'effectuer le paiement des obligations en pesetas de *Barcelona Traction* en faveur des porteurs de ces titres en Espagne (A.C.M., Chap. II, *Annexe N° 8*, doc. N° 1, vol. VI, p. 367).



L'I.E.M.E. autorisa le 23 août 1951 cette double opération avec les précisions suivantes: 1) « Autoriser l'acquisition des pesetas nécessaires, au moyen d'une négociation sur le marché libre des devises de la Bourse de Madrid des dollars correspondants », et 2) « Autoriser l'introduction sur le territoire national des obligations première hypothèque (*First Mortgage*) 5½% de ladite société *Barcelona Traction* pour un montant nominal de 2.640.000 livres, qui seront domiciliées en Espagne au nom de firmes espagnoles » (A.C.M., Chap. II, *Annexe N° 8*, doc. N° 5, vol. VI, p. 375).

L'enquête administrative préalable à la délivrance de ces autorisations ne dura pas moins de six mois; elle comporta la présentation de documents probants émanant de la Westminster Bank, établis à la demande de l'I.E.M.E. et du Trésor britannique (A.C.M., *Annexe N° 8*, doc. N° 3, Appendice I, p. 372). De plus le requérant dut fournir deux rapports également à la demande de l'I.E.M.E.

Les détails de cette enquête administrative sont fournis dans le *Contre-mémoire* (C.M., IV, Partie I<sup>re</sup>, Chap. II, N°s 315 à 317, pp. 221-222).

798. Le Gouvernement belge, dans son désir de semer la confusion, présente la question de l'acquisition de pesetas en Espagne (R., N° 781) comme si l'opération avait été autorisée dans les termes où l'avait demandée M. March (cession de pesetas par l'I.E.M.E.) et il ne souffle mot de la façon dont l'I.E.M.E. prit sa décision et qui consista, comme on l'a vu, à autoriser l'achat sur le marché libre des devises.

Le Gouvernement demandeur passe également sous silence le fait que le décret du 21 juillet 1950 (B.O. du 28.VII-1950) avait autorisé l'ouverture à la Bourse de Madrid d'un marché libre des devises où pouvaient, en vertu du libre jeu de l'offre et de la demande, « être négociées, par voie de vente sur ledit marché libre, les devises étrangères provenant » des « capitaux rapatriés par des Espagnols résidant habituellement en Espagne » ainsi que les « importations de capitaux effectuées par des Espagnols résidant habituellement à l'étranger »<sup>1</sup>.

799. Comme on le voit, la décision que prit l'I.E.M.E. concernant la demande de M. March était conforme au droit espagnol; l'Institut exigea la présentation de très amples renseignements et de preuves documentaires que le requérant fournit.

En outre, l'opération non seulement n'imposait pas le moindre sacrifice à l'économie espagnole comme c'eût été le cas dans les diverses demandes d'*Ebro*, mais encore elle avait un effet exactement contraire. Elle impliquait en effet l'importation de fonds pour un montant supérieur à un million de dollars par un Espagnol résidant à l'étranger et, de plus, elle entraînait la domiciliation en Espagne d'obligations qui, si elles avaient été vendues à l'étranger, seraient venues grever l'économie nationale.

800. Il suffit de comparer cette opération avec la troisième modalité de financement du Plan d'arrangement pour mettre en pleine lumière les avantages que la première comportait pour l'économie espagnole, alors que la seconde eût engendré de graves désavantages.

La première opération avait pour conséquence de faire entrer en Espagne plus d'un million de dollars de devises en contrepartie de pesetas à acquérir sur le marché libre,

<sup>1</sup> Décret du 21 juillet 1950, art. 2 alinéas k) et l) (*Annexe Duplique*, N° 184).

alors que, dans la seconde opération, *Ebro* offrait d'user des pesetas qu'elle possédait elle-même sans la moindre contrepartie en devises étrangères, à ceci près qu'aurait été annulé l'équivalent en coupons des bons *General Mortgage* d'*Ebro* dont l'existence n'avait jamais été officiellement reconnue.

Dans le cadre de l'opération présentement examinée on faisait entrer et domicilier en Espagne £ 2.640.000 d'obligations *First Mortgage* de *Barcelona Traction*, alors que la troisième modalité de financement du Plan d'arrangement était affectée du signe opposé. En effet, il était proposé de transférer à trois sociétés étrangères situées toutes trois hors d'Espagne et cela, au su et avec l'autorisation implicite du Gouvernement espagnol, la plus grosse part des *General Mortgage Bonds* d'*Ebro* (pour un montant qui dépassait de £ 2.300.100 le nominal des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage* de *Barcelona Traction*), en laissant la porte ouverte à leur conversion ultérieure en pesetas. Ainsi, quel que soit le point de vue auquel on se place (formation de la demande, conditions auxquelles l'autorisation était subordonnée, avantages que comportait l'opération projetée) il apparaît qu'il n'y avait rien de comparable entre les deux situations que le Gouvernement belge s'évertue de rapprocher, et cela suffit à ruiner, du même coup, toute accusation de comportement discriminatoire de la part des autorités monétaires espagnoles.

801. Dans l'impossibilité où il se trouve de démontrer qu'il y aurait eu violation des lois monétaires espagnoles ou discrimination abusive lors de l'autorisation de l'opération, le Gouvernement demandeur prétend tirer grief du fait que les titres de ces obligations ne furent pas introduits immédiatement sur le territoire espagnol ni domiciliés en Espagne au nom de sociétés espagnoles ainsi que l'indiquait la décision de l'I.E.M.E. en date du 23 août 1951.

La *Réplique* allègue que l'introduction en territoire espagnol de £ 2.640.000 d'obligations *First Mortgage*, lesquelles devaient être domiciliées en Espagne au nom de sociétés espagnoles, « devait rester lettre morte, sans que jamais l'Institut ne songeât à exiger de Juan March l'exécution de l'engagement qu'il avait contracté à cet égard ». Le Gouvernement belge en conclut que « Juan March, une fois obtenues les autorisations demandées pour les opérations fructueuses qu'il avait en vue, ne s'est plus préoccupé des engagements qu'il avait pris vis-à-vis de l'Institut et celui-ci a négligé de les lui rappeler » (R., V, N° 781, p. 575).

Quant à la preuve de ce prétendu manquement de la part du particulier intéressé et de cette prétendue négligence des autorités espagnoles, elle résulterait du fait que « les titres définitifs des £ 2.640.000 d'obligations *First Mortgage* » se trouvent encore aujourd'hui à Toronto.

Ce grief du Gouvernement belge est tellement injustifié que le simple fait de le formuler révèle les subtilités auxquelles a dû avoir recours le Gouvernement demandeur dans sa *Réplique* pour tenter de maintenir sa réclamation après les précisions contenues dans le *Contre-mémoire*.

L'exigence des autorités espagnoles portait sur « l'introduction sur le territoire national des obligations première hypothèque (*First Mortgage*) 5½ % de ladite société *Barcelona Traction Light and Power Company, Limited*, pour un montant nominal de £ 2.640.000 qui seront domiciliées en Espagne au nom de firmes espagnoles » (A.C.M., Chap. II, *Annexe N° 8*, doc. N° 5, vol. VI, p. 375). L'intérêt de cette condition était qu'elle

supprimait la nécessité pour les autorités espagnoles compétentes en matière de change de fournir des devises pour le paiement des intérêts ou pour l'amortissement de ces titres.

Le Gouvernement belge est donc mal venu à tirer prétexte du fait que nul ne s'est plus préoccupé de l'opération — dépourvue de tout intérêt pratique — consistant à recouvrer et à faire entrer en territoire espagnol les titres définitifs d'obligations qui étaient déjà entièrement soldés. Le Gouvernement belge est d'autant plus mal venu à formuler un grief de ce genre qu'il accorde son patronage à des sociétés qui ont abusivement recouru tout au long de leur existence à des récipissés provisoires et non pas à des titres définitifs lors de leurs émissions d'actions et d'obligations<sup>1</sup>.

§ 2: LE PRÊT EN LIVRES STERLING DESTINÉ AU PAIEMENT DES OBLIGATIONS  
DE « BARCELONA TRACTION »

802. Une autre des opérations que le Gouvernement belge taxe de discriminatoire est l'autorisation qui fut donnée à *Fecsa* par l'I.E.M.E. d'emprunter à M. Juan March 1.500.000 livres pour payer dans la monnaie où elles avaient été émises les obligations *Consolidated Prior Lien* et *First Mortgage* de *Barcelona Traction*. *Fecsa* demandait cette autorisation en sa qualité d'adjudicataire de la vente judiciaire des biens de *Barcelona Traction* afin de remplir l'une des conditions de l'adjudication.

Cette accusation est tout à fait injustifiée, car l'autorisation ainsi accordée n'a porté atteinte à aucun droit appartenant à un étranger; au contraire, grâce à elle les porteurs d'obligations ont pu percevoir en livres sterling le principal et les intérêts arriérés des obligations de *Barcelona Traction* dont ils étaient détenteurs.

803. Il s'agissait en outre d'une opération qui n'imposait pas le moindre sacrifice de devises à l'économie espagnole et qui ne créait aucune obligation extérieure en devises aux autorités espagnoles. La société requérante s'engageait à cet égard de la façon suivante: « *Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S.A.* déclare également, et ainsi le confirme dans sa lettre M. Juan March Ordinas, que le remboursement des 1.500.000 livres sus-indiquées ne sera jamais exigé en monnaie étrangère » (C.M., Chap. II, *Annexe N° 8*, doc. N° 11, vol. VI, p. 384)<sup>2</sup>. Comparer cette opération, du point de vue de ses effets sur l'économie espagnole, avec l'opération prévue par le Plan d'arrangement, comme le fait le Gouvernement belge à la note 2 de la page 577 de la *Réplique, V*, est tout simplement absurde, pour les raisons qui ont déjà été exposées en mettant en regard la troisième modalité de financement du Plan d'arrangement avec l'opération dont il est question ci-dessus sous la section III, § 1.

Le Gouvernement belge affirme que *Fecsa* était certaine d'avance d'obtenir ce qu'elle demandait. Etant donné, que comme il a été signalé, cette opération n'impliquerait pas de sacrifices, étant donné, en outre, les avantages manifestes qu'elle devait valoir à l'économie espagnole, il était parfaitement normal de supposer que les autorités n'y feraient pas opposition.

<sup>1</sup> A propos des manœuvres dilatoires dont usèrent les dirigeants de *Barcelona Traction* et de *National Trust* à l'égard de la Westminister Bank à propos de la conversion des titres provisoires de ces obligations en titres définitifs, voir ci-après N° 832, note N° 3.

<sup>2</sup> Voir aussi A.C.M., Chap. II, *Annexe N° 8*, doc. N° 8 et 9, vol. VI, N° 379 et 380.

804. Le droit espagnol n'a donc nullement été violé du fait de la rapidité avec laquelle l'autorisation fut accordée ni pour aucun autre motif. L'administration espagnole a soumis l'opération aux conditions suivantes: 1<sup>o</sup> que M. March justifie de sa condition de résident à l'étranger, ce qu'il fit,<sup>1</sup> et 2<sup>o</sup> que la contre-valeur en pesetas du prêt, matérialisé par des titres remis à M. March, reste soumise aux restrictions imposées par les dispositions en vigueur (A.C.M., *Annexe N° 8*, doc. N° 13, vol. VI, p. 338).

On constate que l'administration espagnole avait ainsi des garanties absolues. Il n'est donc pas surprenant qu'elle ait accordé l'autorisation dans un délai de 14 jours au cours desquels elle exigea de nombreux renseignements et garanties documentaires, ce qui prouve que l'opération demeurait sous son contrôle.

805. Le Gouvernement belge prétend voir dans la façon dont fut traitée l'affaire une preuve de la complaisance qu'aurait manifestée le ministre de l'Industrie et du Commerce à l'égard de l'opération. (R., p. 577). De telles insinuations sont incompréhensibles après une lecture attentive des fondements légaux du dossier qui figure dans les annexes au *Contre-mémoire*<sup>2</sup>. Le fait de consulter le ministre dans une opération comme celle dont il est question ici est chose courante dans la pratique administrative.

### § 3: SOUSCRIPTION D' ACTIONS PAR M. MARCH LORS DE L'AUGMENTATION DE CAPITAL DE « FECSA »

806. Le Gouvernement belge prétend voir dans la souscription d'actions par M. March lors de l'augmentation de capital de *Fecsa* non seulement une prétendue violation de la loi espagnole mais encore un acte discriminatoire commis à l'encontre d'étrangers.

Le Gouvernement belge prétend que, lors de ladite augmentation de capital, il y aurait eu infraction au décret du 17 juillet 1947 lequel, toujours d'après l'interprétation du Gouvernement belge, interdirait que soient remis, sauf autorisation préalable du ministère des Finances, des titres représentatifs d'augmentations de capital à des personnes résidant hors du territoire national pour un pourcentage de l'émission supérieur à celui qu'autorisent les dispositions en vigueur. Comme on peut le noter, ce décret se rapportait « aux dispositions en vigueur ». Or à l'époque ces dispositions n'étaient autres que la loi du 24 novembre 1939, laquelle visait *exclusivement* la participation d'étrangers et non pas celle de personnes résidant à l'étranger. Ce n'est que beaucoup plus tard que le décret-loi du 27 juillet 1959 assimila, pour ce qui est de ce pourcentage, la participation de personnes résidant à l'étranger à celle des étrangers.

Les dispositions en vigueur ont été, lors de l'augmentation de capital de *Fecsa*, scrupuleusement observées. Dans l'acte notarié enregistrant l'opération d'augmentation de capital, en date du 15 novembre 1952 (*Annexe Duplique N° 156* et A.R., N° 116), on peut lire que les actions N°s 1 à 750 et N°s 1.001 à 174.250, représentant 75% du capital social, étaient revêtues, conformément à la législation régissant les pourcentages, du cachet portant la mention « non cessible à des étrangers ».

<sup>1</sup> Il justifia de sa qualité de résident à l'étranger en présentant une copie notariée de son passeport délivré au Consulat d'Espagne à Genève ainsi que par la présentation de la carte d'identité d'étranger délivrée par la même autorité et par des attestations du même consulat (voir A.C.M., *Annexe N° 8*, doc. N° 14 et 15, vol. VI, pp. 389 et 390).

<sup>2</sup> A.C.M., vol. VI, Chap. II, *Annexe N° 8*, doc. N° II, p. 384.

807. Il n'y a donc pas eu de violation de la loi espagnole, quoi qu'en dise le Gouvernement belge. Mais en outre, la position du Gouvernement belge est entachée d'une erreur fondamentale sur les règles gouvernant la responsabilité internationale de l'Etat et le rôle d'une juridiction internationale.

L'application ou la non-application des dispositions légales ou réglementaires dans un Etat n'est pas soumise au contrôle des autres Etats, et ne peut être appréciée par un tribunal international, sauf dans la mesure où cette application ou non-application peut entraîner une responsabilité internationale, en raison par exemple d'une discrimination à l'encontre d'étrangers.

Or, le grief sur lequel le Gouvernement belge prétend fonder une violation du droit international en raison d'un traitement discriminatoire appliqué à des étrangers manque de tout fondement.

Après ce qui vient d'être dit, il est manifeste que le Gouvernement belge rapproche, une fois de plus, deux sortes d'opérations dont le contenu, la signification et les conséquences sont absolument différents. Dans le cas du Plan d'arrangement, l'intervention des autorités monétaires s'imposait du fait que le problème posé était un problème de devises, tandis que dans l'autre opération — augmentation du capital d'une société espagnole — il en allait tout autrement puisqu'il n'y avait aucune obligation d'ordre monétaire susceptible d'avoir un jour des conséquences dans les relations entre l'économie espagnole et les pays étrangers.

D'un autre côté, le Plan d'arrangement, dans la meilleure des hypothèses, n'aurait comporté aucun apport de capital à l'économie espagnole, alors que l'opération consistant à porter à 1.160 millions de pesetas le capital de *Fecsa* avait manifestement pour effet de procurer des fonds à l'économie espagnole. L'apport en monnaie étrangère antérieure ou concomitante à cette opération est indéniable: il suffira sur ce point de signaler que les 100.000 actions souscrites par M. March, qui semblent tellement irriter le Gouvernement belge, eurent pour contrepartie des devises.

Il aurait donc été parfaitement compréhensible que les autorités espagnoles compétentes eussent accordé, si cela avait été nécessaire, l'autorisation administrative en question, en raison des avantages que présentait l'opération (laquelle n'était que la mise à exécution de décisions déjà prises sans que cela ait pu impliquer un quelconque favoritisme envers M. Juan March et encore bien moins que cela le mette au-dessus de la loi. Les précédents administratifs qui ont été présentés par le Gouvernement espagnol et dont il est question dans cette section, démontrent tout au contraire que les autorités compétentes en matière de devises et de change ont toujours exigé de M. Juan March qu'il se soumette expressément à la législation espagnole (A.C.M., Chap. I, *Annexe N° 8*, docs. N°s 2, 3, 11 et 12, vol. VI, pp. 368, 370 et 385 à 388) et aussi qu'il fournisse les preuves justifiant qu'il se trouvait dans les conditions légales requises pour qu'il fût fait droit à ses demandes (A.C.M., Chap. II, *Annexe N° 8*, doc. N°s 2, 3 et 13, vol. VI, pp. 368, 371, 388).

## SECTION IV

## LE GRIEF FONDÉ SUR LA PUBLICATION DE CE QUE LA RÉPLIQUE APPELLE LE « COMMUNIQUÉ OFFICIEL ESPAGNOL DU 16 JUIN 1951 »

808. Le paragraphe 786 de la *Réplique* est un texte confus et complexe dont le but est de porter une accusation contre le Gouvernement espagnol en prenant pour prétexte le « Communiqué » du 16 juin 1951, ce qui permet également d'insinuer que les autorités judiciaires « qui allaient ordonner la vente » ont été influencées par ce que la *Réplique* appelle l'« attitude » de l'« autorité supérieure ».

Le Gouvernement belge utilise cette accusation « in extremis » pour rattacher les accusations groupées sous le titre: « Indices de la partialité des autorités judiciaires » au « grief global » dont parle ensuite la *Réplique*.

Le Gouvernement espagnol exposera sommairement quelques observations concernant le manque de fondement de ce grief.

809. Le Gouvernement demandeur, dans l'impossibilité où il se trouve d'attaquer avec sûreté la Déclaration conjointe du 11 juin 1951 dont les termes ne prêtent pas à discussion, s'en prend à ce qu'il appelle le « Communiqué » officiel du 16 du même mois <sup>1</sup>.

L'exactitude de l'information ne saurait être contestée. Il n'y a pas un seul paragraphe qui ne soit absolument vrai. Le ministre de l'Education, en tant que chargé de l'information, exposa en effet à la presse qu'au cours du Conseil des ministres, le ministre de l'Industrie et du Commerce avait rendu compte à ses collègues de la Déclaration conjointe du 11 juin ainsi que des éléments de fait et de droit constituant les *antécédents de l'affaire*.

810. Le Gouvernement demandeur critique le fait que dans ladite conférence de presse le ministre de l'Education a « passé sous silence ... la réserve dont les experts avaient accompagné leur justification » (R., V, N° 786, p. 578).

Il y a là une déformation des faits car le ministre de l'Education rendit compte non pas des rapports des experts mais de la Déclaration conjointe. Or, comme on le sait, il n'y avait aucune réserve dans cette Déclaration <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Voir le texte de la conférence de presse dans A.C.M., Chap. II, *Annexe N° 1*, Doc. 1, vol. VI, pp. 8 à 10.

<sup>2</sup> Il n'y a pas eu à proprement parler de réserve des experts britannique et canadien et ce que le Gouvernement belge voudrait faire passer pour une réserve n'est autre que la simple déclaration des experts « ex abundantia cautelae », de ce que leur avis était fondé sur les documents qu'ils avaient examinés et non pas sur tels autres qui pourraient éventuellement exister, dont il est prouvé qu'ils n'existent pas.

D'autre part, le Gouvernement belge ne doit pas ignorer que la publication des rapports des experts a été faite en vertu d'un accord en forme simplifiée conclu entre les gouvernements intéressés, accord qui porte une date postérieure à celle de la réunion du Conseil des ministres, ainsi qu'il ressort clairement de l'échange de notes entre le Gouvernement britannique et le Gouvernement espagnol, intervenu respectivement le 1<sup>er</sup> août et le 27 septembre 1951 (voir A.C.M., Chap. II, *Annexe N° 1*, doc. 16 et 18, vol. VI, pp. 87 et 89), c'est-à-dire trois mois après le « Communiqué » incriminé.

811. Ceci dit, le Gouvernement espagnol déclare expressément qu'il avait parfaitement le droit de rendre compte cinq jours plus tard de la teneur de la Déclaration conjointe du 11 juin 1951 et que bien entendu ce même droit lui permettait de faire savoir à la presse que le Conseil des ministres, lors de sa réunion, s'était occupé de ce texte.

*De plus, le Gouvernement espagnol avait l'obligation morale de faire savoir au pays combien était fautive la campagne de diffamation qui s'était déchaînée contre l'Etat espagnol à propos du traitement fait aux investissements étrangers.*

812. La publication de l'information concernant le Conseil des ministres que le Gouvernement belge baptise « Communiqué officiel du 16 juin 1951 » ne saurait donc ni par sa forme ni par son contenu — par ailleurs absolument conforme à la vérité — ni par l'utilisation qu'ont pu en faire les particuliers, ni pour quelque raison que ce soit, être considérée comme ayant constitué un acte illicite pouvant entraîner la responsabilité de l'Etat espagnol.

## CHAPITRE VI

## Le prétendu « grief global »

813. Le Gouvernement belge termine la seconde partie de sa *Réplique* par une section consacrée à ce qu'il appelle le « grief global ». Cette construction poursuit un double but : remédier au manque de base de chacun des griefs particuliers en les rassemblant dans un grief unique, comme si une somme de faits négatifs pouvait conduire à un résultat positif —, ramener au « déni de justice » un certain nombre de griefs considérés par la *Réplique* comme « connexes ».

Le « grief global » serait une intention illicite, — dépouiller la société *Barcelona Traction* de ses biens — à laquelle auraient participé à la fois les obligataires, les autorités administratives et les autorités judiciaires espagnoles. La *Duplique* a déjà rencontré à plusieurs reprises cette accusation. Elle a exposé dans son *Introduction* son origine et sa portée; elle a montré qu'en matière de devises l'attitude des autorités espagnoles avait été parfaitement correcte et comme l'avaient reconnu les experts de la Commission internationale d'enquête et l'Acte tripartite, entièrement justifiée au regard des faits (cf. Première Partie, Chap. I); elle a établi que l'attitude des obligataires avant et après la faillite n'avait été inspirée que de la défense de leurs droits légitimes<sup>1</sup> (*supra*, 1<sup>re</sup> partie, Chap. II, Sect. II).

Sans revenir sur les points de fait déjà exposés, le Gouvernement espagnol estime nécessaire pour rencontrer toute l'argumentation belge, de présenter deux groupes d'observations. Le premier porte sur une question de principe, d'ordre juridique: la thèse d'un « grief global » est-elle compatible avec les règles générales de la responsabilité internationale? Le second porte sur un ensemble de points particuliers, relatifs soit à des questions de fait, soit à une variante apportée à la formulation du « grief global ».

<sup>1</sup> Faut-il ajouter aux arguments ci-dessus exposés que si les obligataires avaient poursuivi une machination frauduleuse, le droit espagnol leur offrait le remède spécifique de l'article 1786 du Code de procédure civile qui accorde le recours en révision *inter alia* contre toute décision de justice obtenue par les « machinations frauduleuses ». L'omission de ce recours par les particuliers que le Gouvernement belge s'obstine à protéger est la démonstration la plus concluante de l'inexistence de la machination aujourd'hui invoquée.



## SECTION I

## LA QUESTION DE PRINCIPE

814. La thèse d'un « grief global » est-elle compatible avec les règles générales de la responsabilité internationale ?

Avant d'aborder d'une manière détaillée la discussion juridique, on peut rappeler que la manœuvre qui consiste à accumuler des accusations dépourvues de fondement, dans l'espoir que cette accumulation pourra produire un effet d'ensemble, a été utilisée dans d'autres réclamations internationales.

Dans l'*Affaire Ambatielos*, l'avocat du Gouvernement britannique a dû combattre ce qu'il décrivait comme « l'argument grec de l'ensemble » : « bien que chaque acte, pris individuellement, soit conforme au Droit international, on prétend que, pris dans leur ensemble, ils constituent une violation du Droit international... et ce que l'on demande à la Commission, c'est de considérer que cette accumulation d'actes constitue une violation du Droit international »<sup>1</sup>.

Dans l'*Affaire Martini*, l'arbitre italien, dans son opinion dissidente, a présenté le même argument du « grief d'ensemble » pour critiquer la sentence arbitrale qui avait entériné le dispositif de la sentence de la Cour de Caracas, pour l'un des motifs qui y étaient invoqués. L'arbitre italien estima que ses collègues « ne devaient pas examiner séparément chaque index, mais qu'ils devaient les considérer dans leur ensemble, d'autant plus qu'ils avaient déjà reconnu l'injustice évidente de quatre sur cinq griefs »<sup>2</sup>.

Le rejet du recours *Ambatielos*, et le refus du tribunal de condamner le Venezuela aux dommages et intérêts réclamés par l'Italie dans l'*Affaire Martini*, prouvent que la jurisprudence arbitrale répugne à accepter cet argument du « grief global », qui cherche à dissimuler l'absence d'une violation caractérisée du Droit international par l'effet ou l'impression que peuvent produire une série d'accusations groupées ou convergentes. D'après la jurisprudence arbitrale, chaque grief doit être analysé et pesé en lui-même, pour ses mérites intrinsèques, et un tribunal international ne peut prendre la grave décision de mettre en jeu la responsabilité d'un Etat que sur la base d'accusations qui, ainsi analysées, réunissent chacune toutes les conditions nécessaires pour entraîner une responsabilité internationale. On ne saurait remplacer cette analyse par une présentation tendancieuse des faits, telle que celle du Gouvernement demandeur.

815. Aussi le Gouvernement espagnol désire passer en revue ces conditions en montrant les obstacles qu'elles apportent à la thèse du grief global. Conformément aux

<sup>1</sup> INTERNATIONAL ARBITRATION TRIBUNAL, *Ambatielos Case*, Minutes of the 12th plenary sitting a.m. pp. 47 et 48. « The Greek totality argument ». « Although each act taken singly was in accordance with international law, taken in the aggregate they are said to constitute a violation of international law... and it is this aggregation of acts which the Commission is invited to view as constituting a violation of international law ».

<sup>2</sup> Rec. Sent. Arb. des N.U., vol. II, p. 1008.

principes bien établis du Droit international, un Etat ne peut être tenu pour responsable à l'égard d'un autre Etat qu'en raison d'un acte:

- 1<sup>o</sup> Violant le Droit international;
- 2<sup>o</sup> Imputable à un organe de l'Etat défendeur;
- 3<sup>o</sup> Qui ait entraîné;
- 4<sup>o</sup> Un dommage déterminé;
- 5<sup>o</sup> Portant atteinte aux droits de l'Etat demandeur ou de l'un de ses ressortissants.

Le Gouvernement belge, dans son empressement pour créer à partir du néant ce « grief » global, oublie ou feint d'ignorer la nécessité de chacun de ces éléments.

Ainsi, par exemple, le grief qu'il formule contre la justice espagnole sur le prix de vente des biens, ne remplit pas la troisième condition ci-dessus, à savoir le lien de causalité nécessaire entre l'acte de l'Etat et le dommage allégué. Si le prix obtenu aux enchères n'a pas été meilleur, ce ne fut pas en raison d'une décision de la justice espagnole, puisqu'il s'agissait d'une enchère au plus offrant. L'établissement d'un prix minimum, que l'on taxe de faible (bien que, comme on l'a vu, il ne le soit pas) n'est pas la cause déterminante de l'absence d'autres enchérisseurs; au contraire, l'expérience et le bon sens indiquent qu'un prix de base qui ne soit pas excessivement élevé, favorise la présentation d'offres et la surenchère entre les intéressés.

Un autre grief qui néglige l'élément de causalité, est celui qui concerne l'émission de titres, qui n'a eu ni conséquence ni répercussion dans la procédure de faillite.

Lorsqu'il sera traité de l'exception de défaut de *jus standi*, opposée par le Gouvernement espagnol (*infra*, Troisième Partie, Chap. II), il sera précisé comment le Gouvernement belge a omis de tenir compte du cinquième élément ci-dessus.

Il n'est pas davantage tenu compte de ce cinquième élément — lésion des droits de l'Etat demandeur ou de l'un de ses ressortissants — dans l'accusation d'usurpation de compétence canadienne formulée par la Belgique contre l'Espagne (*supra*, Nos 83 ss.) ou dans la tentative de tirer grief d'actes et décisions de justice pris à l'égard d'une société (*National Trust*) dont le caractère canadien n'est pas contesté.

En ce qui concerne le quatrième élément — existence d'un dommage déterminé — il fait également défaut, par exemple, dans l'une des accusations le plus souvent reprises par la *Réplique*: la vente des biens, et cela, nonobstant le fait que certains recours de la première section de la faillite se trouvaient en suspens. Le dommage n'aurait existé que si ces recours avaient été, en fin de compte, admis, et s'il avait été prouvé alors que l'opération de vente déjà réalisée était devenue irréparable. Mais les recours ayant été examinés au fond, et définitivement rejetés pour ce manque total de fondement qui apparaissait déjà au moment de leur présentation, cette décision, comme toute décision de justice, a des effets rétroactifs à la date de la présentation du recours, et c'est comme si celui-ci avait été rejeté de prime abord. Etant ainsi démontré pleinement le manque de fondement des recours pendants dans la première section, on ne saurait parler aujourd'hui d'un quelconque

dommage en raison de la réalisation de la vente en 1952, nonobstant le fait que ces recours aient été pendants. Le retard à statuer sur ces recours n'a pas davantage causé, par lui-même, un dommage quelconque à la société faillie.

Pour ce qui est du second élément ci-dessus, — acte imputable à un organe de l'Etat défendeur — le Gouvernement belge inclut dans l'exposition de son grief global des actes qui n'ont pas été commis par des organes de l'Etat espagnol et vis-à-vis desquels ce dernier n'est donc pas responsable. Il en est ainsi, notamment, du concert préalable imputé aux demandeurs à la faillite, acte par ailleurs parfaitement logique et dont le but était licite, puisqu'il s'agissait d'obtenir le paiement de ce qui était dû; il en est ainsi, également, des affirmations et documents présentés par les demandeurs dans leur « requête » du 9 février 1948, comme si un Etat pouvait être responsable du contenu des écrits et annexes que les plaideurs privés présentent devant ses tribunaux; finalement, les recours introduits par des personnes qui agissaient dans l'intérêt des créanciers (ou de la faillie), ou l'émission de titres réalisée extrajudiciairement par les syndicats de la faillie, élus par les créanciers.

Le Gouvernement belge ne tient pas davantage compte du premier élément — l'existence d'un acte de violation du Droit international — et tente d'imputer à l'Espagne une responsabilité sans actes illicites, précisément par le canal de cette thèse du « grief » global. Suivant cette doctrine, l'accumulation de ce que la *Réplique* appelle anomalies et contradictions devenues préjudiciables pour *Barcelona Traction*, pourrait constituer un *ersatz* d'acte illicite international, et entraîner de la sorte une responsabilité. Ainsi, même si l'Espagne était compétente pour déclarer en faillite *Barcelona Traction*; même s'il n'y a pas eu usurpation de compétence de juridiction canadienne; même s'il n'y a pas eu de retard déraisonnable dont les tribunaux espagnols seraient responsables; même si aucune des conditions d'une responsabilité internationale en raison du contenu des décisions judiciaires n'est remplie; même s'il existe une décision internationale qui justifie le refus de devises: de toute manière la réunion de tous ces éléments intrinsèquement licites n'engage pas moins, selon le gouvernement demandeur, la responsabilité internationale de l'Espagne. La *Réplique* déclare, reprenant les termes de la *Requête*, que « le caractère illicite, au regard du droit des gens, de l'ensemble des actes, mesures et omissions reprochés aux tribunaux espagnols, se manifeste d'une manière particulièrement évidente dans le résultat final auquel ils ont abouti » (R., V, par. 798).

Une telle thèse est évidemment insoutenable. Ce qui importe, ce n'est pas le résultat final en soi — l'acquisition par les créanciers des biens du failli —<sup>1</sup>, mais de savoir si l'on est parvenu à ce résultat en violant ou non le Droit international. Ainsi qu'on l'a dit dans la procédure *Ambatielos*, « ce qu'un tribunal international doit considérer, ce n'est pas le résultat, mais si la voie par laquelle on est parvenu à ce résultat a été régulière ou si elle a impliqué une incorrection »<sup>2</sup>.

816. Du fait des déficiences de cette argumentation, le Gouvernement belge se voit contraint d'ajouter à la thèse du « grief » global une notion qui ne trouve de précédent ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence internationale.

<sup>1</sup> La *Réplique* admet d'autre part (par. 1), car elle ne pouvait faire moins, qu'il ne manque pas de précédents en la matière.

<sup>2</sup> INTERNATIONAL ARBITRATION TRIBUNAL, *Ambatielos Case*, Minutes of the 12th plenary sitting, a.m. p. 104, « what an international tribunal has to look at is not so much the result, but whether the way in which the result was procured was regular, or whether it involved anything wrongful ».

Ce nouvel élément, que l'on a pris dans le Droit pénal de certains Etats et que l'on tente d'introduire dans le Droit international, repose sur la théorie du complot ou de la conspiration (*conspiracy*). Suivant cette théorie, il peut exister une série d'actes intrinsèquement licites, dont l'illicéité résulterait du but illégitime poursuivi et du concert préalable pour la réalisation de ce dessein. D'après la *Réplique*, ce qui ferait de tous les actes survenus en Espagne un acte internationalement illicite, ce serait qu'ils auraient été réalisés dans une intention et un but préconçus: ce que la *Réplique* appelle la « machination particulièrement complexe et astucieuse du groupe March » (R., par. 792, p. 583).

Or pareille théorie n'est pas admise par le Droit international, la responsabilité de l'Etat étant exclusivement fondée sur les actes et omissions imputables aux organes de l'Etat, et non sur les actes, omissions ou intentions des particuliers.

Cette doctrine a été rejetée d'une manière expresse et catégorique par la Commission des Réclamations entre les Etats-Unis et le Mexique, présidée par Van Vollenhoven, dans l'*Affaire Venable*. Dans cette affaire, où l'on invoquait également la responsabilité internationale d'un Etat du fait de certaines conséquences d'un jugement de faillite, il y avait aussi deux groupes d'intérêts particuliers opposés, les citoyens des Etats-Unis, Venable et Burrowes, qui, pour parvenir à leurs buts, avaient demandé, le premier un « receivership » au Texas, et le second une faillite au Mexique. La sentence arbitrale dit à ce sujet: « La Commission devrait écarter toute considération d'approbation ou de désapprobation de ce que l'un ou l'autre des citoyens américains a imaginé et réalisé, et simplement déterminer si Burrowes, dans l'exécution de ses plans, a induit les autorités mexicaines ou d'autres personnes agissant pour le compte du Mexique, à réaliser elles-mêmes des actes injustes à l'égard d'un citoyen américain ou même si ces autorités ont commis ces actes spontanément »<sup>1</sup>.

D'après cette décision qui se trouve d'ailleurs être en harmonie avec les principes de base en matière de responsabilité internationale, même s'il avait existé un dessein illicite chez un particulier lorsqu'il s'est adressé aux organes d'un Etat, le dessein ne suffirait pas à entacher d'illicéité les actes de l'Etat. La responsabilité de ce dernier n'est engagée que dans la mesure où les *propres organes* ont commis *eux-mêmes des actes illicites*.

---

<sup>1</sup> Rec. Sent. Arb. N.U., vol. IV, p. 222. « The Commission should eliminate all considerations of moral approbation or disapprobation of what either American citizen planned and did, and merely inquire whether Burrowes, in the course of execution of his scheme, induced Mexican authorities or others acting for Mexico to perform on their part acts resulting in injustice toward an American citizen, or even whether these authorities did so spontaneously ».

## SECTION II

## ASPECTS PARTICULIERS

817. Les principes étant ainsi définis, il ne serait pas nécessaire que le Gouvernement espagnol revienne sur le détail des affirmations particulières que le Gouvernement belge a cru pouvoir rattacher à sa conception du grief global. Il s'attachera donc seulement à trois points qui pour une raison ou pour une autre méritent encore quelques observations. Il s'agit en premier lieu de l'accusation de « complot » dirigée contre les autorités non judiciaires, spécialement en rapport avec l'Acte tripartite; en second lieu, de l'accusation de « complot » dirigée contre l'ensemble des autorités judiciaires; et en troisième lieu, de la tentative — il est vrai à peine esquissée — de donner une expression nouvelle au grief global sous la forme d'un détournement du but légal de la faillite.

*A. Le prétendu « complot » avec les autorités administratives.*

818. La *Réplique* affirme que des autorités administratives espagnoles, animées d'un esprit de « nationalisme exacerbé » ont agi de concert avec le groupe privé d'obligataires espagnols dans le but de favoriser le dessein qu'ils avaient de s'emparer de l'entreprise (cf., par exemple, R., V, pars. 792, 202, 361, 369, 778, 854). Le Gouvernement espagnol réitère sa plus ferme protestation contre cette accusation que porte le Gouvernement belge, sans apporter la moindre preuve et d'une manière absolument gratuite.

On a déjà analysé et réfuté les prétendues preuves invoquées par le Gouvernement demandeur à l'appui d'une semblable affirmation (1<sup>re</sup> Partie, Chap. II, Section II). Il est véritablement abusif de formuler contre les autorités d'un Gouvernement une telle accusation, et de prétendre la prouver essentiellement sur la base de déclarations faites par des particuliers dans leur correspondance privée (R., pars. 401, N<sup>os</sup> 3 et 4; 403, 404, 405, 408 et 409).

Si le Gouvernement espagnol avait vraiment eu l'intention qu'on lui prête d'« hispaniser » l'entreprise, des voies plus directes et moins sujettes à controverse et à difficultés que d'appuyer un groupe de particuliers luttant pour leurs droits sur le plan judiciaire étaient à sa disposition. Il n'aurait eu pour cela qu'à se prévaloir des infractions et des fraudes commises par le groupe de *Barcelona Traction* à l'égard des dispositions légales relatives à la nationalité espagnole de sociétés titulaires des concessions hydrauliques, ses dirigeants, etc. (cf. *supra*, 1<sup>re</sup> Partie, Chap. I, Sect. III).

Une telle procédure aurait été beaucoup plus facile que de monter le mécanisme complexe de la faillite, qui nécessitait, à en croire le Gouvernement belge, la complicité de pratiquement toute la magistrature espagnole.

819. L'un des éléments essentiels de ce « grief » global inventé par le Gouvernement belge, consiste dans la convergence vers un but commun d'actions et d'omissions pro-

venant d'origines diverses, c'est-à-dire des obligataires espagnols, des autorités administratives et des organes judiciaires.

Les actions fondamentales des autorités administratives auraient consisté, d'après le Gouvernement demandeur, dans le refus d'accorder des devises, puis, plus tard, dans le refus d'autoriser le Plan d'arrangement. Visant en particulier ces décisions administratives, le Gouvernement belge lui-même reconnaît que tous les griefs qu'il a présentés à la Cour internationale n'auraient pas « pu être réalisés sans le concours des autorités administratives » (M., I, par. 354, et dans le même sens, R., par. 317, dernier alinéa).

Il existe en particulier, pour ce qui est de l'un des éléments de cette trilogie — le refus des autorités administratives d'accorder les devises et le rejet du Plan d'arrangement — une décision définitive de caractère international — l'Acte tripartite —, qui justifie les actes du Gouvernement espagnol et qui, par conséquent, porte un coup décisif à la thèse du « grief » global, coupant à la racine l'un des trois éléments qui sont essentiels à la thèse belge.

Le Gouvernement demandeur ne s'incline pas, cependant, devant ce document international, formel et, persistant dans la tactique qu'il a déjà utilisée à propos de décisions de caractère judiciaire, il veut faire de l'Acte tripartite et de l'enquête des experts lui ayant servi de base, un nouveau « grief », qu'il décrit comme « le comble de l'astuce »: « A l'initiative du Gouvernement, le communiqué officiel relatif aux conclusions de la commission d'experts, créa l'état d'alarme qui servit de prétexte à la demande d'autorisation de vente » (R., par. 795).

Pour réfuter cette accusation belge, on examinera successivement: 1) les rapports entre l'enquête des experts et la vente des biens; 2) l'Acte tripartite et les parties qui sont intervenues dans le soi-disant complot, et 3) l'invocation de l'Acte tripartite devant les tribunaux.

#### 1) *Les rapports entre l'enquête des experts et la vente des biens.*

820. La *Réplique* s'obstine à faire remarquer que l'enquête de la Commission des experts et l'Acte tripartite ont constitué des éléments déterminants pour la décision de justice autorisant la vente. Elle prétend établir ainsi la preuve d'un « complot » entre des particuliers, les autorités administratives et la justice, destiné à faire passer en des mains espagnoles les biens de *Barcelona Traction*.

Cette accusation oblige à examiner le lien que l'on dit exister entre les rapports des experts et l'acte tripartite d'une part, l'autorisation de vente des biens, d'autre part.

Ce lien n'a pas, à vrai dire, été établi par les autorités judiciaires ou administratives espagnoles, mais par le Gouvernement canadien, protecteur de la société, dans la correspondance diplomatique.

Dans une note du 3 août 1950, le Gouvernement canadien demandait en effet au Gouvernement espagnol « s'il pouvait confirmer expressément qu'il n'autoriserait pas la vente ou le transfert desdites actions tant que dureraient l'enquête et l'élaboration du rapport de la Commission des experts » (A.C.M., Chap. IV, *Annexe 19*, vol. IX, p. 365).

Il est évident que le Gouvernement espagnol ne pouvait donner cette assurance, ni accepter le corollaire implicitement suggéré, étant donné l'indépendance qui existe et qui a toujours été maintenue entre les organes judiciaires et les autorités administratives. Tout ce que pouvait faire le Gouvernement espagnol, en présence de la communication du Gouvernement canadien, c'était de faire une conjecture, qui s'est révélée exacte, sur la durée des procédures judiciaires: « Sans sortir de la réserve imposée au Gouvernement quant aux actions judiciaires, et sans se prononcer, par conséquent, sur une matière qui se trouve hors de sa compétence, ce département considère que les craintes, dont la note à laquelle ce Ministère répond fait état, manquent de fondement, puisqu'étant donné les formalités exigées par le Code de procédure espagnole, il n'existe aucune possibilité à ce qu'une vente ou un transfert légal quelconque de biens inhérents à la faillite de la *Barcelona Traction* ait lieu pendant le période où la Commission d'experts doit normalement porter à terme son enquête et son rapport » (A.C.M., *Annexe 20*, Chap. IV, vol. IX, p. 366).

Ainsi, ce ne sont pas les autorités administratives ou judiciaires espagnoles qui ont établi un lien entre la réalisation de la vente et la présentation de leur rapport par les experts de la Commission internationale d'enquête. Au contraire, il s'est toujours agi, de l'avis du Gouvernement espagnol, de questions distinctes qui se sont présentées et se sont développées sur des plans totalement indépendants.

## 2. L'Acte tripartite et les parties qui sont intervenues dans le soi-disant « complot »

821. Les rapports présentés par les experts ont été étudiés pendant plusieurs mois par les Gouvernements du Royaume-Uni, du Canada et de l'Espagne, et les représentants de ces trois Gouvernements ont préparé et approuvé la déclaration conjointe ou Acte tripartite. Dans la rédaction de l'acte, la plus forte influence semble avoir été exercée par le représentant du Trésor britannique, M. Eggers, que le receiver Glassco appelle, dans l'un de ses rapports à la justice canadienne, « le grand prêtre de la Déclaration conjointe »<sup>1</sup>.

L'Acte tripartite, comme son nom l'indique, n'est pas l'œuvre du seul Gouvernement espagnol. C'est un acte international qui émane des trois Gouvernements, et dont les trois Gouvernements sont responsables au même titre de ses termes et de ses effets.

Malgré cela, le Gouvernement belge n'hésite pas à proclamer dans la *Réplique* que la déclaration conjointe a constitué un élément de plus dans le soi-disant plan destiné à servir les intérêts de M. Juan March. Il dit que « cette utilisation de l'expertise internationale pour servir les intérêts de March se manifesta... par une déclaration conjointe équivoque prétendant résumer les conclusions des experts » (R., V, par. 162). Et, dans le paragraphe 169, il dénonce « l'altération des conclusions des experts dans la déclaration conjointe ».

La *Réplique* affirme donc, catégoriquement, que la déclaration conjointe des Gouvernements du Royaume-Uni, du Canada et de l'Espagne, a été élaborée de manière équivoque pour « servir les intérêts du groupe March ».

<sup>1</sup> *Receivership*, f. 771 « the high priest of the three-power statement. »

Le « grief » global prend ainsi une ampleur telle qu'il déborde le cadre du présent litige international. Pour pouvoir répondre à une telle imputation, le Gouvernement espagnol devrait se voir adjoindre comme codéfendeurs les deux autres Etats compromis, et nécessairement liés dans cette soi-disant manœuvre.

Comme ils n'ont pas été appelés dans la procédure, le Gouvernement espagnol se considère dispensé de la nécessité de répondre à cette imputation sans précédent, dont le simple énoncé suffit à mettre en relief la témérité abusive de toute cette procédure judiciaire internationale.

Plus logique a été l'attitude du représentant du groupe de contrôle de *Barcelona Traction*. M. Lawson, lors de l'entrevue qu'il a eue, accompagné du receiver Glassco, avec M. Eggers et le sous-secrétaire du Trésor britannique, M. Herbert Brittain. M. Lawson y a accusé le Gouvernement britannique, en affirmant que « lorsque les trois puissances ont signé la déclaration, qui était inexacte et trompeuse, le Trésor avait commis une grave injustice à l'égard des investisseurs »<sup>1</sup>.

D'après le receiver, M. Eggers répondit: « Le Trésor est convaincu que la société n'a pas fourni les renseignements demandés par les Espagnols, et affirme aussi que, malgré les réserves contenues dans le rapport, les experts canadien et britannique en sont également convaincus »<sup>2</sup>. Et le Receiver d'ajouter que « l'attitude d'Eggers tout au long de l'entrevue, a été franchement hostile aux intérêts des actionnaires » et que « lorsque nous sommes partis, tant Lawson que Eggers étaient profondément énervés »<sup>3</sup>.

Le receiver fait enfin allusion à un article publié le lendemain dans le *Times*, manifestement inspiré par M. Lawson. Ce qui est dit dans cet article est plus logique que la position actuelle du Gouvernement belge, lorsqu'il veut rejeter sur le seul Etat espagnol la responsabilité de l'Acte tripartite. L'article déclarait que « le Gouvernement britannique a causé un grave dommage à la société, et a l'obligation de le réparer » (voir *Annexe Duplique N° 185*).

Cette information du *Times* de Londres a d'ailleurs provoqué une mise au point du ministère des Affaires étrangères britannique. D'après le porte-parole du Foreign Office « the statement of which the *Times* complains was made by the *three* Governments after consideration », « not only of the report of the British and Canadian accountants but also of the report supplied by the Spanish accountant, and of the supporting documents »<sup>4</sup>.

822. Il ressort clairement de ces faits que les Gouvernements britannique et canadien avaient analysé exhaustivement les conclusions des experts, et que même, en

<sup>1</sup> *Receivership*, f. 771 « in subscribing to the three-power statement, which was inaccurate and misleading, the Treasury had done a great injustice to these investors ».

<sup>2</sup> *Receivership*, f. 772 « The Treasury is convinced that the company did not supply the information requested by the Spaniards and also allege that regardless of the qualifications in the Report, the Canadian and English experts are similarly satisfied ».

<sup>3</sup> *Receivership*, f. 771 « Egger's ... attitude throughout was distinctly hostile to the equity interests ... Sir Herbert Brittain had to leave before the conversation ended and when we left both Lawson and Eggers were considerably upset ».

<sup>4</sup> « La déclaration dont se plaint le *Times* a été faite par les *trois* Gouvernements après examen », « non seulement du rapport des experts britannique et canadien, mais aussi du rapport fourni par l'expert espagnol, et des documents joints ». Les déclarations du porte-parole du Foreign Office sont publiées, notamment, dans le « *The Investor's Chronicle* » du 4 août 1951 (Les italiques ont été ajoutées). (Cf. *Annexe Duplique N° 186*).



débordant le cadre de ces conclusions, ils avaient constaté eux-mêmes, non seulement le bien-fondé du refus de devises, mais encore l'existence d'inadmissibles irrégularités de toutes sortes. Aussi désagréable que cela soit pour le Gouvernement belge, l'Acte tripartite démontre incontestablement que tant le Gouvernement espagnol que le Gouvernement canadien et le Gouvernement britannique, ont reconnu l'existence « d'irrégularités de toutes sortes constatées dans l'activité des sociétés ».

En effet, les représentants de la Grande-Bretagne et du Canada ont été avisés, sans faire à ce sujet ni réserves ni objections, « de la déclaration faite par le Ministre espagnol afin que, *au vu des irrégularités de toutes sortes* concernant l'économie et la législation espagnole, et constatées dans la conduite de ce groupe de sociétés, les procédures appropriées soient engagées, etc. ».

Lorsque, dans un acte de cette nature, un Etat annonce des mesures précises, et lorsque les autres Etats prennent note de cet avis, cela signifie que toutes les parties admettent que les données de base rendant possible une telle déclaration se trouvent réunies. Autrement, la formulation des réserves devient impérative.

Le Gouvernement belge se trompe lorsque, dans la *Réplique* (V, N° 170), il veut présenter cette partie de la déclaration comme une altération complète de la part du Gouvernement espagnol des « termes et le sens des propos contenus dans la déclaration conjointe ».

Il y a eu, à ce sujet, un assentiment tacite des Gouvernements de Grande-Bretagne et du Canada, comme l'a reconnu le conseil d'administration de *Barcelona Traction* lui-même dans un communiqué à la presse contemporaine des événements. Il y était dit que, dans l'Acte tripartite, le groupe de sociétés était déclaré coupable d'irrégularités de toutes sortes « avec l'assentiment tacite de l'ambassadeur de Grande-Bretagne »<sup>1</sup>, qui, comme on le sait, représentait en même temps le Canada. Le texte de la déclaration conjointe est catégorique à cet égard, quels que soient les efforts faits par le Gouvernement belge pour l'interpréter avec le même parti-pris et manque d'objectivité qu'il apporte à l'étude et au commentaire des décisions de justice espagnoles.

D'autre part, l'examen des rapports des experts met en évidence l'existence de ce cumul d'irrégularités. Les experts espagnols ont déjà souligné celles rapportées dans la première partie (cf. *supra*, Chap. II) et les experts canadien et britannique, de leur côté, ont admis les plus graves de ces irrégularités, telles que la fuite clandestine de devises; l'émission des bons d'*Ebro* à 50 % de leur valeur nominale; l'enregistrement mensonger de cet escompte en tant qu'investissement dans de nouveaux travaux de construction à Barcelone; l'acquisition, à un prix exorbitant, des actions de *Barcelonesa*, etc.

Malgré la portée limitée qu'ils ont donnée à leur mission, les experts britannique et canadien, implicitement, mais nettement, ont admis toutes ces irrégularités, en refusant de considérer ces opérations comme des investissements réels effectués en Espagne (A.C.M. N° I au Chap. II, doc. 10, vol. VI, par. 40, p. 60 du rapport des experts britannique et canadien), en les considérant comme des sorties de fonds (*ibid.*,

<sup>1</sup> A.C.M., Chap. I, *Annexe 1021*, vol. V, p. 456.

par. 14, p. 54), et en rejetant la part d'intérêts « au-delà de ceux relevés sur les livres d'Espagne » (A.C.M., Chap. II, vol. VI, *Annexe N° 1*, doc. N° 10, par. 39, p. 61).

On s'explique ainsi que, sur la base de ces rapports, et en raison de l'étude soignée de ceux-ci, les Gouvernements du Canada et de Grande-Bretagne aient conservé un silence significatif lorsque le ministre espagnol a parlé d'irrégularités de toutes sortes. Il est indubitable que le *Déclaration conjointe* va plus loin que le rapport des experts canadien et britannique et reconnaît, d'une manière plus expresse, les irrégularités commises par *Barcelona Traction*. Mais, ce n'est pas là une « déformation », dont le Gouvernement espagnol serait responsable, car on se trouve en présence de l'activité conjointe et indissociable des représentants des trois Etats, et d'un document qui résulte, comme le dit l'Acte tripartite lui-même, « des rapports élaborés par les experts et de la connaissance approfondie que ces rapports fournissent sur les activités du groupe de sociétés » (A.C.M., Chap. II, N° 1, doc. N° 1, vol. VI, p. 5).

### 3. L'invocation de l'Acte tripartite devant les tribunaux espagnols.

823. Le Gouvernement belge se plaint également de ce que les demandeurs à la faillite ont invoqué ces documents dans la procédure (R., par. 795, p. 585). De nouveau, dans cette construction du « grief global », le Gouvernement demandeur s'écarte des règles élémentaires du droit international en matière de responsabilité de l'Etat.

Il est évident que l'on ne peut rendre un Etat responsable des allégations ou des faits invoqués devant ses tribunaux par des particuliers. Il n'encourt pas davantage de responsabilité en raison des documents publics que ces plaideurs présentent ou invoquent à l'appui de leurs demandes. Comme le notait le Gouvernement espagnol dans la correspondance diplomatique, « une fois ce document rendu public, personne n'a pu éviter que les intéressés à cette procédure ne l'utilisent... La société faillie a eu la même liberté d'action pour réfuter de telles interprétations ». (A.C.M., *Annexe 1*, doc. 29 au Chap. II, vol. VI, p. 106).

Même si le contenu de l'Acte tripartite et l'appréciation catégorique qui y est faite sur l'existence d'irrégularités avaient exercé une certaine influence sur l'esprit des juges, cela ne saurait davantage justifier la formulation d'un grief sur le plan international.

Il n'est guère raisonnable de prétendre qu'il y a eu une violation du droit international parce qu'un juge a pu être influencé par une déclaration émanant de trois Gouvernements, sur la base et à la lumière d'une enquête minutieuse effectuée par des experts composant une Commission internationale d'enquête, surtout lorsque, dans cette déclaration internationale, un Gouvernement affirme, et lorsque les deux autres l'acceptent tacitement, l'existence d'irrégularités de toutes sortes dans les activités d'une société.

### B. Le prétendu « complot » avec autorités judiciaires

824. De toutes les accusations belges, celle d'un complot des autorités judiciaires est la plus grave et la plus singulière. Au début, cette accusation était fondamentalement

insinuée contre le juge qui a déclaré la faillite, mais au fur et à mesure que les décisions de celui-ci ont été maintenues, confirmées et même développées, tant par les juges spéciaux successifs que par les Cours d'appel, le Gouvernement belge s'est vu contraint d'embrasser dans son accusation des échelons chaque fois plus élevés de la Justice espagnole et d'arriver ainsi à les impliquer dans le cadre d'une vaste conjuration destinée à servir les intérêts d'un particulier espagnol.

C'est ainsi, d'après le Gouvernement belge, qu'interviennent dans le complot les quatre juges spéciaux et tous les magistrats de la chambre civile de la Cour de Barcelone ayant émis une appréciation favorable aux différentes décisions attaquées dans le *Mémoire*. Il faudrait peut-être aussi y ajouter les magistrats de la Cour de Madrid, qui ont rejeté en 1954 la demande de *Sidro*, et approuvé les décisions des tribunaux de Catalogne.

Il serait beaucoup plus simple de reconnaître honnêtement que le but normal, le cours logique de toute procédure de faillite, consiste à parvenir, premièrement au dessaisissement, puis à la vente, à moins que n'intervienne le concordat; et que, comme l'indiquait la Cour de Madrid, le devoir des juges est de stimuler ce mécanisme, surtout lorsqu'ils estiment qu'intervient la circonstance (aujourd'hui reconnue) que le débiteur fait obstacle à la vente et qu'il s'agit d'un failli qui a commis « toutes sortes d'irrégularités ». Le Gouvernement belge, cependant, ferme les yeux sur cette explication claire et simple. La procédure internationale a été déclenchée et il ne lui est plus désormais possible de soutenir qu'elle l'a été d'une manière téméraire et abusive. Il lui faut donc s'accrocher à la théorie du « complot », même si le nombre des autorités impliquées est toujours plus grand et d'un niveau de plus en plus élevé.

Les limites de l'absurde ont été dépassées dans la *Réplique*. Sur le plan administratif, elle y met en cause non seulement l'administration et le Gouvernement espagnols, mais aussi, comme on l'a vu, le ministère du Trésor britannique et les Gouvernements de Grande-Bretagne et du Canada eux-mêmes.

Sur le plan judiciaire, la *Réplique* n'hésite pas à mettre en cause le Tribunal Suprême d'Espagne, l'accusant de « pharisaïsme » (R., V, par. 672) et de « monstrueuse pétition de principe » (R., pars. 672 et 675).

Est-il possible d'affirmer sérieusement que tout un système judiciaire, depuis le juge de Reus jusqu'au Tribunal Suprême, n'a fait que servir les intérêts d'un particulier ?

Il est invraisemblable, et c'est un défi au bon sens, de soutenir que, dans une procédure judiciaire dans laquelle sont intervenues de très nombreuses décisions, tous les juges et tous les magistrats ont obéi à un seul homme et à une seule idée, et de prétendre que depuis la première décision, et même depuis le refus des devises, tout avait été combiné, pesé et organisé exactement pas à pas.

825. L'absurdité de la thèse du complot des autorités judiciaires est montrée également par une autre considération, à laquelle on a du reste déjà eu l'occasion de faire allusion.

La *Réplique* relève, on le sait, comme une des preuves de ce soi-disant « complot » entre les autorités administratives, judiciaires et les intérêts privés, le fait que l'on ait procédé à la vente bien que certains recours aient été encore pendants.

Or, précisément le fait que l'on ait réalisé la vente dans ces circonstances prouve qu'il n'existait aucun « complot » avec les autorités administratives et judiciaires pour transférer les biens de *Barcelona Traction* au groupe des obligataires espagnols. Si cette conspiration avait existé, on n'aurait pas eu besoin de maintenir ces recours en suspens, pour ne les rejeter que postérieurement : on aurait trouvé des moyens expéditifs pour trancher le débat de procédure dès la première section, et pour examiner et rejeter, au fond, tant le déclina-toire que les recours de *Barcelona Traction*.

### C. Le détournement du but légal de la faillite

826. Dans deux passages de la *Réplique*, le Gouvernement belge esquivé — semble-t-il — une nouvelle présentation juridique de l'inconsistante théorie du « grief global ». Il s'agirait — semble-t-il — d'un vice qui viendrait frapper l'ensemble de l'institution de la faillite par détournement de son but légal.

La *Réplique* soutient en effet qu'

« en détournant... la procédure de la faillite de sa fonction normale, les juges espagnols se sont rendus coupables d'un véritable *abus de pouvoir*, car, sous le vêtement juridique de la faillite, les mesures qu'ils prenaient n'avaient, ne pouvaient avoir et n'ont eu d'autre effet que de servir les intérêts d'un particulier espagnol... » (R., N° 798).

Dans un autre passage de la *Réplique*, le Gouvernement belge précise que son « grief fondamental » a été que « la procédure de faillite a été, avec la complicité des tribunaux espagnols, complètement détournée du but légal que la loi assigne à cette institution, pour se transformer en un simple instrument au service des intérêts de Juan March » (R., N° 770, *in fine*).

827. Le Gouvernement espagnol fait d'abord remarquer que la notion de détournement de pouvoir n'est pas consacrée par le droit international comme elle l'est par divers droits nationaux : le juge Badawi a clairement marqué les limites de cette théorie<sup>1</sup>, et il est significatif que dans son Chapitre consacré aux « Principes de droit international applicables en la matière » la *Réplique* n'ait pas fait le moindre effort pour tenter de justifier l'utilisation qu'elle fera plus loin de cette notion en matière de responsabilité internationale du fait des actes des organes judiciaires.

828. Mais la véritable faiblesse de l'accusation de détournement du but légal de la procédure de faillite se trouve dans les faits eux-mêmes car dans le cas d'espèce il n'y a pas eu le moindre détournement de la fin poursuivie par toute législation concernant les faillites.

Bien au contraire, la faillite de *Barcelona Traction*, dans laquelle tous les créanciers ont perçu l'intégralité de leurs créances, constitue un exemple de réalisation complète du but essentiel de la législation en la matière, qui est de parvenir à ce que les créanciers puissent être remboursés sur les biens du failli.

Dans ce cas particulier on se trouvait devant certaines difficultés pour la réalisation du but légal de la faillite, causées par le montant très élevé des obligations impayées et émises publiquement dans plusieurs pays.

<sup>1</sup> C.I.J., *Jugements du Tribunal administratif de l'O.I.T. sur requêtes contre l'UNESCO*, Avis consultatif du 23 octobre 1956, *Recueil* 1956, pp. 132-133.

Les tribunaux espagnols ont cependant atteint ce but légal en suivant des procédures équivalentes à celles d'autres Etats, où l'on a dû procéder également à la liquidation judiciaire d'entreprises en difficulté ayant une dette obligataire très élevée. Ces procédures, qui sont chose courante, se révèlent indispensables dans les ventes judiciaires mettant un terme à des faillites ou « receivership » comportant un gros passif obligataire. Il en a été souvent ainsi aux Etats-Unis, lorsqu'il s'agissait d'entreprises ferroviaires qui avaient un passif en obligations s'élevant, comme celui de *Barcelona Traction*, à de nombreux millions.

Dans les cas de ce genre, naturellement, il se crée, ainsi qu'il arriva dans le cas de *Barcelona Traction*, des groupes de créanciers obligataires qui, pour défendre leurs investissements, coordonnent leur action et, en échange de leurs créances, acquièrent au cours de la vente judiciaire la totalité de la société faillie et continuent à exploiter l'entreprise en lui conférant une nouvelle personnalité juridique. Un tel groupe de créanciers « au lieu de payer entièrement en argent liquide, et recevoir ensuite la restitution de la fraction de cet argent représentée par les obligations », se servent de leurs obligations pour acquitter le prix de la vente et ne complètent avec de l'argent liquide que « la fraction qu'il y a lieu de verser aux autres obligataires », lesquels ne font pas partie du groupe ainsi que les frais judiciaires de la vente (voir ci-avant Partie II, Chap. IV, N<sup>os</sup> 762 ss.).

L'acceptation par les tribunaux des Etats-Unis de cette façon d'agir, qui ressemble étroitement à celle qui fut appliquée par les tribunaux espagnols dans le cas de *Barcelona Traction*, a seule permis de mener à bien des ventes judiciaires portant sur de grandes entreprises qui se trouvaient en « receivership » ou en faillite. Faute d'agir ainsi, lorsqu'il est question de « grandes entreprises ferroviaires, industrielles et d'énergie électrique, la vente forcée des biens du débiteur, à condition qu'il puisse se trouver des acheteurs disposant d'argent en liquide en quantité suffisante, ne pourrait s'effectuer qu'à des prix si bas qu'ils en seraient désastreux »<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> *Securities and Exchange Commission. « Report on the study and investigation of the work, activities, personnel and functions of Protective and Reorganization Committee ». « A forced sale of the debtor's property in such cases, though it would accomplish liquidation, if any cash buyers at all could be found, would do so only at ruinously low prices. » (Sec. Report, Partie VIII, p. 37.) A cet égard, un exemple significatif a été la faillite de la « Kreuger and Toli Co. ». Dans ce cas, les biens qui étaient des actions et d'autres valeurs déposées en garantie, furent vendus aux enchères publiques et acquis pour la plupart par la « Kreutoll Realization Company », société qui s'était constituée au Canada par l'action des deux groupes existants de créanciers, et dont les conseils juridiques étaient MM. Foster Dulles et Untermyer, avocats de New York. Cette société se constitua spécialement pour acquérir les biens de la vente aux enchères. Le prix des enchères fut de \$9.418.041 ; la somme versée en argent liquide s'éleva seulement à \$633.944, le reliquat étant payé par présentation des obligations que possédaient les acquéreurs. Rapport cité, Partie I, pp. 809 à 837.*

## SECTION III

OBSERVATIONS FINALES: LA CAUSE RÉELLE DES MÉCOMPTE  
DE LA *BARCELONA TRACTION*: LA « MACHINATION » COMPLEXE  
ET ASTUCIEUSE DE SES DIRIGEANTS ET SA MISE EN ÉCHEC  
PAR LA JUSTICE ESPAGNOLE

829. S'il n'y a jamais eu de la part des obligataires espagnols ou de la part des autorités administratives et judiciaires d'Espagne le « complot » ou la conspiration dénoncés par le Gouvernement belge, il a cependant existé effectivement une « machination complexe et astucieuse », mais c'est celle qui a été conçue et organisée par les dirigeants de *Barcelona Traction* elle-même.

Cette « machination » avait pour but de maintenir les créanciers obligataires dans l'impossibilité de parvenir au recouvrement effectif de leurs créances ou à l'exécution des garanties, qui les assortissaient afin qu'ils en arrivent, découragés par des actions judiciaires inutilement engagées, à des ententes qui assureraient aux actionnaires et aux dirigeants des avantages comparables à ceux prévus par le Plan d'arrangement.

La « machination » comprenait deux phases. La première, qui devait se dérouler au Canada, consistant à demander — lorsque la pression exercée par les créanciers deviendrait intenable — une « receivership » en comptant pour cela sur l'appui inconditionnel du « trustee » des obligations, la *National Trust*.

Mais les dirigeants de la société ne pouvaient manquer de prévoir la possibilité que les créanciers prennent des mesures judiciaires en Espagne, voire une demande de faillite, puisque c'était là que se trouvaient les actifs réels de l'entreprise. Dans cette éventualité, ils ont pris certaines mesures et certaines précautions dans lesquelles ils avaient confiance pour neutraliser les effets de cette faillite. Persuadés de l'efficacité de ces mesures de neutralisation, les dirigeants de *Barcelona Traction*, même s'ils n'en sont pas venus à souhaiter la déclaration de faillite en Espagne, l'envisageaient au moins avec sérénité, car ils croyaient pouvoir en retirer certains avantages.

La solution élaborée apparaissait en effet, comme théoriquement parfaite pour le débiteur. On déclarait *Barcelona Traction* en faillite en Espagne, là où, suivant la thèse officielle de la société et du Gouvernement belge, la société n'avait pas de biens. En même temps, on la mettait en état de « receivership » au Canada, là où il n'était pas possible d'exécuter les garanties hypothécaires ou autres, car les actifs grevés se trouvaient en Espagne. La seule solution qui restait aux obligataires était d'en venir à des arrangements de remise partielle de leurs créances du genre de ceux proposés dans le Plan d'arrangement.

À la lumière des considérations qui précèdent, on examinera les points suivants:

— La « receivership » prévue au Canada, ses caractéristiques et ses effets paralysants.

- L'éventualité de la faillite en Espagne et le plan conçu pour y faire face;
- La conduite suivie par l'entreprise après la déclaration de faillite en exécution du plan préconçu à savoir:
  - La non-comparution de *Barcelona Traction* pour s'opposer à la déclaration de faillite;
  - La comparution d'*Ebro* (et autres filiales) pour revendiquer leurs actifs;
  - Les recours des dirigeants des filiales.

A. La « receivership » prévue au Canada, ses caractéristiques et ses effets paralysants

830. Ainsi qu'il ressort des documents présentés à la Cour et des écrits du Gouvernement belge lui-même, l'intention et le désir des dirigeants de *Barcelona Traction* étaient d'obtenir une « receivership » au Canada. Dans sa note du 7 décembre 1946 au Ministre Suanzes, le Président de *Barcelona Traction*, M. Spéciael, signalait que, dans le cas de refus du Gouvernement espagnol de financer le Plan d'arrangement, « il en résulterait pour notre entreprise une crise extrêmement grave », et il envisageait la possibilité qu'« une entreprise de l'envergure de la *Barcelona Traction* devait, à la suite de l'échec du *Plan of Compromise*, tomber aux mains d'un receiver pour être tôt ou tard livrée aux enchères publiques après qu'il ait fait quelles longues difficultés » (A.C.M., Chap. II, *Annexe N° 6*, Doc. n° 2, vol. VI, p. 331-2).

La *Réplique* (V, p. 353, note 3) explique la portée de cette expression du Président de *Barcelona Traction*: « Celui-ci n'envisageait nullement que la cessation de paiement pût engendrer la faillite en Espagne, mais uniquement que le refus des autorités espagnoles d'approuver le plan d'arrangement pourrait justifier le « trustee » à demander la désignation d'un receiver au Canada ».

La position du trustee en faveur de la juridiction canadienne résulte clairement de la réponse reçue par M. López Oliván lors de son infructueuse mission (cf. *Annexe Duplique N° 187*).

Cette *Receivership* au Canada serait naturellement du genre de celles obtenues antérieurement par la société en 1914 au Canada et en Angleterre: c'est-à-dire, ce que l'on appelle une « friendly *Receivership* ».

La caractéristique de ces procédures judiciaires, également dénommées « nursing receiverships », est que la société en état de cessation de paiements arrange elle-même avec un créancier complaisant la présentation par celui-ci d'une instance judiciaire en demandant que la société soit placée sous receivership.

Dans ce but, ceux qui président aux affaires de la société demandent, par le canal de ce créancier complaisant, les mesures que le débiteur lui-même désire voir prises et exécutées par un « receiver » dévoué, dont le nom est proposé ou suggéré au juge.

La conséquence est que l'affaire poursuit son activité normale, que son administration reste entre des mains sûres, et en même temps que l'on obtient la couverture d'un tribunal, en évitant des exécutions par les autres créanciers.

Cela peut très bien être un moyen d'assurer le contrôle complet des procédures par l'administration de l'entreprise en difficulté elle-même <sup>1</sup>.

La Cour Suprême des États-Unis signalait déjà en 1932 « les abus qui peuvent découler de receiverships amiables qui déjouent la procédure normale d'administration dans la faillite, et permettent qu'une affaire en difficulté puisse continuer tandis que les créanciers sont tenus à l'écart » <sup>2</sup>.

831. Les trois *Receiverships* obtenues par *Barcelona Traction* dans sa vie financière si hasardeuse, répondent parfaitement à cette description, comme cela résulte des données fournies au Chapitre IV du *Contre-Mémoire*, pars. 219 à 222 et des annexes qui y sont mentionnées.

On peut ajouter à ces données quelques précisions. Les deux *Receiverships* de 1914 ont été déclarées simultanément au Canada et en Angleterre. Celle du Canada a été demandée le 23 décembre, 1914 par la *National Trust*, qui a suggéré comme *Receivers* conjoints MM. Clarkson, Robert Howe Smith et le Dr F. S. Pearson, Président et fondateur de la société.

La *Receivership* en Angleterre a été demandée également le 23 décembre 1914 par M. Mackenzie, créancier dévoué de la société, (cf. A.C.M., Chap. IV, vol. IX, *Annexes 24 et 28*, pp. 372 et 377) et le Président de la société a immédiatement comparu pour faire droit à la désignation du Receiver désigné. Le même jour, le Tribunal déclarait l'entreprise en état de « Receivership » et désignait le « friendly receiver », à savoir M. Mc Auliffe, principal associé de la firme d'« auditors » de *Barcelona Traction* et d'*Ebro*, dont le nom de toute évidence avait été proposé au Juge « in camera » par la société ou par le créancier demandeur (A.C.M., Chap. IV, vol. IX, *Annexe 25*, p. 373). Dans les procédures en Angleterre, a comparu également un autre créancier, Miss Janetta Byrne, qui a dénoncé les liens existants et le fait que « cette action avait été introduite par le demandeur sur les instances de, et en collusion avec, les directeurs de la société défenderesse et le trustee » : « tant cette action que les procédures au Canada ont été engagées dans le but d'empêcher toute action par un obligataire indépendant, et d'empêcher l'enquête à laquelle il aurait dû être procédé dans les affaires du défendeur » <sup>3</sup>.

Dans la *Receivership* du Canada de 1948, ont été également désignées comme « receivers » des personnes rattachées à la société: la première de ces personnes a été M. Clarkson lui-même, déjà nommé en 1914. Il s'agissait d'associés de la firme d'auditors d'*International Utilities*, qui avaient également été désignés comme « auditors » de la même *Barcelona Traction* peu avant la demande de la *Receivership* (*Receivership* f. 409). Même en tenant pour vrai le fait allégué qu'« ils n'avaient pas commencé à agir en cette qualité » (A.C.M., vol. V, *Annexe 1013*, p. 423) et qu'« ils se démièrent de leurs fonctions d'auditeurs avant leur nomination » (*Receivership* f. 409), ceci ne suffit pas à détruire les relations et les liens existants. Cela explique que le Comité des obligataires *Prior Lien* ait télégraphié au *National Trust* pour lui faire savoir que la nomination « ne serait ni adé-

<sup>1</sup> Cf. *Annexe Duplique N° 188* pour une description plus détaillée de ces *Receiverships*.

<sup>2</sup> « This court has had occasion to point out the abuses that can arise from friendly receiverships forestalling the normal process of administration in bankruptcy and enabling a tottering business to continue while creditors are held at bay » *Michigan v. Michigan Trust Co*, 286 U.S. 334, 345 (1932).

<sup>3</sup> « This action was instituted by the Plaintiff at the request of and in collusion with the Directors of the Defendant Company and the Trustee Company » ; « this action and the proceedings in Canada were instituted for the purpose of forestalling any action by an independent bondholder and to prevent the investigation that would be made into the affairs of the Defendant » (*Annexe Duplique, N° 189*).



quate, ni indépendante, même si la désignation de sa firme en tant qu'auditeurs de la Société devenait sans effet et était maintenant annulée »<sup>1</sup>. Il était dit d'autre part que cette dépêche télégraphique devait être portée à la connaissance de la Cour, ce qui fut fait. Elle figure par ailleurs dans la procédure.

832. Une caractéristique commune de ces trois *Receiverships* fut qu'aucune d'elles ne pouvait conduire à la vente des biens qui constituaient la garantie définitive des obligations impayées, ni davantage à l'exécution des hypothèques qui donnaient lieu aux obligations *First Mortgage*.

Parmi les documents de la faillie, on a trouvé des rapports de l'avocat canadien, Geo F. Shepley, qui datent du 5 janvier 1915 (soit peu de jours après la première *Receiver-ship*), dans lesquelles cet avocat disait : « il faut s'adresser aux tribunaux d'Espagne pour l'exécution de l'hypothèque subsidiaire de la Société *Ebro*. Tout d'abord, le contrat d'hypothèque a été fait dans ce pays. Deuxièmement, toute la propriété visée par le contrat s'y trouve située. Troisièmement [...] les parties, par la clause six de l'acte lui-même, ont expressément prévu la ville de Barcelone comme a) le lieu d'exécution du contrat; b) le lieu pour toutes notifications et toutes procédures nécessaires »<sup>2</sup>.

La conclusion à laquelle parvient ce rapport est évidente. Mais il importe de signaler que déjà dès le début de 1915, *Barcelona Traction* et la *National Trust* avaient été conseillées de façon telle qu'elles savaient que les mesures d'exécution, qui auraient permis d'assurer aux créanciers obligataires de toucher le montant effectif de leurs créances ne pouvaient être effectuées qu'en Espagne. Le Gouvernement belge lui-même reconnaît dans le *Mémoire* (par. 50) « l'évidence que ces gages étaient dépourvus de valeur », s'ils n'étaient pas possible de contrôler matériellement les installations des sociétés d'exploitation.

A ces difficultés pratiques pour la « réalisation du gage », venait s'ajouter l'appui inconditionnel fourni au débiteur par la *National Trust*, aggravé par la suggestion implicite contenue dans la réponse que l'on avait donnée à la mission López Oliván, en ce sens que l'on opposerait les droits de l'émission *First Mortgage* contre les *Prior Lien*, afin que toute tentative d'exécution au Canada dure au moins dix ans<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> « Committee repeats that proposed appointment of Mr. Clarkson as receiver would not be suitable independent appointment even if his firms appointment as auditors of company is inoperative and is now to be cancelled » (*Receivership* fs. 56-57).

<sup>2</sup> *Annexe Duplique N° 190* : resort must be had to the Courts of Spain, for the enforcement of the *Ebro Company's* subsidiary mortgage. In the first place, the contract (mortgage) was made there. In the second place, the whole of the property to which the contract relates is situated there. In the third place [...] the parties, by the sixth clause of the deed itself, expressly designated the City of Barcelona as (a) the place of the fulfilment of the contract; (b) the place for all necessary notifications and procedures ».

<sup>3</sup> Cf. A.D. N° 187, vol. III, pp. 437 et 438 : A en juger par l'attitude prise de concert par le premier *Receiver*, la *National Trust* et *Barcelona Traction* à l'égard du « trustee » des obligations en pesetas, la Westminster Bank, cette opposition pouvait être très efficace par ses effets dilatoires. D'après les documents de la *Receivership*, le *Receiver*, s'appuyant sur l'opinion des conseils de la *National Trust*, s'est opposé à la vente des obligations *First Mortgage* déposées en garantie à la Westminster Bank, bien que ses conseils britanniques lui aient indiqué qu'« il n'existait aucune procédure valable pour paralyser ou même retarder la vente par la Westminster Bank » (f. 113). Le *Receiver*, cependant, a soumis son action « à l'approbation du conseil juridique de la *National Trust* » (f. 202) et s'y est opposé en se fondant sur ce que ledit conseil « avait des doutes au sujet du droit de la Westminster Bank de vendre ou réaliser son gage » et « sur les compétences juridictionnelles respectives des tribunaux canadiens et britanniques » (f. 203). Cette opposition, qui a entraîné des manœuvres critiquables pour écarter la compétence juridictionnelle britannique (fs 202, 204, 207, 208, 222, 223, 224), se fondait sur des objections qui manquaient de fondement sérieux et s'inspirait d'un but purement dilatoire. La preuve en est que le Juge Schroeder s'est vu dans l'obligation d'ordonner la remise des obligations (fs 592 et ss.) et que la Cour Suprême a rejeté la demande d'appel de *Barcelona Traction* (f. 759). C'est au prix d'un litige onéreux, sans aucun motif (et dont on entend maintenant faire supporter le poids au Gouvernement espagnol) que l'on est parvenu cependant à différer de deux ans la remise des obligations.

Quelle est alors la raison pour laquelle *Barcelona Traction*, et à présent le Gouvernement belge, soutiennent et affirment dans ce cas la compétence juridictionnelle canadienne ?

On s'attendait à ce que, du fait de l'impossibilité d'en exécuter les garanties, et en raison des retards et des frustrations propres à une « nursing receivership », les créanciers, qui ne pouvaient parvenir à aucun résultat utile, finiraient par accepter, comme dans des occasions précédentes, des arrangements dont le poids serait à nouveau porté par l'obligataire au bénéfice de l'actionnaire et, surtout, du groupe dirigeant.

B. *L'éventualité de la faillite en Espagne et le plan conçu pour y faire face*

833. Les dirigeants de *Barcelona Traction* ont naturellement envisagé la possibilité que les créanciers obligataires prennent en Espagne des mesures pour la défense de leurs créances impayées et, en particulier, qu'ils formulent une demande de mise en faillite.

Le Gouvernement espagnol, sur le vu des documents émanant de l'entreprise elle-même, doit conclure que le plan des dirigeants de *Barcelona Traction* en présence de cette éventualité n'était ni d'éviter la faillite de *Barcelona Traction* en Espagne, ni de s'y opposer mais, si la faillite était prononcée, d'en dissocier les sociétés d'exploitation, et, notamment *Ebro*. Le plan consistait à permettre que la faillite suive son cours en ce qui concerne *Barcelona Traction*, mais à obtenir que les biens d'*Ebro* (et des autres filiales) ne rentrent pas dans la masse de cette faillite. De cette manière, en vidant l'entreprise faillie de son contenu économique, on parviendrait au but poursuivi et atteint avec succès dans toutes les occasions précédentes: décourager les obligataires, afin qu'ils acceptent n'importe quel arrangement diminuant leurs créances. L'entente avec les créanciers pouvait même être rendue plus facile moyennant une déclaration de faillite dûment « stérilisée », et l'on écartait ainsi la nécessité d'obtenir une autorisation administrative telle que celle requise pour le Plan d'arrangement, qui supposait l'analyse préalable de la comptabilité de *Ebro* et la justification de la réalité des dettes dénoncées.

La faillite, considérée sous cet angle, et soigneusement coordonnée avec la *Receivership* au Canada, aurait permis la réorganisation de l'entreprise, tout en préservant le contrôle du groupe dominant, et en purgeant cette dernière des vices et irrégularités entachant sa structure.

834. Pour la réalisation de ce dessein, toutes les précautions jugées nécessaires avaient été prises.

La première, conçue pour empêcher que les filiales ne rentrent dans la masse de la faillite, a consisté à transférer en 1947 au Canada tous les titres-actions de ces filiales qui n'y étaient pas encore. Il existe à ce sujet un télégramme très significatif, que le Gouvernement belge joint comme *Annexe 106* de la *Réplique* (appendice 3, doc. I, vol. II, p. 547) dans lequel le Conseil juridique britannique, qui assistait l'entreprise depuis Londres, M. McMurtry, avise le bureau de Barcelone le 7 mars 1947 que tous les titres-actions des sociétés subsidiaires « sont maintenant à Toronto » (« All shares are now in Toronto »).

La *Réplique* confirme ce dessein lorsqu'elle affirme que « les actions des sociétés auxiliaires appartenant à *Barcelona Traction* se trouvaient hors d'Espagne, à l'abri des saisies » (R., par. 794).

Cette séparation entre les actifs matériels et les papiers ou documents qui les représentaient, créait, de l'avis des dirigeants de *Barcelona Traction* et leurs conseils, une situation qui mettait les sociétés d'exploitation à l'abri de mesures d'exécution. Cette même croyance est partagée par le Gouvernement belge, qui se vante dans la *Réplique* (par. 792) que les sociétés auxiliaires « étaient pratiquement invulnérables ». Suivant cette thèse rudimentaire et simpliste, elles ne pouvaient pas être attaquées en Espagne dans la faillite de *Barcelona Traction*, car les documents et papiers représentatifs de leurs droits ne s'y trouvaient pas; et on ne pourrait davantage rien faire contre elles au Canada, puisque les biens et leurs actifs matériels de l'exploitation se trouvaient en Espagne, hors de la juridiction des tribunaux d'Ontario.

Un deuxième élément décisif de ce plan était la conviction acquise par les dirigeants de *Barcelona Traction* et les conseils juridiques MM. McMurtry et Strang, que la justice espagnole, pour prononcer la faillite et pour pouvoir atteindre les documents et papiers précautionneusement exportés au Canada, devrait nécessairement recourir à une commission rogatoire, que la Justice canadienne pourrait se refuser d'exécuter en affirmant la priorité de la *Receivership au Canada*. A une certaine occasion, M. Strang écrivait d'Espagne à M. McMurtry au sujet d'une réclamation contre *Barcelona Traction*, les mots suivants: « comme *Barcelona Traction* n'a pas d'agent ou de représentant en Espagne, la notification d'une requête, si elle se présente, doit se faire par la voie diplomatique. Cela, je crois, est très bien compris par les autorités et c'est l'un des principaux obstacles pour la poursuite de la réclamation »<sup>1</sup>.

L'existence de ce plan préconçu pour faire face à l'éventualité d'une faillite espagnole est également confirmé par une lettre adressée par le même conseil juridique anglais établi à Barcelone, M. Strang, à son chef, M. McMurtry. Dans cette lettre, M. Strang rapporte ses discussions avec l'avocat de l'entreprise à Madrid, M. Tornos, lequel, lors du projet de demande de devises, voulait lier cette demande au paiement des obligataires de *Barcelona Traction*.

L'argument de M. Tornos était que « si l'on ne paye pas l'intérêt des bons en pesetas de *Barcelona Traction*, il pourrait s'ensuivre une situation extrêmement dangereuse » (« if the interest on the *Barcelona Traction* peseta bonds were not paid, an extremely dangerous situation might arise »), (A.C.M., Chap. II, vol. VI, *Annexe N° 2*, doc. N° 18, p. 163) ce qui signifiait, entre autres possibilités, celle d'une déclaration de faillite.

M. Strang répondait à cela: « Nous sommes évidemment d'accord, mais, à notre point de vue, cela rend encore plus nécessaire pour Riegos de se dissocier de la Société *Barcelona Traction*... En outre nous vous avisons que votre point de vue a été parfaitement compris, tant à Londres qu'à Bruxelles »<sup>2</sup>.

Et M. Strang d'ajouter: « Je lui ai lu (à M. Tornos) une partie du mémorandum de la récente réunion de Bruxelles sur cette affaire »<sup>3</sup>. Cela signifie qu'il y a eu une réunion

<sup>1</sup> A.C.M. Chap. I, vol. IV, *Annexe 757*, p. 547. « As *Barcelona Traction* has no agent or representative in Spain, service of a demand, if any, will have to be made through diplomatic channels. This, I think, is quite realized by the authorities and is one of the chief stumbling-blocks in proceeding further with the claim ».

<sup>2</sup> A.C.M., Chap. II, vol. VI, *Annexe N° 2*, doc. 18, p. 163. « Of course we are in agreement; but we replied that, from our point of view this made it all the more necessary for R.F.E. (Riegos) to dissociate itself from the *Traction Company*... Furthermore, we informed him that his point of view had been perfectly understood by both London and Brussels. »

<sup>3</sup> *Ibid.* « I read to him a part of the memorandum of the recent Meeting of Brussels on this subject. »

au cours de laquelle ce point a été discuté, et qu'il a été pris une décision à ce sujet par les dirigeants de l'entreprise. En présence de cette décision émanant de si haut, prise en fonction d'un plan préétabli, M. Tornos devait nécessairement s'incliner: « Voyant cela, il est tombé d'accord pour omettre toute référence à *Barcelona Traction* »<sup>1</sup>.

835. Cette décision se basait, évidemment, sur des conseils et sur des concepts juridiques totalement erronés.

Une des erreurs capitales, commises lors de l'adoption de ces plans dans l'éventualité d'une faillite, a été d'ignorer ou d'écarter (comme le font encore les avocats du Gouvernement belge) l'effet *de jure* du dessaisissement et de la saisie *ope legis* des biens du failli, où qu'ils se trouvent, indépendamment du fait matériel que les organes de la faillite réussissent ou non à saisir physiquement les papiers ou documents que le failli ou les tiers doivent mettre à sa disposition. Cette erreur les a conduit à croire qu'il suffirait de la présence matérielle des titres au Canada et du refus de les remettre pour assurer l'invulnérabilité des filiales vis-à-vis de la justice espagnole.

L'autre erreur capitale a été de supposer que la justice espagnole, ou celle de tout autre pays, accepterait de subordonner le caractère obligatoire de ses décisions, dans une matière où elle est pleinement et effectivement compétente, à l'*exequatur* d'une autorité étrangère.

Il est à supposer que ce plan a été adopté fondamentalement sur la base de l'avis des conseils juridiques non espagnols de l'entreprise, qui cependant se prononçaient sur des aspects importants du droit espagnol. Mais ce qui nous intéresse, ce n'est pas de savoir maintenant si le plan était heureux ou malheureux: ce qui est évident, c'est qu'il a existé. Les erreurs juridiques qui ont conduit à son adoption et qui ont fixé, d'une manière irrévocable, la position de l'entreprise du début de la faillite, sont sans effet à ce point de vue: elles constituent une nouvelle démonstration des graves dangers que comporte ce que l'on pourrait appeler le « colonialisme » appliqué à l'assistance juridique.

### C. La conduite suivie par l'entreprise après la déclaration de faillite

836. La conduite suivie par l'entreprise dès la déclaration de faillite, prouve qu'elle a agi conformément à un plan préétabli, et que ce plan était celui qui, dans ses grandes lignes, a été exposé aux paragraphes précédents.

L'élément de base de ce plan consistait, comme on l'a déjà dit, en ce que *Barcelona Traction* ne s'opposerait pas d'elle-même à sa faillite: ce que l'on cherchait uniquement, c'était d'écarter *Ebro* (et les autres filiales), et plus encore leurs biens, de cette faillite espagnole de *Barcelona Traction*.

Ceci résulte de la conduite, étrange et incompréhensible, suivie à l'égard de la justice espagnole, et de façon plus claire encore des déclarations qui ont été faites à l'occasion de la *Receivership* au Canada. Ainsi, M. McKelcan, le conseil de la *National Trust*, dans sa déclaration sous serment, confirme cette portée limitée de la stratégie défensive de l'entreprise, lorsqu'il indique: « M. Clarkson, pour le compte de *Barcelona*, conteste l'extension

<sup>1</sup> A.C.M., Chap. II, voi. VI, *Annexe 2*, doc. 18, p. 163: « in view of this, he agreed to omit any reference to the (*Barcelona*) *Traction Company* ».

de la faillite aux filiales<sup>1</sup>. Ce que l'on contestait, donc, ce n'était pas la faillite en elle-même, mais l'extension de ses effets aux filiales.

1) *La non-comparution de Barcelona Traction pour s'opposer à sa déclaration de faillite*

837. L'aspect le plus important de cette stratégie a consisté dans le défaut à comparaître de la faillie, qui n'a fait aucune opposition contre sa mise en faillite.

Il est aujourd'hui prouvé que *Barcelona Traction* a été avisé suffisamment à temps pour exercer le recours que la loi espagnole accorde à tout failli qui désire attaquer sa déclaration de mise en faillite (cf. *supra*, II<sup>e</sup> Partie, Chap. III, N<sup>o</sup> 200).

Ce n'est qu'en vertu de l'exécution d'un plan prémédité que l'on peut expliquer que *Barcelona Traction* n'ait pas comparu pour soulever des moyens tels que l'incompétence des tribunaux espagnols, le défaut de cessation de paiement, la « no action clause » et, d'une manière générale, tous les arguments dont fait abondamment état d'une manière tardive le Gouvernement belge, qui en même temps accuse le juge espagnol de ne pas avoir suppléé d'office aux recours et arguments que le failli aurait pu présenter.

Ce fait, véritablement étrange et insolite, que le failli ne compareisse pas pour se défendre, est d'une importance fondamentale pour toute appréciation que l'on voudrait porter sur la manière dont s'est développée la procédure espagnole de faillite.

Il est certes, impossible aujourd'hui d'imaginer exactement ce qui se serait passé, si *Barcelona Traction* avait comparu en temps utile pour se défendre, mais il est hors de doute que la procédure aurait été entièrement différente de ce qu'elle a été, en particulier en ce qui concerne certains points sur lesquels le Gouvernement belge insiste, comme par exemple celui qui concerne la suspension de la première section.

838. Une considération qui, certainement, a renforcé la décision délibérée de ne pas comparaître pour se défendre, c'est qu'une telle attitude a dû sembler aux dirigeants de *Barcelona Traction* et à ses conseils cohérente et logique par rapport à d'autres positions fausses et trompeuses prises à l'égard des autorités fiscales et administratives.

Il est même possible que certains dirigeants de *Barcelona Traction* et leurs conseils en soient réellement venus à se convaincre de leurs propres erreurs, à savoir, que *Barcelona Traction* ne réalisait pas d'affaires en Espagne, et qu'elle n'était pas par conséquent soumise à la loi et à la justice espagnole; que la seule société qui réalisait des affaires en Espagne, c'était la succursale espagnole d'*Ebro Irrigation*; que les rapports entre *Ebro* et *Barcelona Traction*, soit directement, soit par le canal d'*International Utilities*, étaient des rapports entre des sociétés canadiennes dans lesquels aucune autorité espagnole n'avait le droit d'intervenir<sup>2</sup>, qu'en tant que société étrangère, *Barcelona Traction* se trouvait au-

<sup>1</sup> *Receivership* f. 233. « *Mr. Clarkson for Barcelona is contesting the extension of the bankruptcy to the subsidiaries.* »

<sup>2</sup> M. McMURTRY disait: « Je considère que les autorités espagnoles n'ont pas qualité pour examiner aucune transaction entre *Ebro Irrigation* et *Barcelona Traction*, toutes deux sociétés étrangères. » « I consider that it is not open to the Spanish authorities to explore any transaction as between *Ebro Irrigation* and *Power Company Limited* and *Barcelona Traction, Company Limited* both foreign corporations » (A.C.M., Chap. I, vol. II, *Annexe 89*, p. 8).

dessus des lois fiscales, des lois de change, des lois sur les concessions hydrauliques et autres et des lois commerciales espagnoles, et que ces lois ne pouvaient l'atteindre; que si une autorité judiciaire ou administrative espagnole quelconque osait attaquer *Barcelona Traction*, elle se heurterait à l'obstacle insurmontable (« the stumbling block ») de la nécessité de délivrer des commissions rogatoires au Canada, et de passer par la voie diplomatique; que si une autorité espagnole apportait des entraves ou créait des difficultés à la gestion des affaires de *Barcelona Traction*, celle-ci, en tant que société étrangère d'investissement international, pourrait solliciter les interventions et protections diplomatiques et judiciaires les plus diverses, voire les cumuler. S'il en était ainsi, on ne saurait trouver de meilleur exemple du risque qu'il y a à créer et à mettre en œuvre des fictions capables de tromper à leurs propres créateurs.

## 2) *La comparution d'Ebros (et des autres filiales)*

839. Le paragraphe précédent, précise l'importance d'un fait négatif: le défaut de comparution de *Barcelona Traction* pour formuler une opposition. Mais l'acte positif qui a remplacé l'acte omis, à savoir la présentation d'un acte par *Ebros* (et autres filiales) devant le juge, le 16 février 1948, quatre jours après la déclaration de faillite, a au moins la même importance.

Dans cet écrit, il est demandé que soient « laissées sans effet toutes les mesures adoptées pour ce qui est de la saisie de l'actif de la société... et les autres choses... pouvant affecter le patrimoine et l'administration de cette même société » (C.M., Chap. III, vol. VIII, *Annexe 84*, p. 28).

Comme il a déjà été dit, et d'après le plan tracé, *Ebros* n'a exercé aucun recours contre la déclaration de faillite de *Barcelona Traction*, mais contre la saisie de ses propres biens. La *Réplique* elle-même reconnaît (R., V, par. 651 *in fine*) que « eussent-ils été accueillis, les recours de l'*Ebros* eussent stérilisé le jugement de faillite en le privant de tout effet pratique ».

Ainsi *Barcelona Traction* ne comparaisait pas dans sa procédure de faillite, et les sociétés d'exploitation réclamant de leur côté leurs actifs, on a cherché à faire valoir auprès des tribunaux espagnols une soi-disant séparation et indépendance entre *Barcelona Traction* et les filiales, et à faire croire que les biens de ces dernières étaient étrangers à la première et qu'elle ne devait en aucune manière répondre de ses dettes.

On est parvenu ainsi, dans une procédure inéluctablement entachée d'irrégularités et de fraudes, à créer la forme typique et la plus extrême de la fraude, la fraude à la loi au préjudice des créanciers, la tentative de dissimulation et de détournement de biens qui sont la garantie commune des créanciers et sur la base desquels il avait été fait un appel à l'épargne publique et émis des obligations.

Lorsque *Barcelona Traction* s'était adressé au public qui devait investir des fonds, elle avait en effet, dans ses prospectus, offert comme garantie le patrimoine de ses filiales (voir, par exemple, A.C.M., Chap. I, vol. I, *Annexe 11*, doc. I, pp. 91-92); comment pouvait-elle alors prétendre par la suite que ce même patrimoine était entièrement indépendant et devait demeurer à l'abri de toute action des créanciers? Il n'est pas possible, sans commettre de fraude, d'offrir certains biens comme propres, puis, au moment où

les créanciers exigent le paiement, de prétendre que l'autonomie de la personnalité juridique des filiales constitue un obstacle insurmontable pour la réalisation de la garantie.

840. Ce ne sont d'ailleurs pas seulement les conclusions de cette requête qui constituaient une tentative de fraude; les arguments invoqués à l'appui de cette demande devaient aussi provoquer une réaction inévitable de méfiance et de prévention chez tout magistrat auquel ils seraient exposés.

L'aspect crucial sur lequel *Ebro* avait nécessairement à se prononcer dans cet écrit, était celui de ses liens avec *Barcelona Traction*, car le noyau du jugement de faillite consistait dans la présomption à laquelle était parvenu le juge que les actions d'*Ebro* étaient entièrement détenues par *Barcelona Traction*.

Un plaideur qui aurait agi loyalement et de bonne foi ne pouvait éviter de prendre position sur ce point capital et décisif, point qu'il était aussi facile de connaître et d'expliquer pour *Ebro*, qu'il était difficile d'établir pour un tiers.

*Ebro* s'est néanmoins refusée à prendre position sur la question capitale de savoir si ses actions appartenaient ou non, en tout ou en partie, à *Barcelona Traction*. Ce qu'*Ebro* déclare dans cet écrit rejoint la liste des réponses évasives qu'elle a toujours données aux autorités fiscales et de change (cf. *supra*, pp. 482 et ss.): « La saisie... part d'une hypothèse absolument incertaine et douteuse... Sur quoi se fonde le tribunal pour parvenir à une conclusion si concrète? Simplement sur ce que dans un rapport de la société faillie, relatif à l'exercice 1946, il ressort... Mais veut-il dire que le 12 février 1948... *Barcelona Traction* continue à les posséder? Etant donné la facilité avec laquelle peuvent se transmettre les actions au porteur d'une société anonyme, le capital de celle-ci a une grande mobilité... personne ici en Espagne ne peut affirmer avec raison que la *Barcelona Traction* continuait à posséder la totalité des actions de *Riegos* » (A.C.M., *Annexe 84* au Chap. III, vol. VIII, p. 26).

Cette position évasive d'*Ebro* signifie qu'en vérité elle refusait de se définir comme étant un tiers, et de prouver ce fait, et, en même temps, qu'elle refusait aussi de s'identifier à *Barcelona Traction*.

L'autre argument invoqué par *Ebro* ne pouvait davantage tranquilliser le juge, dont le devoir élémentaire est de prendre en considération, avant tout, la bonne foi du requérant.

C'était l'insistance avec laquelle elle soutenait que, pour exercer un droit quelconque relevant de la qualité de propriétaire des filiales, propriété présumée en faveur de la faillie, « avant tout ces actions doivent être saisies ». « Quand M. le séquestre-dépositaire les aura saisies... alors... (il) pourra exercer les droits et actions... » (A.C.M., *Chap. III*, vol. VIII *Annexe 84*, p. 26). Cette exigence, formulée d'une manière tenace, d'une saisie matérielle préalable, signifiait un « hiatus » dans le temps nécessaire, et un *periculum in mora*, car pendant ce temps, il devenait possible de faire disparaître les actifs liquides, les dépôts bancaires et les documents essentiels pour l'appréciation de la conduite de la faillie.

### 3) *Les recours des dirigeants des filiales*

841. A tout ce qui vient d'être exposé se joignaient pour compléter le tableau qui s'offrait au juge, les recours formés par les administrateurs des sociétés d'exploitation, qui réclamaient la continuité de leurs fonctions.

Ces recours avaient pour objet de permettre aux dirigeants des filiales, personnes de confiance de *Barcelona Traction*, de conserver au moins pendant un certain temps le contrôle de ces sociétés d'exploitation, ce qui aurait permis de faire évader leurs fonds liquides en les soustrayant aux effets de l'interdiction et du dessaisissement immédiat propres à toute faillite.

Plus les autorités judiciaires approfondissaient l'examen de la comptabilité et des documents de l'entreprise, plus elles trouvaient adéquate leur décision de ne pas faire droit aux recours de ces dirigeants et administrateurs en Espagne. Ceux-ci apparurent en effet très tôt déjà dès avril 1948, impliqués dans les manœuvres d'évasion clandestine de devises.

#### D. Conclusion

842. On comprend dès lors que le juge, face à ces actions et recours, et aussi face à l'absence d'opposition du failli, ait maintenu et même renforcé les mesures conservatoires et de garantie prises au départ.

La présomption de bonne foi que le juge de la faillite avait admise dans le jugement de déclaration de celle-ci, s'est rapidement heurtée à cette conduite de *Barcelona Traction*, laquelle n'a pas formé d'opposition en temps utile, bien qu'elle ait connu la déclaration de faillite dès le premier jour, mais a préféré monter son dispositif de défense par l'intermédiaire des filiales.

Le juge s'est rendu compte que la société faillie avait adopté une tactique tortueuse, ne formulant aucune opposition, ne soulevant aucune déclinatoire de compétence, n'utilisant, en somme, aucun des moyens normaux qu'utilise un plaideur de bonne foi qui a été surpris par une déclaration de faillite inattendue et injustifiée. Au contraire, la société faillie n'a pas manqué de se cacher derrière les filiales, et elle n'a comparu personnellement qu'en juin 1948, c'est-à-dire plus de quatre mois après la déclaration de faillite, lorsqu'elle eut constaté l'échec de tous les autres moyens mis en œuvre pour faire obstacle à l'action de la justice espagnole.

843. Les dirigeants de *Barcelona Traction*, et le Gouvernement belge qui les défend, ne se plaignent à vrai dire pas essentiellement de ce que la Justice espagnole ait déclaré la société en faillite et pris les mesures d'aliénation des biens qui sont la conséquence inexorable de cette déclaration.

Ils se plaignent surtout de ce que la justice espagnole ait déjoué l'exécution de leur dessein en empêchant la déclaration de faillite de devenir « stérile » et vide de tout contenu économique et en préservant la garantie des obligataires que l'abus de la personnalité morale des filiales devait faire disparaître.

La protection des créanciers étant le but naturel de toute faillite, la faillite de *Barcelona Traction* n'a pas constitué un « détournement » de la procédure, mais, au contraire, n'a été que la réalisation complète de ce qui constitue le but essentiel de toute législation en cette matière.



Comme l'a si bien dit la Cour Suprême des Etats-Unis, en parlant de ses tribunaux de faillites — termes que le Gouvernement espagnol se plaît à faire siens —, ces tribunaux ont exercé leurs pouvoirs « afin que la fraude ne prévale, que la substance ne le cède à la forme, que les considérations techniques n'empêchent pas de rendre justice au fond<sup>1</sup> ».

---

<sup>1</sup> PEPPER v. LITTON, 308 U.S. 295 (1939): « to the end that fraud will not prevail, that substance will not give way to form, that technical considerations will not prevent substantial justice from being done ».

## CHAPITRE VII

Observations sur la demande en réparation  
formulée par le Gouvernement belge

844. Le Gouvernement espagnol a établi dans les pages qui précèdent qu'il ne peut lui être imputé aucun acte internationalement illicite. Il montrera plus loin que le Gouvernement belge n'a qualité pour agir dans cette affaire ni, comme il le prétend, au titre de la protection de ressortissants belges qui auraient été actionnaires de la *Barcelona Traction*, ni, comme c'est le cas en réalité, au titre de la protection de la société. Aussi pourrait-il se dispenser de formuler ses observations au sujet de la Quatrième Partie de la *Réplique* intitulée: « la Réparation du préjudice ». S'il juge néanmoins opportun de consacrer quelques développements à cet aspect de l'affaire, c'est moins en vue de faire connaître sa position sur le contenu de la demande formée par le Gouvernement belge — car le problème de la nature et de l'étendue d'une réparation se poserait seulement si l'on accumulait, une fois de plus, hypothèse sur hypothèse — que pour mettre en lumière encore davantage, si faire se peut, le caractère abusif de l'appui que le Gouvernement belge a accepté de fournir à certains intérêts privés, en prenant fait et cause pour eux, dans les conditions où il l'a fait, devant la Cour internationale de Justice, et pour mettre en lumière les équivoques, contradictions et imprécisions qui, par-delà une exposition apparemment claire, sapent jusqu'à la racine la demande du Gouvernement belge dans son ensemble.

L'optique dans laquelle le Gouvernement espagnol entend se placer ne doit donc donner lieu à aucun malentendu. Encore une fois, il semble inapproprié au Gouvernement espagnol de discuter point par point, et dans leur contenu propre, les diverses réparations demandées par la *Réplique*. Son objectif est différent: il souhaiterait se dégager de la technicité de la Quatrième Partie de la *Réplique* pour en tirer les enseignements qu'elle comporte pour l'ensemble de l'affaire. Ce n'est donc pas à titre subsidiaire, voire doublement ou triplement subsidiaire, que sont présentées les observations qui suivent, mais en vue de mieux éclairer, si tant est qu'il en est encore besoin, certains aspects fondamentaux qui constituent la trame même de la démarche du Gouvernement belge devant la Cour.

845. C'est en effet par l'éclairage qu'elle projette sur l'ensemble de l'affaire plutôt que par son contenu propre que la Quatrième Partie de la *Réplique* offre un intérêt majeur.

Les immenses efforts déployés par le Gouvernement belge pour convaincre la Cour que des actes internationalement illicites ont été commis par les autorités espagnoles et ont causé un préjudice à des ressortissants belges actionnaires de la *Barcelona Traction* n'ont en définitive qu'un seul objectif: conduire à une réparation versée par l'Etat espagnol à la Belgique. C'est dire que les chapitres consacrés à la réparation — qui définissent l'objet même de la demande en justice du Gouvernement belge — constituent en quelque sorte le couronnement de l'édifice et peuvent être considérés comme un révélateur — au

sens que ce terme revêt en chimie — de l'ensemble de la conduite du Gouvernement belge dans cette affaire.

Mais si l'importance de la demande de réparation se traduit par le fait que, sur les dix conclusions finales de la *Réplique* belge, sept sont relatives aux divers aspects de la réparation demandée (*Réplique*, V, pp. 766/767), la Quatrième Partie de la *Réplique* consacrée à « La Réparation du préjudice » ne couvre, elle, que treize pages sur les sept cent cinquante-huit de l'ensemble. L'analyse que le Gouvernement espagnol se propose de faire dans le présent chapitre des tenants et aboutissants du problème permettra de comprendre pourquoi le Gouvernement belge a préféré conserver, sur cet aspect fondamental de l'affaire, une relative discrétion.

846. C'est en effet à propos de la réparation du préjudice que vient à l'esprit une question élémentaire pour toute affaire mettant en cause des problèmes de responsabilité: de quoi donc se plaint exactement le demandeur? de quel préjudice demande-t-il réparation?

Or, sous le flot des mille et un aspects du présent litige, cette question-là, le Gouvernement belge a préféré la laisser dans l'ombre. Sans doute affirme-t-il que le préjudice invoqué par lui consiste dans « une atteinte immédiate et directe aux droits et intérêts des ressortissants belges, personnes physiques et morales, actionnaires de la *Barcelona Traction* », qui occupaient dans la *Barcelona Traction* « une position majoritaire et dirigeante » et qui ont perdu « le contrôle des entreprises de ce groupe » (*Réplique*, pp. 764/765). Pour peu que l'on se penche cependant sur le sens de ces formules, leur clarté première s'évanouit. S'agit-il, dans l'esprit du Gouvernement belge, d'un droit de contrôle proprement dit ou bien d'un pouvoir économique de fait? S'agit-il d'un contrôle sur la *Barcelona Traction* ou d'un contrôle sur les filiales et sous-filiales de cette dernière? Quels sont les droits que les actionnaires de la *Barcelona Traction* auraient eus, directement ou indirectement, sur les « entreprises du groupe »? Que recouvre cette « situation d'actionnaires » sur laquelle s'appuie la demande belge? S'il s'agit du fait d'être actionnaires de la *Barcelona Traction*, comme l'expression semble l'indiquer, rien n'a été modifié dans cette situation par la faillite. S'il s'agit au contraire des droits que les actionnaires de la *Barcelona Traction* auraient eus sur les filiales et sous-filiales de cette dernière, on se demande quel droit Sidro pouvait bien avoir, dans le cadre de sa « situation d'actionnaire » de la *Barcelona Traction*, sur une entreprise édifée sur des concessions hydro-électriques octroyées par le Gouvernement espagnol à des sociétés canadiennes ou espagnoles, elles-mêmes filiales et sous-filiales de la *Barcelona Traction*? Quelle que soit la manière dont on prenne la demande belge — on l'analysera de près afin d'essayer de la saisir malgré tout — on en revient toujours à constater que le Gouvernement belge demande en définitive qu'on rende aux ressortissants qu'il prétend protéger ce qu'ils n'ont jamais perdu pour la simple raison qu'ils ne l'ont jamais eu.

847. Pour en arriver là le Gouvernement belge a dû, on le verra, se livrer à de véritables acrobaties.

Le critique-t-on sur le plan juridique, il se réfugie dans le contrôle en tant que pouvoir économique; l'entend-on sur ce dernier terrain, il se remet à parler droit. Discute-t-on la notion d'« actionnaire », il réplique en invoquant les « intérêts »; recherche-t-on la réalité des « intérêts », il proteste qu'il ne s'agit pour lui que d'« actionnaires ». En effet, si le Gouvernement espagnol conteste que des mesures prises à l'encontre d'une société puissent causer un préjudice susceptible de réparation aux actionnaires de cette dernière, le Gouvernement belge rétorque qu'il faut rechercher les « réalités » et s'intéresser

aux actionnaires par-delà la société. Mais le Gouvernement espagnol parle-t-il alors « réalités » et cherche-t-il à savoir quels sont les intérêts effectifs impliqués dans *Sidro* et, partant, dans *Sofina*, le Gouvernement belge répond aussitôt qu'il protège des « actionnaires », c'est-à-dire des titulaires de droits, et non des « intérêts », c'est-à-dire des titulaires de pouvoir économique. Et c'est ainsi que le Gouvernement belge entend tout à la fois s'appuyer sur le réalisme économique lorsqu'il veut établir le contrôle de *Sidro* sur les exploitations électriques du groupe, en sautant par-dessus la *Barcelona Traction* et plusieurs autres sociétés intermédiaires, et s'abriter derrière les concepts juridiques lorsque le Gouvernement espagnol, suivant le demandeur sur son propre terrain, met au défi le Gouvernement belge de prouver la réalité des intérêts belges dans *Sidro*: bref, le réalisme économique aurait droit de cité en aval de *Sidro* mais serait à récuser en amont; la *Barcelona Traction* et *Ebro* seraient des fictions, mais la *Sidro* — pur relais de la *Sofina* — serait, quant à elle, une réalité première. Ainsi, tant sur le plan du *jus standi* que sur celui de la réparation, l'équivoque est constante.

Le Gouvernement belge a, on le voit, choisi de jouer sur tous les tableaux à la fois: il a acheté en quelque sorte plusieurs billets de loterie dans l'espoir que l'un d'eux finira par être gagnant. Le Gouvernement espagnol, qui doit ainsi se défendre contre une demande difficilement saisissable, estime que l'équivoque volontairement entretenue devant la plus haute juridiction internationale n'est pas digne d'un Gouvernement conscient de ses responsabilités.

848. Si le Gouvernement belge use de tels moyens, c'est pour masquer le vice fondamental qui affecte l'ensemble de son action. Pour qui donc le Gouvernement belge intervient-il devant la Cour? Sa réponse sera certes immédiate: pour des ressortissants belges actionnaires de la *Barcelona Traction*. Mais le Gouvernement belge pense-t-il donc que l'on aurait oublié sa première demande, celle de 1958, où il intervenait pour la *Barcelona Traction* elle-même, et espère-t-il dresser un mur infranchissable entre ces deux phases d'une seule et même affaire? Si vraiment ce mur existait, si vraiment la demande actuelle était absolument et radicalement différente de la précédente, comment se fait-il alors que le Gouvernement belge, non seulement invoque les mêmes actes à la charge des autorités espagnoles, mais surtout demande très exactement la même réparation? Curieuse demande de réparation que le Gouvernement belge formule ainsi, dans les mêmes termes, d'abord dans le cadre d'une action destinée à protéger la société et en vue de couvrir le préjudice causé à la société, et, aujourd'hui, dans le cadre d'une action destinée à protéger les actionnaires et en vue de couvrir le préjudice causé aux actionnaires. Pour expliquer que la même réparation peut ainsi satisfaire indifféremment la société et ses actionnaires, le Gouvernement belge a dû avoir recours aux postulats les plus injustifiables: mais à qui donc fera-t-il admettre que société et actionnaires sont une seule et même chose, et que valeur du patrimoine social et valeur des actions sont à tous égards synonymes? Car là est bien l'équivoque fondamentale: pour faire passer une protection de société pour protection d'actionnaires, il a fallu brouiller les cartes et faire litière des réalités juridiques les plus universellement reconnues, et c'est à ce prix seulement que l'on peut tenter de soutenir qu'un Gouvernement peut, d'une part, intervenir au profit d'actionnaires en faisant état exclusivement de mesures prises à l'égard de la société, et, d'autre part, demander pour le compte des actionnaires la même réparation que celle que l'on demandait quelques années auparavant pour le préjudice subi par la société.

849. Le Gouvernement belge a ainsi sciemment accumulé les équivoques: l'abandon, au moins apparent, de la demande de *restitutio in integrum* au profit d'une demande de

réparation par voie d'indemnité constituée, on le verra, un autre aspect de cette stratégie du brouillard. Il suffira pour le moment au Gouvernement espagnol de faire remarquer qu'en demandant une indemnité pécuniaire aussi gigantesque pour une société dont la situation économique était, à la veille de sa mise en faillite par les tribunaux espagnols, celle d'une faillite latente, le Gouvernement belge cherche manifestement à fournir aux intérêts privés responsables de cette gestion désastreuse une occasion inespérée de tirer une fois de plus un bénéfice illégitime d'une entreprise qui leur a déjà fourni le moyen de s'en procurer beaucoup trop. La réparation demandée constituerait en définitive une nouvelle contribution de l'économie espagnole à un groupe qui pendant tant d'années a déjà drainé tant de richesses hors de l'Espagne.

L'objectif du Gouvernement espagnol, dans le présent chapitre, est de démasquer cette tentative. Pour ce faire, il va lui aussi déchirer un voile, mais ce sera celui que constitue le rideau de fumée derrière lequel le Gouvernement belge tente de dissimuler une demande fondée sur des équivoques et des contradictions.

850. Le Gouvernement espagnol estime que, dans un litige mettant en cause la responsabilité éventuelle d'un Etat, il est du devoir du Gouvernement demandeur de déterminer avec précision le préjudice dont il demande réparation, d'en établir le rapport de causalité avec les actes illicites invoqués, de solliciter une réparation qui soit adéquate, par sa nature et son caractère, à ce préjudice. C'est ce que le Gouvernement belge aurait dû faire, c'est ce qu'il n'a pas fait — pensant sans doute que des notions aussi rigoureuses n'étaient pas de mise et que le Gouvernement espagnol devait, une fois pour toutes, et par-delà toute analyse juridique, se faire l'assureur tous risques des conséquences fâcheuses de tous ordres que les responsables, proches ou lointains, du groupe de la *Barcelona Traction* pouvaient avoir subies du fait de leur entreprise en Espagne.

851. Dans les développements qui suivent, le Gouvernement espagnol s'attachera d'abord à ce qui est le plus apparent dans la *Réplique* belge, à savoir l'abandon de la demande de *restitutio in integrum*: on recherchera donc, en premier lieu, comment, pour quelles raisons et avec quel résultat, le Gouvernement belge a progressivement basculé d'une demande de *restitutio in integrum* vers une demande de réparation par voie d'indemnité (Section I).

Il montrera ensuite, successivement:

— que le Gouvernement belge n'a pas établi l'existence d'un préjudice susceptible d'ouvrir droit à réparation (Section II);

— que le préjudice allégué n'est pas lié par un rapport de causalité avec les actes prétendument illicites invoqués à l'encontre des autorités espagnoles (Section III);

— que la réparation demandée est inadéquate à la nature et au caractère du préjudice allégué (Section IV).

Ainsi seront établies les objections décisives auxquelles la demande du Gouvernement belge se heurte en ce qui concerne tant le *préjudice* dont il est demandé réparation (Sections II et III) que la *réparation* demandée pour ledit préjudice (Sections I et IV).

Le présent chapitre s'achèvera sur quelques brèves observations au sujet de la demande de réparation des « préjudices accessoires » (Section V).

## SECTION I

LA MODALITÉ DE LA RÉPARATION DEMANDÉE:  
*RESTITUTIO IN INTEGRUM* ET RÉPARATION PAR VOIE  
 D'INDEMNITÉ

852. L'un des aspects les plus frappants de la *Réplique* en matière de réparation est sans doute l'abandon de toute conclusion formelle en faveur d'une *restitutio in integrum* au profit d'une demande exclusive d'une réparation par voie d'indemnité; la comparaison des conclusions finales de la *Réplique* avec celles du *Mémoire* est à cet égard significative.

Pour quelles raisons le Gouvernement belge a-t-il modifié ainsi sa demande et quelle est la portée réelle de cette modification? Tel est l'objet de la présente Section, qui, après avoir analysé l'évolution qui a conduit aux positions actuelles du Gouvernement belge en matière de réparation (§ 1) montrera que la réparation par voie d'indemnité étant identique, dans sa substance, à la *restitutio in integrum*, le Gouvernement belge ne peut échapper, par la modification de sa demande, aux critiques décisives auxquelles se heurtait sa demande de *restitutio in integrum* (§ 2).

§ 1 : DE LA DEMANDE DE « *RESTITUTIO IN INTEGRUM* » A LA DEMANDE DE RÉPARATION  
 PAR VOIE D'INDEMNITÉ

853. Que demande exactement le Gouvernement belge? En vue de quelle réparation a-t-il tenté, avec un déploiement de moyens aussi importants, d'établir la responsabilité internationale de l'Etat espagnol envers la Belgique? A cette question, simple et fondamentale, la réponse a apparemment varié au fil de la procédure: mis d'abord sur la réparation en nature par la voie d'une *restitutio in integrum*, l'accent a en effet progressivement glissé vers la réparation par voie d'indemnité, et ce dernier mode l'a emporté complètement dans la *Réplique*.

Le Gouvernement espagnol est en droit de se demander pourquoi le Gouvernement belge a ainsi oscillé, depuis le début de l'affaire, entre ces deux modes de réparation et pourquoi il a montré d'abord une certaine préférence, puis une préférence certaine pour la réparation par voie d'indemnité.

854. Au départ, dans la première phase de l'affaire, le Gouvernement belge ne faisait pas mystère de son intervention au profit de la société *Barcelona Traction* en tant que telle, et il lui était impossible, dès lors qu'il demandait que soient déclarés illicites certains actes de l'Etat espagnol concernant ladite société, de ne pas demander l'annulation de ces actes, c'est-à-dire le rétablissement de la situation antérieure. Le *dictum* de la Cour permanente, d'après lequel « le principe essentiel... est que la réparation doit, autant que

possible. ... rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte (illicite) n'avait pas été commis », était trop célèbre pour que le Gouvernement belge pût le méconnaître: l'article 21 du Traité hispano-belge de 1927 inclinait au surplus dans le même sens (cf. *Réplique*, N° 1021, p. 751).

On comprend dès lors que le Gouvernement belge, qui estimait alors, en raison de la « très nette prépondérance des intérêts belges dans la *Barcelona Traction* ..., avoir le droit de protéger cette société dans son ensemble » (*Mémoire* 1959, N° 259, p. 127), n'ait pu faire autrement, dans la *Requête* de 1958 et le *Mémoire* de 1959, que de réclamer la *restitutio in integrum* de la société. Mais un certain penchant pour une réparation par voie d'indemnité apparaissait déjà, puisque dès ce moment-là le Gouvernement belge tendait en quelque sorte la perche au Gouvernement espagnol pour lui suggérer d'invoquer des « obstacles constitutionnels » au rétablissement du *statu quo ante*, ce qui aurait eu pour effet de substituer une réparation pécuniaire à la *restitutio in integrum* (v. les conclusions de la *Requête* de 1958 et du *Mémoire* de 1959; cf. *Mémoire* 1959, N° 258, p. 127).

855. A partir de la *Requête* et du *Mémoire* de 1962, le demande belge se présente, en revanche, comme destinée à assurer la protection, non plus de la *Barcelona Traction* elle-même, mais de ses actionnaires belges. Cela explique que le Gouvernement belge ait été conduit à mettre l'accent toujours davantage sur la réparation par voie d'indemnité, et plus précisément sur la formule de l'indemnité à 88 %, qui soulignait mieux qu'il agissait au titre du préjudice subi par les actionnaires et non pas au titre du dommage souffert par la société. C'est ainsi que, dès le *Mémoire* de 1962, le Gouvernement belge affirmait, avec une amabilité quelque peu appliquée, qu'il s'inclinera si le Gouvernement espagnol déclare que son droit constitutionnel ne lui permet pas d'assurer par voie administrative l'annulation du jugement de faillite et des actes judiciaires et autres qui en ont découlé (*Mémoire* 1962, I, p. 185); et le *Contre-mémoire* du Gouvernement espagnol n'avait pas manqué de relever qu'« en affectant d'être disposé à s'incliner, non sans regret, devant l'impossibilité d'obtenir l'octroi de cette modalité plus complète de réparation (la *restitutio in integrum*), le Gouvernement belge masque habilement dans son *Mémoire* la préférence des particuliers dont il assure la protection pour l'autre forme de réparation, celle qui consiste à accorder, « par équivalence », une indemnité correspondant au montant du dommage subi » (*Contre-mémoire*, IV, N° 266, p. 578). Dans la *Réplique*, le masque tombe définitivement, et le Gouvernement belge n'affecte même plus de laisser au Gouvernement espagnol le soin d'opter entre une restitution en nature et le versement d'une indemnité. Le Gouvernement belge relève, sans même chercher à dissimuler sa satisfaction, que « les mesures de spoliation dénoncées par le Gouvernement belge ont acquis formellement... force de chose jugée en Espagne et ... sont devenues, de ce fait, dans l'ordre interne espagnol, irréversibles » (*Réplique*, V, N° 215, p. 129): quel respect soudain et inattendu pour la justice espagnole! Ayant ainsi tranché souverainement un point de droit constitutionnel espagnol dont l'on faisait mine, dans le *Mémoire*, de laisser l'appréciation au Gouvernement espagnol, la *Réplique* conclut péremptoirement que

« la demande de *restitutio in integrum* se heurte donc, en fait et en droit, à des obstacles infranchissables et dès lors, conformément à l'article 21 du Traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage de 1927 entre la Belgique et l'Espagne, il y a lieu à réparation par l'allocation d'une indemnité en espèces » (*ibid.*).

Les conclusions finales de la *Réplique* ne font que confirmer cette position désormais sans fard.

856. Comme on le voit, le passage à la formule d'une demande de réparation pécuniaire s'explique ainsi, entre autres, par le souci du Gouvernement belge de justifier son *jus standi*. Au cours de la Procédure orale (v. notamment II, p. 200, et III, p. 834) et dans son *Contre-Mémoire* (IV, v. notamment pp. 575, 578 et 647-649), le Gouvernement espagnol avait porté à la demande de *restitutio in integrum* des coups décisifs. Il avait montré, en particulier, que « si la remise en l'état de la situation de la société et de l'entreprise pouvait constituer la réparation d'un préjudice causé à la société, cette remise en l'état ne saurait certes jamais être présentée comme la réparation d'un préjudice subi par des actionnaires » (*Contre-Mémoire*, N° 264, p. 576) et qu'« en demandant que *Barcelona Traction* et ses filiales soient réintégrées dans la situation qu'elles avaient avant la faillite, le Gouvernement belge en vient donc à agir comme s'il était le gouvernement qui a qualité pour protéger ces sociétés canadiennes, et non pas à agir en tant que protecteur de ses propres ressortissants qu'il prétend être actionnaires de la *Barcelona Traction* » (*Contre-mémoire*, N° 17, p. 649). Touché au vif, le Gouvernement belge a préféré, dans la *Réplique*, battre en retraite et soutenir purement et simplement que la remise en l'état étant à présent impossible, seule une réparation pécuniaire pouvait être envisagée.

857. Mais on peut alors se demander pourquoi le Gouvernement belge n'a pas opté plus franchement en faveur de la réparation pécuniaire dès son *Mémoire* de 1962 et pourquoi, dans la *Réplique* encore, la réparation pécuniaire est présentée comme le substitut d'une restitution en nature considérée désormais comme impossible.

L'explication est fort simple. En détachant complètement l'indemnité réclamée au profit des actionnaires de la *restitutio in integrum* de la société, le Gouvernement belge se serait interdit de calculer dorénavant l'indemnité demandée d'après la valeur du patrimoine de la société. Or l'objet même des efforts du Gouvernement belge est d'obtenir, au profit de certains actionnaires de la *Barcelona Traction*, une indemnité fondée sur « la valeur nette du patrimoine dont elle (la société) a été dépouillée » (*Réplique*, N° 1024, p. 753), en vertu du postulat — qui constitue le pivot même de l'argumentation du Gouvernement belge — que le « dommage souffert par l'ensemble des actionnaires s'identifie avec le dommage subi par la société elle-même » (*ibid.*): une demande d'indemnité calculée d'après la valeur du patrimoine de la société pouvait se justifier d'autant plus aisément qu'elle était présentée comme le substitut d'une remise en l'état de ce même patrimoine.

858. On constate ainsi que, si l'obligation dans laquelle le Gouvernement belge se trouve aujourd'hui, pour justifier son *jus standi*, de faire croire qu'il agit au profit d'actionnaires belges lui interdit de trop insister sur l'idée d'une remise en l'état de la société, son désir d'obtenir une indemnité calculée d'après la valeur du patrimoine de la société lui interdit de renoncer à toute mention de l'idée d'une remise en l'état de la société. En dépit des vicissitudes et des variations qui ont apparemment affecté sa formulation, la demande de réparation du Gouvernement belge est en réalité demeurée la même depuis la première phase de la demande jusqu'à la *Réplique*: c'est la réparation du préjudice souffert par la société qui a toujours été réclamée; et c'est toujours le versement d'une indemnité qui a été recherché, car ni le Gouvernement belge ni les intérêts privés qui l'inspirent n'ont jamais souhaité une *restitutio in integrum* qui reconstituerait les dettes de la *Barcelona Traction* et rétablirait du même coup l'état de faillite dans laquelle cette société se trouvait à la veille du jugement de Reus de 1948. L'obligation dans laquelle se trouve le Gouvernement belge de donner au moins un semblant de justification à sa thèse d'une intervention



au profit d'actionnaires n'est venue que renforcer la préférence du Gouvernement belge pour une réparation en espèces.

859. Il reste à savoir si les objectifs juridiques recherchés par le Gouvernement belge en réduisant au strict minimum, dans sa *Réplique*, la mention d'une *restitutio in integrum* et en ne demandant plus formellement qu'une réparation pécuniaire, ont été effectivement atteints.

Le Gouvernement espagnol ne le pense pas. Pour le montrer, il va s'attacher à présent à dénoncer l'inanité des efforts ainsi déployés par le Gouvernement belge et à montrer que, la réparation par équivalent ayant la même nature et le même fondement que la réparation en nature, les objections auxquelles se heurte la seconde condamnent tout aussi bien la première.

§ 2: L'IDENTITÉ DE NATURE DE LA « RESTITUTIO IN INTEGRUM »  
ET DE LA RÉPARATION PAR VOIE D'INDEMNITÉ ET SES CONSÉQUENCES

860. Les modifications apportées par le Gouvernement belge, dans sa *Réplique*, à la formulation de sa demande de réparation n'ont évidemment de sens que dans la mesure où la réparation par voie d'indemnité — seule demandée à présent — présenterait réellement une nature différente de la *restitutio in integrum*. Or, et c'est là ce qui ruine d'un seul coup les tentatives du Gouvernement belge, *une demande de réparation par équivalent revêt, en droit international, très exactement la même nature juridique qu'une demande de remise en l'état*. Il est certes parfaitement loisible au Gouvernement belge d'exprimer sa préférence pour une indemnité en espèces, et le Gouvernement espagnol ne cherche en aucune façon à acculer la Partie adverse à une demande de *restitutio in integrum* qui ne lui agréerait pas; ce que le Gouvernement espagnol veut dire, c'est simplement que, si le Gouvernement belge pense par cette option échapper aux conséquences qu'aurait pour lui une demande de *restitutio in integrum*, il se tromperait lourdement.

861. La démonstration de l'identité de nature et de fondement entre la *restitutio in integrum* et la réparation par voie d'indemnité est aisée. « Restitution en nature ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature », voilà ce qu'exige la Cour permanente, qui ajoute un peu plus loin: « la dépossession d'une entreprise industrielle... a donc pour conséquence l'obligation de la restituer, et, si cela n'est pas possible, d'en payer la valeur à l'époque de l'indemnisation destinée à remplacer la restitution devenue impossible » (CPJI, série A, N° 17, pp. 47 et 48 — italiques ajoutées). Comme le dit également la Cour permanente, « la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite » (*ibid.*), et la réparation par voie d'indemnité tend exactement, par des moyens différents et en vertu de la vieille idée que l'argent est la commune mesure de toutes choses, au même objectif: c'est d'ailleurs à propos d'une indemnité pécuniaire que la Cour permanente d'arbitrage déclarait dans sa sentence du 13 octobre 1922 que « la juste compensation implique le rétablissement complet du *statu quo* » (Affaire de la *Réquisition des Navires norvégiens par les Etats-Unis*, RSA, I, 338). De son côté, le Professeur Guggenheim emploie à ce sujet l'expression de « prestation de remplacement » (*Traité de droit international public*, tome II, 1954, p. 69). Dans son sixième rapport à la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats, M. Garcia Amador indique également que la *restitutio in integrum* et le versement de dommages-intérêts « ont le même objet » (*Annuaire de la CDI* 1961, vol. II, N° 65, p. 17), et le récent projet de convention élaboré à Harvard sous la direction des Professeurs Sohn et

Baxter précise que le but des dommages et intérêts est « to place the injured alien . . . in as good a position, in financial terms, as that in which the alien would have been if the act or omission for which the State is responsible had not taken place » (*Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens, Draft N° 12 with Explanatory Notes*, art. 27). Dans son arrêt N° 9, la Cour permanente faisait au surplus mention d'une « obligation de réparer dans une forme adéquate » (CPJI, série A, n° 9, p. 21), ce qui souligne excellemment que la restitution en nature et le versement d'une indemnité ne constituent que des « formes » différentes d'une seule et même obligation juridique.

Il ne semble pas que le Gouvernement belge puisse songer à contester ces données. La demande d'indemnité pécuniaire n'a d'ailleurs jamais été présentée par la Partie adverse autrement que sous la forme d'une demande alternative ou subsidiaire et n'a revêtu à aucun moment le caractère d'une demande indépendante de la demande de *restitutio in integrum*. Sans doute la *Réplique* ne réclame-t-elle plus formellement qu'une réparation en espèces, mais les considérants que le Gouvernement belge a placés en tête de ses conclusions finales ne cachent pas — et ne pouvaient pas cacher, pour les raisons que l'on a indiquées — que la demande, désormais principale et exclusive, d'indemnité est justifiée par l'idée que la *restitutio in integrum* est, « dans les circonstances de la cause, pratiquement et juridiquement impossible » (*Réplique*, V, p. 766).

Mais s'il est vrai, comme le Gouvernement espagnol pense l'avoir établi, que la réparation par équivalent n'est qu'une forme de la remise en l'état, il va de soi que la demande de réparation par voie d'indemnité actuellement formulée par le Gouvernement belge est exposée exactement aux mêmes critiques que l'était, ou que le serait, une demande de *restitutio in integrum*. Ces critiques ayant déjà été énoncées à plusieurs reprises par le Gouvernement espagnol, ce dernier pourra se contenter de quelques brèves explications à ce sujet.

a) *Remise en l'état d'une société comme réparation d'un préjudice d'actionnaires*

862. Le Gouvernement espagnol voudrait en premier lieu rappeler que la remise en l'état — fût-ce par équivalent — d'une société ne peut être conçue comme une modalité de réparation d'un préjudice que l'on prétend avoir été souffert par des actionnaires (cf. *Contre-mémoire*, IV, N° 264, p. 576, et N° 16/17, pp. 647-649). Lorsqu'un Gouvernement veut rétablir une situation d'actionnaires, il demande par définition même une indemnité représentant l'équivalent d'une remise en état de cette situation, c'est-à-dire une indemnité calculée d'après l'atteinte directement portée aux droits desdits actionnaires; demander, comme le fait le Gouvernement belge, une indemnité calculée d'après ce que serait la réparation par équivalent au cas de dommage causé à la société signifie bel et bien réclamer la réparation du préjudice causé à la société (cf. *Contre-mémoire*, N° 17, p. 648). Ainsi, dans la mesure même où il prétend protéger des actionnaires, le Gouvernement belge n'a aucun titre juridique à demander ni la *restitutio in integrum* de la société ni, par là même, une réparation équivalant à cette *restitutio in integrum*.

b) *Reconstitution en nature ou par équivalent de situations irrégulières*

863. Le Gouvernement espagnol tient également à rappeler l'observation — à laquelle il attache une grande importance — faite dans le *Contre-mémoire* au sujet de l'abus dans

l'exercice de la protection diplomatique que constitue dans les circonstances de la présente affaire la demande de réparation du Gouvernement belge (IV, N° 265, pp. 576-578). Quelques mots d'explication s'imposent à ce sujet.

Le Gouvernement belge entend calquer la réparation demandée sur le préjudice subi par les particuliers au profit desquels il prétend intervenir (*Mémoire*, N° 369, p. 181; *Réplique*, N° 1017, p. 748). Sans même examiner ici le bien-fondé, en droit, des propositions avancées par le Gouvernement belge<sup>1</sup>, le Gouvernement espagnol se bornera à faire observer qu'en tout état de cause une *restitutio in integrum* — ou l'allocation équivalente des dommages-intérêts — ne peut être concevable que dans la mesure où, une fois rétabli, le *status quo ante* serait susceptible de durer: à quoi servirait-il, en effet, de reconstituer une situation qui devrait, aussitôt être rétablie, être de nouveau supprimée? Or c'est bien ce qui se produirait ici si l'entreprise devait être reconstituée — même par la voie d'une allocation des dommages-intérêts calculée sur la base de sa valeur en 1948 — dans l'état où elle était à cette dernière date.

Le Gouvernement espagnol a en effet déjà souligné que la demande belge ne vise à rien de moins qu'à la « reconstitution par la Cour d'une situation qui viole la loi espagnole et qui résulte de fraudes et de tromperies multiples » (*Contre-Mémoire*, N° 265, p. 577). Qu'il soit permis seulement au Gouvernement espagnol de rappeler, sans les décrire une fois de plus, les innombrables fraudes et activités illégales qui ont permis au groupe de la *Barcelona Traction* de devenir ce qu'il était à la veille de la mise en faillite de la société en 1948: peut-on songer un seul instant que la Cour puisse être l'instrument d'un rétablissement d'une telle situation, alors que toutes les fraudes et illégalités commises sont aujourd'hui connues des autorités espagnoles<sup>2</sup>.

Or, et c'est là ce que le Gouvernement belge feindrait volontiers d'oublier, une réparation par équivalent ne permettrait nullement d'échapper à cette objection, puisque aussi bien elle n'est qu'une autre manière de *restitutio in integrum* et que tout ce qui fait obstacle à celle-ci condamne également, et du même coup, celle-là.

#### c) Reconstitution du « contrôle » du groupe par les actionnaires de la *Barcelona Traction*

864. Le Gouvernement belge fonde sa demande de réparation sur le fait que, par suite des actes prétendument illicites reprochés aux autorités espagnoles, des ressortissants belges, actionnaires de la *Barcelona Traction*, auraient « perdu le contrôle d'un ensemble d'entreprises (le groupe de la *Barcelona Traction*) » (*Réplique*, V, N° 1020, p. 750). La thèse belge se ramène en effet à ceci. Les actionnaires belges de la *Barcelona Traction* ayant perdu le contrôle de ce groupe d'entreprises, la réparation doit consister dans « la restitution des droits et pouvoirs afférents à leur participation » (*Réplique*, N° 1021, p. 751) ou, cette restitution s'avérant impossible, dans l'octroi d'une indemnité correspondant à la

<sup>1</sup> Le *Mémoire* et la *Réplique* (*loc. cit.*) soutiennent que « les modalités et l'étendue de la réparation due à l'Etat doivent se rapporter au dommage souffert par les ressortissants pour lesquels il (l'Etat) a pris fait et cause » (italiques ajoutées). Cette proposition n'est exacte qu'en partie. Sans doute la réparation demandée sur le plan international peut-elle trouver sa mesure dans le dommage souffert par le particulier, mais il n'y a là qu'une simple faculté (cf. CPJI, *Usine de Chorzow*, série A, N° 17, p. 29), et le Gouvernement belge commet une erreur en faisant de cette faculté une obligation juridique. Il y a des cas, en effet, où la réparation due à l'Etat ne se calcule pas, et même parfois ne peut se calquer, sur le préjudice subi par le particulier.

<sup>2</sup> Cf. C.M., Chap. I et II; D., Première Partie, Chap. I et II, Section I.

valeur, en monnaie actuelle, du « patrimoine de la *Barcelona Traction* » (*Réplique*, N° 1023, p. 753), c'est-à-dire à « la valeur de l'unité économique », à « la valeur nette des entreprises du groupe » (*Réplique*, N° 1027, p. 755).

La notion de contrôle se trouve ainsi, on le constate, au cœur même de la thèse belge : *c'est parce que des ressortissants belges auraient, selon lui, eu le contrôle du groupe avant 1948 que le Gouvernement belge vient aujourd'hui réclamer la restitution de ce contrôle ou, à défaut, une indemnité équivalente.*

Or, il se trouve que *le Gouvernement belge ne peut en aucune manière s'appuyer utilement sur un tel contrôle et que, par voie de conséquence, toute sa demande de réparation tombe du même coup.* Et cela pour une double raison.

865. La première, c'est que, on le verra plus en détail ultérieurement, l'actionnaire majoritaire d'une société ne jouit pas à l'égard du patrimoine de cette dernière de droits spéciaux que ne posséderaient pas les actionnaires ordinaires : le contrôle est une notion essentiellement économique, il constitue un pouvoir de fait, dont la perte n'est pas susceptible de donner lieu à réparation en droit international (v. *infra*, N° 871). N'ayant jamais eu de droits directs sur les concessions exploitées par les filiales et sous-filiales d'*Ebro*, les actionnaires belges de la *Barcelona Traction* ne peuvent aujourd'hui, par l'intermédiaire du Gouvernement belge, en réclamer ni la restitution en nature ni la restitution par équivalent.

866. En second lieu, à supposer même que des actionnaires belges aient jamais exercé un contrôle sur les filiales et sous-filiales de la *Barcelona Traction*, la demande belge, fondée sur un tel contrôle, se heurterait à un autre obstacle, non moins décisif que le premier. Les biens sur lesquels ce prétendu contrôle se serait exercé n'étaient pas, en effet, des biens quelconques, mais des concessions hydro-électriques, c'est-à-dire des concessions de services publics : après s'être plaint de la perte du contrôle sur le groupe de la *Barcelona Traction*, le Gouvernement belge précise aussitôt que « ce groupe d'entreprises s'était affirmé comme la plus importante affaire d'électricité de la Péninsule Ibérique, produisant et distribuant, à elle seule, quelque 20 % de la totalité de l'énergie électrique en Espagne » (*Réplique*, N° 1020; p. 750). Or, précisément, un tel contrôle par *Sidro* d'un groupe de concessions hydro-électriques aurait été, s'il avait existé, en contradiction formelle avec le droit espagnol.

On sait en effet que le Décret La Cierva, de 1921, avait interdit d'octroyer à l'avenir des concessions à des sociétés n'ayant pas la nationalité espagnole et dont les postes de direction et d'administration énumérés n'étaient pas tenus par des ressortissants espagnols ; quant aux concessions accordées antérieurement au décret, elles ne pouvaient être cédées ou transférées qu'à des sociétés remplissant les conditions ci-dessus indiquées. Comme on le voit, le Décret La Cierva n'exigeait sans doute pas, de manière formelle, que le capital fût espagnol<sup>1</sup>, mais il demandait en tout cas que les administrateurs fussent des ressortissants espagnols : le législateur pensait que ces derniers auraient, de par leur nationalité, suffisamment de patriotisme et de sens des responsabilités pour ne pas gérer les sociétés concessionnaires dans un sens contraire à l'intérêt national. En invoquant le contrôle par *Sidro* des sociétés concessionnaires du groupe, le Gouvernement belge se prévaut *ipso facto* d'une violation par cette société de cette législation, puisque aussi bien il entend tirer

<sup>1</sup> Aux yeux des dirigeants de la *Barcelona Traction* la législation espagnole exigeait même que la majorité du capital fût espagnole (cf. A.D. N° 4, document N° 14).

argument à son profit d'une gestion directe par des belges des sociétés concessionnaires de services publics, et ce contrairement à la législation espagnole. Dans la mesure même où le Gouvernement belge prétend aujourd'hui que *Sidro* avait plus de droits que ceux que lui aurait conféré la propriété éventuelle d'un paquet d'actions de la *Barcelona Traction*, dans la mesure même où ce Gouvernement fait état aujourd'hui d'un contrôle direct des concessions hydro-électriques du groupe, il se prévaut d'une situation irrégulière et sa demande de réparation ne tend ni plus ni moins qu'à la reconstitution de cette même situation.

Ainsi *Sidro* ne pouvait avoir eu légalement le contrôle des concessions à la date de la faillite. Elle ne l'avait pas avant 1921, car elle n'existait pas encore. Elle ne pouvait pas l'avoir acquis depuis 1921, car la législation espagnole y faisait obstacle. Jamais le Gouvernement espagnol n'a reconnu à *Sidro* de droit quelconque sur les exploitations de l'entreprise *Barcelona Traction*. Comment alors le Gouvernement belge ose-t-il réclamer à présent le retour à *Sidro* d'un contrôle qu'elle n'avait jamais pu avoir légalement<sup>1</sup> ?

A quoi s'ajoute l'effet de principe de l'*intuitus personae* en matière de concessions administratives. Le Gouvernement espagnol a accordé des concessions à des sociétés canadiennes et espagnoles dont l'ensemble a constitué une entreprise de services publics : est-il admissible qu'aujourd'hui le Gouvernement belge vienne fonder sa réclamation sur le contrôle qu'avait exercé sur ces concessions une société belge à l'insu des autorités espagnoles ?

d) *Remise en l'état et remboursement dus à l'adjudicataire*

867. Le Gouvernement espagnol voudrait enfin souligner combien est inadmissible une demande de remise en l'état, fût-ce par équivalent, qui fait bon marché du remboursement à l'adjudicataire, d'une part de ce que l'achat lui a coûté, d'autre part de ce qui constitue son apport propre à la structure de l'entreprise (*Contre-mémoire*, IV, N° 266, p. 578). Le Gouvernement belge, qui a si souvent rappelé que « la réparation doit, autant que possible, ... rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé » si l'acte illicite n'avait pas été commis (CPJI, série A, N° 17, p. 47), aurait-il oublié que, si la *Barcelona Traction* n'avait pas été mise en faillite et ses biens adjugés à la *Fecsa*, elle serait aujourd'hui dans une

<sup>1</sup> On relèvera à cet égard que lors de la création de *Salto de Cataluña*, les dirigeants de la *Barcelona Traction* avaient montré qu'ils étaient parfaitement conscients de l'impossibilité d'accorder à la *Sofina* le contrôle d'une nouvelle concession (« The Sofina group ... is ... composed of foreign companies, which cannot hold concessions » : lettre de M. Strang à M. Hubbard, 10 juillet 1935 : Annexe *Contre-Mémoire* N° 32, Document N° 4, vol. I, p. 321). Or, aujourd'hui le Gouvernement belge n'hésite pas à revendiquer le contrôle de *Sidro-Sofina* sur *Salto de Cataluña*. L'examen de la correspondance trouvée dans les archives du groupe en Espagne révèle que les dirigeants de ce dernier n'avaient aucun doute sur les incidences du Décret La Cierva et sur la nécessité dans laquelle ils se trouvaient de recourir à des subterfuges s'ils désiraient envers et contre tout garder la haute main sur des concessions qu'ils ne pouvaient plus exploiter légalement. A titre d'exemples — mais il y en a d'innombrables autres — on citera :

— une lettre de M. Lawton à M. Peacock en date du 24 juin 1921 faisant part de son souhait que soit étudié « de quelle manière nous aurons à modifier la constitution et l'organisation de nos sociétés si le Décret est appelé à subsister » (« in what way we shall have to modify the constitution and organization of our Companies if the Decree is allowed to stand ») : A.D. N° 4, document N° 1 ;

— une lettre de M. Lawton à M. Peacock en date du 27 juin 1921 faisant état de ce que, selon une opinion qui lui a été exprimée, « toutes les concessions non encore mises en œuvre à la date actuelle seraient soumises au Décret royal » (« all concessions not developed at the present date would be subject to the Royal Decree ») : A.D. N° 4, document N° 7 ;

— un mémorandum du 14 février 1925 qui révèle la connaissance parfaite, de la part du groupe, des obligations et interdictions résultant du Décret La Cierva : A.D. N° 4, document N° 10 ;

— une lettre de M. Lawton à M. Hubbard en date du 18 novembre 1929 évoquant la politique d'« hommes de paille » suivie par le groupe pour échapper à l'obligation imposée par la réglementation espagnole de confier certains emplois à des ingénieurs espagnols : A.D. N° 4, document N° 12.

situation bien différente de celle où l'entreprise se trouve grâce à l'activité de l'adjudicataire? Si le Gouvernement belge devait obtenir gain de cause, la faillite de la *Barcelona Traction* aurait en définitive constitué une brillante affaire pour les intérêts qui se trouvent derrière l'intervention belge: est-ce là la morale que la Belgique espère voir triompher devant la Cour? Le Gouvernement belge est tellement conscient du poids de cette objection qu'il a cherché, dans sa *Réplique*, à esquiver la difficulté, en soutenant que « cette controverse (sur les remboursements à faire à l'adjudicataire) se trouve dépourvue de toute utilité à la lumière des considérations développées ci-après » (V, N° 1021, p. 752), c'est-à-dire à la lumière de l'abandon de la demande de *restitutio in integrum* au profit de la réclamation d'une indemnité. Or, précisément, la demande d'indemnité est de même nature que celle de *restitutio in integrum*, et le Gouvernement belge ne peut pas, sur ce point comme sur les autres, échapper aux obstacles qui se dressent devant ce mode de réparation en faisant mine de se contenter d'une réparation par équivalent.

## SECTION II

LE GOUVERNEMENT BELGE N'A PAS ÉTABLI L'EXISTENCE  
D'UN PRÉJUDICE SUSCEPTIBLE D'OUVRIR DROIT A RÉPARATION

868. Ayant dénoncé et, du même coup, déjoué la manœuvre à laquelle le Gouvernement belge s'est livré dans la *Réplique* en substituant apparemment une modalité de réparation à une autre, le Gouvernement espagnol peut à présent en venir au principe même de la demande de réparation. Il se propose de montrer que, à supposer même que des actes engageant la responsabilité de l'Espagne envers la Belgique puissent être relevés à l'encontre des autorités espagnoles, les conditions que le droit international met à la réparation ne sont pas remplies en l'espèce. Dans la présente Section il montrera que le Gouvernement belge n'a pas établi l'existence d'un préjudice susceptible d'ouvrir droit à réparation; les deux Sections suivantes seront consacrées, l'une à l'absence de lien de causalité entre les actes illicites invoqués et le préjudice allégué, l'autre à l'inadéquation de la réparation demandée au préjudice allégué.

869. Il va de soi que l'obligation de réparer n'existe à la charge d'un Etat, même au cas où des actes internationalement illicites à l'égard d'un autre Etat auraient été relevés à son encontre, que lorsque ces actes ont effectivement causé un préjudice à ce dernier: comme on l'a dit, « c'est là la condition première qui, à vrai dire, n'est pas affirmée explicitement par les sentences, tant elle apparaît élémentaire, mais qui résulte très nettement de celles-ci »<sup>1</sup>. Il appartient donc au Gouvernement demandeur d'établir l'existence d'un préjudice. Or le Gouvernement belge n'a pas satisfait à cette exigence pourtant primordiale, et il demeure impossible de déterminer avec précision de quel préjudice il est demandé réparation.

Le préjudice allégué est en effet décrit tantôt comme trouvant sa source dans les mesures prises à l'encontre de la société, et plus particulièrement dans les conditions de la vente aux enchères de 1952, tantôt comme résultant de la perte par *Sidro* de son contrôle sur le groupe<sup>2</sup>. Cette oscillation entre deux pôles: société et actionnaires, s'explique

<sup>1</sup> CAVARÉ, *Le droit international public positif*, t. II, p. 377. C'est ainsi que la Cour permanente a, dans l'affaire de *Chorzow*, clairement indiqué que pour qu'il y ait octroi d'une réparation, il fallait que soit établie « l'existence des dommages qui doivent servir de base pour l'évaluation du montant de l'indemnité », le problème de l'étendue de ces dommages « constituant une question distincte à examiner ultérieurement (CPJI, série A, N° 17, p. 29).

<sup>2</sup> Dès l'Introduction, le Gouvernement belge décrit ce préjudice en termes qu'il veut saisissants: « Cette société (la *Barcelona Traction*) a été vidée de son contenu économique et ses actionnaires totalement dépouillés... Juan March et son groupe s'approprièrent, pour ainsi dire gratuitement, l'excédent considérable que l'actif de la *Barcelona Traction* présentait par rapport à son passif. En revanche, ni la société faillie, ni les actionnaires, ni les créanciers chirographaires ne reçurent rien » (pp. I/II).

La même description revient, en termes voisins, plus avant dans la *Réplique*:

<sup>3</sup> Le groupe de la *Barcelona Traction* a ainsi perdu toute réalité concrète... La volatilisation des titres composant le patrimoine de la *Barcelona Traction*, réduisant celle-ci à n'être plus qu'une coquille

par l'équivoque fondamentale dans laquelle baigne la demande belge. Le Gouvernement belge répondra sans doute qu'en vertu de la « solidarité d'intérêts » entre la société et ses actionnaires (cf. *Réplique*, V, N° 886, p. 644), le dommage subi par la société s'identifie avec le préjudice souffert par les actionnaires (cf. *Réplique*, N° 1024, p. 753). Mais il s'agit là d'une pirouette verbale sur laquelle on aura l'occasion de revenir.

870. Dans la mesure où le préjudice invoqué devrait être conçu comme trouvant sa source dans les conditions de la vente aux enchères de 1952, on rappellera qu'il a été montré plus haut, dans le cadre de l'examen de la faillite, qu'aucune irrégularité n'a entaché la procédure de vente aux enchères et, notamment, que le prix payé par l'adjudicataire était à tous égards correct. Or, dès lors que la procédure de la faillite a été régulière et que le prix payé était juste, il n'y a plus ni « déni de justice » ni préjudice susceptible de réparation.

Le préjudice invoqué n'est pas moins indéterminé si on le conçoit, comme le Gouvernement belge paraît le faire parfois, comme consistant dans la perte, par des actionnaires belges de la *Barcelona Traction*, de leur « contrôle » sur la *Barcelona Traction*, c'est-à-dire, pour reprendre une expression de la *Réplique*, comme celui résultant de « l'anéantissement des droits des actionnaires » (N° 218, p. 130). Mais si l'on cherche à savoir de quel contrôle le Gouvernement belge déplore la perte, l'équivoque reparaît immédiatement, et ce à un double degré: car il faudrait encore préciser si l'on parle d'un contrôle au sens d'un droit *stricto sensu* ou d'un pouvoir économique de fait, et, ensuite, si l'on fait état d'un contrôle sur la *Barcelona Traction* elle-même ou d'un contrôle sur les entreprises du groupe, c'est-à-dire sur les filiales et sous-filiales de la *Barcelona Traction*<sup>1</sup>. Or sur ces deux plans l'incertitude règne.

871. Dans son acception juridique, le terme de contrôle évoque l'exercice d'un droit à l'encontre de la société. La question se pose donc: l'actionnaire majoritaire d'une société jouit-il d'un droit spécial, que l'on appellerait droit de contrôle, à l'égard de la société ou de ses filiales et sous-filiales? L'actionnaire d'une société a le droit de participer à la gestion dans le cadre des règles légales et des statuts de la société, celui de percevoir des dividendes et une quote-part de l'actif au jour de la liquidation: or, serait-il même

---

vide, et la paralysie complète frappant cette société ont nécessairement, du même coup, réduit à néant les droits et intérêts des actionnaires de la *Barcelona Traction*... Leurs titres n'ont d'autre valeur que celle du papier sur lequel sont imprimés les certificats détenus par les actionnaires... Le pouvoir dont disposait en fait *Sidro* dans la gestion du groupe de la *Barcelona Traction*, grâce à sa part importante dans le capital de la *Barcelona Traction* elle-même, s'est trouvé, du même coup, réduit à néant... Le cahier des charges, de propos délibéré, avait complètement sacrifié les intérêts des actionnaires... L'actif net de la société était tenu pour une valeur nulle, et il était abandonné gratuitement à l'acquéreur (*Fecsa*), ce qui réduisait du même coup à néant le solde revenant aux actionnaires » (pp. 128, 129, 130).

Enfin la Quatrième Partie de la *Réplique* affirme:

« Le préjudice dont les actionnaires belges ont été victimes à la suite des agissements illicites du Gouvernement espagnol a donc été en substance le suivant: ils ont perdu le contrôle d'un ensemble d'entreprises... qui était en plein fonctionnement » (N° 1020, p. 750).

<sup>1</sup> Thèse de la perte du contrôle de la *Barcelona Traction* elle-même: « la faillite mettait fin... aux pouvoirs de gestion du Conseil d'administration élu par les actionnaires; ces derniers se trouvaient ainsi privés de la prérogative essentielle de faire gérer la société par les mandataires de leur choix » (*Réplique*, N° 219, p. 130; cf. N° 887, p. 646). — Thèse de la perte du contrôle des sociétés du groupe: les actionnaires belges « ont perdu le contrôle d'un ensemble d'entreprises (le groupe de la *Barcelona Traction*) » (N° 1020, p. 750); « les mesures prises par les autorités espagnoles contre la *Barcelona Traction* ont eu essentiellement pour objet et pour résultat d'enlever à ses actionnaires étrangers le contrôle des entreprises de ce groupe » (p. 765).



majoritaire et exercerait-il même une influence prépondérante, un actionnaire n'aurait pas des droits de nature différente et supérieure<sup>1</sup>.

Le contrôle exercé par un actionnaire sur une société ne constitue pas un droit proprement dit; il est, comme le dit le professeur Paul de Visscher, « une notion de pur fait... difficilement préhensible par le droit »<sup>2</sup>.

Ce qui est vrai du prétendu droit de contrôle de l'actionnaire majoritaire sur la société dont il détient plus de 50% des titres l'est évidemment à plus forte raison d'un droit de contrôle à l'encontre des filiales et sous-filiales de cette société.

872. A quoi l'on peut ajouter que, même si l'on admettait un instant la notion d'un véritable droit de contrôle d'un actionnaire majoritaire sur la société, on constaterait aussitôt qu'en l'occurrence les actionnaires de la *Barcelona Traction* n'ont perdu aucun de leurs droits et que *Sidro*, à supposer qu'elle ait jamais eu le contrôle de la *Barcelona Traction*, le garderait aujourd'hui comme hier. Car la *Barcelona Traction* — il ne faut pas l'oublier — subsiste comme société canadienne, ce qu'elle a toujours été; elle a un siège social, des actionnaires, des organes dirigeants; son Conseil d'administration s'est réuni bien après 1948 et même après 1952; ses actions sont cotées en bourse et demeurent la propriété des actionnaires. Bref, le droit de chacun des actionnaires — y compris de

<sup>1</sup> Comme l'a dit une décision anglaise bien connue :

\* The fact that an individual by himself or by his nominees holds practically all the shares in a company may give him the control in a sense that it may enable him by exercising his voting powers to turn out the directors and to enforce his own views as to the policy, but it does not in any way diminish the rights and powers of the directors or make his, as distinct from the corporation's. Nor does it make any difference if he acquires, not practically the whole but absolutely the whole of the shares. The business of the company does not thereby become his business. He is still entitled to receive dividends on his shares, but no more » (*Gramophone Company Ltd c. Stanley* (1908 2K 1389)).

La jurisprudence internationale va exactement dans le même sens. Dans l'affaire de la *Delagoa Bay Railway*, le problème de l'indemnisation du contrôle que Mac Murdo prétendait avoir sur la compagnie anglaise fut longuement débattu par les parties: l'une estimait que le contrôle avait une valeur pécuniaire distincte, l'autre qu'un droit de contrôle n'était pas susceptible d'estimation (Moore, II, 1896). Or, s'il est vrai que dans la pratique le contrôle a une valeur pécuniaire, il n'en reste pas moins, comme on le verra, que tout avantage financier que l'on peut tirer d'une situation ou d'une activité, n'est pas *ipso facto* susceptible d'indemnisation. C'est bien ce qu'a décidé le Tribunal arbitral dans cette affaire, en refusant de considérer le contrôle comme un droit distinct, susceptible d'indemnisation:

\* L'héritière de feu Mac Murdo est intervenue dans ce procès à titre de propriétaire d'actions et d'obligations de la Compagnie anglaise... et, de plus, en qualité de titulaire du droit de contrôle qu'elle estime également être en mesure d'exercer dans la compagnie anglaise. Or aucun de ces titres ne saurait lui conférer une action directe contre le Portugal; elle ne possède, de ces différents chefs, que des prétentions à faire valoir contre la Compagnie anglaise. Ce sont là des questions de ménage intérieur qu'il est matériellement impossible de trancher dans un procès lié entre la Compagnie anglaise d'une part... et le Gouvernement du Portugal, d'autre part. *On chercherait vainement un motif plausible qui permit juridiquement de faire une situation spéciale à Madame Mac Murdo, en sa qualité d'actionnaire la plus forte de la Compagnie anglaise et de porteuse d'obligations de celle-ci, et de la traiter, en cette qualité, sur un autre pied que n'importe quel autre actionnaire ou obligataire de la Compagnie anglaise* » (*Pasicrisis*, p. 410 (italiques ajoutées)).

Dans le même sens on peut relever d'ailleurs bien d'autres sentences, notamment celle rendue dans l'affaire de *The Deutsche-Amerikanische Petroleum Gesellschaft Oil Tankers* (« To proclaim the economic character of an alleged right is not sufficient to vest it with the privileges and sanctions of a right of ownership; the right which the shareholder derive from his share is indisputably of an *economic nature*, but cannot confer upon him a right of ownership either in the corporate assets or in the corporate earnings » (R.S.A. vol. II, 791)), ainsi que la décision de la Commission de conciliation franco-italienne dans le différend *Sociétés Petits-fils de C. J. Bonnet et Tessitura Serica Piemontese* (Décision N° 17 du 16 mars 1949: « La société *Les Petits-Fils de Bonnet*, qui se prétend à la vérité principale actionnaire de la *Tessitura Serica Piemontese*, n'a à l'égard de cette dernière société que les droits reconnus aux actionnaires par les statuts...; qu'ils sont en conséquence inhabiles à se dire propriétaires des établissements... » (R.S.A., vol. XIII, p. 77)).

<sup>2</sup> Rec. des Cours, vol. 102, 1961, t. I, p. 444.

l'actionnaire majoritaire — de participer à la gestion de la société par l'intermédiaire de ses représentants élus demeure intact. On ne voit pas, dans ces conditions, de quelle « situation d'actionnaires » *Sidro* aurait été dépossédée ni sur quel préjudice le Gouvernement belge peut se fonder.

873. In saisissable si on voit dans le contrôle une prérogative juridique, le préjudice allégué n'est pas moins indéterminé si on considère le contrôle comme un pouvoir économique de fait, soit sur la société elle-même, soit sur les filiales et sous-filiales. Il semble d'ailleurs que ce soit cette dernière conception du préjudice — perte d'un pouvoir économique sur l'ensemble du groupe — qui ait la préférence du Gouvernement belge (cf. *Réplique*, V, N° 1020, p. 750).

Mais s'il en est ainsi, l'objection vient immédiatement, décisive et irréfutable. Si vraiment le Gouvernement belge se place, non plus sur le terrain des prérogatives juridiques des actionnaires, et plus particulièrement de l'actionnaire majoritaire, mais sur celui de la prépondérance économique, il n'y a aucune raison d'arrêter la recherche du contrôle (en tant que pouvoir de fait) à l'actionnaire majoritaire, du moins lorsque ce dernier est une société, et il faut remonter jusqu'aux détenteurs effectifs du contrôle ainsi conçu: faute de quoi la réparation ne serait pas destinée aux véritables victimes. Le Gouvernement espagnol estime en conséquence que, si le Gouvernement belge entend se prévaloir du contrôle économique de fait exercé sur la *Barcelona Traction*, il n'y a en tout état de cause pas lieu de considérer ce dernier comme appartenant à *Sidro* et il faut remonter aux forces économiques et financières qui le détenaient réellement, c'est-à-dire à *Sofina* et aux personnes et intérêts qui se mouvaient derrière *Sofina*.

874. Comme on le voit, on retrouve ainsi, au détour du raisonnement, l'une des nombreuses équivoques de la demande belge. Le Gouvernement belge se livre-t-il à une protection d'actionnaires? Dans ce cas, ni *Sidro* ni aucun autre actionnaire de la *Barcelona Traction* n'a perdu quelque droit d'actionnaire que ce soit, et la demande de réparation n'est pas fondée. S'agit-il au contraire d'une protection d'intérêts? Dans ce cas, ce n'est pas pour *Sidro* que le Gouvernement belge intervient, mais pour *Sofina* et, par-delà *Sofina*, pour les intérêts réels et concrets qui exercent le contrôle sur elle: mais alors il incombe en tout premier lieu au Gouvernement belge de faire la preuve du caractère belge desdits intérêts — ce qu'il n'a jamais fait, et pour cause<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Au cours d'une conversation tenue le 25 juillet 1951 avec un fonctionnaire du Trésor britannique, M. Lawson, représentant les «equity interests», a développé le «thème fondamental» (*the basic theme*) que «*Barcelona Traction* was beneficially owned by a very large number of investors scattered all over the world, including, of course, the shareholders of *Sofina*» (Exhibit «G» au Memorandum du *Receiver and Manager* N° G.21 du 24 décembre 1951: Documents de la *Receivership*, vol. V, p. 771).

On ne saurait mieux reconnaître: (a) que le contrôle de la *Barcelona Traction* n'appartenait pas à *Sidro*, mais à un très grand nombre d'investisseurs dispersés à travers le monde, y compris naturellement les actionnaires de *Sofina*; (b) que le Gouvernement belge ne demande pas la réparation du préjudice prétendument causé à *Sidro*.

## SECTION III

L'ABSENCE D'UN RAPPORT DE CAUSALITÉ ENTRE LES ACTES  
INCRIMINÉS ET LE PRÉJUDICE ALLÉGUÉ

875. Il est de principe en droit international que pour qu'un préjudice, à le supposer existant, soit susceptible de réparation, il doit être relié, par un lien de cause à effet, à des actes internationalement illicites commis par l'Etat défendeur, la preuve de ce lien incombant évidemment à l'Etat demandeur. Cela suppose, *positivement*, que le préjudice soit effectivement dû à de tels actes, et, *négativement*, qu'il ne soit pas l'effet d'actes ou d'agissements autres que des actes illicites imputables à l'Etat défendeur.

Cette exigence est à ce point évidente qu'elle ne paraît pas appeler la moindre hésitation<sup>1</sup>.

Il est clair, dès lors, que même si le Gouvernement belge était parvenu à établir que des ressortissants belges actionnaires de la *Barcelona Traction*, avaient subi un préjudice, il lui faudrait encore, pour que soit mise à la charge de l'Espagne l'obligation de réparer

<sup>1</sup> Dans l'affaire du *Wimbledon* déjà, la Cour permanente avait déclaré: « Le quatrième chef, relatif à la réclamation de remboursement pour la contribution du navire aux frais généraux de la Société, a été contesté par le défendeur; la Cour estime que cette contestation est fondée. Les dépenses en question n'ont pas de rapport avec le refus de passage » (CPJI, série A, N° 1, p. 32; italiques ajoutées). Dans l'affaire de *Chorzow*, la Cour permanente relevait de même que, pour donner lieu à réparation à la charge de l'Etat défendeur, le dommage devait avoir été subi « par suite » de l'acte illicite de cet Etat (CPJI, série A, N° 17, p. 27). La jurisprudence arbitrale mentionne également cette exigence très fréquemment: la sentence Fabiani évoque « la nécessité d'établir un rapport de cause à effet entre le fait illicite et le dommage prétendu » (*Pasicrisie*, p. 365); la sentence *Yuille, Shortridge et Cie* souligne que « la demande de réparation n'était légitime qu'en tant que le préjudice éprouvé aurait été une conséquence directe et inévitable des procédures judiciaires illégalement continuées » (LAPRADELLE-POLITIS: *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, Paris, 1923, p. 109), etc. Hackworth montre également qu'il ne suffit pas d'établir l'existence d'un préjudice mais qu'il faut démontrer qu'il est imputable à l'Etat défendeur (*Digest*, vol. V, p. 755; cf. AGO, *Le délit international*, Rec. des Cours, vol. 68, 1939, t. II, p. 448; CAVARÈ, *Le droit international public positif*, t. II, p. 409; SALVIOLI, *La responsabilité des Etats et la fixation des dommages et intérêts par les tribunaux internationaux*, Rec. des Cours, vol. 28, 1929, t. III, p. 244).

Lorsque des causes étrangères ont, soit provoqué le dommage à elles seules, soit concouru à sa production, l'Etat défendeur sera, soit déchargé de toute obligation de réparer, soit tenu à la réparation d'une partie seulement du préjudice: de nombreux exemples sont fournis notamment par PERSONNAZ (*La réparation du préjudice en droit international public*, Paris, 1938, p. 147 ss.). On peut signaler que même les précédents les plus favorables à la réparation des préjudices éloignés sur la chaîne des causalités exigent en tout état de cause que le dommage soit dû exclusivement à l'acte illicite de l'Etat défendeur. C'est ainsi que dans la Décision N° 2 de la Commission mixte germano-américaine, le surarbitre Parker, tout en admettant la réparation des conséquences éloignées de l'acte illicite, insiste sur le fait que « la cause du dommage qui lui a été causé (au réclamant) doit être un acte de l'Allemagne ou de ses agents » (WITENBERG, *Commission mixte de réclamations germano-américaine*, vol. I, p. 18; R.S.A., vol. VII, p. 29) et que dans l'affaire de la responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du Sud de l'Afrique la sentence arbitrale du 31 juillet 1928 (R.S.A., II, pp. 1013 et ss.) déclare que « tout le monde est d'accord que, si même on abandonne le principe rigoureux que seuls les dommages directs donnent droit à réparation, on n'en doit pas moins nécessairement exclure, sous peine d'aboutir à une extension inadmissible de la responsabilité, les dommages qui ne se rattachent à l'acte initial que par un enchaînement imprévu de circonstances exceptionnelles et qui n'ont pu se produire que grâce au concours de causes étrangères à l'auteur et échappant à toute prévision de sa part » (*ibid.*, p. 1031).

ce préjudice, démontrer que ce dernier est dû, et dû exclusivement, à des actes internationalement illicites imputables à l'Etat espagnol.

C'est ainsi, pour prendre un exemple parmi bien d'autres, que le Gouvernement belge devrait établir que le dommage qu'il prétend résulter du prix soi-disant trop bas auquel les biens ont été vendus est effectivement l'effet d'un acte imputable à l'Etat espagnol; si cette preuve n'est pas fournie, c'est qu'elle ne pouvait pas l'être, car l'absence d'enchérisseurs saurait difficilement être tenue pour une conséquence d'une mise à prix insuffisante. De même, on voit mal en quoi l'Etat espagnol pourrait être rendu responsable envers la Belgique de l'attitude des demandeurs à la faillite — qui, après tout, n'ont fait qu'exercer leur droit le plus incontestable — et, d'une manière générale, des actes et démarches de particuliers au cours des diverses procédures judiciaires. Le Gouvernement belge est à ce point conscient de ces vérités d'évidence qu'il a inventé la théorie du grief global, c'est-à-dire la thèse de la collusion des autorités espagnoles avec le groupe March, dans l'espoir fallacieux de pouvoir rendre les actes de particuliers imputables aux autorités publiques et qu'il a soigneusement négligé de tenir compte de ce que la véritable cause des désagrèments dont se plaignent ses ressortissants réside dans le fait même de ces derniers.

876. Or, ce point est d'une particulière importance. Il est certain, en effet, qu'il n'y a plus de rapport de causalité adéquate <sup>1</sup> entre l'action de l'Etat défendeur et le préjudice invoqué dès lors que la victime de ce dernier a elle-même, par sa propre conduite, provoqué le dommage dont elle a souffert ou contribué à sa production: il y a dans ce cas, en tout ou en partie, cause étrangère, et aucune réparation n'incombe à l'Etat défendeur pour ce préjudice ou pour la partie du préjudice dû à la cause étrangère: on ne peut quand même pas exiger de l'Etat défendeur de réparer le dommage que les ressortissants de l'Etat demandeur ont provoqué eux-mêmes par leur action ou leur négligence <sup>2</sup>.

Tel est bien le cas en l'espèce.

877. Si vraiment *Sidro* avait, comme le soutient le Gouvernement belge, le « contrôle absolu de la *Barcelona Traction* » depuis 1930 au moins, si elle avait, par sa participation majoritaire dans la *Barcelona Traction* et par le contrat de services liant depuis 1929 *Sofina*, son principal actionnaire, aux filiales de la *Barcelona Traction*, « acquis à l'égard des autres actionnaires de la *Barcelona Traction* la fonction et le caractère d'actionnaire pilote » (*Réplique*, V, N° 1019, p. 749), cela signifierait que c'est à elle que reviendrait la responsabilité de la politique suivie par la *Barcelona Traction* à l'égard tant des créanciers de la société que des autorités espagnoles. En d'autres termes, cela impliquerait que c'est précisément *Sidro*, au profit de laquelle le Gouvernement belge prétend avec tant d'insistance intervenir, qui serait responsable des fraudes et irrégularités commises ainsi que de l'état de faillite latente que le jugement du 12 février 1948 n'a fait que consacrer et confirmer: l'apparente rentabilité de l'entreprise, dont le Gouvernement belge fait si grand cas, ne reposait-elle pas en définitive sur une politique consistant à faire vivre

<sup>1</sup> L'expression est du professeur Guggenheim (*Traité de droit international public*, t. II, p. 70).

<sup>2</sup> A titre d'exemples, on citera l'*affaire du Costa Rica Packett* (Grande-Bretagne et Pays-Bas, 16 mai 1895, *Pasicrisie*, p. 509), où l'arbitre estima que le dommage (la perte de la saison de pêche) était dû en partie à la négligence des victimes (retard du capitaine à retourner à bord après sa libération) et imprévoyance des armateurs qui n'avaient pas pourvu le capitaine d'un second (« les dommages soufferts ensuite de la détention du sieur Carpenter... ne sont pas uniquement des conséquences nécessaires de cette détention préventive » — italiques dans le texte, p. 511), l'*affaire du Manosba* (Cour permanente d'arbitrage, 6 mai 1913, R.S.A., vol. XI, pp. 471 ss.), l'*affaire James Pugh* (R.S.A., III, 1451), etc.

l'entreprise grâce à l'argent illégalement soustrait non seulement au fisc, mais aussi aux obligataires <sup>1</sup>?

Mais ce n'est pas tout. Pourquoi *Sidro*, si elle était le maître de la *Barcelona Traction*, n'a-t-elle pas profité en 1947 de la bonne disposition des créanciers à régler l'affaire par un arrangement ? Pourquoi n'a-t-elle pas utilisé son « droit de contrôle » pour conduire la *Barcelona Traction* à faire des offres sérieuses de paiement en pesetas pour les obligations en livres sterling ?<sup>2</sup> Pourquoi n'a-t-elle pas bloqué la procédure de faillite en provoquant une offre de concordat ? Pourquoi n'a-t-elle pas suscité de la part de la *Barcelona Traction*, et ce dans le délai requis, une opposition au jugement déclaratif de faillite ? Si vraiment la mise à prix pour la vente aux enchères était, comme le dit la *Réplique* du Gouvernement belge, « dérisoire » (*Réplique*, V, N° 747, p. 549), tant et si bien que le groupe March aurait pu s'approprier la *Barcelona Traction* « pour ainsi dire gratuitement » (*Réplique*, p. II), l'actionnaire-pilote qui, à en croire le Gouvernement belge, était *Sidro*, n'aurait-il pas dû profiter de cette occasion inespérée pour reprendre le contrôle de l'entreprise « pour ainsi dire gratuitement » ? De même, pourquoi *Sidro* n'a-t-elle pas conduit la *Barcelona Traction* à profiter — et pourquoi n'a-t-elle pas profité elle-même — de la faculté de substitution à *Fecsa* après la vente aux enchères de 1952 ?

Ainsi le préjudice dont le Gouvernement belge réclame réparation serait, à supposer qu'il existe, dû essentiellement (dans la logique même de la thèse belge selon laquelle *Sidro* occupait dans la *Barcelona Traction* une « position majoritaire et dirigeante » : *Réplique*, p. 765) à l'action même de cet actionnaire prétendument majoritaire, puisque c'est lui qui a dicté — ou n'a pas empêché — la politique désastreuse suivie par la société et qui a empêché — ou n'a pas dicté — les mesures appropriées pour redresser la situation <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Au sujet de cette politique d'investissements aux dépens des obligataires, on relèvera la lettre adressée par *Sofina* à M. Lawton le 8 avril 1940, lettre dans laquelle il est demandé à ce dernier d'établir des prévisions financières tenant compte de la construction de la centrale de Flix à partir de 1941 ainsi que de divers autres travaux, et ce dans deux hypothèses, dont l'une est : « le service de l'amortissement des obligations des filiales espagnoles serait différé de cinq ans à compter à partir (*sic*) de l'année 1939 » (A.D. N° 8, document N° 4).

Cette volonté de financer la construction de la centrale de Flix grâce aux sommes dues aux obligataires ressort également du procès-verbal de la réunion tenue à Bruxelles le 25 novembre 1939 entre MM. Heinemann et Lawton, dont le texte figure en A.D. N° 8, document N° 1, appendice N° 1. Cf. également la lettre de M. Heinemann à M. Hubbard en date du 29 mars 1940, analysée dans le *Contre-mémoire*, N° 176, p. 103. — Pendant la période de juillet 1936 à décembre 1947, la *Barcelona Traction* a cessé de payer les intérêts ou d'alimenter les fonds d'amortissement pour un total de 2 605 000 livres et 32 775 000 pesetas. La valeur en pesetas de ces sommes se monterait, au taux de change minimum de la période juillet 1936-décembre 1947 (36,75 pesetas/L), à 129 millions de pesetas et à 147 millions de pesetas évaluées au taux de change maximum (44 pesetas/L) pendant cette même période (taux de change pris de l'« Anuario Estadístico de España », 1950, p. 473). D'après les données fournies au Ministère de l'Industrie, le groupe *Ebro* a investi, dans la période 1935-47, 283 millions de pesetas. Par conséquent, la somme des intérêts non payés ou des dotations de fonds d'amortissements des obligations non effectuées représenta, approximativement, entre 46% et 52% des investissements du groupe *Ebro* pendant cette période.

<sup>2</sup> L'absence de toute offre de *Barcelona Traction* d'effectuer le paiement en pesetas pour les sommes dues en livres est d'autant plus significative que l'avocat espagnol M. Tornos avait conseillé au groupe, en 1940, de faire verser par *Ebro* « au crédit de la *Barcelona Traction* dans une banque espagnole l'équivalent en pesetas de la charge obligataire des 6½% *Prior Lien* et des 5½% *First Mortgage* » ; M. Tornos ajoutait que « les porteurs de ces obligations toucheraient ainsi leurs coupons en pesetas et feraient eux-mêmes le nécessaire pour en obtenir le transfert en devises » (Procès-verbal des réunions des 5, 6 et 7 mars 1940 joint à la lettre de *Sofina* à M. Lawton en date du 18 mars 1940 : A.D. N° 8, document N° 3, appendice N° 1).

<sup>3</sup> Voir la plaidoirie faite par l'agent du Gouvernement belge dans l'affaire *Oscar Chinn* : « S'il y a un préjudice est-ce que la cause première de ce préjudice ne se trouve pas dans l'attitude de M. Chinn ? Il est facile de prendre à partie le Gouvernement belge, alors qu'en somme on n'a pas fait soi-même ce qui était nécessaire pour résister aux circonstances » (CPJI, série C, N° 75, p. 258).

Dans ces conditions, on peut s'étonner que le Gouvernement belge, qui n'ignore plus depuis longtemps les agissements de ses ressortissants, actionnaires soi-disant majoritaires de la *Barcelona Traction*, accepte non seulement d'intervenir au profit d'un soi-disant actionnaire-pilote aussi critiquable, mais va jusqu'à demander une réparation, par l'Etat espagnol, du dommage prétendument causé à l'Etat belge du fait d'un préjudice, subi par des particuliers qui sont directement à l'origine dudit préjudice et qui n'ont rien fait pour l'empêcher ou pour y mettre fin. Rarement a-t-on vu dans les annales de la juridiction internationale une réclamation introduite avec autant de légèreté et une réparation demandée pour un préjudice aussi peu imputable — à le supposer existant — à l'Etat défendeur.

878. Mais c'est à un autre point de vue encore que tout lien adéquat de cause à effet fait défaut entre les actes prétendument illicites dont fait état le Gouvernement belge et le soi-disant préjudice dont il demande réparation.

Dans la requête de 1958 et le *Mémoire* de 1959, le Gouvernement belge réclamait réparation du préjudice causé à la *Barcelona Traction* par les mesures prétendument illicites prises à son encontre par les autorités espagnoles: il se référerait ainsi à un dommage qui, s'il avait existé, aurait incontestablement été lié par un lien adéquat de causalité aux actes illicites invoqués.

Depuis la *Requête* de 1962 cependant, la demande du Gouvernement belge ne comporte plus ce lien de causalité, puisque aussi bien il n'est demandé rien de moins que la réparation d'un préjudice causé à une personne déterminée par les mesures prises à l'égard ... d'une autre personne. Qu'il soit permis au Gouvernement espagnol de rappeler à cet égard l'étonnant passage de l'Introduction qui ouvre le *Mémoire* de 1962: le Gouvernement belge écrivait en effet que

« la demande du Gouvernement belge a pour objet la réparation du *préjudice causé à des ressortissants belges* par le comportement contraire au droit des gens de divers organes de l'Etat espagnol à l'égard de la société de droit canadien... *Barcelona Traction* et des autres sociétés de son groupe » (p. 5) (italiques ajoutées).

Peut-on reconnaître plus franchement qu'il s'agit bien, dans l'esprit du Gouvernement demandeur, de solliciter la réparation d'un dommage prétendument causé à Pierre par des mesures soi-disant illégales prises à l'encontre de Paul?

879. Le Gouvernement espagnol a montré à plusieurs reprises que ce dont le Gouvernement belge se plaint constitue, non pas l'effet des mesures prétendument illicites dont il fait état, mais une simple répercussion dont le droit international ne permet pas d'envisager la réparation (cf. notamment *Contre-mémoire*, IV, p. 644, note 12). Sans doute certains précédents jurisprudentiels et une partie de la doctrine se montrent-ils favorables dans une certaine mesure à la réparation de ce que l'on appelle communément des dommages indirects, mais il s'agit alors de conséquences dommageables éloignées (« remote damages », « consequential damages ») supportées par la même personne que le préjudice initial et immédiat. Lorsqu'en revanche le dommage invoqué a été causé à une personne autre que celle à l'égard de laquelle l'acte illicite a été pris, on se trouve en présence d'une rupture du lien de causalité, car il s'agit alors, non plus d'une conséquence, même éloignée, mais d'une simple répercussion de l'acte illicite à l'égard d'un tiers (cf. Hauriou, *Les dommages*

*indirects dans les arbitrages internationaux*, Rev. gén. de dr. intern. public, 1924, p. 214; Rousseau, *Droit international public*, 1953, N° 488, p. 385)<sup>1</sup>.

880. Dans le cas de mesures prises par un Gouvernement à l'égard d'une société étrangère, il est parfaitement possible que certaines répercussions se fassent sentir à l'égard des actionnaires de ladite société, puisque la valeur des titres qu'ils détiennent dépend après tout, entre bien d'autres éléments d'ailleurs, également du sort réservé à la société. Mais il s'agit là d'une répercussion indirecte, analogue à celle que subirait un assureur-vie du fait du décès de l'un de ses assurés ou un créancier du fait de la diminution de solvabilité de son débiteur; admettrait-on, par exemple, qu'un Etat A doive réparation à un Etat B parce que des actes illicites des autorités de l'Etat A auraient privé de l'un de ses biens une

<sup>1</sup> Un exemple imaginaire fera saisir toute la différence entre le problème du *préjudice indirect* et ce que l'on pourrait appeler le cas de la *victime indirecte*. Si la *Barcelona Traction* avait, comme conséquence de sa mise en faillite, perdu les perspectives précises qu'elle avait, en raison de négociations en cours, d'étendre son activité à un autre pays, la question de savoir si un tel préjudice pourrait être compris parmi ceux causés par les actes prétendument illicites du Gouvernement espagnol aurait constitué un problème de dommage indirect. Or ici il s'agit de savoir si les dommages causés à des tiers sont eux aussi susceptibles de réparation, et là la réponse ne peut être que négative. Le professeur Rousseau, par exemple, dans l'ouvrage que l'on vient de citer, montre que la jurisprudence internationale écarte la réparation de dommages qui ont « le caractère d'une répercussion, étant ressentis par une personne autre que celle qui a subi le dommage principal ». Une mention particulière de ce type de dommage est également faite par Ralston, dans son ouvrage classique *The Law and Procedure of International Tribunals (Supplement to 1926 Revised Edition, N° 441 b, p. 120)*, avec une référence aux *Life Insurance Claims* tranchés par la Commission mixte germano-américaine en 1924. Dans l'affaire *Provident Mutual Life Insurance Company and others (U.S.) c. Germany* (R.S.A., VII, 91), s'agissant du dommage subi par une compagnie d'assurances sur la vie à la suite du décès de l'un de ses assurés imputable à l'acte illicite d'un Etat, le surarbitre Parker a en effet clairement écarté la réparation de ce qui n'est que la répercussion sur un tiers (l'assureur) des actes commis à l'égard de la victime (ici: les passagers victimes du naufrage du *Lusitania*):

• The great diligence and research of American counsel have pointed this Commission to no case decided by any municipal or international tribunal awarding damages to one party to a contract claiming a loss as a result of the killing of the second party to such contract by a third party without any intent of disturbing or destroying such contractual relations. . .

• On the other hand, there is no reported case, international or municipal, in which a claim of a life insurer has been sustained against an individual, a private corporation, or a nation causing death resulting in loss to such insurer. Such claims have been made but uniformly denied • (La décision cite un grand nombre de précédents dans la note 36).

• But the act of Germany in striking down an individual did not in legal contemplation proximately result in damage to all of those who had contract relations, direct or remote, with that individual, which may have been affected by his death • (*ibid.*, pp. 114 et 116).

Dans l'affaire *Hickson*, la commission refusa de même d'accorder une réparation au frère de deux des victimes du naufrage pour le dommage qu'il avait subi du fait de la terminaison prématurée d'un contrat verbal avantageux qui le liait, d'après lui, aux victimes. Le surarbitre Parker rappela en effet qu'il n'existe aucun précédent « where any tribunal has awarded damages to one party to a contract claiming a loss as a result of the killing of the second party to such contract by a third party not privy to the contract without any intention of disturbing or destroying such contractual relations » (R.S.A., VII, 269).

La Commission n'a pas manqué au surplus de relever la différence qui sépare le cas du survivant — lequel a un droit direct contre l'auteur du dommage (cf. Décision N° VI, R.S.A., VII, p. 164) — de celui des tiers, fussent-ils même des cocontractants de la victime — lesquels n'ont aucun titre à réclamer la réparation du dommage que leur a causé, par ricochet en quelque sorte, le décès de la victime (cf. *Provident Mutual Life Insurance Company*, précité, pp. 115/116).

Ces principes ne sont évidemment pas limités au cas des assureurs, et la Cour permanente les a consacrés dans son arrêt relatif à l'*Usine de Chorzow* dans les termes les plus généraux :

• Il convient de constater avant tout que, pour évaluer le dommage causé par un acte illicite, il faut tenir compte exclusivement de la valeur des biens, droits et intérêts qui ont été atteints et dont le titulaire est la personne au profit de laquelle l'indemnité est réclamée ou le dommage de ce qui doit servir de mesure pour l'évaluation de la réparation réclamée. Ce principe, admis par la jurisprudence arbitrale, a pour conséquence, d'une part, d'exclure du préjudice à évaluer les dommages causés aux tiers par l'acte illicite, et d'autre part de ne pas en exclure le montant des dettes et autres obligations à la charge du lésé • (CPJI, série A, N° 17, p. 31) (italiques ajoutées).

personne physique ou morale X débitrice d'un ressortissant de l'Etat B, diminuant ainsi la valeur de la créance de ce ressortissant sur X? (cf. *l'affaire Dickson Car Wheel Company*, R.S.A., IV, 669, citée dans le *Contre-mémoire*, IV, p. 645; voir aussi à ce sujet *infra*, III<sup>e</sup> Partie, Chap. II, Section II, par. 16).

Il existe au surplus un précédent célèbre — et dont il a déjà été beaucoup parlé au cours de la procédure — qui a écarté on ne peut plus explicitement l'indemnisation des répercussions que des mesures prises à l'encontre d'une société ont pu avoir sur des actionnaires, même jouissant du « contrôle » sur ladite société: dans *l'affaire de la Delagoa Bay*, en effet, il a été jugé que l'actionnaire, même s'il exerce un « contrôle » sur la société, est un tiers par rapport à l'Etat auteur d'une lésion commise contre la société et que ce « contrôle » ne lui donne aucun droit direct contre ledit Etat, car il s'agit là d'une question de « ménage intérieur » entre l'actionnaire et la société.

881. Le Gouvernement belge mesure si bien le poids de ces objections qu'il cherche à les écarter d'avance en posant le postulat de l'indemnité complète de la société et de ses actionnaires: si l'on admettait, comme le Gouvernement belge le demande, que « le dommage souffert par l'ensemble des actionnaires s'identifie avec le dommage subi par la société elle-même » (*Réplique*, V, N<sup>o</sup> 1024, p. 753), la difficulté s'évanouirait en effet d'un seul coup, puisqu'il n'y aurait plus à distinguer ni entre victime et tiers, ni entre dommage immédiat et simple répercussion. En procédant ainsi à l'« escamotage » de la société — objet exclusif, de son propre aveu, des mesures prétendument illicites qu'il invoque — le Gouvernement belge espère évidemment faire accepter par la Cour l'existence d'un lien juridique direct entre les auteurs desdites mesures et les actionnaires de la société, et du même coup l'existence d'un lien de cause à effet entre les actes incriminés et les conséquences soi-disant dommageables subies par lesdits actionnaires.

Encore faudrait-il, pour que cette tentative ait la moindre chance de succès, que le postulat sur lequel elle s'appuie soit exact. Or il n'en est rien, à aucun point de vue.

882. Sur un plan strictement juridique, d'abord, la proposition clé du Gouvernement belge ne serait acceptable que dans trois hypothèses: si la société belge n'avait pas de personnalité distincte; si les actionnaires pouvaient faire valoir un droit direct à l'encontre de l'Etat auteur des actes prétendument illicites pris à l'égard de la société; si les actionnaires pouvaient être considérés comme subrogés dans les droits de la société. Or aucune de ces hypothèses ne saurait être retenue sérieusement un seul instant.

Le Gouvernement espagnol a déjà montré à quelles extrémités conduirait l'insoutenable thèse de la négation totale de la personnalité morale — en particulier à refuser le droit de protection diplomatique à l'Etat national de la société lorsque les actionnaires sont de nationalités différentes (cf. *Contre-mémoire* N<sup>o</sup> 99, pp. 717/718; cf. *Procédure orale*, vol. II, p. 855); il ne reviendra pas sur ce point, si ce n'est pour demander au Gouvernement belge, qui refuse de voir dans la personnalité morale autre chose qu'« une simple création technique » ou qu'« une construction juridique sans valeur absolue » (*Réplique*, N<sup>o</sup> 885, p. 643), s'il estime que le droit international, qui repose sur les personnes morales telles que l'Etat, repose entièrement sur des fictions.

Peut-être alors le Gouvernement belge soutiendra-t-il que les actionnaires ont un droit direct à l'encontre de l'Etat auteur des mesures prétendument illicites commises à l'égard



de la société, tout comme les parents survivants d'une personne décédée à la suite d'un acte imputable à l'Etat défendeur<sup>1</sup> : c'est sans doute ce que veut dire le Gouvernement belge lorsqu'il lie, comme il le fait souvent, l'assimilation entre la société et les actionnaires à l'affirmation que la *Barcelona Traction* est devenue une société *practically defunct*, c'est-à-dire un « fantôme » (*Réplique*, V, N° 887, p. 646) dont on peut légitimement ne plus tenir compte. Mais une telle analyse relève de la plus pure fantaisie. Une société mise en faillite ne cesse pas pour autant d'exister juridiquement, on l'a déjà vu, et l'on voit mal le Gouvernement belge se comporter comme s'il demandait le *pretium doloris* pour la mort d'une société<sup>2</sup>.

Reste enfin l'hypothèse d'une subrogation, qui expliquerait également cette superposition des actionnaires à la société : mais on voit mal comment le Gouvernement belge pourrait soutenir une telle subrogation des actionnaires dans les droits de la société, car une thèse de ce genre ne conduirait ni plus ni moins qu'à une liquidation anticipée de la société, avec toutes les conséquences inadmissibles que l'on a déjà relevées (cf. *Procédure orale*, III, pp. 835/836; *Contre-mémoire*, IV, N° 22, p. 651) et sur lesquelles on aura l'occasion de revenir.

A quoi l'on peut ajouter que les actionnaires de la *Barcelona Traction* sont entièrement étrangers aux concessions octroyées par les autorités espagnoles, aux filiales et sous-filiales de la *Barcelona Traction* : seules tiraient des droits de ces concessions vis-à-vis du Gouvernement espagnol les sociétés auxquelles ce dernier les avait accordées, et *Sidro* n'était pas dans ce cas.

883. L'analyse économique vient renforcer les observations qui précèdent. Sans doute est-il exact, comme on l'a dit plus haut, que des mesures dommageables prises contre une société peuvent avoir des contrecoups défavorables pour les actionnaires. Le Gouvernement espagnol n'a jamais cherché à nier l'existence d'une convergence d'intérêts entre la société et les actionnaires (cf. *Contre-mémoire*, N° 13, p. 645), et le Gouvernement belge enfonce une porte ouverte en cherchant à la démontrer (*Réplique*, N° 886, p. 644). Mais une simple convergence d'intérêts ne signifie pas identité, et le Gouvernement belge, qui cherche toujours à informer le Gouvernement espagnol des réalités des affaires, devrait le savoir mieux que quiconque. Certes, des mesures prises contre une société peuvent-elles affecter la valeur des titres détenus par les actionnaires, mais cette répercussion, pour fréquente qu'elle soit, n'a rien d'automatique, et il est en tout cas abusif d'évoquer, comme le fait le Gouvernement belge, « la valeur des biens, droits et intérêts du groupe de la *Barcelona Traction* et, par suite, la valeur globale des actions de la *Barcelona Traction* » (*Mémoire* 1962, I, N° 382, p. 189). La valeur des actions dépend en effet de bien d'autres facteurs, en particulier des potentialités, des expectatives, bref de certains éléments d'ordre spéculatif : à preuve, l'explication que le Gouvernement belge donne lui-même de la valeur boursière actuelle des actions de la *Barcelona Traction* (*Réplique*, N° 217, p. 129).

<sup>1</sup> L'absence de droit direct des actionnaires à l'encontre de l'Etat auteur de mesures illicites prises contre une société qui est un *going concern* est attestée, outre l'affaire de la *Delagoa*, par l'ensemble de la jurisprudence étudiée par le Gouvernement espagnol à propos du problème du *ius standi*. — Cf. l'arrêt de la Cour de Cassation de France du 29 octobre 1965, qui décide qu'en cas d'expropriation, les associés dont les droits ont été appréciés alors que la société existait encore lors de l'expropriation « n'ont d'autres droits à faire valoir que ceux de ladite société (et) ne sont donc pas recevables à réclamer personnellement une indemnité » (*Gazette du Palais* 1966.1.135).

<sup>2</sup> Quoi qu'il en soit, le Gouvernement belge ne peut en même temps invoquer le caractère *practically defunct* de la *Barcelona Traction* pour en tirer certaines conséquences avantageuses pour lui et se faire le complice du maintien de la cotation de ses titres en bourse.

884. Aussi bien économiquement que juridiquement, il est, on le constate, contraire à la vérité d'affirmer que les répercussions défavorables à l'égard des actionnaires de mesures prises contre une société sont assimilables au dommage subi par la société et liés, au même titre que ce dernier, par un lien adéquat de causalité aux mesures prises contre la société.

Il y a là une raison de plus, et qui serait d'ailleurs suffisante à elle seule, pour que le Gouvernement belge ne soit pas fondé à réclamer une réparation pour le contrecoup que certains de ses ressortissants, prétendument actionnaires de la *Barcelona Traction* auraient, le cas échéant, subi du fait de mesures soi-disant illicites prises par les autorités espagnoles à l'encontre de la *Barcelona Traction*.

## SECTION IV

L'INADÉQUATION DE LA RÉPARATION DEMANDÉE A LA NATURE  
ET AU CARACTÈRE DU PRÉJUDICE ALLÉGUÉ

885. Ainsi, comme on vient de le montrer, le Gouvernement belge n'a pas hésité à réclamer à l'Espagne une réparation pour un préjudice qui, par sa nature même, serait en tout cas insusceptible d'ouvrir droit à réparation au profit de la Belgique dans le cadre de la demande telle que le Gouvernement belge a cru devoir la formuler depuis la réintroduction de l'affaire devant la Cour en 1962.

Mais il y a plus. A partir du moment où il demandait réparation pour le prétendu préjudice que des actionnaires belges de la *Barcelona Traction* auraient souffert du fait d'actes soi-disant illicites pris par les autorités espagnoles à l'encontre de la société, le Gouvernement belge aurait à tout le moins dû conférer à la réparation réclamée un contenu tel qu'il correspondît, par sa nature et son caractère, au préjudice auquel cette réparation était censée correspondre.

Il suffira au Gouvernement espagnol de quelques brèves observations pour montrer qu'il n'en est rien et qu'un véritable hiatus, un « gap », sépare le préjudice invoqué — dont on a dit plus haut ce qu'il fallait penser — et la réparation demandée.

886. a) Le Gouvernement espagnol n'insistera jamais assez sur le caractère véritablement inadmissible d'une demande qui tendrait à faire réparer le prétendu préjudice subi par certaines personnes par la remise en état (en nature ou par équivalent, peu importe) de la situation d'une autre personne. Car c'est bien de cela qu'il s'agit ici. Même s'il était établi que des ressortissants belges, actionnaires de la *Barcelona Traction*, ont subi du fait d'actes illicites des autorités espagnoles à l'égard de la *Barcelona Traction*, un dommage susceptible d'être réparé au regard du droit international, il n'en résulterait en aucun cas que le Gouvernement belge pourrait réclamer la remise en état, soit en nature soit par équivalent, de la situation de la société.

887. Pour le Gouvernement belge, on le voit, la même réparation peut être demandée pour le préjudice subi par la société et pour celui souffert par les actionnaires: il a illustré ce point de vue en modifiant en 1962 le titulaire du préjudice sans changer pour autant la réparation demandée. La même réparation peut également, d'après le Gouvernement belge, être réclamée au titre de la protection de la société et au titre de la protection des actionnaires: on ne voit pas en effet quelle autre réparation que celle demandée par le Gouvernement belge au titre des actionnaires, le Gouvernement canadien pourrait bien réclamer au titre de la société. *Etrange demande de réparation que celle qui peut être formulée aussi bien par le Gouvernement habilité à exercer la protection de la société que par celui qui agit au profit des actionnaires, et indifféremment pour le préjudice causé à la société ou pour le dommage souffert par les actionnaires!*

Cette polyvalence d'une même réparation est évidemment inadmissible. Qu'un Gouvernement agissant au titre de la protection de la société demande, pour réparer le dommage causé à la société, une indemnité calculée d'après l'atteinte subie par le patrimoine social, rien de plus légitime. Qu'un Gouvernement agissant au titre de la protection d'actionnaires demande (s'il estime avoir qualité pour agir — mais on laisse ici ce problème de côté), pour réparer le dommage causé à ces actionnaires, une indemnité calculée d'après l'atteinte à la valeur des titres, rien de plus normal. Mais qu'un Gouvernement agissant au titre de la protection d'actionnaires n'hésite pas à demander, pour réparer le préjudice souffert par ces actionnaires, une indemnité calculée d'après l'atteinte subie par le patrimoine de la société, voilà qui est proprement abusif.

888. Pour en arriver là, le Gouvernement belge n'a pas reculé, on l'a vu, devant les postulats les plus audacieux. Celui de l'assimilation du préjudice subi par la société au préjudice souffert par les actionnaires, celui également de l'identité entre la valeur de l'actif d'une société et celle des actions de cette dernière. Certes, si l'on pouvait poser la double équation: *société=actionnaires*, et *valeur de l'actif=valeur des actions*, le Gouvernement belge aurait quelque motif à soutenir, d'une part que des mesures prises à l'encontre de la société ont causé un préjudice aux actionnaires, d'autre part, que le préjudice subi par les actionnaires doit être réparé en se référant à la valeur du patrimoine de la société. Le malheur est que la demande belge repose sur des fondements imaginaires et que le Gouvernement belge a dû, pour formuler une telle demande, recourir à des hypothèses entièrement controuvées et sauter en quelque sorte par-dessus toute une série de hiatus à l'aide de postulats dépourvus de l'ombre même d'une vraisemblance<sup>1</sup>.

889. *b)* Le Gouvernement espagnol voudrait, en second lieu, attirer l'attention de la Cour sur le fait que la *Réplique* n'a pu fournir la moindre réponse aux objections à vrai dire décisives que le Gouvernement espagnol avait élevées dans le *Contre-mémoire* à l'encontre de la prétention du Gouvernement belge de voir attribuer à certains soi-disant actionnaires belges de la *Barcelona Traction* une indemnité équivalant à 88 % de la valeur du patrimoine de la société.

Le Gouvernement espagnol avait en effet souligné que ce que le Gouvernement belge demande ainsi, c'est que la Cour procède à une liquidation théorique anticipée de la *Barcelona Traction* et que 88 % de l'actif de la société soit attribué à ses actionnaires belges: il y a là, de la part du Gouvernement belge, une négation de la notion même de patrimoine social et une méconnaissance du principe selon lequel les actionnaires n'ont pas, jusqu'à la liquidation, de droit direct sur ce patrimoine. Ainsi, « juste au moment où l'on reconnaîtrait que la société aurait subi un préjudice illicite et qu'elle aurait donc le droit d'en recevoir réparation, cette société serait définitivement privée de la possibilité d'obtenir cette réparation. Le patrimoine dont on prétend que la société aurait été spoliée illégalement ne lui serait donc pas restitué, mais irait à d'autres, qui n'y ont aucun droit. La société ne pourrait plus jamais reconstituer ce patrimoine social qui, ne l'oublions pas, est destiné avant tout à couvrir la dette envers les créanciers. Quant aux actionnaires, ils recevraient le patrimoine social comme s'il s'agissait d'un résidu d'actif, et sans qu'il

<sup>1</sup> A l'appui de la thèse d'après laquelle le dommage souffert par les actionnaires se répare en se fondant sur le préjudice causé à la société, le Gouvernement belge évoque dans la *Réplique* l'article 78.4 (b) du Traité de paix avec l'Italie du 10 février 1947 et la jurisprudence subséquente de la Commission de conciliation franco-italienne (*Réplique*, V, N° 1024, p. 754, note 1). Ce que le Gouvernement belge omet de dire, c'est qu'il s'agit là d'un cas exceptionnel et, partant, d'une dérogation conventionnelle dont la portée est celle d'une exception et non d'une illustration.

y ait eu liquidation ». Voilà ce qu'écrivait, notamment, le Gouvernement espagnol dans son *Contre-mémoire* (IV, N° 22, pp. 651/652).

890. Que répond à cela le Gouvernement belge dans sa *Réplique*? Tout simplement que « l'avenir de la société ne sera donc en rien affecté par les indemnités que le Gouvernement belge aura pu procurer à ses ressortissants actionnaires » (V, N° 1025, p. 754). Cette pirouette verbale — car on ne peut la qualifier autrement — révèle en tous cas que le Gouvernement belge ne verrait aucune objection à ce que ses ressortissants actionnaires de la *Barcelona Traction* perçoivent dès à présent leur quote-part du patrimoine social, comme si on liquidait la société, tout en gardant leur qualité d'actionnaires avec les droits qui y sont attachés: *bis repetita placent*, si l'on peut dire. Elle montre également que le Gouvernement belge, après avoir affirmé que tout préjudice causé à la société constitue un dommage occasionné aux actionnaires, ne recule pas ici devant l'affirmation qu'une réparation accordée aux actionnaires n'a pas la moindre incidence à l'égard de la société. L'équation *société=actionnaires* aurait donc le rare privilège d'être à sens unique et l'inversion des termes la réduirait à néant.

Le Gouvernement belge ajoute: « Quant aux actionnaires et créanciers étrangers, il ne dépendra... que du Gouvernement espagnol d'étendre, à leur profit, le bénéfice de la décision dont les ressortissants belges auront bénéficié » (*eod. loco*). Tout en remerciant le Gouvernement belge de sa suggestion, le Gouvernement espagnol ne peut s'empêcher d'observer que celle-ci conduirait en définitive à ce que tous les actionnaires de la *Barcelona Traction* reçoivent immédiatement leur quote-part du patrimoine social tout en demeurant actionnaires à part entière de la société. Les actionnaires de toutes les sociétés du monde enverraient sans doute à ceux de la *Barcelona Traction* les malheurs dont certains d'entre eux se plaignent si amèrement par le truchement du Gouvernement belge <sup>1</sup>.

891. c) La *Réplique* belge reproche au Gouvernement espagnol « son étonnement que le Gouvernement belge ait inséré dans son *Mémoire* une note émanant d'une partie intéressée au litige » et croit devoir se référer à l'idée qu'un Etat peut parfaitement, sans changer la nature de sa demande, recourir à l'estimation faite par son ressortissant lui-même du dommage qu'il a subi (*Réplique*, N° 1028, p. 756).

La Cour appréciera la fâcheuse propension du Gouvernement belge à prêter au Gouvernement espagnol des thèses fantaisistes qu'il lui serait évidemment aisé de réfuter: cela compense sans doute la propension du même Gouvernement belge à passer sous silence les critiques qui le gênent. Que la Cour veuille bien se reporter au N° 268 du *Contre-mémoire* (p. 580) et elle se rendra compte du travestissement que la *Réplique* fait subir à l'observation du Gouvernement espagnol. Celui-ci ne songe pas à nier qu'un Etat a parfaitement le droit de mesurer la réparation qu'il demande sur le plan international d'après

<sup>1</sup> On peut observer que même si l'Etat espagnol était condamné à verser à l'Etat belge 88% de la valeur de l'entreprise, la Belgique ne pourrait se contenter de partager cette indemnité entre les seuls actionnaires belges. Le Gouvernement belge invoque, on le sait, la qualité d'« actionnaire-pilote » de *Sidra*, c'est-à-dire d'un actionnaire qui exerce le contrôle et qui, par sa conduite, protège les actionnaires minoritaires sur un pied d'égalité absolue avec ses propres intérêts » (*Réplique*, p. 749, note 1); il prétend également que la valeur actuelle en bourse des actions s'explique par l'attente des « milieux boursiers, comme (de) l'opinion publique mondiale tout entière » (*Réplique*, N° 217, p. 129). Le Gouvernement belge, avec l'autorisation et sous la responsabilité duquel la cotation des actions *Barcelona Traction* se poursuit — ce qui rend possible l'achat et la vente de titres par des personnes non belges — se considère donc comme le représentant d'un groupe plus large que les seuls porteurs belges; il ne pourrait refuser toute indemnité aux porteurs non belges au prétexte — fallacieux — qu'il ne serait intervenu qu'au profit de ressortissants belges.

le préjudice causé à son ressortissant. Il ne songe pas davantage à contester le droit pour l'Etat demandeur de s'appuyer sur des évaluations qui lui sont soumises par la personne privée intéressée ou même de se les approprier *intégralement*. Ce contre quoi le Gouvernement espagnol s'est élevé, et continue de s'élever, c'est contre le fait que le Gouvernement belge ait accepté de faire sienne une évaluation aussi fantaisiste et qui tenait pour nuls et non avenus les gigantesques dommages causés à l'Etat espagnol par les fraudes et les multiples irrégularités commises par le groupe de la *Barcelona Traction*. Ce n'est pas contre la procédure d'évaluation du dommage invoqué par référence à des calculs faits par les particuliers en cause que s'insurge le Gouvernement espagnol, mais contre le contenu de cette évaluation, que le Gouvernement belge s'est approprié avec une incroyable légèreté, et, notamment, contre l'« oubli » par le Gouvernement belge de toute prise en considération des dommages causés par le groupe privé en cause à l'Etat espagnol: dans les relations d'Etat à Etat, qui sont celles de la présente affaire. ce genre de considérations — on pense notamment aux dommages imputables à la fraude fiscale — serait-il tenu pour négligeable par le Gouvernement demandeur <sup>1</sup>?

Que l'évaluation de l'entreprise telle qu'elle ressort de l'Annexe N° 282 au *Mémoire belge est entièrement fantaisiste*, cela ressort notamment du fait qu'elle ne tient pas le moindre compte des dommages causés par la *Barcelona Traction* à l'Etat espagnol: comme on l'a déjà fait observer, la valeur nette de l'entreprise serait négative pour peu que l'on soustraie les montants dont l'Etat espagnol se trouvait créancier à la date du 12 février 1948 (*Contre-Mémoire*, p. 580, note 2). Comment qualifier, d'autre part, la prétention de *Sidro*, avalisée par le Gouvernement belge, d'obtenir réparation pour les concessions dont la valeur est fixée comme si elles étaient toutes perpétuelles alors que certaines étaient soumises à des clauses de réversion gratuite? <sup>2</sup> Et que dire du mépris affecté à l'égard de l'« évaluation effectuée par des experts, avec toutes les garanties voulues, dans le cadre de la procédure judiciaire espagnole » (*Contre-mémoire, eod. loco*). Le Gouvernement espagnol a montré que le prix de la vente de 1952 correspondait à la réalité et que les critiques que le Gouvernement belge lui avait adressées dans la *Réplique* (N° 184 et ss.) et à l'Annexe N° 40 à la *Réplique* étaient dénuées de fondement. On ne voit dès lors pas à quoi peuvent correspondre les évaluations de *Sidro* reproduites à l'Annexe N° 282 du *Mémoire*.

Le Gouvernement belge croit d'ailleurs lui-même tellement peu aux évaluations de *Sidro* qu'il les confine dans une annexe (N° 282 du *Mémoire*) et avoue lui-même que la détermination du dommage « pourrait être réservée à une procédure subséquente » (*Réplique*, N° 1036, p. 759). On ne peut se défendre de l'impression que le Gouvernement belge joue quelque peu les Ponce Pilate: il laisse à *Sidro* la responsabilité de ses prétentions et cherche à prendre de la distance à leur égard. Cette attitude révèle sans doute une certaine lucidité, mais elle n'est cependant pas conforme au sérieux que l'on peut attendre de la part d'un Gouvernement dans une réclamation internationale.

<sup>1</sup> La *Réplique* invoque l'exemple de la Commission de conciliation franco-italienne, dont le Règlement autorise les particuliers intéressés à présenter à la Commission des mémoires sans conclusions et d'être entendus par la Commission. Si le Gouvernement belge veut prouver, par cet exemple, que les particuliers intéressés auraient le droit de soumettre des mémoires même sans conclusions à la Cour et d'être entendus par elle, il va trop loin. La question de la participation des particuliers à une procédure relative à la responsabilité internationale pour atteinte illicite aux droits des étrangers est sans pertinence dans la présente affaire. Tout ce que le Gouvernement belge peut faire devant la Cour, c'est s'approprier la mesure du dommage effectuée par *Sidro*, ou par n'importe quelle autre personne juridique privée; ce droit, le Gouvernement espagnol ne le lui conteste pas, mais il lui appartient de relever les estimations fantaisistes que le Gouvernement demandeur a ainsi faites siennes.

<sup>2</sup> Les concessions octroyées après le Décret La Cierva de 1921 comportaient cette clause.

892. Aussi le Gouvernement espagnol est-il en droit d'exprimer son étonnement devant la demande d'indemnité provisionnelle formulée par le Gouvernement belge (*Réplique*, V, N° 1036, p. 759 et Conclusion N° 10, p. 767).

Le Gouvernement belge demande en effet à la Cour :

« 10° au cas où la Cour estimerait ne pouvoir, sans expertise, se prononcer sur le montant final de l'indemnité revenant à l'Etat belge, (de) prendre en considération l'ampleur considérable du préjudice causé et accorder, dès à présent, à valoir sur l'indemnité à déterminer après expertise, une indemnité provisionnelle, dont le montant est laissé à l'appréciation de la Cour. »

Cette demande n'est pas sans évoquer celle que fit le Gouvernement allemand en 1927 dans l'affaire de *Chorzow*, à la suite de l'Arrêt N° 8 constatant à la charge du Gouvernement polonais l'existence d'une obligation d'accorder une réparation à l'Allemagne. Or la Cour, par une ordonnance du 21 novembre 1927, rejeta cette demande sans même inviter le Gouvernement polonais à présenter ses observations sur la demande du Gouvernement allemand, car, dit la Cour, celle-ci

« ne peut être considérée comme visant l'indication de mesures conservatoires, mais comme tendant à obtenir un jugement provisionnel adjugeant une partie des conclusions de la... requête » (CPJI, série A/B, N° 24, p. 10).

Une indemnité provisionnelle serait d'autant moins concevable dans la présente affaire que la mesure de l'indemnisation dépendrait en tout état de cause d'une détermination préalable de l'existence d'actes illicites et de leurs conséquences dommageables ainsi que de la prise en considération des dommages causés à l'Espagne.

## SECTION V

QUELQUES OBSERVATIONS AU SUJET DE LA DEMANDE  
DE « RÉPARATION DES PRÉJUDICES ACCESSOIRES »

893. Non content de demander une réparation pour un préjudice indéterminable et en tous cas insusceptible de réparation, le Gouvernement belge n'hésite pas à réclamer toute une série d'autres réparations au titre de ce qu'il appelle des « préjudices accessoires ».

Le Gouvernement espagnol juge inutile d'entrer dans le détail des problèmes soulevés par ces demandes, au surplus fort laconiquement motivées. Fidèle à la ligne de conduite qu'il a adoptée pour la demande de réparation principale, il se bornera à quelques observations qui souligneront une fois de plus le caractère abusif de la démarche du Gouvernement belge.

894. a) La sixième conclusion de la *Réplique* tend à l'allocation d'une somme de 3 800 000 dollars des Etats-Unis, « destinée à couvrir les frais exposés par les ressortissants belges pour la défense de leurs droits depuis le 12 février 1948 » (p. 766) <sup>1</sup>.

On remarquera que cette somme correspond, aux dires du Gouvernement belge, aux frais exposés par *Sidro* pour assurer, en Espagne et hors d'Espagne, « la défense des intérêts de la *Barcelona Traction* » (N° 1034, p. 758). Le Gouvernement belge aurait-il laissé échapper ainsi, à l'extrême fin de sa *Réplique*, l'aveu que son action n'a également d'autre but que « la défense des intérêts de la *Barcelona Traction* »? S'il s'agit d'un *lapsus calami*, il est en tous cas assez significatif, et la Cour l'appréciera à sa juste valeur.

Le Gouvernement espagnol voudrait également signaler qu'au cas où le Gouvernement belge aurait inclus dans le montant réclamé les frais exposés par la *Barcelona Traction* elle-même — la demande étant dépourvue de toute justification, le Gouvernement espagnol ignore comment les calculs ont été faits — il aurait renforcé encore la reconnaissance implicite qu'il agit au titre de la protection de la société. Les frais exposés par la *Barcelona Traction* sont en tout état de cause étrangers à *Sidro* et ne sauraient être remboursés dans le cadre de la demande de réparation du préjudice prétendument causé à *Sidro*.

Une dernière remarque enfin. Après avoir indiqué qu'il demandait le remboursement des frais judiciaires exposés par *Sidro* pour assurer « la défense judiciaire de ses intérêts dans la série de procédures engagées en Espagne qui, dans leur ensemble, constituent un déni de justice », le Gouvernement belge précise que,

« par identité de motifs, il convient d'y ajouter les frais de procédure exposés par le même ressortissant (*Sidro*) dans les cinq procès poursuivis hors d'Espagne, relevés dans

<sup>1</sup> Les conclusions omettent de demander un intérêt de 6% sur ladite somme à partir du 4 janvier 1952 jusqu'au jour de l'arrêt de la Cour sur le fond, demande qui est formulée au N° 1034 de la *Réplique* (p. 759). Sans doute s'agit-il d'un oubli de la part du Gouvernement belge...



l'annexe 134. Il faut y comprendre les sommes exposées par le même ressortissant pour souscrire aux *Receiver's Certificates*. Toutes ces procédures et la nomination d'un *Receiver* au Canada furent en effet la conséquence directe des dénis de justice qui forment le grief du Gouvernement belge ».

Les cinq procès auxquels se réfère la *Réplique* et qui sont énumérés à l'Annexe 134 sont: l'action *National Trust* contre *Barcelona Traction*, l'action *Westminster Bank* contre *National Trust* et *Barcelona Traction*, l'action du sieur Walford contre *Barcelona Traction* et *National Trust*, l'action *National Trust* contre *Ebro*, *Catalonian Land* et *Fecsa*, enfin l'action *Sidro* et Holmested contre le Comité des obligataires *Prior Lien*. Comme la Cour le constatera, à l'exception de ce dernier procès, *Sidro* ne figurait comme partie dans aucune des actions citées.

On se demande, d'autre part, sur quel fondement l'Etat espagnol pourrait être rendu responsable des frais provoqués par des procès qui lui étaient entièrement étrangers et auxquels il est demeuré entièrement étranger: une fois de plus le Gouvernement belge voudrait faire endosser à l'Espagne les conséquences de luttes financières qui ont opposé des intérêts privés. Pourquoi, par exemple, le Gouvernement espagnol aurait-il à supporter les charges qui ont résulté des procès intentés au Canada par *Westminster Bank* contre *National Trust* et *Barcelona Traction*, des actions entreprises par *National Trust* devant les tribunaux espagnols, etc.? Et pourquoi le Gouvernement espagnol devrait-il supporter les frais de la *Receivership* canadienne, alors que le *Receiver* a été désigné à la demande de *National Trust* dans un litige où *Barcelona Traction* était assignée pour inexécution de ses obligations?

Quant aux frais qu'aurait exposés *Sidro* pour souscrire aux *Receiver's Certificates*, le Gouvernement belge eût été plus avisé de n'en point faire état. Il suffit en effet de se référer aux documents de la *Receivership* pour constater que les bons que le *Receiver* reçut l'autorisation du juge d'émettre pour financer la *Receivership* furent tous souscrits, non point par *Sidro*, mais par une société américaine, dénommée *American Intercontinental Trade and Service Company (Amitas), Inc.*, enregistrée dans l'Etat du Delaware. Ces bons portaient intérêt à 5%, alors que le Gouvernement belge en demande à l'Espagne un intérêt de 6%. En demandant au juge l'autorisation d'émettre ces bons pour couvrir les frais de la *Receivership*, M. John Grant Glassco précisait à deux reprises que le prêteur envisagé était *Amitas*, « a Delaware corporation », « an American Corporation » (Mémoire-randum du 25 août 1949, Documents de la *Receivership*, p. 274), et le juge lui-même, dans son plus récent *Order* sur ce point, autorisait le *Receiver and manager*

« to borrow . . . from American Intercontinental Trade and Service Company (Amitas) Inc., a corporation incorporated under the laws of the State of Delaware, one of the United States of America » (*Order* du 20 mars 1963, Documents précités, p. 1363).

Sans doute M. John Grant Glassco indiquait-il, dans sa demande de 1949, qu'*Amitas*

« is understood to be associated or affiliated with a Belgian corporation which holds bonds and the majority of the outstanding shares of the defendant » (*ibid.*, p. 274),

mais il précisait, dans un document joint à cette demande qu'*Amitas*

« is controlled, I believe wholly owned, by the Belgian interests, commonly referred to as *Sofina*, who are the majority owners of the equity stock of the *Barcelona Company* and who also hold a substantial quantity of its bonds » (*ibid.*, pp. 277-278).

La Cour se trouve ainsi sollicitée par le Gouvernement belge de condamner l'Espagne à rembourser les sommes avancées volontairement — à un fonctionnaire désigné par un tribunal canadien pour administrer, à la demande de *National Trust*, la *Barcelona Traction* défaillante — par une société américaine contrôlée par une société belge autre que celle pour laquelle le Gouvernement belge prétend intervenir.

En formulant une réclamation aussi abusive, le Gouvernement belge a du même coup démontré on ne peut plus clairement que sa thèse d'une intervention au profit de *Sidro* repose sur une pure et simple fiction.

895. b) Le Gouvernement belge demande également une indemnité de 433 821 livres sterling représentant le montant (avec intérêts au 4 janvier 1952) des obligations en livres de la *Barcelona Traction* détenues par *Sidro* et *Sofina* et que ces dernières n'ont pas encaissées, cette indemnité devant porter intérêt à 6% depuis le 4 janvier 1952 jusqu'à l'arrêt de la Cour sur le fond.

C'est là l'une des demandes les plus surprenantes du Gouvernement belge. Ce dernier expose dans son *Mémoire* (I, N° 381, pp. 187/188) que « le cahier des charges de la vente du 4 janvier 1952 mettait à la charge de la *Fecsa* l'obligation de régler le passif social » et reconnaît que « donc, théoriquement, le groupe *Sidro-Sofina* aurait été en droit de présenter au remboursement les obligations » *Barcelona Traction* qu'il détenait. Le *Mémoire* explique cependant que *Sidro* et *Sofina* ont préféré ne pas demander le remboursement des obligations *Barcelona Traction* qu'elles possédaient, car elles « ont estimé qu'user de la possibilité de remboursement offerte par le cahier des charges de la vente serait incompatible avec la position juridique prise devant les tribunaux espagnols tant par la *Barcelona Traction* que par elles-mêmes, car ce serait admettre la force obligatoire à leur égard des mesures prises ». Le Gouvernement belge conclut en affirmant que « le dommage subi du fait du non-remboursement de ces obligations est donc, en dernière analyse, la conséquence des décisions et agissements qui, de l'opinion du Gouvernement belge, engagent la responsabilité internationale de l'Etat espagnol ».

896. Ainsi, à en croire le Gouvernement belge, le Gouvernement espagnol devrait être considéré comme l'assureur tous risques, non plus seulement de la *Barcelona Traction* et de ses actionnaires, mais cette fois également de ses obligataires. Voici en effet deux sociétés qui décident librement, dans le cadre de leur stratégie juridique, de ne pas présenter au remboursement les obligations *Barcelona Traction* en livres qu'elles détiennent, et ce bien qu'elles soient absolument assurées qu'une demande de remboursement ne soulèverait pas l'ombre d'une difficulté. A quel titre le Gouvernement belge vient-il aujourd'hui faire grief au Gouvernement espagnol de cette décision prise en toute liberté par les sociétés intéressées, et comment ose-t-il seulement lui demander réparation pour les conséquences de cette attitude volontairement adoptée?<sup>1</sup> Cette attitude, on peut le noter en passant, tranche en tout cas sur celle adoptée par *National Trust*, gardien des intérêts des obligataires: on sait en effet que *National Trust* n'a pas hésité à présenter les obligations *Barcelona Traction* qu'elle détenait au remboursement et à conseiller aux autres détenteurs d'obligations *Barcelona Traction* de faire de même, et ce bien qu'elle n'ignorât pas que le remboursement aurait lieu avec des fonds provenant de la vente du 4 janvier 1952.

<sup>1</sup> Cf. ce que plaidait l'Agent du Gouvernement belge dans l'affaire *Oscar Chinn*: « Mais M. Chinn avait cessé de s'y intéresser (à son affaire) avant même qu'on ait pu sentir les répercussions de la mesure... Il n'a donc qu'à s'en prendre à lui-même de sa décision de cesser son activité. Le Gouvernement belge n'en est pas responsable » (CPJI, série C, N° 75, p. 296).

Le Gouvernement espagnol tient en outre à faire observer que l'adjudicataire, à une date récente encore et en dépit de l'expiration du délai fixé par le cahier des charges de la vente, a accepté de rembourser, en capital et en intérêts, des obligations *Barcelona Traction* qui lui étaient présentées. Or, faut-il le rappeler, ni *Sidro* ni *Sofina* n'ont jamais, ni avant ni après l'expiration dudit délai, demandé le remboursement des obligations qu'elles détenaient : comment le Gouvernement belge peut-il venir se plaindre aujourd'hui des conséquences d'une absence de remboursement imputable non pas à l'adjudicataire (et encore moins, bien sûr, aux autorités espagnoles), mais au fait que *Sidro* et *Sofina* se sont — volontairement — abstenues de demander ce remboursement ?

897. Et que dire enfin de la demande d'intérêts à 6% depuis le 4 janvier 1952 : les deux sociétés ayant préféré ne pas présenter leurs titres au remboursement, ne viennent-elles pas aujourd'hui réclamer, par le truchement du Gouvernement belge, le revenu que les sommes en question auraient pu produire si elles avaient été à leur disposition depuis 1952 ? D'assureur, le Gouvernement espagnol serait ainsi promu en quelque sorte au rang de banquier de *Sidro* et de *Sofina*...

898. Mais il y a autre chose encore. Le Gouvernement espagnol croyait avoir compris que le Gouvernement belge faisait l'impossible pour faire admettre qu'il intervenait pour la protection d'actionnaires de la *Barcelona Traction* : c'est encore cette formule qui se trouve répétée dans la première conclusion finale de la *Réplique*. Le Gouvernement espagnol conçoit mal comment, dans ces conditions, le Gouvernement belge vient sans la moindre gêne apparente demander ici une indemnité pour le préjudice prétendument subi par des... obligataires.

Le Gouvernement belge ne fournit pas l'ombre d'une explication sur cette contradiction dans le chapitre consacré à la demande de réparation des préjudices accessoires. On trouve cependant une allusion à cette difficulté dans les développements consacrés par la *Réplique* à l'exception de non-épuisement des recours internes (*Réplique*, V, N° 843, p. 610). Le Gouvernement espagnol avait en effet relevé dans son *Contre-mémoire* (IV, pp. 629-631) que ni *Sidro* ni *Sofina* n'avaient utilisé les recours qui leur étaient ouverts en leur qualité d'obligataires de la *Barcelona Traction*. A cette observation le Gouvernement belge répond que s'il demande une indemnité pour le défaut de remboursement à *Sidro* et *Sofina* des obligations *Barcelona Traction* détenues par ces dernières, il le fait dans le cadre de la protection de ces sociétés prises en leur qualité non pas d'obligataires mais d'actionnaires de la *Barcelona Traction*, puisque aussi bien *Sidro* et *Sofina* « étaient, en même temps, directement ou indirectement, intéressées au capital-actions de la *Barcelona Traction* ». On est étonné de lire qu'un Gouvernement qui demande réparation pour le préjudice prétendument causé à l'un de ses ressortissants à la suite du non remboursement de ses obligations prétend intervenir pour assurer la protection de cet obligataire en sa qualité d'actionnaire. Mais on demeure confondu lorsque cette thèse est avancée en ce qui concerne *Sofina*, laquelle ne peut en aucun cas être tenue pour actionnaire de la *Barcelona Traction*. En disant que *Sofina* était indirectement intéressée au capital-actions de la *Barcelona Traction*, le Gouvernement belge recourt à une paraphrase qui trahit on ne peut mieux la coexistence, dans la demande belge, d'une protection d'actionnaires et d'une protection d'intérêts, et qui contredit absolument la seconde des conclusions finales de la *Réplique* selon laquelle le Gouvernement belge intervient pour protéger « ses ressortissants actionnaires de la *Barcelona Traction* ».

899. c) Des considérations analogues s'appliquent à la demande d'une somme de 1 623 000 dollars des Etats-Unis représentant, d'une part, l'arriéré de la créance de *Sofina*

sur *Ebro* au titre du contrat de prestations de services qui liait les deux sociétés, d'autre part, un manque à gagner depuis 1948 fixé forfaitairement à dix ans de rémunération fixe — le tout assorti d'un intérêt à 6% calculé à compter du 12 février 1948. Ce n'est pas la faute du Gouvernement espagnol si *Sofina* n'a pas demandé le paiement de sa créance, et la raison invoquée par le Gouvernement belge à l'appui de son inaction ne vaut pas davantage dans ce cas que dans celui des obligations en livres. Le Gouvernement espagnol a, d'autre part, déjà relevé dans son *Contre-Mémoire* (N° 73, p. 630) que *Sofina* n'a jamais tenté le moindre recours devant les juridictions espagnoles pour obtenir satisfaction. En troisième lieu, le Gouvernement belge prétendrait-il assumer ici encore la protection de *Sofina* en sa qualité d'actionnaire? En outre le préjudice que d'après le Gouvernement belge, aurait subi *Sofina* du fait des mesures prises contre la *Barcelona Traction* est à coup sûr dépourvu de tout lien de causalité avec ces dernières: comment le Gouvernement belge peut-il seulement songer à demander réparation, à la suite de mesures prétendument illégales prises à l'encontre de la *Barcelona Traction*, des répercussions que ces mesures auraient eues sur la situation de *Sofina* en sa qualité de cocontractant d'*Ebro*, filiale de la *Barcelona Traction*? Enfin, à supposer même fondée la demande de réparation de ce chef, il est évident qu'à la créance de *Sofina* correspondrait une dette du groupe, tant et si bien que le Gouvernement belge en omettant de déduire le montant de 1 623 000 dollars de la valeur de l'actif du groupe, demande en réalité deux fois la même chose: ce n'est certes là qu'un détail dans la masse des « erreurs » commises par le Gouvernement belge, mais elle est assez significative de la légèreté qui affecte l'ensemble de la demande belge<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Le Gouvernement espagnol voudrait signaler à la Cour, à titre d'information et sans en tirer des conséquences particulières, que le Receiver and Manager canadien a fait état, dans un Mémoire G.6 du 17 février 1950, d'une renonciation partielle de *Sofina* à ses réclamations fondées sur le contrat de services avec *Ebro* (« *Sofina* has agreed to waive any claim it might have under such agreement in respect of the period of this receivership, but such agreement has not yet been reduced to writing » (Documents de la *Receivership*, p. 402). Or le Gouvernement belge, allant au-delà de ce que demandait alors la *Sofina*, réclame à présent une indemnité de 620 000 dollars pour manque à gagner depuis 1948 (cf. *Mémoire*, I, p. 188, et *Réplique*, N° 1033, p. 758).



*TROISIÈME PARTIE*

**Les exceptions préliminaires**



## CHAPITRE PREMIER

## Non-épuisement des voies et moyens internes

## INTRODUCTION

1. La présente *Duplicque* suit le même plan que le *Contre-mémoire*, en développant d'abord le fond de l'affaire pour montrer que les accusations de déni de justice formulées par le Gouvernement belge sont dénuées de tout fondement. De la sorte, le Gouvernement espagnol estime avoir répondu au désir de la Cour afin qu'elle puisse, en meilleure connaissance de cause, se prononcer sur les exceptions préliminaires qu'elle a jointes au fond de l'affaire.

En ce qui concerne l'exception portant sur le non-épuisement des voies et moyens de recours internes, les bases de l'argumentation principale espagnole découlent déjà très clairement de l'exposé de la présente *Duplicque*. En effet, il ressort de l'exposé du fond de l'affaire que l'échec du plan d'arrangement proposé par *Barcelona Traction* en 1945 fit « éclater » en 1948 la faillite latente de cette société. Mais il ressort également de ce même exposé, 1<sup>o</sup> que *Barcelona Traction* n'a rien fait pour obtenir, par la voie des recours administratifs, le réexamen des décisions des autorités administratives espagnoles refusant l'autorisation au plan d'arrangement; 2<sup>o</sup> que *Barcelona Traction* s'est également abstenue d'attaquer valablement le jugement par lequel le juge de Reus l'avait déclarée en faillite, et, 3<sup>o</sup> qu'une telle passivité de *Barcelona Traction* a affecté d'une manière définitive toute la suite de la procédure de faillite.

Ainsi se trouve délimité, dès l'abord, dans ses aspects essentiels, le problème principal du non-épuisement des voies de recours internes, tel qu'il se pose dans la présente affaire.

2. La thèse du Gouvernement espagnol est très simple, et elle peut se résumer dans les propositions qui suivent:

1) Dans la mesure où la Partie adverse prétend voir, dans le refus des autorités administratives espagnoles d'autoriser le plan d'arrangement proposé par *Barcelona Traction*, la prémisse de la mise en faillite de cette société, le Gouvernement espagnol lui oppose que cette même société n'a point utilisé les voies de recours qu'elle aurait pu et *dû* exercer;

2) Le délai fixé par la loi pour permettre à la société déclarée en faillite de faire opposition à la déclaration de faillite s'étant écoulé sans que ce moyen essentiel de recours ait été exercé par *Barcelona Traction*, le Gouvernement espagnol est en droit de faire état de cette carence, qui a autant d'importance que le recours qui aurait pu et *dû* être exercé;

3) La procédure de faillite s'étant déroulée, jusqu'à sa conclusion naturelle et nécessaire, sur la base d'un acte que le failli lui-même n'a pas pris la peine d'attaquer et qui,



dès lors, avait acquis force de chose jugée, le Gouvernement espagnol est en droit de faire valoir que l'inaction de *Barcelona Traction* a eu non seulement des conséquences importantes mais aussi déterminantes, en ce sens que la passivité au moment de la déclaration de faillite a conditionné toute la suite des procédures internes;

4) La Partie adverse étant allée jusqu'à qualifier de « monstrueux » l'acte déclaratif de la faillite où elle prétend voir le germe d'une manœuvre frauduleuse et illicite et qu'elle prétend aussi avoir été rendu à la suite « d'autres contacts que ceux prévus par le Code de procédure » (*Réplique*, V, N° 26, p. 18) entre le juge de Reus et les requérants ou leurs avoués, le Gouvernement espagnol est, au surplus, en droit de faire valoir qu'un moyen spécifique de recours, la demande de révision, aurait pu, à supposer ces griefs fondés, réduire à néant la déclaration de faillite et que ce moyen n'a jamais été utilisé;

5) D'autres inactions, non moins significatives, ayant caractérisé l'attitude de *Barcelona Traction* et d'autres sujets que l'on prétend protéger en tant qu'actionnaires de cette société, le Gouvernement espagnol est en droit, plus surabondamment encore, de faire état de telles négligences et de les opposer à la demande introduite par la Partie adverse devant la Cour. Cette dernière conclusion couvre aussi l'inaction de *Barcelona Traction* et consorts dans la dernière phase des procédures internes, c'est-à-dire, l'inaction après 1956.

3. Telle étant la thèse du Gouvernement espagnol, qui n'a jamais changé au cours de la procédure, il est aisé d'en comprendre la logique intrinsèque et, par conséquent, de comprendre la présentation qu'en donne le *Contre-mémoire*. Le Gouvernement espagnol y a exposé son point de vue quant au sens et à la portée de la règle internationale (IV, pp. 587-602), ainsi qu'il se doit pour tout Etat qui invoque une règle de droit devant une juridiction internationale; il a ensuite indiqué les sujets qui auraient dû épuiser les recours internes dans la présente affaire (pp. 602-604), ce qui s'imposait vu la prétention de la Partie adverse à la protection des actionnaires pour un dommage qui, à supposer qu'il existe, aurait été causé à la société ressortissante d'un Etat tiers. Le *Contre-mémoire* aborde ensuite les questions relatives au non-épuisement des voies et moyens de recours ouverts en Espagne (pp. 604-631). Cette section du *Contre-mémoire* est consacrée aussi à l'examen systématique d'un certain nombre de points: non-utilisation des recours administratifs (pp. 604-612) qui auraient pu être utilisés à la fin de 1946 contre les décisions concernant le plan d'arrangement proposé par *Barcelona Traction*; défaut d'opposition à la déclaration de faillite (pp. 612-619) qui marque le début de la procédure et affecte d'une façon directe et inévitable son déroulement ultérieur; non-utilisation du recours en révision (pp. 619-626) qui, en droit espagnol, permet d'obtenir que la chose jugée soit écartée lorsqu'une décision judiciaire a été obtenue, notamment par toute manœuvre frauduleuse; considérations complémentaires sur la conduite des particuliers devant les juges espagnols (pp. 626-631), destinées à mettre en lumière la tactique suivie par *Barcelona Traction* et par son groupe à l'époque litigieuse aussi bien que les autres négligences que l'on peut leur reprocher, notamment à *Sidro*. Finalement, une dernière section (pp. 631-635) a fait apparaître les effets de la négligence des particuliers et a démontré le caractère flagrant et irréversible des omissions de *Barcelona Traction*.

Le Gouvernement espagnol estime que les données de fond de cet exposé n'ont été atteintes ni dans leur validité, ni dans leur logique par les arguments développés dans la partie de la *Réplique* belge consacrée à l'exception dont il est question ici (pp. 589-633). Il se propose donc de reprendre ici, en principe, le même plan. Il est superflu de préciser

qu'il maintient aussi tous les arguments et tous les développements formulés dans la phase antérieure de la procédure.

C'est donc sur ces prémisses que le Gouvernement espagnol reprendra son argumentation, pour réfuter la réponse que le Gouvernement belge a essayé de donner dans sa *Réplique*.

4. Il est pourtant nécessaire de faire ressortir, dès le début, la tactique que la Partie adverse a cru bon d'adopter au sujet de l'exception de non-épuisement des voies de recours internes. On montrera de la sorte que le Gouvernement belge cherche à s'abriter derrière un véritable rideau de fumée, en s'efforçant d'atténuer ainsi le caractère fuyant du grief formulé contre le Gouvernement espagnol.

Pareille tentative ne montre pas seulement combien est difficile, dans la présente affaire, la position du Gouvernement demandeur. Elle montre aussi que sa position est vraiment contradictoire et que le Gouvernement belge, nouveau Janus, n'hésite pas à changer, non sans une étonnante désinvolture, la présentation de son grief selon les besoins de son argumentation.

Dans ces conditions, le Gouvernement espagnol, soucieux de simplifier la tâche de la Cour, estime nécessaire que l'exposé de sa défense tirée de l'exception du non-épuisement des voies de recours internes soit précédé des considérations, sur les caractères du grief, sur les contradictions de la Partie adverse et sur les conséquences qui en découlent du point de vue de l'exception.

## SECTION I

LES CARACTÈRES DU GRIEF  
ET LES EFFETS DE LA NÉGLIGENCE DES PARTICULIERS

5. Le fait est que, dès le premier moment, un désaccord profond a opposé les Parties à propos des conditions d'application de la règle du non-épuisement des voies de recours internes dans la présente affaire. Ce désaccord se manifeste de maintes façons et à propos d'arguments différents, mais, en ce qui concerne les thèses principales sur lesquelles se fonde cette exception, son aspect fondamental est le suivant.

D'après le Gouvernement espagnol, ainsi qu'il l'a toujours soutenu, il n'a pas été satisfait à la règle qui exige l'épuisement préalable des voies de recours internes lorsque, dans une procédure de faillite censée avoir entraîné un déni de justice, le failli n'a dûment attaqué ni les décisions administratives qui ont précédé cette procédure, ni la déclaration de faillite elle-même. Le Gouvernement espagnol, contrairement à ce que la Partie adverse prétend lui faire dire (*Réplique*, V, N° 817, p. 597), n'a donc pas affirmé qu'« un seul des actes incriminés devait faire l'objet de recours ». Le Gouvernement espagnol se borne à soumettre à la réflexion de la Cour une question fort simple: à propos d'un grief visant une procédure de faillite, peut-on vraiment faire abstraction du fait que *le failli* n'a valablement attaqué ni les actes administratifs qui ont précédé la faillite, ni l'acte judiciaire qui a déclaré la faillite? Il s'agit donc de savoir si, *dans de telles conditions*, la règle qui exige l'épuisement préalable des voies de recours internes peut avoir été respectée.

6. Le Gouvernement belge, bien entendu, voit les choses autrement.

Ce n'est certes pas par hasard que la *Réplique* consacre une sous-section (N°s 817 à 821, pp. 597-598) à *la multiplicité des griefs* et à *la multiplicité des recours à prendre en considération*. Le but de cet exposé ressort de son titre même. Il y a là le fruit du grand effort accompli par la Partie adverse pour montrer que

« s'il est exact que le jugement de faillite est le premier en date des actes critiqués, il n'en résulte aucunement qu'il eût suffi, à lui seul, à causer le dommage dont réparation est demandée » (N° 818, p. 597)

et pour poser la question suivante:

« Si les causes du préjudice et, par suite, les griefs s'avèrent ainsi multiples et autonomes, comment la Cour pourrait-elle ne pas procéder, séparément à propos de chacun d'eux, à la vérification préalable du point de savoir si, *en ce qui le concerne*, il a été fait un usage normal des recours accessibles? » (N° 820, p. 598).

7. De toute évidence, une première observation s'impose. D'après le Gouvernement belge, il ne résulterait aucunement du jugement de faillite, bien qu'il eût été le premier des actes critiqués,

« que les actes ultérieurs en furent la suite logique et nécessaire » (*Réplique*, N° 818, p. 597).

Il faut avant tout se demander si cette affirmation, manifestement formulée pour échapper aux conséquences de la négligence dont a fait preuve *Barcelona Traction* à l'égard de l'acte qui déclara sa faillite, traduit réellement la position prise par le Gouvernement belge dans la présente affaire. Car, à en juger d'après d'autres passages de la même sous-section de la *Réplique* belge, il est déjà permis de douter sérieusement du bien-fondé de cette affirmation dans le contexte général de la thèse adverse. En effet, selon le Gouvernement belge lui-même, si les « causes du préjudice » sont « multiples et autonomes » (*Réplique*, N° 820, p. 598) non seulement le préjudice a été « unique », mais, et surtout,

« la cause doit en être cherchée dans un enchaînement, un engrenage de décisions qui furent machiavéliquement imaginées, simultanément ou successivement, pour aboutir au résultat extraordinaire du détournement de l'institution de faillite [*sic*] dans l'intérêt exclusif d'un particulier » (*Réplique*, N° 819, p. 598).

Tout cela est, pour le moins, contradictoire. En effet, selon les étapes de l'argumentation belge, on voudrait faire croire que le déroulement de la procédure de faillite n'aurait été ni la suite logique, ni la suite nécessaire du jugement déclaratif; et, en même temps, on affirme que toutes les décisions des autorités judiciaires au cours de cette même procédure constitueraient un « enchaînement », un « engrenage » destiné à détourner la faillite de ses finalités légales. C'est donc qu'il y a « enchaînement » de décisions, mais aucun anneau de la chaîne n'est soudé aux autres et chacun est rigoureusement détaché. C'est donc qu'il y a « engrenage » composé d'actes tendant tous au même but frauduleux — mais les diverses roues dentées ne s'engrènent pas l'une à l'autre et il n'y en a donc aucune qui puisse déclencher le mécanisme... Tel est le surprenant engin, la mécanique étrange et tournant à vide qu'a imaginé le Gouvernement belge dans un ultime effort pour échapper aux conséquences inéluctables de l'inaction de *Barcelona Traction* à l'égard de l'acte générateur de toute la procédure de faillite.

#### 8. Mais il y a plus encore.

L'idée du détournement de la *procédure* de faillite est clairement retenue dans les *conclusions* formulées par le Gouvernement belge. Celui-ci affirme, pour les besoins de sa cause :

« que la procédure de faillite fut conduite de manière à aboutir à l'adjudication au groupe March » (*Réplique*, Conclusions, VI, p. 763),

et qu'ainsi

« l'institution de la faillite a été détournée de sa destination normale » (*Réplique*, Conclusion, VII, p. 764).

Ainsi donc, ce qui aurait été détourné de sa destination normale c'est non pas *un acte isolé*, mais bien *une procédure*.

Après pareille affirmation, le Gouvernement belge aura beau ajouter que, d'après lui, cette *procédure* résulte d'actes non seulement « multiples » mais aussi « autonomes ». Son effort sera vain. Une telle conception implique, en effet, pour emprunter une expression chère à la *Réplique* belge, un véritable *détournement* de la notion de procédure. Une procé-

de dure suppose, par définition, une série d'actes dont chacun est conditionné par celui qui le précède, de manière que l'acte qui ouvre la procédure exerce une influence déterminante sur le déroulement des autres. L'on ne saurait, par conséquent, nier, sans déformer le sens d'une notion élémentaire, que si l'acte qui ouvre la procédure a été affecté par l'inaction du sujet à l'égard duquel il a été prononcé, toute la suite de la procédure est nécessairement conditionnée par cette passivité. Et le sujet auquel la négligence est imputée doit en subir les conséquences.

#### 9. Mais ce n'est pas tout.

Le Gouvernement belge avait admis clairement et sans équivoque, dans la première phase de la procédure écrite, que la déclaration de faillite était bien le « premier anneau » des décisions incriminées (*Observations et conclusions*, I, N° 229). Il est vrai que, craignant les conséquences inévitables d'un tel aveu, il s'empessa aussitôt d'ajouter que ce « premier anneau » n'est pas « le plus important » (*loc. cit.*). Il n'est pourtant pas moins vrai que c'est là le point de départ de la procédure. Au surplus, c'est vainement que la Partie adverse feint d'en minimiser la valeur et la portée, alors qu'à peine un mois et demi après la déclaration de faillite, ce même acte de Reus suffisait à lui seul au Gouvernement belge pour affirmer dans sa note du 27 mars 1948 :

« qu'il y a eu dans cette affaire un déni de justice ou plutôt une série de dénis de justice » (*Mémoire*, Annexe 250, p. 978) <sup>1</sup>.

En tout cas, la volonté de minimiser le jugement déclaratif de la faillite est évidente dans la partie de la *Réplique* consacrée à l'exception.

Et pourtant, est-il vrai que ce « premier anneau » n'est pas, pour le Gouvernement belge lui-même, « le plus important » ?

Certes, à en juger par les développements que la *Réplique* belge consacre à la présente exception, aucun effort n'est épargné pour minimiser la valeur et la portée du jugement déclaratif de la faillite, pour montrer que les divers actes composant la procédure de faillite sont « multiples » et « autonomes » par rapport au jugement originaire et peut-être même pour laisser entendre que, dès lors, le défaut d'opposition au jugement de Reus pourrait être lui aussi considéré comme un accident sans importance sur lequel la Cour pourra glisser. Après tout, selon le Gouvernement belge, le jugement de faillite n'est plus aujourd'hui (et pour cause!) le « premier anneau » de la procédure; il n'est que « le premier en date » des actes incriminés (*Réplique*, V, N° 818, p. 597) et les « actes ultérieurs » n'en sont évidemment plus « la suite logique et nécessaire ».

Mais, si le jugement déclaratif de la faillite n'est plus que « le premier en date » des actes incriminés et même pas « le plus important », le Gouvernement espagnol n'est-il pas en droit de s'étonner, lui, de cet effort pour minimiser l'acte de Reus alors qu'on lit, dans un autre passage de la *Réplique* belge que

<sup>1</sup> Les italiques ne figurent pas dans le texte original de la note tel qu'il a été remis au Gouvernement espagnol. Ils figurent cependant dans le texte de la même note qui est reproduit en annexe au *Mémoire*. Il n'est pas sans intérêt de remarquer ici qu'à l'époque de la rédaction du *Mémoire*, donc avant la discussion contradictoire des Exceptions préliminaires, l'on attribuait vraisemblablement au jugement déclaratif de la faillite une importance telle qu'il paraît justifié d'attirer tout particulièrement l'attention du lecteur sur cet acte.

« l'anéantissement des droits des actionnaires avait été pratiquement réalisé déjà par le jugement déclaratif de la faillite et par les mesures d'exécution tout à fait exorbitantes dont ce jugement fit l'objet »? (*Réplique*, N° 218, p. 130.)

10. Ce serait donc le même acte, *le jugement déclaratif de la faillite*, dont on prétend par ailleurs minimiser la valeur et la portée, qui n'aurait *pratiquement réalisé* rien de moins que l'*anéantissement* des droits des actionnaires!

Sans doute, la Partie adverse s'efforça-t-elle ensuite de minimiser à nouveau la portée du jugement déclaratif de la faillite en prétendant que les droits des actionnaires n'auraient pas été anéantis sans « les mesures d'exécution tout à fait exorbitantes dont ce jugement fit l'objet ». Cette argumentation ne porte pas, cependant, parce que les mesures d'exécution en question sont précisément celles que le jugement de faillite avait ordonnées. Par conséquent, c'est encore au jugement déclaratif de la faillite qu'il faut remonter. L'illogisme et la contradiction entre les divers aspects de la thèse belge apparaissent donc ici de la façon la plus nette puisque, nonobstant tout cela, *Barcelona Traction*, c'est-à-dire le failli lui-même, a considéré comme sans importance cet acte qui devait entraîner l'« anéantissement des droits des actionnaires » et qu'il n'a pas pris la peine d'attaquer en temps utile, bien qu'il disposât de la voie de recours la plus spécifique que l'on puisse imaginer.

11. Mais il ne faut pas que le Gouvernement belge s'illusionne: ce n'est pas la fin de ses contradictions. Le Gouvernement espagnol se doit d'attirer l'attention de la Cour sur d'autres encore qui ressortent du même passage de la *Réplique*.

Après avoir, ainsi qu'on l'a vu, fait valoir que le jugement déclaratif de la faillite avait pratiquement réalisé l'anéantissement des droits des actionnaires, la *Réplique* rapproche le nom de M. March des allégations de collusion, pour lui imputer les desseins les plus frauduleux et pour souligner que

« le procédé utilisé par lui (une procédure illégale de déclaration de faillite contre la *Barcelona Traction*) impliquait effectivement, par lui-même, une atteinte directe aux droits des actionnaires de cette société ». (*Réplique*, N° 219, p. 130.)

Les mots sont à peu près les mêmes qu'au numéro précédent de la *Réplique*. On affirme tout d'abord que « le jugement déclaratif de la faillite » a « pratiquement réalisé l'anéantissement des droits des actionnaires »; et maintenant ce même acte devient, par un remarquable tour de prestidigitacion, l'instrument utilisé par M. March pour porter une « atteinte directe » aux droits des actionnaires, c'est-à-dire, évidemment, pour obtenir cet « anéantissement » de leurs droits qu'aurait « pratiquement réalisé » le jugement déclaratif de la faillite.

La suite est encore plus intéressante:

« cette atteinte directe et illicite aux droits des actionnaires *n'est pas seulement le point de départ* de la manœuvre. C'EST ELLE QUI A RENDU POSSIBLE SON DÉROULEMENT ». (*Réplique*, N° 219, p. 130<sup>1</sup>).

A vrai dire, le lecteur n'a aucune raison de penser que cette « atteinte directe » qui « a rendu possible » le « déroulement » de la manœuvre, donc des autres actes de la procédure,

<sup>1</sup> Les italiques et les majuscules ont été ajoutés.

désigne autre chose que le jugement déclaratif de la faillite. La *Réplique* elle-même s'empresse de dissiper tous les doutes :

« Il suffit de rappeler à cet égard l'usage qu'ont fait les organes de la faillite de ce pouvoir de gestion usurpé aux mandataires désignés par les actionnaires de la *Barcelona Traction*, la destitution de conseils, les nominations, l'hispanisation, la création des faux titres : ces actes eussent été IMPENSABLES, si, au préalable, le conseil d'administration de la *Barcelona Traction*, nommé par les actionnaires, n'avait pas été dessaisi du pouvoir d'administration. » (*Réplique, loc. cit.*<sup>1</sup>)

Quel est donc, dans cette procédure comme dans toute procédure de faillite, l'acte qui, au dire de la Partie adverse, aurait dessaisi le conseil d'administration de *Barcelona Traction*, si ce n'est le jugement de faillite lui-même ? Quel est donc l'acte sans lequel, de l'aveu du Gouvernement belge lui-même, tous les autres actes de la procédure auraient été *impensables* ? C'est encore le jugement de faillite.

Et pourtant, *Barcelona Traction* laissa expirer tout délai utile sans l'attaquer, alors que, sans lui, tous les autres actes auraient été *impensables*...

On ne saurait imaginer raisonnement plus fallacieux et plus contradictoire — qui sape plus efficacement le fondement même des allégations belges.

12. Les choses étant ainsi, l'on serait presque tenté de se demander si la Partie adverse n'aurait pas été mieux inspirée de s'en tenir à la tactique de l'un de ses conseils lors de la procédure orale. A ce moment-là, l'on s'est efforcé du côté belge, d'échapper aux conséquences du défaut d'opposition au jugement déclaratif de la faillite en prétendant que le Gouvernement belge formulait un « grief d'ensemble » (*Procédure orale*, p. 644). Ainsi, l'idée du « grief d'ensemble » paraît avoir été conçue pour les besoins de l'exception de non-épuisement des voies de recours internes.

A l'époque, cette idée représentait vraisemblablement le grief du gouvernement demandeur. Son conseil avait eu soin de préciser, pour démontrer qu'en fait la *Barcelona Traction* n'était pas en mesure de demander devant la Cour Suprême d'Espagne la révision du jugement de faillite, que

« le grief de déni de justice, à supposer qu'il fût recevable, n'avait pas la moindre chance d'être accueilli s'il était formulé à l'égard du jugement de faillite ou de l'une quelconque des décisions ultérieures prises isolément ; c'est seulement la répétition des mêmes symptômes inquiétants dans la série des décisions qui se sont suivies de 1948 à 1956 et même ultérieurement qui devra, suivant le Gouvernement belge, convaincre la Cour du bien-fondé de l'accusation de déni de justice qui est à la base de la requête » (*Procédure orale*, III, pp. 645-646).

Cette affirmation, bien entendu, est en contradiction avec la note diplomatique du Gouvernement belge déjà rappelée ci-dessus (cf. N° 9), qui est datée du 27 mars 1948 (un mois et demi seulement après la déclaration de faillite) et qui affirme

« qu'il y a eu dans cette affaire un déni de justice ou plutôt une série de dénis de justice » (*Mémoire*, Annexe 250, p. 978).

En 1964, au dire du conseil de ce même Gouvernement, « le grief de déni de justice ... n'avait pas la moindre chance d'être accueilli s'il était formulé à l'égard du jugement de faillite » !

<sup>1</sup> Les italiques et les majuscules ont été ajoutés.

Le Gouvernement espagnol a déjà pris acte de cet aveu dans la présente *Duplique*. Ce qu'il faut tout simplement souligner ici, c'est l'attitude toute différente qu'on a cru devoir adopter au cours des discussions orales pour faire face à l'exception soulevée par le Gouvernement espagnol.

Pour sa part, le Gouvernement espagnol n'a pas eu la moindre difficulté pour répondre à la thèse belge suivant laquelle *le grief* du gouvernement demandeur n'était qu'un grief d'ensemble. Ainsi, telle étant à l'époque la position du Gouvernement belge, le Gouvernement espagnol a répondu, dans la phase ultérieure de la procédure écrite, que si l'on accepte de qualifier le grief du Gouvernement demandeur de « grief d'ensemble » (et il s'agissait, selon la Partie adverse, uniquement de cela), il était alors évident que:

« la série des décisions internes se rattache par un lien inextricable et d'une façon nécessaire à la déclaration de faillite aussi bien que, et surtout, à la force de chose jugée acquise par le jugement déclaratif de la faillite en raison du défaut d'opposition. Dans cette situation, l'idée même du « grief d'ensemble » doit amener à retenir qu'il y avait en l'espèce la possibilité d'extirper la racine de la procédure, que la *Barcelona Traction* a omis de le faire, et que, partant, la règle qui exige l'épuisement des recours internes n'a pas été respectée » (*Contre-mémoire*, IV, N° 78, p. 633).

13. Cherchant une échappatoire à cette argumentation, à laquelle la *Réplique* ne donne d'ailleurs aucune réponse directe, le Gouvernement belge a adopté une attitude singulière. Bien qu'une section de la *Réplique* soit consacrée au « grief global » (ce fameux déni de justice « en quelque sorte » global — *Réplique*, V, N° 798, p. 586), cette même idée n'apparaît à aucun moment dans la partie consacrée à l'exception de non-épuisement des voies de recours internes. Nullement gêné de se contredire à nouveau à la fois par rapport à la section précédente du même document et par rapport à ce qu'il fit plaider par l'un de ses conseils, le Gouvernement belge se retranche ici derrière le rempart de la « multiplicité des griefs », dont on a montré ci-dessus l'inanité totale, compte tenu des réalités de la procédure et de l'aveu qu'a fait la Partie adverse elle-même.

Qu'il suffise ici de prendre acte de l'inconsistance d'une telle attitude.

14. Il est possible, ainsi qu'on l'a vu, que le véritable but du Gouvernement belge soit, aujourd'hui, de chercher à accréditer auprès de la Cour à la fois une multiplicité de griefs et, au surplus, un grief en quelque sorte global. Si telle est la pensée de la Partie adverse, l'idée du grief global n'est plus utilisée qu'à l'appui d'autres griefs. Elle devient, de cette façon, une espèce de béquille destinée à soutenir des prétentions qui, livrées à elles-mêmes, seraient fort boiteuses. Le Gouvernement espagnol a, pour sa part, montré et l'inconsistance d'une telle attitude et le caractère fuyant qui, en conséquence, caractérise la demande belge.

Cependant, ce qu'il faut souligner ici c'est que même cette nouvelle présentation des griefs de la Partie adverse n'affecte nullement l'exception de non-épuisement des voies de recours internes.

On a vu, en effet, que l'exception garde intacte toute sa valeur, soit que la Partie adverse prétende formuler une multiplicité de griefs, soit qu'elle prétende qualifier sa demande par rapport à un grief d'ensemble. Si l'appétit et l'habileté des dirigeants de *Barcelona Traction* arrivent jusqu'à faire endosser par le Gouvernement belge à la fois une multiplicité de griefs et un grief d'ensemble, le Gouvernement espagnol est en droit



de montrer, ainsi qu'il l'a fait, que son exception est fondée, quelles que soient les qualifications du grief ou des griefs.

15. Les conclusions qui découlent de ce qui précède peuvent se résumer de la façon suivante:

1<sup>o</sup> Dans la mesure où le Gouvernement belge prétend formuler une multiplicité de griefs à l'encontre de la procédure de faillite, le Gouvernement espagnol est en droit de lui opposer que les actes incriminés sont rattachés les uns aux autres par un lien logique et nécessaire parce qu'ils relèvent d'une procédure dont le fondement n'a pas été valablement attaqué;

2<sup>o</sup> Ce moyen de défense du Gouvernement espagnol est d'autant plus fort que le fait générateur de la procédure incriminée, c'est-à-dire le jugement déclaratif de faillite, est considéré par la Partie adverse elle-même comme l'acte sans lequel les actes ultérieurs auraient été « impensables »;

3<sup>o</sup> Dans la mesure où le Gouvernement belge prétend attribuer à son grief le caractère d'un « grief global », le Gouvernement espagnol est en droit de lui opposer que l'idée même du grief global implique le lien nécessaire entre les actes composant la procédure incriminée et que, dès lors, la négligence manifestée par la *Barcelona Traction* à l'égard de la racine de la procédure est à la fois injustifiable et déterminante;

4<sup>o</sup> Dans la mesure où le Gouvernement belge semble alléguer, à la fois, la multiplicité des griefs et un grief global destiné en quelque sorte à étayer la construction douteuse des griefs multiples dont aucun n'aurait la moindre chance d'être accueilli, le Gouvernement espagnol est en droit de lui opposer, cumulativement, les conclusions ci-dessus formulées, qui de toute évidence s'additionnent sans se contredire.

16. Le Gouvernement espagnol estime aussi avoir montré, une fois de plus, les raisons pour lesquelles le jugement déclaratif de la faillite a un rôle fondamental dans la présente exception. D'où la simplicité de sa défense, qui vise surtout à mettre en lumière, toute réserve faite des arguments complémentaires et subsidiaires, le comportement de *Barcelona Traction*: après avoir omis d'attaquer, par la voie des *recours administratifs* ouverts contre les décisions des autorités administratives, les mesures qui constituent les prémisses de sa mise en faillite, *Barcelona Traction* dédaigna d'attaquer le jugement déclaratif de sa faillite, soit par la voie de l'*opposition*, soit par la voie de la *révision*.

## SECTION II

## SENS ET PORTÉE DE LA RÈGLE INTERNATIONALE

17. Puisque l'exception tirée du non-épuisement des recours internes avait déjà fait l'objet d'une discussion approfondie entre les Parties, le Gouvernement espagnol a jugé opportun, lors de la rédaction de son *Contre-Mémoire*, de consacrer une partie de son exposé à définir les principes du droit international qui, à son avis, régissent la matière (IV, pp. 587-600). En ce faisant, le Gouvernement espagnol n'a pas seulement accompli son devoir en précisant, dans tous ses aspects, la règle qu'il invoque. Il a aussi indiqué les éléments qui découlent de la règle internationale et qui ont une importance fondamentale dans la présente affaire.

Ainsi, les conclusions qui ont été dégagées sur la base de la jurisprudence internationale et de la doctrine la plus qualifiée sont essentiellement les suivantes:

- 1° La règle internationale qui exige l'épuisement préalable des recours internes est une règle d'interprétation stricte;
- 2° Ce caractère de la règle ressort nettement d'une série de définitions progressives fournies par la jurisprudence internationale;
- 3° Pour apprécier les conditions d'application de la règle il faut tenir compte:
  - a) de la qualité des recours, et
  - b) de la diligence des plaideurs.

Finalement, l'exposé du Gouvernement espagnol a permis de souligner que ces mêmes points correspondent à autant de divergences entre sa thèse et celle que la Partie adverse a énoncée dans les pièces de la procédure écrite et dans les discussions orales. En réalité, et vu les données de la présente affaire, ce n'est qu'en contestant le bien-fondé de ces allégations de droit du Gouvernement espagnol, que le Gouvernement belge pourrait écarter l'exception dont il est question ici. Car l'on ne saurait faire abstraction des omissions de *Barcelona Traction* dans les procédures espagnoles qu'en niant le caractère rigoureux de la règle, tel qu'il ressort de sa définition progressive et, en outre, n'attribuant aucune importance à la négligence de l'intéressée et à la qualité des recours qui, en fait, ont été introduits.

18. Et pourtant, la *Réplique* du Gouvernement belge feint de se désintéresser des questions concernant le sens et la portée de la règle internationale. La Partie adverse se borne ainsi à quelques commentaires pour la plupart superficiels, car elle estime « superflu d'engager une controverse académique » qui serait sans intérêt pratique pour l'appréciation de la présente affaire (V, N° 804, p. 591).

Dans ces conditions, le Gouvernement espagnol se doit de confirmer l'exposé contenu dans son *Contre-mémoire* (IV, pp. 587-600) tout en prenant acte du caractère partiel de la réponse belge. Dans le présent exposé, le Gouvernement espagnol se bornera donc à réfuter la réponse belge concernant ces points, quitte à montrer, de cette façon aussi, que les arguments de la Partie adverse n'ont aucunement ébranlé ses convictions quant au sens et à la portée de la règle internationale. La Cour pourra ainsi constater comment le Gouvernement belge cherche à masquer un désaccord fondamental, dont les données sont pourtant essentielles pour apprécier la présente exception.

19. *Tout d'abord*, il convient de rappeler que d'après le Gouvernement espagnol la raison d'être de la règle internationale doit être recherchée dans « la sauvegarde et le respect de l'organisation interne des Etats » (*Exceptions préliminaires*, 1963, I, p. 242, et *Contre-mémoire*, pp. 589 et ss.). Pour sa part, le Gouvernement belge estime que le Gouvernement espagnol « se trompe manifestement » (*Réplique*, V, N° 804, p. 591) car, du côté belge on prétend que la thèse espagnole aboutirait à une « régression du contrôle international sur le pouvoir judiciaire national » (*loc. cit.*) qui ne résulterait aucunement de la jurisprudence internationale.

Le Gouvernement espagnol tient à souligner que la réponse de la Partie adverse n'est qu'une simple affirmation. Le Gouvernement espagnol avait développé sa thèse sur la base d'un examen détaillé de la jurisprudence internationale<sup>1</sup> aussi bien que d'une doctrine qualifiée<sup>2</sup>, et son but était de montrer le lien qui subsiste entre le développement du « système de protection judiciaire des Etats » et l'exigence qui en découle d'une appréciation plus stricte de la condition de l'épuisement préalable des recours internes pour que la responsabilité de l'Etat soit engagée. Il s'agit donc là d'une application du même principe dont le Gouvernement espagnol a déjà fait état dans son exposé concernant les règles du droit international public en matière de déni de justice. Si la Partie adverse estime, par contre, qu'il n'y a pas, de nos jours, un développement de l'organisation judiciaire des Etats ou qu'en tout cas il n'en résulte pas une vérification plus rigoureuse de l'épuisement des recours internes, le Gouvernement espagnol lui laisse volontiers la responsabilité de ces convictions.

20. Du reste, l'affirmation — car il s'agit, ainsi qu'on l'a vu, d'une simple affirmation — de la Partie adverse apparaît dans toute son inconsistance lorsque le Gouvernement belge s'efforce de soutenir que l'interprétation stricte ne jouerait pas par rapport au droit coutumier et que la sentence arbitrale dans l'*affaire Ambatielos* ne comporterait pas l'obligation « de recourir à tous les recours internes » (*Réplique*, N° 814, pp. 595 ss.; N° 815, p. 596).

Quant à la première question, il suffit de répondre que l'interprétation stricte de toute règle juridique découle du but et de la raison d'être de la règle qu'il s'agit d'interpréter.

<sup>1</sup> Sentence arbitrale du 6 mars 1956 dans l'*affaire Ambatielos* (*Contre-mémoire*, pp. 589 et 592); sentence arbitrale du 29 décembre 1924 dans l'*affaire Ziat, Ben Kiran* (*ib.*, p. 592); arrêt de la Cour permanente de Justice internationale du 4 avril 1939 dans l'*affaire de la Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie* (*ib.*, pp. 592, 594); arrêt de la Cour internationale de Justice du 21 mars 1959 dans l'*affaire Interhandel* (*ib.*, p. 593); décisions de la Commission européenne des droits de l'Homme des 20 juillet 1957 (*ib.*, p. 594), 30 août 1958 (*loc. cit.*), 19 décembre 1960 (*loc. cit.*) et 12 mars 1962 (*ib.*, p. 595).

<sup>2</sup> BORCHARD, *Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, 1915, p. 817; LAW, *The Local Remedies Rule in International Law*, 1961, p. 15; CH. DE VISSCHER, *Le déni de justice en droit international*, Recueil des Cours de l'Académie de droit international, 1935, II, p. 369 ss. (tous les trois examinés à la p. 590 du *Contre-mémoire*); EUSTATHADES, *La responsabilité internationale des Etats pour les actes des organes judiciaires*, 1936, pp. 48 ss., 302 (*ibid.*, p. 591).

Dès lors, on voit mal pourquoi l'interprétation stricte ne devrait pas jouer par rapport à certaines règles du droit coutumier, si leur but et leur raison d'être l'exigent. L'autorité de Max Huber, invoquée par la Partie adverse (*Réplique*, N° 814, p. 596), ne va aucunement à l'encontre de cette constatation, car l'illustre auteur se borne à indiquer des critères très généraux d'interprétation sans prendre en considération le problème de l'interprétation stricte.

Quant à la deuxième question, il est assurément surprenant de voir le Gouvernement belge contester que la sentence arbitrale rendue dans l'*affaire Ambatielos* ait entraîné l'obligation d'épuiser tous les recours internes. Il suffit, pour lui répondre, de rappeler à nouveau le passage essentiel de cette décision, qui contredit nettement la prétention de la Partie adverse :

« La règle ainsi invoquée par le Gouvernement du Royaume-Uni est bien établie en droit international. Son existence n'est pas non plus contestée par le Gouvernement grec. Elle signifie que l'Etat contre lequel une action internationale est engagée pour dommages causés à des personnes privées a le droit de s'opposer à une telle action si les personnes prétendument lésées n'ont pas préalablement épuisé *tous les recours* qui leur sont offerts par le droit interne du dit Etat. L'Etat défendeur a le droit d'exiger qu'on ait *profité pleinement de tous les recours internes* avant que les questions en litige soient portées sur le plan international par l'Etat dont les personnes prétendument lésées sont les ressortissants » (*International Law Reports*, 1956, p. 334) <sup>1</sup>.

A vrai dire, le Gouvernement belge aurait mieux fait de glisser sur cette sentence et de l'ignorer, ainsi qu'il l'avait fait jusqu'à la *Réplique*. En effet cette sentence confirme la thèse du Gouvernement espagnol en montrant qu'aujourd'hui tous les recours doivent être utilisés, ce qui correspond à l'opinion déjà manifestée par la Cour permanente dans son arrêt du 4 avril 1939 qui a étendu le devoir d'épuisement au recours en cassation sans attribuer aucun poids à la thèse, indiscutablement soutenue à l'époque par le Gouvernement belge lui-même, qu'il s'agissait d'un recours extraordinaire <sup>2</sup>.

21. Pour le Gouvernement belge — et c'est là son deuxième argument — le nœud du problème est l'« étendue de l'obligation faite aux particuliers de recourir aux voies de recours internes » (*Réplique*, N° 805, p. 592). Or, il est certain que la définition de la règle internationale comporte la détermination de l'étendue de l'obligation d'épuisement. Mais il n'est pas sans intérêt de remarquer comment et combien la Partie adverse laisse toujours sous-entendre que l'accent devrait être mis plus sur les limites de l'obligation d'épuisement que sur le droit de l'Etat saisi d'une action internationale d'exiger que son système de protection juridique ait été effectivement mis à l'épreuve par le ressortissant étranger.

<sup>1</sup> « The rule thus invoked by the United Kingdom Government is well established in international law. Nor is its existence contested by the Greek Government. It means that the State against which an international action is brought for injuries suffered by private individuals has the right to resist such an action if the persons alleged to have been injured have not first exhausted *all the remedies* available to them under the municipal law of that State. The defendant State has the right to demand that *full advantage* shall have been taken of *all local remedies* before the matters in dispute are taken upon the international level by the State of which the persons alleged to have been injured are nationals ». Les italiques ont été ajoutés.

<sup>2</sup> *Affaire de la Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*; voir CPJI, Série A/B, N° 77, p. 79. Quant à la sentence arbitrale rendue le 8 juin 1932 dans l'*affaire Salem* (N.U., *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, pp. 1165 ss.) et invoquée dans la *Réplique* (N° 815, p. 596), il suffit de remarquer : 1° que l'épuisement d'un moyen ultérieur ne fut pas jugé nécessaire dans cette affaire vu que la procédure interne s'était terminée par une décision de dernière instance; 2° qu'en tout état de cause, cette sentence remonte à 1932, alors que la jurisprudence dont le *Contre-mémoire* a fait état est composée de décisions rendues, toutes, à une époque plus récente.

Ainsi, le Gouvernement belge reproche au Gouvernement espagnol une remarque qu'il fait en précisant le sens de la référence — contenue dans la résolution adoptée par l'Institut de droit international à la session de Grenade de 1956 — à la condition de l'épuisement de voies de recours « qui vraisemblablement sont efficaces et suffisantes ». A ce propos, le Gouvernement espagnol faisait observer :

« Lorsque référence est faite à la nécessité d'épuiser les recours *vraisemblablement* efficaces, l'accent est précisément mis sur la « vraisemblance » de l'efficacité des recours. Donc, une simple « vraisemblance », c'est-à-dire une « apparence » d'efficacité, suffit pour exiger l'épuisement d'un recours donné » (*Contre-mémoire*, IV, p. 598).

D'après la Partie adverse, les termes « vraisemblance » et « apparence » sont « à certains égards antithétiques » (*Réplique*, V, N° 807, p. 593). Mais il suffira ici de renvoyer la Partie adverse au Larousse, pour lui expliquer que la « vraisemblance » est définie comme la « qualité de ce qui a l'apparence de la vérité » et pour lui montrer que, dès lors, c'est dénaturer le sens et la portée de la règle internationale que de prétendre affaiblir l'étendue du devoir d'épuisement.

22. Toujours dans le cadre du même argument, non moins malheureuse est la tentative du Gouvernement belge d'invoquer le texte de l'arrêt rendu par la Cour permanente le 28 février 1939 dans l'affaire du chemin de fer Panevezys-Saldutiskis<sup>1</sup>. La Partie adverse veut bien admettre que :

« L'arrêt pose la règle que lorsqu'il existe un doute raisonnable quant au point de savoir si un recours est accessible ou adéquat, il faut l'introduire » (*Réplique*, N° 807, p. 593).

Cependant, c'est le Gouvernement belge et certes pas la Cour permanente qui déduit de ce principe — d'ailleurs confirmé d'une façon frappante par la Commission européenne des droits de l'Homme dans une décision que la *Réplique* affecte d'ignorer<sup>2</sup> — des conséquences constituant soit des constatations élémentaires, soit des déformations du principe en question. Ainsi, il est élémentaire d'affirmer que l'opinion négative de la jurisprudence à l'égard d'un certain recours dispenserait de l'obligation d'épuisement, car en pareil cas il n'y a pas vraiment de doute quant au point de savoir si ce recours est accessible ou adéquat. Mais si la Partie adverse prétendait par là insinuer que *Barcelona Traction* est justifiée de ne pas avoir utilisé le recours en révision contre le jugement déclaratif de la faillite au prétexte qu'il n'y a pas dans la jurisprudence espagnole des décisions ayant trait à la révision de jugement de faillite (*infra*, N° 83) cette prétention constituerait une véritable déformation du principe établi par la Cour permanente. De toute évidence, l'inexistence d'une jurisprudence d'espèce est autre chose qu'une jurisprudence négative<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> CPJI, *Série A/B*, N° 76, p. 19.

<sup>2</sup> Décision du 16 décembre 1961, *Affaire Retimag* (*Annuaire de la Commission*, 1961, pp. 401-402; cf. *Contre-mémoire*, p. 599) : il n'est pas sans intérêt de remarquer que la Commission a exigé, pour que l'épuisement soit requis, un « doute » et non pas un « doute raisonnable » ainsi que le soutient la Partie adverse dans le passage cité ci-dessus dans le texte. Et l'arrêt de la Cour permanente, également précité, va exactement dans le même sens que la décision de la Commission en exigeant, pour que l'application de la règle soit écartée, que l'on ait « nettement démontré devant elle que les tribunaux lithuaniens n'ont pas compétence » (*loc. cit.*).

<sup>3</sup> Quant à la nécessité d'apprécier, en droit aussi bien qu'en fait, si un recours est vraisemblablement efficace « par rapport à l'information dont le plaideur disposait au moment où il a dû envisager d'introduire un recours » (*Réplique*, N° 808, pp. 593 ss.), il convient de remarquer que là aussi, il y a une certaine tendance de la Partie adverse à déformer le principe posé par la Cour permanente. En réalité, la question fondamentale est celle de savoir s'il y a un doute dans l'état de la loi et de la jurisprudence à l'époque critique. Si le doute subsiste, le principe posé par la Cour permanente prime et le recours doit être introduit. Quant à l'affirmation que *Barcelona Traction* ne disposait pas à l'époque d'éléments d'information suffisants pour former certains recours, l'on verra par la suite que pareille prétention ne porte pas.

23. Quant à la question de savoir si les recours sont suffisants — *et c'est là son troisième argument* —, la Partie adverse insiste sur la nécessité d'une appréciation *in concreto*. Mais, encore une fois, ce qui intéresse le Gouvernement belge, ce sont les limites « dans le temps et, si l'on peut dire, dans l'espace » (*Réplique*, N° 810, p. 594) de cette appréciation *in concreto*. Et c'est en appliquant ces idées à l'affaire de *Barcelona Traction*, que vraiment le Gouvernement belge fait preuve d'une naïveté désarmante.

Il affirme, tout d'abord, qu'une action judiciaire « qui serait suffisante pour obtenir la libération d'une personne séquestrée » cesse d'être « suffisante » « si la personne séquestrée est libérée ou décédée » (*loc. cit.*). Jusqu'à là, évidemment, la thèse belge relève de la philosophie de M. de La Palice. Mais lorsqu'il applique cette constatation à la faillite de *Barcelona Traction*, le Gouvernement belge affirme que postérieurement au 4 janvier 1952, c'est-à-dire à la vente du patrimoine de la société, le dommage était « consolidé » et, par conséquent, tout recours devenait insuffisant. Or, abstraction faite de tout ce qu'on verra plus loin relativement au recours en révision (*infra*, N°s 74 et ss.) aussi bien que par rapport à ce prétendu caractère « consolidé » du dommage (*infra*, N°s 96 et ss.), ce qui est plus surprenant c'est que le Gouvernement belge, en soulignant la situation résultant de la vente des biens, oublie tout simplement, mais pour cause, que tout autre était la situation *en février 1948*, lorsque *Barcelona Traction* a omis d'attaquer dans les délais le jugement déclarant sa faillite, alors qu'en s'opposant à ce jugement, elle aurait obtenu la rétraction de la déclaration de faillite si son recours était fondé!

24. Quant aux soi-disant limites « dans l'espace » de l'appréciation *in concreto* de la *suffisance des recours*, là aussi la thèse du Gouvernement belge doit être prise *cum grano salis*.

D'après la Partie adverse,

« Si l'acte illicite a lésé plusieurs personnes et que la justice nationale ait été adéquate-ment saisie, par certaines d'entre elles, des griefs qui leur étaient communs et que l'action intentée ait abouti au rejet de la demande par une décision de principe rendue en dernier ressort, il devient inutile, pour les cointéressés, d'introduire une nouvelle action, désormais vouée à un échec certain » (*Réplique*, N° 812, p. 595).

Cela est exact, dans la mesure où il y a effectivement coïncidence entre les diverses actions quant à leurs éléments subjectifs (par exemple, la qualité pour agir) et objectifs (par exemple, l'objet même de la demande). Mais, comment pourrait-on, par exemple, retenir pareille considération lorsqu'il s'agira de constater que, d'une part, les recours des sociétés filiales contre le jugement de faillite de *Barcelona Traction* ont été rejetés du chef de défaut de qualité pour agir alors que, d'autre part, *Barcelona Traction*, qui avait qualité pour le faire, n'a pas attaqué ce même jugement dans les délais? De même, l'on ne saurait faire oublier, en adoptant la même prémisse, le fait que *Sidro* n'a pas introduit un recours en opposition contre la déclaration de faillite de *Barcelona Traction*, alors qu'elle avait, pour le faire, un titre — la qualité de créancier en tant que porteur d'obligations de *Barcelona Traction* — autre que celui de la société déclarée en faillite.

25. Finalement — *et c'est là son quatrième et dernier argument* — la Partie adverse reproche au Gouvernement espagnol de s'écarter d'une donnée élémentaire:

« à savoir qu'il faut tenir compte de ce que ferait un plaideur normal ayant le souci de défendre ses intérêts » (*Réplique*, N° 813, p. 595).

Un tel reproche est amusant. A part le fait que *Barcelona Traction* n'a pas attaqué dans les délais sa déclaration de faillite comme le ferait tout « failli normal », la Partie adverse oublie tout simplement que les pages 587, 588 et 589 du *Contre-mémoire*, IV, ont été consacrées à examiner le rôle de la diligence des plaideurs. Car le « plaideur normal » ne saurait être autre chose qu'un « plaideur diligent », et *Barcelona Traction* n'a pas été un plaideur particulièrement diligent... Au surplus, la Partie adverse ne pourra pas contester, puisqu'elle-même invoque ce test pour évaluer la suffisance des recours (*Réplique*, V, N° 809, p. 594), que l'appréciation de la diligence des plaideurs doit se faire *in concreto*. Dans ces conditions, il suffira de reprendre les conclusions énoncées dans la partie du *Contre-mémoire* concernant cette question pour repousser les quelque six lignes que la *Réplique* consacre au problème, pourtant essentiel, du rôle de la diligence des plaideurs :

« D'un groupe de sociétés tel que celui de la *Barcelona Traction*, l'on est en droit d'attendre que sa conduite au cours des procédures internes soit celle d'un plaideur possédant tous les moyens d'assistance technique devant lui permettre de se conformer strictement aux conditions exigées par la loi. Les choses se sont pourtant passées fort différemment, ce qui implique que *sciemment*, l'on a préféré s'écarter des dispositions légales en vigueur et que l'on ne saurait dès lors échapper aux inéluctables conséquences d'une telle conduite » (*Contre-mémoire*, p. 589).

26. Le Gouvernement espagnol estime avoir ainsi précisé son opinion en ce qui concerne le sens et la portée de la règle internationale en réfutant les quelques observations formulées par le Gouvernement belge. Il espère avoir aussi tiré au clair les divergences qui subsistent entre les Parties et surtout l'effort du Gouvernement belge pour sous-évaluer les conséquences de la négligence de *Barcelona Traction*.

## SECTION III

LES SUJETS QUI AURAIENT DÛ ÉPUISER LES RECOURS INTERNES  
DANS LA PRÉSENTE AFFAIRE

27. La Section II du Chapitre V du *Contre-mémoire* espagnol a été consacrée à examiner, sur le plan du droit, la question de savoir quels sont les sujets qui auraient dû épuiser les recours internes dans la présente affaire, dès lors que le Gouvernement belge, qui avait à l'origine essayé de protéger abusivement une société de capitaux de nationalité canadienne (*Barcelona Traction*), prétend aujourd'hui prendre fait et cause pour une autre société dont le siège est en Belgique, et qu'il dit intéressée dans la société canadienne.

Toute réserve faite pour ce qui concerne le défaut de qualité du Gouvernement belge dans la présente affaire, même sur la base de la deuxième édition de sa demande (cf. à ce propos le chapitre suivant), le Gouvernement espagnol a estimé opportun de souligner deux points concernant l'épuisement des recours internes dans les conditions visées par la demande belge.

On a d'abord souligné, à cet effet, que même dans la nouvelle version de sa demande le Gouvernement belge n'a *jamais* essayé de soutenir que le Gouvernement espagnol n'était pas en droit de lui opposer le non-épuisement des recours ouverts à *Barcelona Traction* (*Contre-mémoire*, p. 602). Aucun désaccord ne s'est donc manifesté entre les Parties sur ce point.

Au surplus, le Gouvernement espagnol a affirmé aussi qu'à supposer, *par pure hypothèse*, que le droit international admette la protection diplomatique d'autres sujets du chef d'un dommage prétendument causé à une société de capitaux, l'on est en droit d'exiger non seulement l'épuisement des recours ouverts à la société, mais aussi l'utilisation des recours ouverts, le cas échéant, *aux autres sujets* au profit desquels la demande internationale est formulée (*Contre-mémoire*, p. 603). En d'autres termes et compte tenu des circonstances de l'espèce,

« si le grief avait pu être redressé, soit par des recours ouverts à la société, soit par des recours directs des actionnaires ou des obligataires, c'est l'ensemble de ces recours qui doit être utilisé afin de respecter la règle internationale » (*Contre-mémoire, loc. cit.*).

28. La *Réplique* belge (N° 834, p. 605) se borne à résumer les arguments du Gouvernement espagnol pour examiner ensuite certains recours dont le non-épuisement est reproché à *Barcelona Traction*, à *Sidro* et à *Sofina*. Cependant, les considérations de droit, qui avaient été formulées par le Gouvernement espagnol et qui viennent d'être résumées ci-dessus, ne font l'objet d'aucune observation.

Dans ces conditions, le Gouvernement espagnol peut ici se borner à en prendre acte et à renvoyer, pour plus de détails, à l'exposé qui figure aux pages 602-604 de son *Contre-mémoire*.



29. Il y a un point, toutefois, qui appelle quelques commentaires additionnels.

Le Gouvernement espagnol avait soutenu (*Contre-mémoire*, IV, p. 604) que lorsqu'on prétend protéger des *obligataires* du chef de dommages subis par la société, l'on est en droit d'exiger l'épuisement et des recours ouverts aux obligataires et, vu les circonstances de l'espèce, des recours ouverts à la société.

Le Gouvernement belge nie qu'il prétend protéger les obligataires de *Barcelona Traction* en tant que tels (*Réplique*, V, N° 843, p. 610). D'après lui, seuls les actionnaires sont protégés, mais l'équivalent du montant des obligations et autres créances est demandé au titre de « *préjudice accessoire* » subi par ces mêmes sujets en tant que détenteurs des obligations ou titulaires des créances. Un tel préjudice aurait été dû au fait que lesdits sujets n'auraient pu encaisser le montant correspondant à leurs prétendues créances sans reconnaître la validité de la procédure de faillite de *Barcelona Traction* (*Réplique*, loc. cit., et N° 1032, p. 758). Etant donné le caractère accessoire du préjudice, l'on resterait ainsi en dehors de l'hypothèse d'une action internationale tendant à protéger des obligataires en tant que tels.

30. La première observation qui s'impose c'est que, nonobstant les dénégations de la Partie adverse, l'action en réparation concerne à ce point de vue *les obligataires* en cette qualité, et ce d'autant plus si l'on considère les circonstances de l'espèce et la qualité des recours qu'ils auraient pu exercer.

En effet, toute réserve faite sur la notion de préjudice accessoire elle-même, l'on ne saurait oublier que le préjudice dont il est question ici suppose la titularité des obligations. A supposer donc que les obligataires aient été en même temps actionnaires de *Barcelona Traction*, ainsi que la Partie adverse l'affirme, cela n'empêche que le prétendu préjudice les aurait atteints dans leur qualité d'obligataires et non pas dans leur qualité d'actionnaires.

Si l'on considère maintenant les circonstances de l'espèce, l'on ne saurait oublier non plus que, même en raisonnant selon l'argumentation belge, les obligataires n'auraient pu recouvrir leur créance en raison des conséquences de la faillite de *Barcelona Traction*, car toute demande de recouvrement aurait été faite « sous peine de reconnaître la validité des mesures » prises en raison de cette faillite (*Réplique*, N° 843, p. 610). Or, le reproche que le Gouvernement espagnol adresse à ces mêmes sujets, c'est précisément qu'ils auraient pu, en tant qu'obligataires et donc en tant que créanciers du failli, attaquer par la voie de l'opposition le jugement déclaratif de la faillite de *Barcelona Traction* ou bien attaquer la compétence juridictionnelle des juges espagnols ou bien encore comparaître dans la procédure de faillite pour y soulever toute autre question qu'il est loisible à un créancier du failli de discuter dans des conditions similaires et comparables (*Contre-mémoire*, pp. 629-630).

31. Ainsi, la thèse soutenue par le Gouvernement espagnol est fondée à deux points de vue.

En premier lieu, la demande du Gouvernement belge concernant le préjudice prétendument subi par des actionnaires en tant qu'*obligataires* tend nécessairement à protéger ces sujets dans leur qualité d'obligataires et, dès lors, l'on est en droit d'exciper la non-utilisation des recours ouverts aux obligataires.

En deuxième lieu et compte tenu des circonstances de l'espèce, le Gouvernement espagnol est en droit de faire état de ce que les *actionnaires*, que l'on prétend protéger, n'ont pas utilisé les recours qu'ils auraient pu exercer en raison précisément de leur qualité d'obligataires, dans la procédure de faillite de *Barcelona Traction* et notamment à l'encontre du jugement déclaratif de la faillite de cette société <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> L'examen spécifique des moyens de recours que *Sidro* et *Sofina* auraient pu utiliser en qualité de créanciers de *Barcelona Traction* et consortis sera effectué *infra*, à la section IV, 4. A cette occasion l'on examinera aussi la question des recours ayant trait à la prétendue créance de *Sofina* du chef de ses fonctions de « conseiller » d'*Ebro*, question à laquelle, *mutatis mutandis*, s'appliquent plusieurs des observations qui viennent d'être formulées.

## SECTION IV

NON-ÉPUISEMENT DES VOIES ET MOYENS DE RECOURS  
OUVERTS EN ESPAGNE

## § 1: NON-UTILISATION DES RECOURS ADMINISTRATIFS

32. Cette partie de l'exception concerne l'inaction totale de *Barcelona Traction* et de son groupe en présence de l'attitude adoptée par l'*Instituto Español de Moneda Extranjera* (I.E.M.E.) à l'égard des demandes d'autorisation en vue de l'exécution du plan d'arrangement qui lui avaient été présentées. Ainsi qu'on l'a vu dans la présente *Duplique* (Partie I, Ch. II), aussi bien que dans les autres pièces de la procédure (cf. notamment *Contre-mémoire*, pp. 604 et ss.), cette attitude négative de l'I.E.M.E. a pour fondement le refus de *Barcelona Traction* et de son groupe de fournir les renseignements demandés, renseignements susceptibles de permettre aux autorités espagnoles de dévoiler la structure frauduleuse du système. Et les Gouvernements espagnol, britannique et canadien n'ont pas manqué de reconnaître, dans leur Déclaration conjointe du 11 juin 1951, que l'attitude de l'I.E.M.E. était « pleinement justifiée » (cf. *Contre-mémoire*, Chap. II, *Annexe N° 1*).

L'on ne saurait donc faire, aux autorités espagnoles, aucun reproche à cet égard. Par contre, le Gouvernement espagnol est en droit de faire état, à ce propos, du non-épuisement des recours administratifs qui étaient ouverts à *Barcelona Traction* et à son groupe. Ainsi qu'on le verra sous peu, il s'agit en l'espèce de deux voies de recours qui n'ont nullement été exploitées. Cependant, il faut montrer dès l'abord que la Partie adverse a cru bon d'adopter, à l'égard de cette question aussi, une tactique qui lui est bien chère.

33. L'attitude du Gouvernement belge à l'égard de l'épuisement des recours administratifs paraît avoir comme but de semer la confusion et non de la dissiper. Par cette tactique le Gouvernement belge espère évidemment que la complexité apparente des questions de droit espagnol pourra faire oublier l'inaction totale et manifeste dont ont fait preuve les personnes qu'il prétend protéger. Au surplus, une telle tactique comporte l'utilisation de nombre d'arguments qui sont à côté de la question ou bien qui comportent des erreurs grossières.

Il est de fait que le Gouvernement espagnol est mieux placé que le Gouvernement belge pour savoir si des recours existent dans son propre droit, et pour exposer le régime juridique de ces recours. Il serait donc déplacé de faire trop d'ironie sur les erreurs, même grossières, qui entachent les thèses de la Partie adverse. Mais l'on ne peut s'empêcher de noter que ces erreurs, qui sont nombreuses dans la *Réplique*, trouvent leur origine

dans le but poursuivi par le Gouvernement belge, qui est de rendre la vérité moins facilement percevable<sup>1</sup>.

34. Le Gouvernement belge, alors qu'il avance lui-même des arguments le plus souvent dépourvus de fondement ou d'importance, passe sous silence ou déforme presque tous les arguments qui se trouvent au *Contre-mémoire*. Face à cette attitude de la Partie adverse, la tâche du Gouvernement espagnol est d'élucider et de simplifier ce qui a été sciemment obscurci et indûment compliqué. Il est peut-être utile, à cet effet, de rappeler une fois encore les arguments essentiels qui justifient la thèse du non-épuisement des recours administratifs, sans pour autant renoncer aux autres arguments déjà développés et sans négliger d'apporter quelques éléments complémentaires pour mieux éclairer la question. Dans cet exposé on pourra examiner à leur place les opinions du Gouvernement belge telles qu'elles sont formulées dans la *Réplique*.

#### A — Recours hiérarchique (« *Recurso de alzada* »)

35. Ainsi qu'il a été maintes fois rappelé (notamment au *Contre-mémoire*, p. 605) le recours hiérarchique contre les actes de l'I.E.M.E. est prévu à l'article 26 du règlement de procédure du Ministère de l'Agriculture (approuvé par décret du 14 juin 1935), applicable au Ministère de l'Industrie et du Commerce par suite du décret du 25 juin 1942.

Le Gouvernement belge a toujours contesté la recevabilité en l'espèce du recours hiérarchique, même face aux arguments les plus solides formulés par le Gouvernement

<sup>1</sup> Il ne s'agit pas d'une critique gratuite. Quelques exemples pourront démontrer facilement la portée de ces erreurs et le but de cette tactique.

a) A la page 632 de la *Réplique*, V, on indique, parmi les conditions requises pour la recevabilité d'un recours contentieux administratif, le fait « que l'acte administratif ait causé un dommage (art. 1. 1<sup>o</sup> de la loi) ». Et pourtant cette règle, contenue dans la loi du 22 juin 1894, dit tout autre chose, puisqu'elle requiert que l'acte attaqué *cause estado*, c'est-à-dire ne soit plus susceptible de recours hiérarchique.

b) L'examen de la situation de l'I.E.M.E. après la loi de 1958 couvre une page de l'Annexe 119 à la *Réplique*. Puisque l'exception ne vise que le non-épuisement de recours qui auraient dû être exercés en 1948 au plus tard, soit dix ans avant, cet examen de la situation existante après l'entrée en vigueur de la loi de 1958 n'a manifestement d'autre but que de créer un rideau de fumée.

c) A la page 627 de la *Réplique* l'on soutient que le recours hiérarchique n'aurait été ni adéquat ni efficace, parce que le Ministre, ou bien son délégué, aurait présidé le Conseil d'administration de l'I.E.M.E. lors de la décision affectant la *Barcelona Traction*. Mais il a déjà été prouvé au cours des plaidoiries, et il n'a été nullement contesté par le Gouvernement belge, que l'acte en question ne relevait pas de la compétence du Conseil d'administration et n'avait pas été, en fait, pris par ce Conseil (*Procédure orale*, III, pp. 792 et ss. et 981; voir aussi le Statut de l'I.E.M.E., reproduit au *Contre-mémoire*, Chap. V, *Annexe N° 1*). La Partie adverse, à bout d'arguments, propose aussi à nouveau l'étrange thèse selon laquelle un acte de l'I.E.M.E., pris par son Directeur général, ne peut pas être soumis au Ministre parce que le Ministre aurait pu déléguer au Sous-secrétaire la présidence du Conseil d'administration de l'Institut. Cette thèse (*Réplique*, pp. 624 et ss.) est si illogique qu'elle n'aurait pas besoin de réfutation. Elle a été néanmoins réfutée par l'un des conseils du Gouvernement espagnol (*Procédure orale*, III, p. 793) et, par la suite, au *Contre-mémoire* (IV, p. 605).

d) Dernier exemple: à la page 626 de la *Réplique* il est dit que « le recours hiérarchique » ne devait pas apparaître à un plaideur normal comme vraisemblablement adéquat et efficace » notamment parce que « le recours contentieux administratif dont, dans la thèse du Gouvernement espagnol, le recours hiérarchique est un préliminaire obligatoire, a été suspendu par la loi du 27 août 1938 et n'a été rétabli que par la loi du 18 mars 1944, soit moins de deux ans avant les décisions de l'I.E.M.E. incriminées ». Or, cette affirmation contient au moins deux erreurs manifestes. D'abord, il est tout à fait gratuit d'affirmer que l'existence ou l'inexistence du recours contentieux administratif puisse affecter l'efficacité du recours hiérarchique qui est, certes, la condition préalable à l'éventuelle introduction de l'autre recours, mais qui possède néanmoins son autonomie formelle. A part ça, il est aberrant de sous-entendre que l'on serait fondé à ne pas épuiser une voie de recours sous le prétexte que « moins de deux ans » se seraient écoulés depuis qu'elle a été de nouveau ouverte aux plaideurs. A la connaissance du Gouvernement espagnol, le droit international ne prévoit certes pas de période de « rodage » pour les recours, existants et efficaces, qui doivent être épuisés par les particuliers que l'on prétend protéger.

espagnol. Le Gouvernement belge se laissera-t-il convaincre par l'évidence la plus éclatante? Persistera-t-il à nier la possibilité de former des recours *de alzada* contre les actes de l'I.E.M.E. si on lui montre que de tels recours ont été formés et jugés au fond par le Ministre? C'est bien ce que le Gouvernement espagnol est en mesure de faire. Aux Annexes 193 à 197 à la présente *Duplique*, est reproduit le texte de cinq décisions de recours *de alzada* contre les actes de l'I.E.M.E. Toutes ces décisions touchent au fond des recours. Dans toutes il est fait mention explicite de l'application du règlement de procédure du 14 juin 1935. Dans l'une d'entre elles on peut lire ce qui suit :

« Considérant que selon les dispositions de l'article 26 du Règlement du 14 juin 1935 et du § 5 de l'ordre ministériel du 25 juin 1935 <sup>1</sup>, le délai pour introduire un recours *de alzada* contre les actes des sous-secrétaires et des directions générales est de quinze jours ouvrables à compter du jour qui suit la notification de l'acte saisi... » (décision du 31 mars 1952, Annexe N° 196).

Toutes les décisions reproduites en annexe concernent la question des devises et la recevabilité du recours n'a aucunement été mise en discussion. Sans doute, la Partie adverse s'efforcera-t-elle de tirer profit de ce qu'aucune de ces décisions n'a accueilli le recours, mais il faut se garder de conclusions faciles sur le plan de l'efficacité des recours. Il n'est d'ailleurs pas vrai que tous les cinq recours ont été repoussés. L'une des décisions reproduites, celle du 9 juin 1953, est une décision de rejet, parce qu'entre-temps l'I.E.M.E. avait accepté l'argumentation du requérant et modifié l'acte attaqué et que le recours avait ainsi perdu tout son intérêt. Et si les autres ont été rejetés au fond, cela n'implique nullement que tel aurait dû être aussi le sort d'un recours de *Barcelona Traction* et de son groupe.

36. L'argument que le Gouvernement espagnol vient de proposer a un caractère tellement décisif que le reste de la discussion quant à la recevabilité du recours hiérarchique revêt un caractère académique. Le Gouvernement espagnol n'entend pourtant pas s'y dérober. Il se propose donc de démontrer, à l'Annexe N° 191, et le bien-fondé des arguments qu'il a déjà développés aux divers stades de la procédure et l'inexactitude (voir, parfois, la témérité) des arguments avancés par la Partie adverse.

37. Le Gouvernement belge met en doute l'existence, en l'espèce, du recours hiérarchique en alléguant que, lors de la notification des actes de l'I.E.M.E., il n'a pas été fait mention des recours qui pouvaient être formés à l'égard de ces actes, et ceci en violation de l'article 19 du règlement du 14 juin 1935 (*Réplique*, V, p. 627). L'argument n'est pas invoqué par le Gouvernement belge pour la première fois. Il figure déjà dans les plaidoiries (*Procédure orale*, III, pp. 607 et 982). On n'a certes pas manqué, du côté espagnol, de montrer qu'un tel argument ne prouve rien. En effet, si, d'après la pratique espagnole, le fait d'omettre, lors de la notification d'un acte, l'indication des voies de recours ouvertes contre cet acte empêche l'échéance des délais utiles pour attaquer l'acte en question (*Procédure orale*, III, p. 793), il est évident que cette omission ne prouve absolument rien quant à l'existence ou à la non-existence des voies de recours. Si donc des conséquences peuvent être déduites de la pratique en question, elles semblent plutôt indiquer que l'effet suspensif de l'omission des voies de recours lors de la notification de l'acte, tel qu'il a été reconnu par la jurisprudence, implique précisément qu'il y avait bien des voies de recours dans les affaires visées par cette jurisprudence (*Procédure orale*, loc. cit.).

A part ces considérations, l'argument avancé par la Partie adverse méconnaît le fait que la mention des recours n'est aucunement essentielle au point de vue de la règle de

<sup>1</sup> *Rectius*: 1942.

l'épuisement des recours internes. Il s'agit d'une facilité donnée aux requérants, qui est rare dans les droits internes et qui n'a jamais été considérée comme requise par le droit international.

38. Quant à l'efficacité du recours hiérarchique, il est à remarquer que les décisions du Ministre ne sont certes pas de simples formalités. Bien au contraire, ces décisions sont prises sur la base d'un avis du service juridique de l'administration intéressée (articles 20-24 du règlement du 14 juin 1935) et elles sont motivées assez longuement, comme les exemples figurant à l'*Annexe N° 191* le démontrent. Le Ministre peut, en statuant sur le recours, exercer son pouvoir d'une façon différente de celle qui a été employée dans l'acte attaqué. Il peut tenir compte de faits et d'éléments nouveaux et il est loisible au requérant de faire des allégations supplémentaires au cours de la procédure. En outre, le recours n'est pas coûteux et la décision intervient généralement à bref délai.

39. Le Gouvernement belge a réservé le seul argument ayant une apparence de poids pour les dernières lignes de la page 627 de la *Réplique*. Cet argument fait, au premier abord, grande impression: comment aurait-on pu s'attendre, dit-on en substance, à ce que le Ministre accueille le recours hiérarchique, alors que ce même Ministre avait manifesté une opinion analogue à celle qu'avait exprimée l'I.E.M.E. au sujet des actes dont le Gouvernement belge se plaint? La question est rhétorique, et la solution qu'elle comporte est le fruit d'une construction simpliste. L'I.E.M.E., en effet, a expressément motivé son refus d'autorisation du plan d'arrangement en invoquant le défaut de renseignements et de précisions nécessaires en la matière (lettre du 30 octobre 1946, *Contre-mémoire*, Chap. II, *Annexe N° 5*, Doc. N° 28); les mêmes raisons sont mentionnées dans l'acte du 14 décembre 1946 (*Annexe N° 6*, Doc. N° 5). Le Ministre de l'Industrie et du Commerce, dans sa lettre du 14 décembre 1946 à M. Spéciael, n'a pas adopté une attitude de principe négative. Il a fait valoir que cette attitude était négative en raison des circonstances, jusqu'à ce que « soit effectuée une étude à fond et détaillée sur le développement, processus de capitalisation, installation et autres du même caractère, qui intéresse les entreprises qualifiées, étude qui, naturellement et au cas où vous offririez les facilités nécessaires, devrait être effectuée par des éléments compétents et désignés par l'Etat » (*Contre-Mémoire*, Chap. II, *Annexe N° 6*, Doc. N° 4). Certes, le recours hiérarchique aurait eu peu de chance d'aboutir s'il n'était pas accompagné des renseignements requis; mais il ne dépendait que de *Barcelona Traction* et de son groupe de donner ces renseignements. Ce faisant, *Barcelona Traction* — à supposer vraies les thèses du Gouvernement belge quant à la structure du groupe et à la portée des investissements en Espagne — aurait pu obtenir une décision favorable. Quand le requérant est en mesure d'assurer, par sa propre conduite, une certaine probabilité de réussite, le recours ne peut certes pas être qualifié d'inefficace. S'il n'en était pas ainsi, il n'existerait pas de recours efficaces, puisque le requérant est toujours susceptible de se comporter de façon que le recours n'aboutisse pas.

#### B — Le recours contentieux administratif

40. Le Gouvernement espagnol a soulevé, dès les *Exceptions préliminaires* (I, p. 257 et *Annexe N° 90*), non seulement la question du non-épuisement des recours hiérarchiques, mais aussi celle de la non-utilisation du recours contentieux administratif contre les actes de l'I.E.M.E. affectant *Barcelona Traction* et son groupe. Pour ce qui est du recours contentieux administratif, le *Contre-mémoire* (IV, pp. 608 et ss.) a rappelé que ce

moyen de recours, visé par la loi du 22 juin 1894, a été suspendu en 1938 et a été rouvert par la loi du 18 mars 1944. Ce recours est porté devant la Cour Suprême et offre donc une garantie d'ordre juridictionnel. La condition préalable nécessaire à l'introduction du recours contentieux administratif est l'épuisement du recours hiérarchique (article premier (1) et article 2, alinéa 1<sup>er</sup> de la loi de 1894), dès lors, évidemment, que l'acte est susceptible d'un tel recours. Il s'ensuit que, lorsque le recours hiérarchique est ouvert à l'intéressé, il doit *toujours* être épuisé, même s'il ne peut, en lui-même, être considéré comme efficace au point de vue de la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Est-il besoin de rappeler qu'en l'espèce le recours hiérarchique était en lui-même efficace, ainsi qu'on l'a vu dans les paragraphes qui précèdent, où l'on a démontré que les objections soulevées à ce sujet par le Gouvernement belge ne sont pas fondées ?

41. Pour ce qui est du recours contentieux administratif, le Gouvernement espagnol se doit tout d'abord de souligner une « mini-tentative » de la Partie adverse, qui prétend soutenir rien de moins qu'à l'inexistence dudit recours à l'époque critique à l'égard des actes de l'I.E.M.E.

A la note 1 de la page 626 de la *Réplique*, le Gouvernement belge promet de démontrer dans une note spéciale « sur la base de la législation existante, tant à l'époque des faits que dans la suite, de la doctrine et de la jurisprudence, que l'I.E.M.E. était un organisme autonome pour lequel n'étaient pas prévus des recours hiérarchiques et qu'était de même irrecevable, jusqu'à la loi du 27 décembre 1956, applicable à partir du 27 juin 1957, un recours contentieux administratif »<sup>1</sup>. Cette note spéciale, dont la référence erronée renvoie à « Annexe *Réplique* N° 626 », est selon toute vraisemblance l'Annexe 119, dont le titre correspond à ce qui est promis dans la *Réplique*. Pour ce qui est du recours contentieux administratif, les arguments font évidemment défaut au Gouvernement belge, puisqu'il ne le mentionne, dans l'annexe, que dans le titre et dans les dernières lignes. Au surplus, il n'est pas nécessaire de souligner le caractère purement tautologique de ce bref passage: le Gouvernement belge, en effet, se borne à dire que, « depuis la loi du 27 décembre 1956, applicable à partir du 27 juin 1957, sur la juridiction contentieuse-administrative, ces recours sont certainement admissibles contre les décisions de l'I.E.M.E. en matière de devises, mais ils ne le sont que depuis l'entrée en vigueur de la loi, c'est-à-dire le 27 juin 1957 ». On ne saurait justifier cette affirmation par ce qui est dit à l'annexe à propos du recours hiérarchique, puisque la prétendue inexistence de ce moyen de recours n'affecte en rien la possibilité de former un recours contentieux administratif. Bien au contraire, si l'on considère que l'utilisation préalable du recours hiérarchique est une condition nécessaire pour la recevabilité du recours contentieux administratif, il en ressort clairement que là où le recours hiérarchique n'existerait pas, le recours contentieux administratif serait considérablement facilité.

Dans ces conditions, le Gouvernement espagnol prend acte que la prétention de la Partie adverse à l'inexistence dudit recours contre les actes de l'I.E.M.E. avant 1957 n'est qu'une simple affirmation et que, dès lors, la réfutation de cette thèse n'est guère nécessaire. L'existence du recours à l'époque critique n'est pas en jeu et ne saurait l'être.

42. Le Gouvernement belge a également soutenu dans sa *Réplique* que, sur la base de la loi du 22 juin 1894, un recours introduit par *Barcelona Traction* et son groupe aurait

<sup>1</sup> Le Gouvernement belge parle à cet égard d'*irrecevabilité* du recours. A peine a-t-on besoin de préciser que si la thèse belge était fondée, il s'agirait d'*inexistence* et non pas d'*irrecevabilité* du recours en question.

été vicié du fait que l'une des conditions prévues par la loi n'était pas remplie. Avant d'examiner cet argument dans ses détails, il faut cependant souligner que la Partie adverse n'a même pas pris la peine d'indiquer le caractère nécessairement subsidiaire de cette thèse, qui ne saurait être examinée qu'à supposer le recours contentieux administratif bel et bien applicable, avant 1957, à l'égard des actes de l'I.E.M.E. Or, cette constatation suffit pour compléter les observations contenues dans le paragraphe qui précède et pour montrer toute l'importance que la Partie adverse attribue elle-même à la thèse de l'inexistence du recours avant 1957.

Cette constatation étant faite, l'on peut maintenant examiner l'argument nouveau formulé par le Gouvernement belge aux pages 631 et suivantes de la *Réplique* et tiré des termes de l'article premier (3) de la loi de 1894. D'après le Gouvernement belge, si *Barcelona Traction* avait formé un recours contentieux administratif, ce recours aurait été déclaré irrecevable au motif que la condition prévue justement par ce numéro (3) n'était pas remplie. L'acte de l'I.E.M.E. n'aurait donc pas lésé « un droit de caractère administratif établi antérieurement en faveur du requérant par une loi, un règlement ou une autre disposition administrative ».

Le Gouvernement espagnol tient en outre à souligner une fois de plus l'attitude de la Partie adverse dans la présentation de sa réclamation internationale. Le Gouvernement belge se plaint, en effet, sur le plan international, d'actes administratifs qui n'auraient lésé ni des droits de caractère administratif ni aucun droit, quel qu'il soit. Pour justifier la passivité de *Barcelona Traction* et de son groupe à l'égard des moyens de recours existant en droit espagnol, le Gouvernement belge essaye de modifier le sens de sa réclamation. Mais, pour ce faire, il est finalement contraint à des concessions importantes quant au fond. A la page 632 de la *Réplique*, V, il va jusqu'à admettre que

« ni la *Barcelona Traction* ni les sociétés intéressées n'avaient de *droit administratif* établi antérieurement en leur faveur par une loi, un règlement ou une autre disposition administrative, à obtenir les autorisations sollicitées et *elles ne pouvaient davantage prétendre que quiconque se trouvant dans la même situation qu'elles ait eu un droit de ce genre* »<sup>1</sup>.

Malgré la portée des concessions que le Gouvernement belge semble disposé à faire, la thèse selon laquelle le recours contentieux administratif aurait été irrecevable à cause du défaut de droit « de caractère administratif » n'est guère soutenable. Toutes les fois, en effet, qu'une loi ou un règlement établissent qu'un acte administratif, tel une autorisation par exemple, intervient lorsque certaines conditions se trouvent remplies, les intéressés se voient reconnaître un droit « de caractère administratif ». Ce droit ne saurait se concevoir que comme étant subordonné à l'appréciation de la part des autorités administratives des conditions essentielles pour que l'acte intervienne. L'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1894 ne vise que la recevabilité du recours, non pas la décision au fond. Au stade de la recevabilité il suffisait à *Barcelona Traction* et à ses filiales d'invoquer la loi qui règle les autorisations en matière de devises pour que le recours fût déclaré recevable.

Ce qu'il faut surtout souligner, c'est que si le recours était basé sur un détournement ou un abus de pouvoir de la part des autorités administratives, la Cour Suprême, confor-

<sup>1</sup> Les italiques ont été ajoutés. Une telle attitude paraît particulièrement chère à la Partie adverse. On verra sous peu — à propos de la non-utilisation du recours en révision — qu'à l'en croire, *Barcelona Traction* se serait trouvée assez souvent dans cette étrange situation d'être l'objet d'actes dont on prétend qu'ils comportent toute une série de faits illicites internationaux; mais en même temps, toujours selon *Barcelona Traction* et ses protecteurs, ces actes seraient pratiquement inattaquables en droit interne.



mément à sa jurisprudence, n'aurait pas exigé, d'une manière aussi formaliste que le prétend la *Réplique*, la condition de l'existence d'un droit pré-établi. S'il n'en était pas ainsi, la Cour Suprême n'aurait jamais contrôlé l'abus ou le détournement de pouvoir à l'égard d'actes comportant des éléments discrétionnaires, ainsi qu'elle l'a fait dans de nombreuses décisions <sup>1</sup>.

43. L'autre argument énoncé par le Gouvernement belge dans sa *Réplique* (V, pp. 630 et ss.) est tout aussi mal fondé. Il s'agit du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire, dont l'admissibilité a déjà été démontrée par le Gouvernement espagnol notamment au *Contre-Mémoire* (IV, pp. 609 et ss.).

La loi de 1894 ne règle explicitement que les conditions de recevabilité du recours. Ce faisant, elle distingue, d'une part, les actes qui relèvent en principe du pouvoir discrétionnaire, et d'autre part, les actes qui n'en relèvent pas (article premier (2); article 2 (2); article 4 de la loi). Le Gouvernement belge dénature manifestement le droit espagnol quand il range parmi les actes qui ne relèvent pas du pouvoir discrétionnaire uniquement les actes, très rares en droit administratif, où aucun élément discrétionnaire n'est présent. En effet, l'article 2, alinéa 2, de la loi de 1894, sur lequel le Gouvernement belge cherche à fonder sa thèse, permet de montrer que cette classification n'a pas de fondement. L'alinéa est ainsi formulé: « L'Administration sera considérée comme agissant dans l'exercice de ses compétences liées quand elle sera tenue de se conformer aux dispositions d'une loi, d'un règlement ou d'une autre règle administrative<sup>2</sup> ». Ce qui est donc nécessaire, c'est qu'il y ait une certaine compétence liée, et non pas que l'acte soit exempt de tout élément discrétionnaire. Or, dans le cas de l'espèce, l'I.E.M.E. devait se conformer aux lois en matière d'importation et d'exportation de devises. L'article 2, alinéa 2, de la loi de 1894 n'aurait donc pas fait obstacle à l'introduction du recours. L'interprétation est confirmée par la jurisprudence. Ainsi qu'il sera démontré ci-après, la jurisprudence de la Cour Suprême n'a pas hésité à accueillir des recours fondés sur l'abus ou le détournement de pouvoir, qui visaient précisément à l'exercice du pouvoir discrétionnaire par des autorités administratives.

44. Le Gouvernement espagnol n'a jamais contesté que la Cour Suprême ne contrôle généralement pas l'usage que font de leur pouvoir discrétionnaire les autorités administratives. Rien n'étant prévu explicitement dans la loi quant aux motifs qui portent la Cour Suprême à prononcer l'annulation de l'acte, les arguments que le Gouvernement belge prétend tirer du silence de la loi quant à l'existence ou l'efficacité du recours en détournement de pouvoir ou d'un recours basé sur d'autres motifs<sup>3</sup> sont clairement hors de propos.

Ce n'est pas une particularité du droit espagnol que la détermination des motifs qui peuvent entraîner l'annulation d'un acte appartienne au juge<sup>4</sup>. Le *Contre-Mémoire* a souligné (pp. 609 et ss.) l'importance que la jurisprudence espagnole attribue à la distinc-

<sup>1</sup> *Infra*, Nos 44 et ss.

<sup>2</sup> « Se entenderá que la Administración obra en el ejercicio de sus facultades regladas, cuando deba acomodar sus actos a disposiciones de una ley, de un reglamento o de otro precepto administrativo. »

<sup>3</sup> *Réplique*, pp. 631 et ss.

<sup>4</sup> Parmi ces motifs il y a sans doute, en droit espagnol, l'incompétence. Le Gouvernement espagnol avait indiqué ce motif parmi ceux qui pouvaient être invoqués par *Barcelona Traction* et par les sociétés de son groupe (*Contre-Mémoire*, pp. 609 et ss.). Le Gouvernement espagnol avait en effet cru comprendre que le Gouvernement belge contestait la compétence de l'I.E.M.E. pour autoriser le troisième plan d'arrangement. D'après ce qui ressort de la *Réplique* (pp. 628 et ss.), cette compétence n'est aujourd'hui plus contestée par la Partie adverse. Le Gouvernement espagnol en prend acte bien volontiers.

tion entre « discrétionnaire » et « arbitraire » et a rappelé à ce propos, à titre d'exemple, un considérant de la décision de la Cour Suprême du 2 octobre 1931 (p. 611; d'autres décisions sont citées à la note 1 de la même page). Quand l'acte administratif est « arbitraire » — et ce terme couvre toute une série d'hypothèses — la Cour Suprême n'hésite pas à contrôler l'usage du pouvoir discrétionnaire et à annuler l'acte. Il est par conséquent contradictoire de se plaindre qu'un acte soit « arbitraire » et de soutenir en même temps qu'aucun moyen de recours contentieux administratif n'ait été ouvert contre cet acte.

Le Gouvernement belge, qui passe sous silence tous les autres arrêts dont le *Contre-Mémoire* a fait état, se borne à affirmer que l'arrêt du 2 octobre 1931 « n'a nullement la portée générale » que le Gouvernement espagnol lui attribue, parce qu'il n'aurait pas été « question de la censure du détournement de pouvoir, mais de l'annulation pour inconstitutionnalité d'un texte réglementaire » (*Réplique*, p. 628). La critique est gratuite et comporte une déformation radicale de la décision précitée, puisque dans cet arrêt de la Cour Suprême il est bien question d'un acte administratif concret, adopté dans une matière discrétionnaire par excellence (puisque'elle touche au maintien de l'ordre), et imposant une amende à un particulier, ce que fait apparaître la simple lecture du texte, dont une traduction est ici reproduite à l'*Annexe N° 198*.

45. Le silence du Gouvernement belge à propos des autres décisions de la Cour Suprême s'explique probablement par la volonté de la Partie adverse de laisser entendre qu'il n'y aurait en la matière qu'un arrêt isolé<sup>1</sup>. Pour contrarier cette attitude il peut être utile de citer quelques autres décisions dans lesquelles le contrôle des actes administratifs « arbitraires » par la Cour Suprême est clairement établi. Ces arrêts, tout comme celui du 2 octobre 1931, ne sont cités qu'à titre d'exemple.

Dans l'arrêt du 4 février 1928 il est question de la délibération d'un conseil municipal concernant l'emplacement du siège de ce conseil. Il est incontestable que la délibération relevait du pouvoir discrétionnaire. Elle avait été prise après avoir entendu, conformément à la loi, certaines catégories de personnes, dont l'avis, obligatoire mais non déterminant, allait en sens opposé à celui de la délibération. Le Tribunal Suprême a annulé la délibération en considérant que

« s'il est vrai qu'il n'est pas prescrit que les avis doivent être acceptés intégralement, il n'est pas logique non plus de les rejeter et d'en faire abstraction sans raison, surtout quand les autres motifs les confirment, s'agissant de modifier le siège [du Conseil municipal] établi de longue date, sans qu'existent des raisons suffisantes pour justifier une décision aussi radicale »<sup>2</sup>.

L'arrêt du 29 mars 1933, qui vise un cas de destitution de quelques officiers à la suite d'un décret du Ministre de la Guerre, pris sur la base d'une décision du Conseil des Ministres, contient des affirmations dont l'importance, aux fins de notre espèce, n'a pas besoin d'être soulignée :

« Considérant, en outre, qu'une jurisprudence constante a reconnu la nécessité de distinguer, d'une part, la compétence de cette Chambre pour connaître des décisions de

<sup>1</sup> Cette impression est très nette, malgré une note de la *Réplique* (p. 633, note 1), où le Gouvernement belge reconnaît que la Cour Suprême a accueilli des recours en détournement de pouvoir même si ce n'est que « dans un nombre infime de cas ».

<sup>2</sup> « Si bien los informes no es preceptivo que se acepten en absoluto, tampoco es lógico rechazarlos y prescindir caprichosamente de ellos, máxime cuando las demás razones aducidas les abonan cuando de variar una capitalidad de antiguo establecida se trata, sin existir razones bastantes que justifiquen tan radical acuerdo » (*Enc. Jur. Esp., Apéndice de 1929*, tomo II).

l'Administration portant sur des questions de fond, qu'elles soient ou non entachées de vice de procédure, et d'autre part, sa compétence pour établir et déclarer si, en prenant ces décisions, l'Administration a fait usage des pouvoirs que lui reconnaît la loi ou s'il y a eu excès de pouvoir; car si, dans le premier cas, la compétence de cette juridiction ne peut dépasser les limites fixées pour le recours contentieux administratif par l'article 1 de la loi du 22 juin 1894, dans le second cas il ne peut y avoir aucune limite, car s'il y en avait, le droit du particulier se trouverait sans protection contre les actes arbitraires, les injustices ou les excès de pouvoir de l'Administration, dès lors que dans tout Etat de droit ces actes doivent nécessairement, en raison d'impératifs de justice, être corrigés et réparés; qu'il est donc indispensable qu'existe un organe qui déclare l'abus commis et la nullité de la décision ainsi rendue, afin d'ouvrir la voie à la réparation due au particulier dont le droit a été violé, rôle qui incombe actuellement dans notre pays aux juridictions contentieux-administratives; qu'en conséquence, l'exception d'incompétence, soulevée en des termes absolus par le Ministère public, ne peut être accueillie » (*Rp. A.*, 1933, N° 3096) <sup>1</sup>.

Enfin, dans l'arrêt du 30 juin 1936, en matière de personnel, on peut lire le considérant suivant:

« Considérant qu'il y a une tendance à restreindre la notion d'activités discrétionnaires de l'Administration en raison des normes d'orientation juridico-politique énoncées dans l'article 101 de la Constitution de la République en matière d'excès ou de détournement de pouvoir; et qu'il y a lieu même, en l'état actuel de la législation, de les soumettre au contrôle juridictionnel lorsque, faisant usage de la latitude accordée pour faire ou ne pas faire ou dans la manière de faire, l'on s'écarte des critères finalistes et rationnels qui dominent en tout cas le champ d'action de l'Administration, ceci afin de la débarrasser de pratiques arbitraires » (*Rp. A.*, 1936, N° 1535) <sup>2</sup>.

A peine est-il besoin d'ajouter, au sujet de ce dernier arrêt, que l'article 101 de la Constitution républicaine de 1932 a son parallèle dans l'article 17 du *Fuero de los Españoles* du 17 juillet 1945 <sup>3</sup>.

46. Pour ce qui est de l'efficacité du recours contentieux administratif, le *Contre-Mémoire* a déjà relevé, dans le *Mémoire* du Gouvernement belge, la qualification d'« arbitraire » attribuée aux actes administratifs de l'I.E.M.E. (IV, p. 609).

<sup>1</sup> « Considerando: Además, que está reconocida por constante jurisprudencia la necesidad de distinguir la competencia de la Sala para conocer de las resoluciones de la Administración que deciden cuestiones de fondo, afectadas aquéllas o no de vicio de procedimiento, de la que le asiste, para apreciar y declarar si al dictarlas obró la segunda con la facultad legal o incidió en abuso de poder; pues mientras en el primero caso la competencia de la jurisdicción se encierra en los límites que fija el recurso contencioso-administrativo, en el artículo 1º de la ley, de 22 de junio de 1894, en el 2º no puede existir limitación alguna, porque de haberla quedaría desamparado el derecho individual ante las arbitrariedades, desafueros o abusos de poder de la Administración, siendo así que en todo estado de derecho han de ser necesariamente, por imperativo de justicia, corregidos y subsanados, para lo que es indispensable un órgano que declare el abuso y la nulidad de la resolución con él pronunciada, a fin de abrir el camino a la subsanación del derecho particular violado: función que actualmente compete en nuestra patria a los Tribunales de lo Contencioso-administrativo; y, en su consecuencia, no puede ser estimada la excepción de incompetencia de jurisdicción en los terminos absolutos en que la ha propuesto el Fiscal » (*Aranzadi*, 1933, N° 3096).

<sup>2</sup> « Considerando: Que el concepto de actividades administrativas discrecionales tiende a restringirse por normas jurídico-políticas de orientación, que se enuncian en el artículo 101 de la Constitución de la República frente a excesos o desviaciones de poder; y aun cabe, en el actual estado legislativo, discriminarlas jurisdiccionalmente cuando la oportunidad en el hacer, no hacer o modo de hacer, se aparte de criterios finalistas y racionalizados, que dominan en todo caso el campo de la Administración, para decantarla de prácticas arbitrarias. »

<sup>3</sup> Cet article a déjà été cité à la note 1 de la page 611 du *Contre-Mémoire*. Cet article proclame comme étant fondamental le « droit à la sécurité juridique », et ajoute: « Tous les organes de l'Etat se conformeront à une hiérarchie de normes préétablies, qui ne pourront être interprétées ni modifiées arbitrairement. »

Malgré le glissement des thèses du Gouvernement belge vers l'hypothèse du « déni de justice global » (*supra*, N° 13) on ne saurait considérer comme non-écrites les parties du *Mémoire* où l'exigence d'informations quant à la structure du groupe, qui a porté l'I.E.M.E. à refuser le consentement au plan d'arrangement, est qualifiée de « absolument anormale pour une opération d'une portée aussi limitée », surtout alors qu'une autorisation du même ordre « était régulièrement accordée depuis des années pour le service des intérêts de ces mêmes obligations » (par. 57, p. 32). Au par. 359 du *Mémoire* (I) il est dit à propos des actes administratifs espagnols, parmi lesquels les actes de l'I.E.M.E., qu'il « est difficile d'imaginer discrimination plus éclatante, de la part des autorités administratives espagnoles, que celle qui résulta de la succession des faits rappelés ci-dessus ». Ce caractère prétendument arbitraire des actes administratifs aurait été, du point de vue du Gouvernement belge, encore accentué s'il avait été formé un recours préalable au Ministre, dont la *Réplique* s'obstine à souligner la « malveillance, s'il est permis d'employer cet euphémisme » (V, p. 627). Si ces affirmations du Gouvernement belge étaient vraies, il aurait lui-même démontré que le recours contentieux administratif était manifestement efficace.

47. Les autres arguments énoncés dans la *Réplique* devraient être déduits, selon le Gouvernement belge, des « raisons indiquées en ce qui concerne le recours hiérarchique et qui valent *mutatis mutandis* pour le recours contentieux-administratif » (p. 632). Il a été fait justice de ces arguments lors de l'examen de l'efficacité du recours hiérarchique; il n'est donc pas nécessaire d'y répondre une deuxième fois. Il convient seulement de remarquer que certains des arguments invoqués à propos du recours hiérarchique ne s'appliquent évidemment pas du tout au recours contentieux: tel est notamment le cas de l'argument tiré de l'attitude du Ministre<sup>1</sup>.

48. Une dernière observation s'impose.

Chaque fois qu'il lui est difficile de trouver un argument sérieux, la Partie adverse adopte l'attitude la plus naïve que l'on puisse imaginer et qui consiste à dire qu'à l'époque — qu'il s'agisse de 1946 ou de toute autre date, peu importe — « la *Barcelona Traction* et les sociétés intéressées ne disposaient pas d'éléments de preuve pour démontrer que les refus opposés à leurs demandes d'autorisation étaient 'arbitraires et constituaient un abus de pouvoir' » (*Réplique*, N° 872, p. 632). Ainsi qu'on le verra plus avant (*infra*, N°s 76 ss.), une attitude semblable est adoptée pour justifier la non-utilisation du recours en révision par le fait que ni *Barcelona Traction* ni ses acolytes n'auraient été en mesure, à l'époque, de prouver à la satisfaction des juges espagnols ces « manœuvres frauduleuses » qui constituent le fondement exigé par la loi pour une demande de révision. Or, l'insistance avec laquelle le Gouvernement belge croit devoir invoquer pareil argu-

<sup>1</sup> Aucun argument ne saurait être tiré, quant à l'efficacité du recours contentieux administratif, de sa rareté relative en matière de contrôle des changes. Ce n'est pas, en effet, la matière qui est importante aux fins de l'efficacité, mais les motifs qui peuvent être invoqués. A ce point de vue, le Gouvernement belge avance l'argument que le motif du détournement de pouvoir est en déclin (*Réplique*, p. 633). Même s'il en est ainsi, le principe du contrôle juridictionnel des actes administratifs arbitraires, tels les recours pour injustice manifeste ou pour contrariété au bon sens n'est, quant à lui, certes pas en déclin.

Quant au recours en matière de contrôle des changes, quelques cas de recours contentieux administratif ont été signalés au *Contre-mémoire* (p. 610). La rareté relative de ces cas correspond à la rareté des recours dans presque tous les systèmes juridiques où des recours existent en matière de contrôle des changes (HAMEL, BERTRAND et ROBLOT, *Le contrôle des changes. Ses répercussions sur les institutions juridiques*, Paris 1955, pp. 126, 139, 146, 151, 161, 167, 173, 194, 232 et ss., 250, 274, 310 respectivement pour ce qui concerne l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Chili, le Danemark, l'Égypte, la France, la Grèce, Israël, le Japon, la Suède. Seule la Suisse fait exception: p. 323). Pour ce qui est spécifiquement de la Belgique, selon l'*Institut belge de Droit comparé*, un seul recours a été présenté et il a été rejeté au fond.

ment a déjà été soulignée par le Gouvernement espagnol. On a notamment observé qu'elle dévoile toute la faiblesse des prétentions belges quant au fond de l'affaire: elle permet, en effet, de pressentir la difficulté qu'éprouve la Partie adverse à démontrer la gravité intrinsèque des faits dont elle veut prétendre qu'ils représentent les éléments constitutifs d'un déni de justice international.

Mais le Gouvernement espagnol ne saurait manquer de souligner les conséquences que pareille attitude de la Partie adverse comporte sur le plan de l'exception du non-épuisement des recours internes. A ce point de vue, le Gouvernement espagnol est en droit de s'élever, d'une façon très nette, contre l'affirmation réitérée selon laquelle *Barcelona Traction* et son groupe n'auraient pu disposer à l'époque des éléments de preuve requis pour pouvoir se prévaloir utilement de telle ou telle voie de recours. L'abus systématique d'affirmations pareilles n'aboutit pas seulement à l'une des nombreuses échappatoires imaginées par la Partie adverse pour se tirer d'embarras, faute d'arguments sérieux. Ce qui frappe dans une telle attitude, c'est qu'elle se traduit aussi, très simplement, par des affirmations que la Partie adverse avance sans tenir le moindre compte des données objectives de l'affaire.

Le Gouvernement espagnol tient donc, à cette occasion, à dévoiler, par un exemple qui a trait, précisément, aux recours administratifs, le simplisme de la thèse belge.

Ainsi qu'on l'a dûment exposé dans le chapitre pertinent de la *Duplique*, le refus opposé par l'I.E.M.E. aux demandes concernant les devises nécessaires pour l'exécution des plans d'arrangement a été clair et net. Sa raison d'être se résume, ainsi qu'il ressort sans équivoque des documents de l'époque, en très peu de mots: *pas de devises sans renseignements préalables sur la structure et le fonctionnement du groupe de Barcelona Traction*. Le Gouvernement belge prétend *aujourd'hui* que, face à des refus ainsi motivés, *Barcelona Traction* et les autres sociétés n'auraient pas été en mesure de prouver le caractère arbitraire et abusif de ces refus. Et pourtant, puisque l'I.E.M.E. avait expressément lié sa décision négative au défaut de soumission des renseignements requis, de deux choses l'une: ou bien l'I.E.M.E. avait le droit de motiver de cette manière son refus, ou bien elle n'en avait pas le droit. Dans la première hypothèse, la conduite de l'I.E.M.E. était irréprochable. Dans la deuxième, *Barcelona Traction* et les autres sociétés étaient parfaitement en mesure de prouver à l'époque que l'I.E.M.E. n'avait aucun droit de demander les renseignements requis. Les années qui se sont écoulées depuis lors n'ont certes pu fournir à *Barcelona Traction* et consorts la preuve dont elle n'aurait pu disposer alors, que l'I.E.M.E. avait commis un acte arbitraire et un abus de pouvoir en exigeant des renseignements sur la structure du groupe bénéficiaire du plan d'arrangement.

C'est vainement que le Gouvernement belge prétend que le caractère arbitraire des actes de l'I.E.M.E. ne serait apparu « en pleine lumière qu'ultérieurement » (*Réplique*, V, p. 632) et que la preuve en aurait été « quasi impossible » (p. 633). Cette attitude est en contradiction flagrante avec les passages du *Mémoire* et de la *Réplique* que l'on vient de citer *supra* (N° 46) et d'après lesquels la demande d'information de la part de l'I.E.M.E. est qualifiée d'« absolument anormale » et l'attitude adoptée par le Ministre de l'Industrie et du Commerce à l'égard des dirigeants de *Barcelona Traction* et consorts est décrite comme une « malveillance, s'il est permis d'employer cet euphémisme ».

L'exigence « absolument anormale » d'informations et la « malveillance » du Ministre, à les supposer réelles, ne pouvaient qu'apparaître telles à l'époque déjà. Si *Barcelona*

*Traction* et les autres sociétés ne s'en sont pas aperçues alors, il ne reste qu'à constater que les allégations du Gouvernement belge ne sont pas vraies et à en tirer les conséquences.

A vrai dire, ce que la Partie adverse aimerait faire oublier c'est que *Barcelona Traction* et son groupe se refusaient à soumettre des renseignements sur leur structure et leurs rapports réciproques. Ils avaient probablement raison, de leur point de vue, car ils avaient assurément beaucoup de choses à cacher. Mais cela n'empêche que, *du point de vue de la présente procédure internationale et de l'obligation d'épuiser les voies de recours internes*, ni *Barcelona Traction* ni ses acolytes ne pouvaient être justifiés à s'abstenir de tout recours contre les actes que l'on prétend maintenant incriminer.

## § 2: DÉFAUT D'OPPOSITION A LA DÉCLARATION DE FAILLITE

49. Le Gouvernement espagnol prend acte que le Gouvernement belge s'est résigné à traiter en premier lieu du recours d'opposition. Pour sa part, il a préféré examiner d'abord les recours administratifs qui, chronologiquement, précèdent la procédure de faillite et il se doit, en outre, de souligner encore une fois l'effort de la Partie adverse pour minimiser la question, pourtant fondamentale, de savoir si le jugement déclaratif de la faillite a été valablement attaqué par le failli lui-même. Dans l'impossibilité de contester le fait, qui est acquis à la procédure, que le délai de huit jours prévu par la loi s'est écoulé sans que *Barcelona Traction* ait fait opposition au jugement déclaratif de la faillite, le Gouvernement belge se met à discuter ou à soulever toute une série de questions sans intérêt du point de vue de l'exception, quitte à se débarrasser en quelques lignes du problème fondamental.

Dans ces conditions, le Gouvernement espagnol ne suivra pas le Gouvernement belge dans l'ordre tendancieux de sa présentation. Il estime préférable d'examiner dès l'abord le problème de l'échéance du délai d'opposition au jugement déclaratif de la faillite afin de mieux montrer le sens de la passivité de *Barcelona Traction* à ce moment crucial de la procédure interne.

Ensuite, le Gouvernement espagnol répondra aux divers arguments que la Partie adverse a développés pour détourner l'attention de la Cour du problème qui est au cœur même de l'exception.

### A. L'échéance du délai pour attaquer la déclaration de faillite et le sens de la passivité de la *Barcelona Traction*

50. Ainsi qu'on l'a montré dans le *Contre-mémoire* (IV, pp. 612-625), le droit espagnol ouvre au failli, d'après les articles 1028 et suivants du Code de commerce de 1829, la voie pour attaquer le jugement déclaratif de la faillite *dans les huit jours* qui suivent sa publication.

*Il est de fait que ce délai est échu le 24 février 1948, sans que Barcelona Traction ait fait aucun acte de procédure.*

51. Pour échapper aux conséquences de ce défaut du point de vue de l'exception dont il est question ici, le Gouvernement belge avançait, jusqu'au dépôt de sa *Réplique*, les arguments suivants:

- 1° le délai aurait dû être calculé à partir de la date de la *notification* du jugement déclaratif de la faillite et non pas de la date de sa *publication*;
- 2° la *publication* de ce jugement ayant été effectuée en Espagne et non pas au Canada, elle était irrégulière;
- 3° les juges espagnols n'avaient pas de compétence juridictionnelle en l'espèce;
- 4° en tout cas, la compétence juridictionnelle du juge de Reus avait été attaquée, ce qui aurait provoqué la suspension du délai d'opposition.

A ces quatre arguments, le Gouvernement espagnol a répondu, dans son *Contre-mémoire*, de la manière suivante:

- 1° d'après la loi et la jurisprudence espagnoles, le délai pour former opposition découle de la date de la *publication* et non pas de la date de la *notification*, formalité qui n'est d'ailleurs pas obligatoire dans le cas des jugements de faillite (pp. 346 et 614);
- 2° en application du principe de la territorialité des lois en matière de procédure de faillite, aussi bien qu'en raison de la nature intrinsèque de la publication comme moyen de publicité des actes judiciaires, la publication du jugement de Reus devait se faire en Espagne et en Espagne seulement;
- 3° la compétence juridictionnelle des juges espagnols ne saurait être sérieusement contestée en l'espèce, d'autant plus que *Barcelona Traction* avait tous ses biens en Espagne et qu'au surplus elle y avait exercé son activité commerciale;
- 4° la compétence juridictionnelle espagnole n'était l'objet d'aucun recours au moment de l'expiration du délai prévu pour former opposition au jugement déclaratif de la faillite.

52. La première observation qui s'impose aujourd'hui à la lecture de la partie de la *Réplique* consacrée à l'exception, est que le Gouvernement belge ne retient, parmi les quatre arguments qu'il avançait auparavant et que l'on vient de résumer, que celui qui a trait à la prétendue irrégularité de la publication du jugement déclaratif de la faillite (*Réplique*, V, N° 826, p. 601).

Il s'ensuit, quant aux autres trois arguments, quoique deux d'entre eux soient développés dans d'autres parties de la *Réplique* (le quatrième étant abandonné car il était du reste contredit par les faits mêmes), que le Gouvernement espagnol doit évidemment prendre acte que la Partie adverse paraît avoir renoncé à les opposer à l'exception. Il va de soi que le Gouvernement espagnol confirme ici, pour autant que de besoin, les réponses qu'il vient de donner dans la présente *Duplique* en ce qui concerne la méconnaissance de la compétence juridictionnelle des juges espagnols en l'espèce aussi bien que les élucubrations auxquelles la Partie adverse s'est livrée pour justifier sa prétention passée de rattacher le délai d'opposition à la date de la notification et non pas à celle de la publication des jugements de faillite (*supra*, Partie II, Ch. III, Sect. I, et Sect. II, § 3, C).

53. A l'argument tiré de la prétendue irrégularité de la publication du jugement déclaratif de la faillite, il a été aussi répondu dans la présente *Duplique*. Puisque cet argument relève désormais du fond de l'affaire, c'est donc dans ce cadre qu'il a été réfuté dans les détails. On a vu notamment, à cet égard, que le Gouvernement belge a prétendu

trouver dans deux faillites espagnoles concernant des sociétés belges la « preuve décisive » à l'appui de sa thèse. Mais on a également vu que ces deux précédents, loin de confirmer l'argument de la Partie adverse, montrent plutôt l'impossibilité d'exiger, de la part d'autorités étrangères, cet acte d'*imperium* qu'est la publication d'un jugement dans les journaux officiels. Mais, à son tour, une telle constatation confirme, de la façon la plus nette, la validité de la thèse espagnole de la territorialité des dispositions légales concernant la publication des actes judiciaires, thèse qui est aussi confirmée par les autres arguments qui ont été développés (*supra*, Partie II, Ch. III, Sect. II, § 3, C).

Dans ces conditions, la réponse du Gouvernement espagnol aux allégations de la *Réplique* en ce qui concerne cette exception pourrait bien se terminer ici. Car, dès lors que l'on a constaté que le seul argument invoqué dans la *Réplique* a été réfuté en tous points, le défaut d'opposition de *Barcelona Traction* au jugement de faillite doit être considéré comme acquis, vu que sans la moindre justification, la société a laissé échoir le délai utile pour se prévaloir de ce moyen de recours.

Cependant, il ne sera pas du tout superflu d'examiner sous un autre aspect la position de la Partie adverse, lorsqu'elle essaie de justifier la passivité de *Barcelona Traction*. Après tout, il est difficile d'imaginer — et on n'a pas manqué de le souligner<sup>1</sup> — qu'en présence d'une déclaration de faillite le failli lui-même ne réagisse pas, laissant écouler les délais utiles.

54. Dans son chapitre introductif destiné à créer l'« atmosphère » du procès devant la Cour, la *Réplique* belge reproche au juge de Reus d'avoir motivé la publication en Espagne de son jugement par le fait que le domicile de *Barcelona Traction* était inconnu. Pour le Gouvernement belge, ce motif apparaît, bien entendu, comme une « cynique contrevérité ». Cependant, le passage qui suit est fort intéressant, car l'on pourrait être tenté d'y voir une explication à l'attitude passive de *Barcelona Traction* à l'égard du jugement de faillite :

« Le but poursuivi était évident: sachant qu'il était matériellement impossible à cette société canadienne, dépourvue de tout représentant en Espagne, de présenter son recours d'opposition dans les huit jours suivant la publication du jugement de faillite à Barcelone (14 février 1948), le juge voulait se réserver la possibilité de rejeter ce recours, au prétexte de tardiveté, sans avoir à l'examiner au fond » (*Réplique*, N° 29, p. 19).

En s'en tenant à ce seul exposé, l'on se serait attendu à ce que la suite de la *Réplique* prétende que, grâce aux noirs desseins du juge de Reus, agissant sur l'instigation de M. March, cette pauvre victime qu'était *Barcelona Traction* avait été mise dans l'impossibilité matérielle de former son recours en opposition. Après tout, le passage de la *Réplique* mentionné ci-dessus fait précisément allusion à une telle « impossibilité matérielle ».

Or, pareille thèse, bien qu'elle semble amorcée dans le chapitre introductif de la *Réplique*, n'est aucunement reprise ni développée par la suite. La thèse que l'on invoque est tout à fait différente. L'explication que l'on donne de la passivité de *Barcelona Traction*

<sup>1</sup> Il a été plaidé du côté espagnol au cours de la procédure orale que: « le simple bon sens... indique à lui seul que, pour apprécier si des recours ont été ou non formés contre une décision déclarative de faillite, c'est bien le recours en opposition ouvert au failli qu'il faut prendre en considération à titre à la fois préalable et déterminant. Voilà l'importance de l'appréciation de la conduite du failli. Et une négligence quelconque à cet égard a une valeur fondamentale, car aucune situation ne saurait être plus surprenante que celle-ci: en présence d'une déclaration de faillite, le failli ne s'oppose pas » (*Procédure orale*, III, p. 795).



dans les huit jours qui suivirent la déclaration de faillite est encore plus désinvolte. Elle peut se résumer par le passage suivant, qui figure dans la partie consacrée à l'exception :

« La publication de la faillite n'ayant pas été faite *légalement*, cette société [*Barcelona Traction*] n'avait *légalement* aucune obligation d'être présente à la procédure à un moment plutôt qu'à un autre » (*Réplique*, V, N° 828, p. 602).

55. Il est aisé de comprendre pourquoi la thèse de l'« impossibilité matérielle » de l'introduction du recours n'est aucunement reprise. Elle se heurterait, de la façon la plus nette, à ce que le Gouvernement belge a fait plaider par l'un de ses conseils, dont on peut retenir ici les termes suivants :

« Il n'est jamais entré dans la pensée du Gouvernement belge de soutenir... que la société n'aurait pu faire opposition dans les huit jours qui ont suivi la publication de la décision déclarant la faillite » (*Procédure orale*, III, p. 627).

Ce qui, du reste, correspond à l'affirmation du *Mémoire*, selon laquelle *Barcelona Traction* s'était « abstenue » au cours des premiers mois de se présenter à la procédure, car, en l'absence de publication régulière,

« elle avait, en vertu des lois espagnoles relatives à la procédure [*lesquelles?*], toute liberté de surseoir à présenter une opposition » (*Mémoire*, I, N° 147, p. 70).

Force est donc de constater, encore une fois, que l'allusion à une prétendue « impossibilité matérielle » de former opposition dans les délais est contredite par la thèse du « bon droit » (*Procédure orale*, III, p. 627) de *Barcelona Traction* à différer son intervention. Une telle allusion n'a, dès lors, d'autre but que d'insinuer, d'une quelconque façon, l'idée d'un refus d'audience, alors qu'en réalité c'est *Barcelona Traction* qui s'est refusée à solliciter l'audience.

56. Il y a, à vrai dire, un petit passage de la *Réplique* où l'on prétend soutenir que :

« il demeure que la publication irrégulière du jugement de faillite fut *conçue* et *utilisée* aux fins de faire obstacle à l'opposition » (*Réplique*, N° 510, p. 364)<sup>1</sup>.

Mais, même cette nouvelle insinuation ne porte pas. Le Gouvernement espagnol a montré que la publication a été ordonnée conformément à la loi et non pas « conçue » en vue d'un but quelconque. Mais c'est, au surplus, une contrevérité que de prétendre que cette publication a été « utilisée » pour empêcher l'opposition de *Barcelona Traction*, alors que cette même société a, *de sa libre volonté*, différé son intervention bien qu'il lui était possible de former un recours en temps utile.

57. Pour sa part, le Gouvernement espagnol a fermement établi — ce qui a forcé la Partie adverse à reprendre sa position antérieure — que *Barcelona Traction* avait eu connaissance de sa déclaration de faillite le lendemain même du jugement de Reus. La démonstration en a été faite déjà dans les *Exceptions préliminaires* (I, pp. 248 et ss.); elle a été reprise dans les discussions orales (*Procédure orale*, II, p. 293) et confirmée dans le *Contre-mémoire* (pp. 331 et ss. et *Annexe* N° 81 du Chapitre III). La présente *Duplicque* revient à son tour sur la question pour y mettre le point final (*supra*, Partie II, Ch. III, Sect. II, § 3, C).

Le Gouvernement belge n'ose pas contester cette donnée de fait. Il semble cependant qu'un argument fort naïf soit timidement avancé pour dissiper l'impression que ne pour-

<sup>1</sup> Les italiques ont été ajoutés.

rait manquer de produire le fait que *Barcelona Traction* ait eu connaissance du jugement de faillite dès le lendemain. La Partie adverse reproche au Gouvernement espagnol d'enfoncer des portes ouvertes lorsque celui-ci démontre

« que les dirigeants de la *Barcelona Traction* eurent connaissance très rapidement de l'existence du jugement de faillite (mais non de son contenu) » (*Réplique*, N° 510, p. 364).

Ainsi une distinction est suggérée entre l'« existence » du jugement de faillite, dont l'ignorance n'est guère invoquée, et son « contenu », dont l'ignorance semble pourtant avoir une certaine importance aux yeux du Gouvernement belge. Bien entendu, le Gouvernement espagnol a montré que les dirigeants de *Barcelona Traction* eurent connaissance de l'« existence » aussi bien que du « contenu » du jugement de Reus dès le lendemain de son prononcé. Mais, même en faisant abstraction de cette démonstration, comment peut-on attacher à la prétendue ignorance du contenu du jugement de faillite — à la supposer établie, ce qui est loin de l'être — une quelconque importance du point de vue de l'appréciation de la passivité de *Barcelona Traction* ?

Si l'on prétend, par une telle affirmation, que l'examen du texte du jugement était indispensable pour former opposition, il y a lieu alors de penser que la situation était la même, exactement la même, à la date du 18 juin 1948, lorsque *Barcelona Traction* se décida finalement à comparaître. A ce propos, le Gouvernement belge fait remarquer, relativement à l'écrit de *Barcelona Traction* du 18 juin, que la société n'avait pas encore eu connaissance du texte intégral du jugement de faillite (*Réplique*, N° 825, p. 600). Et pourtant, l'écrit du 18 juin est bien qualifié d'« opposition » par la Partie adverse.

La Partie adverse admet ainsi elle-même que la connaissance du « contenu » du jugement de faillite n'était pas nécessaire aux fins de l'écrit du 18 juin; il faut donc en conclure, pour éviter les contradictions, que cette connaissance du « contenu » du jugement de Reus n'était pas indispensable non plus pour former opposition dans le délai de huit jours après la déclaration de faillite.

58. Une telle constatation est absolument décisive pour exclure que l'on puisse, en aucune manière, justifier le retard dans l'intervention à la procédure par l'ignorance du contenu du jugement de faillite. Tout failli, vraiment soucieux de ses propres intérêts et qui, *surtout*, n'a rien à cacher aux autorités, ne perd normalement pas un seul moment pour former opposition. Après tout, le jugement de faillite présuppose en Espagne, à l'égard du failli, la constatation pure et simple d'un état de cessation des paiements. Il s'ensuit que le failli normal, qui ne connaît que l'annonce du fait de sa déclaration de faillite, car seule la *publication* du jugement est exigée par la loi alors que sa *notification* est facultative, n'a qu'à démontrer le défaut de cessation des paiements pour que réussisse son recours en opposition.

La seule raison que, dans ces conditions, un failli normal pourrait avoir pour renoncer à former utilement son recours serait la reconnaissance du bien-fondé du jugement de faillite.

Si telle a vraiment été, en fin de compte, l'opinion de *Barcelona Traction* lors de sa mise en faillite, le Gouvernement espagnol n'a certes plus rien à ajouter.

59. La Partie adverse repoussera pareille hypothèse avec indignation. Et pour cause. Car cette hypothèse énonce la raison pour laquelle un failli normal renoncerait à présenter son recours dans les délais utiles.

*Mais Barcelona Traction n'était pas un failli normal.*

*Barcelona Traction* ne se manifeste pas le lendemain de sa mise en faillite. Elle lance à l'attaque certaines de ses filiales parce qu'elle a de bonnes raisons pour ne pas dévoiler, devant les autorités espagnoles, les liens entre les membres de son groupe que, pendant de longues années, elle s'était évertuée à cacher. Ces recours des filiales ont été, au début, la grande découverte du Gouvernement belge qui prétendait y voir une sorte d'opposition remplaçant celle que le failli aurait dû faire. Le Gouvernement belge en est arrivé à faire plaider

« que le recours des sociétés auxiliaires... a pris le 23 février, puis sept jours après, la forme d'une opposition » (*Procédure orale*, III, p. 625).

Le Gouvernement espagnol a montré la fausseté d'une telle affirmation, en fait aussi bien qu'en droit (*Contre-mémoire*, IV, pp. 332 et ss.)<sup>1</sup>. Après cela, le Gouvernement belge est beaucoup plus prudent dans sa *Réplique*, où il semble se borner à qualifier les recours en question de recours en *reconsidération* (*rectius*: rétraction) du jugement de faillite et non plus de véritables oppositions (*Réplique*, V, N° 131, pp. 75-76; N° 648, p. 482). On se bornera ici à en prendre acte.

60. Ce qui est beaucoup plus intéressant dans les recours que *Barcelona Traction* fit présenter par ses filiales pour rester elle-même à l'arrière-garde, c'est la tentative, froidement admise par la Partie adverse, d'obtenir par ce moyen la « stérilisation » de la déclaration de faillite.

On a vu dans la *Procédure orale* (III, pp. 808 et ss.) aussi bien que dans le *Contre-Mémoire* (pp. 339 et ss.; p. 632), que le but d'une telle tentative était de circonscrire les effets de la déclaration de faillite à *Barcelona Traction*, c'est-à-dire à la société-mère, de façon à laisser aux dirigeants de cette société le contrôle des sociétés filiales et la jouissance de leur revenu. En rendant la faillite platonique et en conservant l'intégrité de l'écran, si commode, des sociétés filiales, *Barcelona Traction* pouvait finalement trouver dans l'acte de Reus une issue possible à ses difficultés, qui, de plus, ne la gênait aucunement et qui pouvait convenablement être exploitée au détriment, bien entendu, des créanciers de la société.

61. Un tel dessein n'était pas seulement moralement inadmissible: il devait se heurter à deux obstacles infranchissables.

D'abord, il y a lieu de retenir qu'en suscitant les recours des filiales, *Barcelona Traction* oubliait qu'elle *devait* nécessairement en perdre le contrôle, précisément parce que le

<sup>1</sup> Le recours-type est celui de *Ebro*. Celle-ci demande, le 16 février, la rétractation du jugement de Reus pour la seule partie concernant la saisie de ses biens. Ensuite, le 23 février, elle donna à ce recours la forme d'une opposition au jugement de faillite, mais toujours pour la partie qui l'affectait. Le Gouvernement espagnol a montré, pour autant que de besoin, que l'opposition au jugement de faillite ne peut être formée, d'après le texte très clair de l'art. 1028 du Code de commerce de 1829, que par le failli lui-même. Par conséquent, la demande des sociétés filiales ne peut aucunement être assimilée au moyen de recours qui est réservé au failli et au failli seulement.

Du reste, aucune des allégations sur lesquelles *Barcelona Traction* fondera ensuite ses demandes après l'échéance de tout délai utile pour introduire l'opposition, ne figure dans les recours des sociétés filiales. Tel est le cas, par exemple, des allégations concernant la compétence juridictionnelle, le défaut de publication du jugement de faillite au Canada, le défaut de qualité des demandeurs à la faillite à raison de la « *no action clause* », etc.

failli, c'est-à-dire elle-même, n'avait pas formé opposition contre la déclaration de faillite. Et l'exécution du jugement de faillite, non attaqué, ne pouvait pas ne pas entraîner la perte du contrôle des sociétés filiales, qui étaient la propriété de la société-mère, dûment déclarée en faillite.

Au surplus, *Barcelona Traction* ne pouvait s'illusionner quant à la portée des recours des filiales et surtout quant à l'impossibilité d'assimiler ces recours à l'opposition qu'elle-même avait omis de faire. Le juge de Reus avait clairement fait état de ce que sa propre loi lui interdisait d'admettre pareil artifice, *et ce, même avant l'expiration du délai de huit jours suivant la publication du jugement de faillite*. L'on peut lire, en effet, dans l'ordonnance du 18 février, que le recours en rétractation formé par *Ebro* était irrecevable parce que :

« *Ebro* n'a pas qualité pour former ce recours contre le jugement du 12 février, car ce droit est reconnu au seul failli, suivant l'article 1326 du Code de procédure civile » (*Contre-mémoire*, p. 334)<sup>1</sup>.

Cette circonstance n'avait certes pas échappé aux dirigeants de *Barcelona Traction*, car le rapport du Conseil d'administration de *Sidro* pour le 25<sup>e</sup> exercice (1947-1948), établi à l'intention de l'Assemblée générale des actionnaires du mardi 5 octobre 1948 en fait état dans les termes suivants :

« Les recours immédiatement introduits par les sociétés filiales contre la saisie dont elles étaient l'objet, furent déclarés non recevables par le juge de Reus, pour la raison que la société en faillite — la *Barcelona Traction* — avait seule qualité pour intervenir » (p. 4).

A la date critique, *Barcelona Traction* connaissait donc parfaitement l'opinion du juge quant au seul sujet habilité par la loi à faire opposition à la déclaration de faillite.

Et pourtant elle maintint son attitude passive, avec une persévérance vraiment digne d'une meilleure cause.

#### B. La nature de l'écrit de *Barcelona Traction* du 18 juin 1948

62. La sous-section que la *Réplique* consacre à la question du défaut d'opposition au jugement déclaratif de la faillite de *Barcelona Traction*, débute par deux paragraphes tendant à démontrer que l'acte de procédure soumis par *Barcelona Traction* au juge spécial de la faillite le 18 juin 1948 constituait une véritable opposition (*Réplique*, N<sup>os</sup> 824-825, pp. 599-600).

La première observation qui s'impose à cet égard est très simple. Il n'est pas contesté entre les Parties que l'acte du 18 juin 1948 ait constitué le premier acte de procédure accompli par *Barcelona Traction* à l'occasion de sa mise en faillite. Mais il suffit, dès lors, de rappeler qu'en droit espagnol le jugement déclaratif de la faillite doit être attaqué par la voie de l'opposition dans les huit jours qui suivent sa publication et qu'en l'espèce ce délai était échu le 28 février 1948, donc bien avant que *Barcelona Traction* ait fait son premier acte de procédure. Dans ces conditions, toute argumentation quant à la véritable portée de l'acte du 18 juin 1948 relève des discussions byzantines.

L'on comprend fort bien, toutefois, pourquoi la Partie adverse affecte d'attacher un si grand intérêt à l'acte de *Barcelona Traction* du 18 juin 1948. Le Gouvernement belge ne

<sup>1</sup> Les italiques ont été ajoutées.

peut pas ignorer combien est faible la position d'une société déclarée en faillite qui ne prend pas la peine d'attaquer *sans le moindre retard* le jugement par lequel la procédure de faillite a été ouverte. Partant, même une « opposition » introduite au-delà de tout délai utile pourrait aider, aux yeux de la Partie adverse, à essayer de dissiper l'impression pénible qui découle de l'inaction de *Barcelona Traction*.

63. Pour se rendre compte de la faiblesse intrinsèque d'une telle prétention, il convient de résumer l'état de la question.

Le *Contre-Mémoire* espagnol a dûment exposé que *Barcelona Traction* a comparu pour la première fois dans sa procédure de faillite,

« en présentant un acte dans lequel, à titre de conclusion principale, elle demandait à être considérée comme ayant comparu et comme étant partie et sollicitait en outre que le jugement de faillite lui fût signifié. Ses conclusions se fondaient sur le fait qu'elle ne savait pas s'il était exact qu'elle eût été déclarée en faillite, car on ne lui avait pas encore signifié le jugement, et elle ajoutait dans une conclusion accessoire (*otrosti*) que 'd'ores et déjà' elle demanderait 'au moment opportun' la rétractation de ladite déclaration de faillite'. Cela signifiait que, lorsque le jugement lui serait signifié, et dans les huit jours suivant la signification, elle formerait l'opposition qu'elle annonçait dans ces conclusions. La société faillie voulait ainsi obtenir illégalement la 'résurrection' du délai expiré, sachant parfaitement que son droit était caduc » (*Contre-mémoire*, IV, p. 354).

Ainsi, le Gouvernement espagnol tirait au clair le véritable mobile qui avait poussé *Barcelona Traction* à introduire un acte assorti de pareilles nuances et subtilités. Mais le Gouvernement espagnol ne manqua pas d'en déduire aussi les conséquences essentielles :

« Il n'y eut donc pas d'opposition effective de *Barcelona Traction*, mais seulement une annonce d'opposition. Mais qu'il se soit agi d'une annonce pure et simple, d'une opposition formelle ou d'une annonce pouvant être interprétée comme une opposition, ce qui est certain, c'est que dans tous les cas, l'opposition était irrecevable parce que formée après l'expiration du délai » (*Contre-mémoire*, p. 354).

64. Le Gouvernement belge, tout naturellement, soutient que l'écrit du 18 juin 1948 aurait constitué une véritable opposition, et ce en formulant les arguments suivants :

1° le droit espagnol « permet de se borner tout d'abord à présenter, en comparaisant à la procédure, l'opposition à la faillite, puis d'en développer ultérieurement les motifs » (*Réplique*, V, N° 825, p. 600);

2° en tout cas, le juge spécial de la faillite, dans sa décision du 7 juin 1963, aurait rejeté la demande de *Barcelona Traction* « parce qu'elle était tardive... et non parce qu'elle n'aurait pas constitué une véritable opposition » (*Réplique*, N° 824, p. 600).

65. En ce qui concerne le premier point, il suffit de remarquer que la Partie adverse se méprend sur la portée de l'article 1326 du Code de procédure civile. D'après cette disposition, le failli a certes le droit de « développer ultérieurement les fondements de son opposition », mais une telle faculté suppose précisément qu'il ait introduit auparavant une véritable opposition, ce qui signifie une opposition formulée dans des termes clairs et nets et non pas un document rédigé dans les termes équivoques et sibyllins de l'acte du 18 juin 1948. En d'autres mots, l'article précité vise le *développement des motifs* de l'opposition, ce qui implique qu'un tel *développement* doit être nécessairement précédé d'une opposition véritable, motivée et, de toute évidence, introduite dans les délais utiles.

66. Quant à la décision du juge spécial du 7 juin 1963, celle-ci n'a aucunement la portée que la Partie adverse prétend lui attribuer.

Ainsi qu'on a vu, l'acte de *Barcelona Traction* du 18 juin 1948 contenait deux demandes. La demande principale tendait à ce que *Barcelona Traction* fût considérée comme ayant comparu à la procédure et à ce que le jugement de faillite lui fût signifié (*Contre-mémoire*, p. 354). Une conclusion accessoire (*otrosí*) visait, d'après la Partie adverse, la prétendue opposition. Mais, en réalité, elle se bornait à faire remarquer que « d'ores et déjà » mais « au moment opportun », la société « demandera » « la rétractation [reposición] de ladite déclaration de faillite » (*Contre-mémoire, loc. cit.*).

En statuant sur ces conclusions, le juge spécial de la faillite (*Contre-mémoire*, Ch. III, Annexe N° 196) a pris essentiellement en considération la demande principale et notamment la partie concernant la signification du jugement déclaratif de la faillite, en lui consacrant cinq des six considérants de sa décision. Le juge spécial rejeta ainsi formellement la demande de signification du jugement de faillite en soulignant tout particulièrement que ce jugement avait été l'objet de la publicité prévue par la loi, et ce du fait de sa publication. Après quoi, le juge spécial soulignait que, la publication ayant été régulière, la déclaration de faillite aurait dû être attaquée dans les huit jours; il déclara, d'autre part, qu'il n'y avait pas lieu, « non plus », de déclarer recevable ni de donner suite « à l'opposition formulée par ladite société contre le jugement déclaratif de faillite » (*loc. cit.*). Mais, de toute évidence, le juge espagnol — ainsi que le dernier considérant de sa décision le montre assez clairement — s'est borné à prendre en considération la tardiveté de l'acte et à en tirer les conséquences négatives quant à sa recevabilité, sans avoir eu besoin de se prononcer sur son fondement et, par conséquent, sur sa véritable qualification.

67. Du reste, et à supposer exactes certaines affirmations de la Partie adverse, si le juge spécial s'était penché sur le contenu de cette prétendue « opposition », comment aurait-il pu y trouver les éléments d'une opposition véritable?

D'après le système suggéré par la Partie adverse elle-même, *Barcelona Traction* aurait déclaré, le 18 juin 1948, s'opposer à la déclaration de faillite, en se réservant de développer ultérieurement les motifs de son opposition. Si la *Réplique* (N° 825, p. 600) souligne qu'il était loisible à *Barcelona Traction* de se livrer ultérieurement à ce développement, cela implique nécessairement qu'un tel développement ultérieur s'imposait. Et pourtant, aucun acte complémentaire ne fut produit. La Partie adverse ne saurait invoquer à cet effet celui du 3 septembre 1948 (*Réplique*, p. 600, note 1), car il se borne à une simple confirmation de l'opposition que la société prétendait avoir introduite le 18 juin (*Mémoire*, 1962, Annexe N° 135), sans y ajouter le moindre argument, et sans le moindre « développement ». Dans ces conditions, la Partie adverse aura beau affirmer que *Barcelona Traction* ne pouvait pas « développer » sa prétendue opposition sans que le jugement de faillite lui fût signifié. Car, toute réserve faite à l'égard de la valeur d'une telle affirmation, une chose est absolument certaine, à savoir que les « fondements » de la prétendue opposition n'ont jamais été « développés ».

Il s'ensuit que le juge spécial, lorsqu'il statua le 7 juin 1963 sur l'écrit de *Barcelona Traction*, n'était pas en présence d'une véritable opposition. Voilà la conséquence nécessaire du système imaginé par la Partie adverse afin de présenter, même au-delà de tout délai utile, une « opposition » de *Barcelona Traction* au jugement qui déclara sa faillite.

C. *La demande incidente en nullité de Barcelona Traction et la tentative de diversion du Gouvernement belge*

68. Le Gouvernement espagnol a examiné lors de l'exposé concernant le fond de l'affaire dans le *Contre-mémoire* (IV, p. 355 et annexes y mentionnées) la demande incidente de nullité introduite par *Barcelona Traction* dans sa pièce de procédure du 5 juillet 1948 et développée dans celle du 31 juillet de la même année.

Ainsi qu'on l'a vu (*Contre-mémoire, loc. cit.*), cette demande était affectée de vices qui entraînaient sa nullité. Au surplus, elle était irrecevable,

« car c'est un principe fondamental qu'un recours extraordinaire comme le recours en nullité n'est recevable que si le recourant a préalablement épuisé les recours ordinaires » (*Contre-mémoire, loc. cit.*).

69. Dans sa *Réplique*, le Gouvernement belge reprend la question dans le cadre de l'exception (V, Nos 827 à 831, pp. 601-603) pour soutenir que

- 1) La demande de nullité constituait un recours à la fois nécessaire et adéquat;
- 2) La même demande était recevable alors que *Barcelona Traction* n'avait pas intenté le recours en opposition dans les délais légaux parce qu'« à bon droit » elle n'était pas « partie à la procédure de faillite »;
- 3) Dès lors, il serait inutile de discuter le point de savoir lequel d'entre l'opposition et la demande en nullité était un recours adéquat à titre principal.

Ce raisonnement, qui adopte comme prémisse une véritable déformation des arguments du Gouvernement espagnol, porte entièrement à faux, et la thèse développée par la Partie adverse sur ce point ne constitue qu'une tentative de diversion pour détourner l'attention de la Cour de la passivité de *Barcelona Traction* en ce qui concerne l'utilisation du recours en opposition.

70. Le Gouvernement espagnol n'a jamais soutenu que la demande en nullité ne constituerait pas, en soi, un remède adéquat pour attaquer les vices de forme d'une procédure.

Ce que le Gouvernement espagnol a soutenu et continue à soutenir, c'est que la demande en nullité était, *en l'espèce*, nulle aussi bien qu'irrecevable pour défaut d'épuisement préalable des recours ordinaires ouverts au plaideur, c'est-à-dire, à *Barcelona Traction*. Si cette société avait au préalable vainement épuisé un recours en opposition dûment introduit dans les délais légaux, elle aurait certes pu se prévaloir d'une demande en nullité, pourvu que la demande n'ait pas été affectée par les vices qui ont entaché celle qui a été formulée en l'espèce.

Bien entendu, le Gouvernement espagnol, en réaffirmant en tous points ses arguments tirés des vices et de l'irrecevabilité de la demande en nullité introduite par *Barcelona Traction* en 1948, ne renonce aucunement à faire état, surabondamment, du *non-épuisement* du moyen de recours en question. Il est de fait que l'incident de nullité a été tranché par la décision rendue le 8 juin 1963 par le juge spécial de la faillite qui a motivé sur la base des mêmes arguments que l'on vient de rappeler ici. Mais il est aussi de fait que cette dernière décision n'a pas été attaquée par *Barcelona Traction*, alors qu'un recours à la Cour d'appel aurait pu être introduit. Dès lors, le Gouvernement espagnol est pleinement en droit d'affirmer que, même en supposant exactes les thèses de la Partie adverse quant à la rece-

vabilité et au bien-fondé de la demande en nullité, ce moyen de recours n'a pas été exploité ainsi que l'exige la règle de l'épuisement des recours internes.

71. Cela dit, il est également certain qu'en l'espèce *Barcelona Traction* n'avait pas le moindre espoir d'écarter la conclusion résultant du défaut d'épuisement de l'opposition. Ainsi que la Partie adverse le fait remarquer elle-même, il est

« tout à fait normal qu'il ne soit pas permis à une partie de présenter, sous la forme d'un incident de nullité, des moyens qu'elle aurait dû faire valoir dans des recours ordinaires qui lui étaient accessibles mais qu'elle n'a pas utilisés dans les délais fixés par la loi » (*Réplique*, N° 828, p. 601).

Mais la Partie adverse souligne, et pour cause, les mots « une partie » pour en déduire que cette règle ne s'appliquerait pas lorsque l'intéressé n'aurait pu tenter les recours ordinaires dans les délais parce qu'« à bon droit il n'était pas partie à la procédure avant que ces délais n'expirent » (*Réplique*, N° 828, pp. 601-602)<sup>1</sup>. Or, ce raisonnement contient une double erreur. D'abord, ce n'est pas exact que d'affirmer que lorsque l'intéressé n'est pas partie à une procédure quelconque, il lui est toujours loisible de se prévaloir de la demande de nullité. Ce qu'il faut d'abord vérifier en pareil cas, c'est si l'intéressé n'était pas partie à la procédure parce qu'il n'avait pas le moyen, sur le plan judiciaire, d'y intervenir, ou bien si l'intéressé n'était pas partie à la procédure parce qu'il avait omis d'y intervenir bien qu'il eût à sa disposition le moyen de le faire en temps utile. Dans la deuxième hypothèse la demande de nullité est irrecevable, parce que l'intéressé aurait dû exercer préalablement les moyens de recours qu'il aurait pu former s'il avait comparu à la procédure, ainsi qu'il pouvait le faire.

En effet — et c'est là la deuxième erreur —, ce que la jurisprudence espagnole exige afin d'admettre la demande de nullité, c'est le fait que les recours ordinaires ouverts à l'intéressé aient été vainement épuisés par lui. Ce qui, à son tour, présuppose l'absence d'omissions de la part de l'intéressé qui est censé devoir épuiser les recours ordinaires qui lui sont ouverts. Ainsi s'exprime la Cour Suprême à cet égard :

« Le recours en annulation d'actes judiciaires, en tant que recours extraordinaire, n'est ouvert que quand les recours ordinaires ont été épuisés sans succès et lorsqu'il ne reste aucun autre moyen d'obtenir réparation »<sup>2</sup>. (Décision du 6 juillet 1915, *Col. L.*, T. 196, N° 127, p. 597).

Or, c'est une telle condition qui n'est pas réalisée en l'espèce. Si — ainsi que le souligne la Partie adverse elle-même — la demande de nullité fut introduite par *Barcelona Traction* lorsque :

« les délais fixés par la loi pour tenter les recours ordinaires contre ces décisions illégales étaient expirés depuis longtemps » (*Réplique*, N° 828, p. 602),

*Barcelona Traction* n'avait à se plaindre qu'avec elle-même. Car c'était elle-même qui, délibérément, s'était abstenue de se présenter à la procédure dans les délais légaux alors que rien n'avait pu l'empêcher de le faire.

Décidément, la Partie adverse perd un peu trop de vue le fait que personne n'aurait pu empêcher *Barcelona Traction* de comparaître immédiatement dans une procédure de faillite ouverte par un jugement qui était connu d'elle dès le lendemain!<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Souligné dans la *Réplique*.

<sup>2</sup> « El recurso de nulidad de actuaciones, como extraordinario que es, sólo cabe cuando se han agotado sin éxito los ordinarios y no queda otro medio para obtener la reparación. »

<sup>3</sup> Le Gouvernement belge reproche au Gouvernement espagnol d'avoir reproduit d'une façon incomplète un passage d'une œuvre du professeur Guasp (*Réplique*, N° 827, p. 601). Il s'agit du passage



72. Finalement, la Partie adverse prétend qu'il serait « académique » de « dissenter » du point de savoir, le recours d'opposition et la demande de nullité étant tous les deux des recours adéquats, lequel d'entre eux le serait à titre principal.

La réponse du Gouvernement espagnol est très simple. La demande de nullité est un recours adéquat en soi, mais elle n'est recevable que si les recours ordinaires — et l'opposition rentre dans cette catégorie — ont été épuisés par l'intéressé. Dès lors, la *prétention du Gouvernement belge de qualifier ce point d'académique n'est qu'un moyen qu'il a cru découvrir pour se débarrasser d'un argument assez gênant pour lui.*

73. Avant de terminer son exposé à propos de cette diversion qu'a tentée le Gouvernement belge, le Gouvernement espagnol se doit de souligner une incongruité, dans les arguments de la Partie adverse, qui n'est pas sans importance.

A s'en tenir aux explications du Gouvernement belge, le véritable mobile de l'incident de nullité était

\* que *Barcelona Traction* se rendit compte que seule une demande incidente de nullité, dirigée contre l'ordonnance du 31 mars 1948 et celles qui l'avaient précédée ou suivie, pourrait empêcher que son recours fondamental reste indéfiniment bloqué» (*Réplique*, V, N° 829, pp. 602 et ss.).

Il est cependant inexact d'affirmer que la demande de nullité fut introduite contre l'ordonnance susmentionnée. En réalité, elle fut formulée contre le jugement déclaratif de la faillite et, « en vrac », contre toute la procédure successive. Cependant, ce qu'il faut plutôt souligner ici, c'est que, d'après la Partie adverse, la demande de nullité aurait dû être un moyen pour remédier à la soi-disant paralysie des recours. Dans ces conditions, l'on est en droit de reprocher à *Barcelona Traction* d'avoir essayé de détourner de ses buts bien précis et à son profit, une institution telle que la demande de nullité. Car la demande de nullité est admise, en droit espagnol, pour faire valoir des vices de forme de la procédure. En tout cas, elle ne peut être utilisée pour se plaindre de retards indus dans la procédure.

A vrai dire, la raison de l'introduction de la demande de nullité était vraisemblablement, à l'époque, toute autre. *Barcelona Traction* comparut à la procédure le 18 juin 1948, alors que la déclaration de faillite avait acquis depuis longtemps la force de la chose jugée. La procédure de faillite était donc désormais affectée par le comportement passif de *Barcelona Traction*. Celle-ci avait finalement réalisé que force lui était d'entrer en lice. Aucun effort ne fut épargné pour éliminer les conséquences de l'omission fondamentale et plusieurs recours furent intentés en désespoir de cause. La demande de nullité n'est, en réalité, que l'une des fleurs de ce bouquet.

Malheureusement pour *Barcelona Traction*, c'était trop tard.

suyant, dont les mots soulignés ne figurent pas dans le texte contenu dans l'Annexe 106 au Ch. III du *Contre-mémoire*, p. 132:

\* L'incident de nullité étant tenu pour une voie de « recours extraordinaire », il est exigé... que le plaideur ait, au préalable, épuisé la voie des recours ordinaires qui lui étaient ouverts. \*

Le Gouvernement espagnol, qui a estimé tout à fait superflu de reproduire ce membre de phrase, avoue ne pas comprendre comment la Partie adverse peut considérer ces mots comme « essentiels ». En effet, la condition étant celle de l'épuisement préalable des recours ordinaires, il est évident qu'il doit s'agir de recours que l'intéressé avait été en droit d'exercer. L'intéressé ne pourrait donc se prévaloir de ses propres omissions pour prétendre qu'un recours ne lui est plus ouvert. Toute autre interprétation des mots en question équivaudrait à une véritable sollicitation des textes.

## § 3: NON-UTILISATION DU RECOURS EN REVISION

74. Le Gouvernement espagnol se propose d'aborder maintenant la question de la non-utilisation du recours en révision qui, vu la teneur des accusations formulées par la Partie adverse contre les juridictions espagnoles, aurait dû être introduit en l'espèce<sup>1</sup>. Il s'agit du moyen de recours prévu par les articles 1796 et suivants du Code de procédure civile, notamment dans le cas où un jugement a été «... obtenu indûment par subordination, violence ou toute autre manœuvre frauduleuse » (article 1796, alinéa 4). Il est de fait qu'un tel recours n'a *jamais* été introduit au cours de la procédure de faillite de *Barcelona Traction*.

75. L'essentiel de l'argumentation du Gouvernement belge jusqu'à la *Réplique* avait été qu'*en fait* *Barcelona Traction* n'était pas en mesure d'établir à l'époque — pas plus d'ailleurs que le Gouvernement belge ne l'est actuellement — que le jugement déclaratif de la faillite avait été obtenu grâce à des machinations frauduleuses; et qu'au surplus, *en droit*, le recours en révision n'aurait pu être introduit contre un jugement de faillite, qui est qualifié d'*auto*, alors que l'article 1796 du Code de procédure civile n'ouvre ce recours que contre les *sentencias firmes*. Dans sa *Réplique*, la Partie adverse maintient ces deux considérations, en y ajoutant cependant une troisième, d'après laquelle *Barcelona Traction* ne saurait se voir reprocher cette omission « pour des raisons qui tiennent aux limitations admises en matière d'épuisement de voies de recours internes » (*Réplique*, N° 847, p. 613).

Le Gouvernement espagnol, pour sa part, confirmera ici que cette argumentation de la Partie adverse n'est fondée ni en fait ni en droit et il montrera l'inanité de cette tentative visant à échapper aux conséquences de la non-utilisation du recours en révision en invoquant une prétendue limitation résultant de la règle internationale.

## A. La question des prémisses de fait du recours en révision

76. Aux pages 620 et 621 du *Contre-mémoire* (IV), le Gouvernement espagnol avait donné une liste assez longue d'extraits tirés des écritures de la Partie adverse pour montrer que si ces accusations étaient exactes, il y aurait eu là les exemples les plus typiques des machinations frauduleuses qui entraînent l'applicabilité du recours en révision. Le but d'un tel exposé était, en premier lieu, de montrer qu'*en fait* ce recours aurait pu être introduit à supposer, toujours, ces allégations exactes. Mais tous ces exemples avaient aussi pour but de souligner combien difficile est la position de la Partie adverse, que le *Contre-mémoire* avait acculé à une contradiction par la nécessité de soutenir que

«... il y a bel et bien eu en l'espèce des machinations tellement graves entre des autorités étatiques et des particuliers qu'elles auraient constitué un véritable délit international, mais qu'en même temps ces machinations n'auraient été pas suffisamment graves pour justifier, devant les juridictions internes, le recours en révision » (*Contre-mémoire*, p. 622).

Or, dans la page unique que la *Réplique* consacre à ces points de fait, la Partie adverse essaye de se soustraire à cette contradiction par des simples affirmations qui vont à l'en-

<sup>1</sup> La question a été traitée par le Gouvernement espagnol aux pp. 254 et ss. des *Exceptions préliminaires* de 1963, I, puis reprise au cours de la *Procédure orale* (II, pp. 294 à 301 et III, 811 à 815) et examinée à nouveau aux pp. 619 et ss. du *Contre-mémoire*.

contre de ses propres griefs. Pour les besoins de sa défense à propos de l'exception de non-utilisation du recours en révision, le Gouvernement belge avoue ne disposer ni de

« la preuve que le jugement déclaratif de faillite ait été obtenu grâce à une « manœuvre dolosive ou frauduleuse » de la part du groupe March » (*Réplique*, V, N° 854, p. 618),

ni de

« la preuve, qu'il y ait eu subornation, corruption ou concert frauduleux auquel le juge de Reus aurait été mêlé » (*loc. cit.*),

ni avoir eu, d'ailleurs, l'intention d'imputer

« à aucun magistrat espagnol une intention frauduleuse ou malhonnête » (*loc. cit.*).

Bref, les griefs du Gouvernement belge ne prétendent s'appuyer que sur la prétendue « partialité » de certains magistrats, qui serait due à une « atmosphère de nationalisme exacerbé » (*loc. cit.*).

77. Cependant, le Gouvernement espagnol est en droit de se demander si, par hasard, ces affirmations ne seraient pas contredites non seulement par les extraits de la *Nouvelle Requête* belge de 1962 et du *Mémoire* belge de 1962 cités aux pages 620-621 du *Contre-mémoire*, IV, mais aussi par plusieurs passages de la *Réplique* elle-même et surtout par son chapitre introductif, qui se propose notamment de fournir des indications (et de quelle ressource d'imagination fallait-il faire preuve pour cela!)

« quant à l'existence de contacts irréguliers entre les requérants et le juge et à l'empressement avec lequel celui-ci accéda aveuglément aux requêtes les plus graves et les plus insolites » (*Réplique*, N° 11, p. 8).

Ainsi, à propos de la comparution volontaire des témoins produits à l'appui de la demande de faillite, la *Réplique* reproche au juge de Reus de ne pas avoir prévu leur citation et ajoute que

« s'il ne l'a pas fait, c'est nécessairement parce qu'il fut verbalement informé des dispositions prises par les requérants, ce qui démontre l'existence de contacts irréguliers entre eux et lui » (*Réplique*, N° 14, p. 9)<sup>1</sup>.

Mais c'est surtout la nomination du commissaire et du séquestre provisoire qui provoque l'indignation de la Partie adverse:

« il n'est sans aucun 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 » (*Réplique*, N° 26, p. 17)<sup>1</sup>.

Et après avoir examiné les prétendues « singularités » de cette nomination, la Partie adverse s'empresse de conclure d'un ton tranchant:

« Dès lors, une conclusion s'impose: les requérants ou leurs avoués ont eu avec le juge de Reus d'autres contacts que ceux prévus par le Code de procédure » (*Réplique*, N° 26, p. 18)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Les italiques ont été ajoutées.

<sup>2</sup> Cette fois-ci, les italiques figurent dans le texte de la *Réplique*, car la Partie adverse a cru bon de souligner la gravité de son affirmation.

En vérité, on est en droit de s'étonner que des accusations si graves soient formulées par un Gouvernement qui tient ensuite, sans se soucier des contradictions, à

« ... préciser, une fois de plus, qu'il n'impute à aucun magistrat espagnol une intention frauduleuse ou malhonnête » (*Réplique*, N° 854, p. 618).

Mais, en admettant la sincérité de cette dénégation formelle, il faut, du même coup, admettre que les accusations lancées au juge de Reus ne sont que des insinuations gratuites et qu'elles ne « démontrent » et ne « témoignent » ni de « contacts irréguliers » ni de la « connivence flagrante » ni de « contacts autres que ceux prévus par le Code de procédure ». Si, par contre, il faut considérer que ces accusations sont maintenues, le Gouvernement espagnol est en droit de souligner que la Partie adverse, en désespoir de cause, n'hésite pas à se contredire cyniquement lorsqu'elle se sent serrée de près par l'exception tirée de la non-utilisation du recours en révision.

Le dilemme que le Gouvernement espagnol a imposé à la Partie adverse n'est donc pas un « sophisme » (*Réplique*, N° 854, p. 618). Bien au contraire, c'est une tunique de Nessus, dans laquelle la Partie adverse s'est enveloppée elle-même par ses contradictions, et ses arguments en seront consumés.

78. Ainsi faut-il conclure qu'en fait les considérations exposées dans la *Réplique* non seulement n'ajoutent rien aux arguments déjà réfutés dans le *Contre-mémoire*, mais qu'elles montrent aussi, une fois de plus, l'impossibilité où se trouve la Partie adverse de déterminer nettement le grief qu'on prétend faire valoir devant la Cour.

#### B. La nature du jugement de faillite et l'admissibilité du recours en révision

79. Un plus large exposé est consacré par la *Réplique* à soutenir que le recours en révision ne saurait être admis contre un jugement de faillite, car celui-ci est qualifié en droit espagnol d'*auto*, alors que dans les articles du Code de procédure civile concernant ledit recours référence est faite à une *sentencia firme*.

Pour sa part, le Gouvernement espagnol a soutenu, et continue à soutenir que si, d'après le texte de l'article 1796 du Code de procédure civile, l'acte susceptible de révision est qualifié de *sentencia firme*, il est néanmoins vrai que la véritable nature de toute décision judiciaire découle de ses effets juridiques et non pas des mots utilisés pour la désigner. Ainsi, le but du recours en révision est, de toute évidence, d'écarter exceptionnellement la force de chose jugée acquise par une décision judiciaire, lorsque celle-ci a été obtenue « de façon injuste et par des moyens illicites »<sup>1</sup>. Dans ces conditions, il a été aisé pour le Gouvernement espagnol de montrer qu'un jugement de faillite qui n'a pas été attaqué en temps utile par la voie de l'opposition acquiert force de chose jugée au sens matériel et que, dès lors, le recours en révision ne pourrait pas ne pas être ouvert pour écarter la chose jugée, à supposer que pareil jugement ait été obtenu de façon injuste et par des moyens illicites.

<sup>1</sup> Cf., pour cette définition des buts de la révision, l'arrêt de la Cour Suprême du 23 mai 1964 (*Rp. A.* (1964), N° 2767), dont le passage le plus important est reproduit aux pages 622-623 du *Contre-mémoire*. La Partie adverse, qui n'a pas manqué de déformer, à d'autres fins (*v. infra*, N° 89 et ss.), le sens et la portée de cet arrêt, ne semble pas contester, du moins, les buts de la révision tels qu'ils sont indiqués dans l'arrêt en question.

80. La Partie adverse traite cet argument avec la plus grande suffisance. A ses yeux, il n'y aurait là qu'« une série de *distinguos* absolument inutiles » (*Réplique*, V, N° 848, p. 613), ce qui, évidemment, lui suffit pour ne pas répondre<sup>1</sup>.

Cependant, le Gouvernement belge daigne ne pas avoir « d'objections à ce qu'au-delà de la qualification purement formelle d'une décision judiciaire, on examine son contenu » (*Réplique*, N° 852, p. 615). Ayant fait cette gracieuse concession, la Partie adverse admet aussi, et ce pour la première fois, qu'on peut bien considérer comme une *sentencia* toute décision susceptible « d'avoir les effets de la chose jugée au sens matériel » et venant « clôturer des procédures à caractère déclaratoire » (*Réplique*, N° 852, p. 616). Mais, ces admissions étant faites, la *Réplique* se retranche derrière deux affirmations tout à fait gratuites, à savoir: 1° la procédure de faillite n'aurait pas la nature d'une procédure déclaratoire, et, 2° en tout cas, le jugement de faillite ne serait pas une décision *firme* (*loc. cit.*).

La conclusion suggérée par la Partie adverse ne saurait être admise qu'au prix non seulement d'une confusion manifeste entre la *procédure* de faillite et l'*acte* qui déclare la faillite et ouvre cette procédure, mais aussi d'une méconnaissance tout à fait gratuite des conséquences juridiques que le jugement déclaratif de la faillite entraîne inévitablement à moins qu'il y ait eu rétractation à la suite d'une opposition éventuelle.

81. Ce que la Partie adverse feint de ne pas comprendre — et le Gouvernement espagnol s'excuse auprès de la Cour d'être forcé de répéter une nouvelle fois les lignes essentielles de son raisonnement — c'est qu'il s'agit ici de qualifier, au point de vue de sa nature juridique, l'acte déclaratif de la faillite, aussi bien que de voir si, et dans quelles conditions, il peut être *firme* du fait d'avoir acquis force de chose jugée.

Pour ce faire, il convient d'abord de souligner qu'une déclaration de faillite est une manifestation typique du pouvoir juridictionnel du juge; c'est en effet un véritable jugement, et ce à un double titre.

En premier lieu, le juge est appelé à apprécier si les conditions exigées pour la faillite sont remplies en l'espèce. Il s'agit notamment de constater, comme le veut la loi espagnole, que le débiteur est effectivement en état de cessation des paiements. A ce point de vue, la décision du juge déclarant la faillite a une nature *déclarative* par rapport à une situation juridique qui doit être dûment vérifiée. Pour arriver à ce résultat, le juge doit au surplus nécessairement trancher une question de fond, car la prétention des créanciers au paiement de leur créance n'est pas satisfaite au moment de l'introduction de la demande, ce qui implique l'appréciation de la qualité du demandeur aussi bien que des conditions de fait et de droit sur lesquelles la demande est basée. Ainsi, l'activité du juge consacrée à apprécier la situation de cessation des paiements exige que toute une série de points soit tranchée par le processus logique de décision qui est typique des *jugements* de l'autorité judiciaire.

<sup>1</sup> Dans le N° 848, page 613, de la *Réplique*, la Partie adverse en arrive à reprocher au Gouvernement espagnol des discussions qu'elle estime irrelevantes et qui ont trait à la distinction entre le recours en révision et le pourvoi en cassation aussi bien qu'à la distinction entre *sentencia ejecutoria* et *sentencia firme*. Ces remarques font sourire, car ces deux questions n'ont été traitées dans le *Contre-mémoire* (IV, pp. 624-625) que pour répondre à des arguments avancés par la Partie adverse elle-même à propos des arrêts de la Cour suprême des 22 mars 1963, 8 et 17 octobre 1949, dont il n'est absolument plus question dans la *Réplique*... Voir aussi, à ce sujet, *infra*, N° 86.

Mais le prononcé de la faillite n'a pas seulement ce caractère déclaratif. S'il est déclaratif par rapport à une situation juridique préexistante, il donne lieu aussi à une situation juridique nouvelle, car son effet est la naissance de l'état de faillite. A ce titre, la décision du juge est un acte *constitutif*. Par conséquent, le jugement déclaratif de la faillite relève du pouvoir juridictionnel *stricto sensu*, que le juge exerce par rapport à la situation juridique d'un sujet de droit. Une telle décision touche d'une façon directe au fond des droits d'un particulier — le failli — dont la condition juridique est affectée par la décision du juge.

Cet effet juridique dérive directement de la décision déclarant la faillite. Cette constatation est exacte non seulement lorsque le failli n'a pas fait opposition à la décision en question, mais aussi lorsque ce recours a été formé. Si le recours a été exercé, trois hypothèses sont évidemment possibles: 1) que l'opposition ait été rejetée; 2) que le failli ait renoncé à son recours; 3) que l'opposition ait été admise. Dans la première hypothèse aussi bien que dans la deuxième, c'est la déclaration de faillite originale qui devient définitive, tout comme si le recours n'avait jamais été introduit. Mais même dans la troisième hypothèse (admission de l'opposition), la cessation de l'état de faillite n'est pas la conséquence *directe* du jugement qui déclare l'opposition fondée; ce dernier jugement n'a pour conséquence que la rétractation du jugement déclaratif de la faillite, ce qui entraîne à son tour la cessation de l'état de faillite.

Il s'ensuit, 1<sup>o</sup> que le jugement déclaratif de la faillite, en raison de ses effets déclaratifs aussi bien que de ses effets constitutifs, affecte directement les droits des particuliers, et que, 2<sup>o</sup> en tout état de cause, un jugement déclaratif de faillite, qui n'a pas été dûment attaqué, a définitivement affecté les droits des particuliers, ce qui implique qu'il a acquis force de chose jugée au sens matériel.

82. A ce stade il est intéressant de remarquer que la Partie adverse invoque elle-même la distinction entre *auto* et *sentencia* qui est énoncée par l'article 369 du Code de procédure civile. Ce qui est singulier à cet égard, c'est que la Partie adverse ne se soit même pas aperçue de la divergence essentielle qui subsiste entre la définition des *autos* donnée par l'article précité et les caractéristiques, sur le plan matériel, de cet *auto* particulier qu'est le jugement déclaratif de la faillite <sup>1</sup>.

A en juger selon cette définition, on ne saurait *jamais* ranger l'acte déclaratif de la faillite dans la catégorie abstraite des *autos*. Il est de toute évidence que la décision du juge déclarant la faillite ne se borne pas à statuer sur

« des incidents ou des points relatifs à la qualité contestée de l'une des parties, la compétence du Tribunal ou de la Cour, le bien-fondé ou le mal-fondé de la récusation, le rejet d'une demande pour irrecevabilité, la déclaration de recevabilité ou d'irrecevabilité des exceptions, le rejet de la demande reconventionnelle pour irrecevabilité, le refus du *recibimiento a prueba* ou de tout moyen de preuve, les décisions susceptibles de causer aux parties un préjudice irréparable et les autres qui statuent sur tout autre incident lorsqu'il n'est pas prévu qu'elles devront être prises sous forme de *sentencia* » <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Au sujet de ces définitions, il convient de rappeler dès l'abord une note établie par la Partie adverse elle-même (v. *Mémoire* de 1962, Annexe 53) et qui souligne justement que « la doctrine constate cependant que la Loi de procédure civile elle-même ne s'en tient pas strictement à ces définitions, dans l'usage qu'elle a fait des trois termes en question ».

<sup>2</sup> « Incidentes o puntos que determinen la personalidad combatida de alguna de las partes, la competencia del Juzgado o Tribunal, la procedencia o improcedencia de la recusación, la repulsión de una demanda, la admisión o inadmisión de las excepciones, la inadmisión de la reconvencción, la denegación del recibimiento a prueba o de cualquiera diligencia de ella, las que puedan producir a las partes un perjuicio irreparable, y las demás que decidan cualquier otro incidente, cuando no esté prevenido que se dicten en forma de sentencia. »

La nature des *autos* telle qu'elle se manifeste par la définition de l'article 369 que l'on vient de rappeler est donc liée, d'une façon très claire, à l'existence d'un « point » ou (et surtout) d'un « incident » que le juge doit trancher pour se prononcer au fond par la suite et par le moyen d'un jugement. Si l'on compare cette définition avec le contenu du pouvoir de décision du juge lors de la déclaration de faillite, l'on est en droit de faire ressortir que cette déclaration *n'a pas des effets limités aux « points » et aux « incidents » qui relèvent essentiellement de la procédure*. Et ce, d'autant plus que même les « incidents » doivent être tranchés par le moyen d'une *sentencia* et non pas d'un *auto* lorsqu'ils sont de nature à mettre fin au procès sur le fond.

Voilà, du reste, la définition des *sentencias* contenue dans le même article, qui tire au clair les caractères des actes ainsi dénommés du point de vue matériel, caractères tout à fait comparables à ceux qui sont propres au jugement déclaratif de la faillite :

« Celles qui tranchent définitivement les questions litigieuses dans une instance ou à la suite d'un recours extraordinaire; celles qui, intervenant à propos d'un incident de procédure, mettent fin au principal, qui est l'objet du procès, et ont pour conséquence de rendre impossible la poursuite dudit procès, et celles qui déclarent qu'il y a lieu ou non d'entendre un plaideur condamné par défaut »<sup>1</sup>.

83. Le Gouvernement espagnol espère avoir ainsi montré encore une fois le sens et la portée de son argumentation fondamentale sur la question de savoir si le jugement déclaratif de la faillite est susceptible, lorsqu'il n'a pas été dûment attaqué par la voie de l'opposition, de donner lieu à un recours en révision. Mais des observations supplémentaires s'imposent à propos de certains arrêts qui ont été discutés entre les Parties au sujet du recours en révision. Il suffira de prendre en considération les arrêts de la Cour Suprême des 17 juin 1940, 3 juin 1959 et 23 mai 1964, qui ont seuls donné lieu à quelques remarques dans la *Réplique*. De toute évidence, il suffit de se référer aux arguments déjà développés dans les plaidoiries et dans le *Contre-mémoire* pour tous les autres arrêts que la *Réplique* a estimé préférable de ne pas prendre en considération.

Encore une fois, faut-il souligner qu'il s'agit de décisions qui ne visent pas directement des *autos* de déclaration de faillite? Ainsi que le *Contre-mémoire* espagnol le faisait remarquer, il s'agit de décisions qui doivent être appréciées sur le plan de l'analogie, car la Cour Suprême n'a *jamais* eu l'occasion de statuer sur un recours en révision contre un jugement déclaratif de faillite, ce qui implique, entre autres, que cette même Cour n'a jamais déclaré irrecevable un recours contre un acte de ce genre (*Contre-mémoire*, IV, p. 623).

84. La *Réplique* insiste surtout sur l'arrêt du 3 juin 1959. Le *Contre-mémoire* espagnol avait fait état de cet arrêt (pp. 623-624) pour souligner qu'en l'espèce le recours avait pour objet un *auto* ordonnant des mesures provisoires (et donc normalement dépourvu de force de chose jugée) et que la Cour Suprême, tout en rejetant le recours, avait pris soin de préciser que sa recevabilité devait être déterminée sur la base de la nature de l'acte attaqué, eu égard à la force de chose jugée au sens matériel.

La Partie adverse s'étonne de cette citation. A ses yeux, cet arrêt devrait anéantir l'argumentation du Gouvernement espagnol et il est vrai que le passage cité dans la *Réplique* (N° 851, V, p. 615) pourrait donner cette impression :

<sup>1</sup> \* Las que decidan definitivamente las cuestiones del pleito en una instancia o en un recurso extraordinario; las que, recayendo sobre un incidente, pongan término a lo principal, objeto del pleito, haciendo imposible su continuación, y las que declaren haber o no lugar a oír a un litigante condenado en rebeldía. \*

« Considérant 2<sup>o</sup> que ... l'article 1796 dans son texte littéral, ne fait allusion qu'aux *sentencias firmes*, contrastant ainsi avec ce qui est stipulé par la règle plus large de l'article 1690 qui, en liaison concrète avec l'article 1695 de la Loi de procédure civile, accorde le même traitement qu'aux *sentencias* à d'autres résolutions qui peuvent ou non avoir cette structure formelle. »

Or, les points de suspension incitent souvent, par curiosité, à vérifier la partie qui a été omise, car les mots non reproduits ne sont pas toujours superflus ou sans intérêt en l'espèce. Dans ce cas, l'omission fait bien toute la différence, car seule pareille mutilation pouvait permettre à la Partie adverse d'altérer la portée du texte. Il suffit, pour s'en apercevoir, de reproduire, en soulignant les mots omis par la *Réplique*, l'ensemble du passage qui, à propos des conditions du recours en révision, fait ressortir

*« comme condition générale plus importante que toutes les autres, que pour que l'exercice de ce recours extraordinaire soit viable, il faut, avant tout, que la décision attaquée ait abordé et résolu la question fondamentale envisagée dans le procès, car à cette condition seulement l'on se trouve dans l'hypothèse d'une révision ; ce raisonnement paraît convaincant et pourrait expliquer pourquoi l'article 1796 se réfère seulement aux sentencias firmes, contrairement aux dispositions de portée plus large de l'article 1690 qui, en liaison concrète avec l'article 1689 du Code de procédure civile, considère de la même manière que les sentencias d'autres décisions, possédant ou non cette structure formelle, mais qui, étant donné leur contenu, ouvrent le recours en cassation en raison de leur caractère définitif, caractère qui précisément, parce qu'il autorise l'utilisation de ce recours, ne correspond pas à la condition de 'firmeza' qui est exigée, par contre, dans tous les cas de décisions ouvrant la voie au recours en révision parce qu'elles ont tendance à mettre en cause, en détruisant les bases de fait, les conséquences inévitables de la chose jugée »<sup>1</sup>.*

Tout ceci se passe de tout commentaire. Il suffit de faire observer que l'argumentation de la Cour est tout à fait conforme à celle du Gouvernement espagnol, car le jugement déclaratif de la faillite, lorsqu'il n'a pas été dûment attaqué par la voie de l'opposition, tranche définitivement les questions fondamentales concernant l'état de cessation des paiements et la détermination de l'état de faillite du débiteur. Et le recours en révision a précisément, dans ces conditions, la fonction essentielle d'écarter, le cas échéant, les conséquences découlant de la chose jugée. A son tour, s'il est fait référence au texte littéral de l'article 1796, c'est seulement pour souligner que c'est par l'exigence que des questions fondamentales aient été tranchées par la décision qui est attaquée par la voie de la révision que s'explique le fait que l'article précité se réfère à des *sentencias firmes*, car telle est normalement la qualification formelle des décisions ayant cette portée. Mais si des décisions qualifiées d'*autos* ont les mêmes effets et la même portée, l'on ne saurait évidemment les soustraire à la garantie juridictionnelle de la révision.

85. Les deux autres arrêts ne sont cités par la Partie adverse qu'en passant. Mais puisqu'elle semble insinuer que l'arrêt du 17 juin 1940, mentionné par le conseil du

<sup>1</sup> « Como supuesto general que a los demás domina, que para que el ejercicio del extraordinario remedio sea viable es preciso, ante todo, que la resolución combatida, haya abordado y resuelto la cuestión fundamental que en el proceso se ventila, pues solo en ese supuesto se está en presencia de la hipótesis de la revisión, razonamiento que parece convincente y que pudiera explicar porque el artículo 1796 sólo alude en su texto literal a las sentencias firmes, en contraste con el precepto más amplio, del artículo 1690, que en relación concreta con el 1689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil otorga la misma consideración que a las sentencias a otras resoluciones que pueden o no tener esa estructura formal, pero que atendida su esencia, permiten el acceso al recurso de casación por su condición de definitivas, concepto que precisamente por autorizar el ejercicio de ese recurso, no equivale al de firmeza que incondicionalmente se exige en cambio a los que hacen posible la revisión porque tienden a impugnar, destruyendo su base fáctica, las consecuencias indeclinables de las cosa juzgada. » Les italiques ont été ajoutés.



Gouvernement espagnol au cours de sa première plaidoirie (*Procédure orale*, II, p. 300), n'aurait pas été repris en réplique par lui — ce qui serait « révélateur de son embarras » (*Réplique*, V, N° 850, p. 615) —, il convient de montrer combien pareille insinuation est gratuite.

Au cours des discussions orales, on avait fait état de cet arrêt, du côté espagnol, dans les termes les plus clairs, afin de répondre aux prétentions de la Partie adverse, qui affectait d'y voir un argument en faveur de sa thèse :

« ... l'arrêt du Tribunal Suprême du 17 juin 1940 a motivé sa décision sur la base de l'article 1797, premier alinéa, de la Loi de procédure civile. Mais l'acte, objet du recours en révision, dont vainement on cherchera mention dans les *Observations* belges, était un *auto* du même Tribunal Suprême déclarant la caducité d'un pourvoi en cassation en raison de la non-observance de certains délais de procédure. Il s'agissait là, encore une fois, d'un acte, *auto*, n'ayant pas, de toute évidence, la force de chose jugée au sens matériel et qui était, par conséquent, en dehors de l'hypothèse prévue à l'article 1251 du Code civil (voir *Aranzadi*, 1940, p. 335) » (*Procédure orale*, II, p. 300).

Or, le conseil du Gouvernement belge n'a aucunement répondu à ces considérations. Dans sa plaidoirie il n'y a qu'une simple référence, faite en passant, à trois arrêts, parmi lesquels est inclus celui du 17 juin 1940, sans qu'aucune réponse pertinente ne soit donnée à la plaidoirie prononcée du côté espagnol (v. *Procédure orale*, III, p. 639). Rien d'étonnant, par conséquent, à ce que le conseil du Gouvernement espagnol n'ait pas eu besoin de reprendre, en réplique, des arguments qui n'avaient pas été sérieusement contestés<sup>1</sup>.

86. Quant à l'arrêt du 23 mai 1964, il est cité par la *Réplique* à deux reprises. On examinera ici la première citation, car la deuxième relève plutôt d'une question qui sera traitée plus loin (v. *infra*, N° 90).

La *Réplique* fait observer en passant (N° 848, p. 613) que ledit arrêt qualifie de *ejecutoria* la *sentencia* que le Code de procédure civile appelle *firme*, ce qui, d'après la Partie adverse, rendrait « absolument irrelevante » la distinction entre *sentencia ejecutoria* et *sentencia firme*. Cette distinction est examinée dans le *Contre-Mémoire* (IV, p. 624) précisément pour montrer la désinvolture dont la Partie adverse fait preuve lorsqu'il s'agit de traduire des textes espagnols. Mais la question a été examinée par le *Contre-Mémoire* à propos d'un autre arrêt — celui du 22 mars 1963 — où l'on faisait remarquer que le jugement déclaratif de faillite, lorsqu'il y a été fait opposition, ne peut donner lieu à un pourvoi en cassation car, dans ce cas, il ne saurait être qualifié de *sentencia ejecutoria* sur la base de l'article 1695 du Code de procédure civile<sup>2</sup>. Par contre, l'arrêt du 23 mai 1964 confirme que *même* une décision exécutoire peut faire l'objet d'un recours en révi-

<sup>1</sup> Si embarras il y a, c'est plutôt du côté belge à propos d'un autre arrêt de la Cour Suprême, celui du 22 mars 1963. Au cours de sa première intervention, le conseil belge avait invoqué cet arrêt comme la preuve décisive que la Cour Suprême aurait tranché négativement la question de l'admissibilité du recours en révision contre un *auto* (*Procédure orale*, III, p. 641). Du côté espagnol, on a dûment montré en réplique que ledit arrêt avait été traduit par le conseil belge d'une façon erronée et qu'au surplus on avait oublié d'indiquer les données du cas d'espèce, qui suffisaient pour vider l'argumentation belge de son contenu (*Procédure orale*, III, pp. 812-813). La réplique du conseil belge témoigne de son embarras (*Procédure orale*, III, pp. 1006-1007), mais ce qui est beaucoup plus significatif c'est que cet arrêt est examiné à nouveau à la page 624 du *Contre-mémoire*, sans que, finalement, la *Réplique* belge ait jugé bon d'y consacrer un seul mot. Il est donc permis au Gouvernement espagnol de prendre acte de ce que, au moins sur ce point, il semble avoir persuadé la Partie adverse...

<sup>2</sup> Pour plus de détails sur cette question, v. aussi *Procédure orale*, III, p. 813.

sion, vu les buts et les caractères de celui-ci (v. *Contre-mémoire*, pp. 622-623). L'observation que la *Réplique* a cru devoir consacrer à cet arrêt est donc pour le moins hâtive.

87. La suffisance et le ton d'assurance extraordinaire qui caractérisent la partie de la *Réplique* consacrée à la non-utilisation du recours en révision aboutissent à une petite mésaventure, que le Gouvernement espagnol se doit de relever pour terminer un exposé déjà trop long mais rendu nécessaire non seulement par les distorsions qui émaillent l'argumentation de la Partie adverse, mais surtout par l'obligation de dévoiler et de contrer des arguments qui n'ont été que partiellement développés.

Au N° 849, page 613 de la *Réplique*, la Partie adverse croit pouvoir contester la recevabilité en l'espèce du recours en révision au motif que, d'après l'article 1800 du Code de procédure civile, le délai pour former ce recours échoit cinq ans après la date de la « publication » de l'acte attaqué. Et puisque, d'après la Partie adverse, il y aurait ici une référence à la « publication » visée par les articles 364 et 365 du Code de procédure civile, c'est-à-dire, à la lecture solennelle des *sentencias* en audience publique, l'on peut vraiment apprécier à sa juste valeur le ton triomphal avec lequel la *Réplique* y voit

« une preuve supplémentaire de l'intention du législateur de considérer que seules les *sentencias firmes* donnent ouverture à un recours en révision » (*Réplique*, N° 849, p. 613).

Malheureusement pour la Partie adverse, cet argument est formellement contredit par la jurisprudence de la Cour Suprême. Dans son arrêt du 30 octobre 1930, celle-ci affirme textuellement :

« Rendue le 23 juillet 1923, la *sentencia* qui fait l'objet du présent recours en révision, et publiée conformément aux dispositions de l'article 283 de la Loi sur la procédure civile, par l'insertion dans la *Gaceta de Madrid* et dans le *Bulletin officiel* du 13 octobre 1923, ce n'est que le 13 octobre 1928 que les cinq ans prévus par l'article 1800 de la Loi si fréquemment citée se seraient matériellement écoulés... » (*Rép. A.* (1930), N° 1233)<sup>1</sup>.

Ainsi, d'après la Cour Suprême, s'il y a eu publication de la décision attaquée dans des journaux officiels, c'est à partir de la date de cette publication que commence à courir le délai pour le recours en révision. A-t-on besoin de rappeler ici que le jugement déclaratif de la faillite de *Barcelona Traction* fut publié dans les bulletins officiels de la province de Tarragone et de la province de Barcelone ?

88. Le Gouvernement espagnol estime avoir ainsi confirmé l'admissibilité *en droit* du recours en révision, après avoir montré à nouveau combien délicate est la position de la Partie adverse en ce qui concerne les *prémises de fait* d'un tel recours.

Une toute dernière précision s'impose en ce qui concerne l'*objet* de ce recours en révision que *Barcelona Traction* n'a jamais tenté. Cette précision est d'autant plus nécessaire que la Partie adverse feint de ne pas comprendre la position du Gouvernement espagnol à cet égard (*Réplique*, N° 853, pp. 616-617). L'exception est essentiellement

<sup>1</sup> \* Dictada en 23 de julio de 1923 la sentencia objeto de revisión que se intenta y publicada a tenor de lo preceptuado en el artículo 283 de la Ley de enjuiciamiento civil, mediante su inserción en la *Gaceta de Madrid* y en el *Boletín Oficial* de 13 de octubre de 1923, sólo en 13 de octubre de 1928 se cumplirían materialmente los cinco años a que el art. 1800 de la Ley tantas veces citada hace referencia. » L'article 283 vise précisément la publicité par voie d'édit ou par l'insertion aux journaux officiels, c'est-à-dire, la publicité caractéristique des jugements déclaratifs de faillite, ainsi que la Partie adverse le souligne elle-même dans la note qui figure au bas de la page 613 de la *Réplique*.

axée sur la non-utilisation du recours en question à l'égard du jugement déclaratif de la faillite. Au stade de la procédure sur les exceptions préliminaires, l'exception était même limitée à ce point.

Toutefois, le Gouvernement espagnol a déjà précisé (v. *Contre-mémoire*, IV, p. 628) qu'au présent stade de la procédure il est pleinement en droit d'étendre l'exception de non-épuisement des recours internes à l'inaction finale des intéressés depuis 1956, sur la base de la doctrine énoncée par la Cour dans l'affaire *Interhandel*. Dans ces conditions, l'on comprend pourquoi, *surabondamment*, le Gouvernement espagnol se doit de faire état du fait qu'en 1956 non seulement *Barcelona Traction* et consorts n'ont plus utilisé des recours normaux dans les procédures judiciaires pendantes en Espagne, mais ils n'ont pas non plus essayé d'attaquer par la voie de la révision les décisions prises par les juridictions espagnoles qui étaient susceptibles d'ouvrir ce moyen de recours — toujours à supposer que la Partie adverse ait des griefs à formuler à l'égard de ces décisions.

### C. L'obligation d'utiliser le recours en révision

89. La troisième série de considérations que la *Réplique* consacre à la non-utilisation du recours en révision vise à montrer

« que, pour des raisons qui tiennent aux limitations admises en matière d'épuisement des voies de recours internes, il ne peut être reproché à *Barcelona Traction* de ne pas avoir introduit de recours en révision, cela même par l'hypothèse où ce recours eût été théoriquement recevable en droit espagnol » (*Réplique*, V, N° 847, p. 613).

Cette thèse, que la Partie adverse développe pour la première fois dans la *Réplique*, n'est nullement fondée, ni sur un plan général, ni dans les circonstances de l'espèce.

90. Sur le plan général, il suffit d'observer que le Gouvernement belge (*Réplique*, N° 855, pp. 618-619) prétend accréditer une interprétation pour le moins naïve d'un passage de l'arrêt de la Cour Suprême du 23 mai 1964, cité aux pages 622-623 du *Contre-mémoire espagnol*. Sans doute est-il dit dans cet arrêt que « la procédure extraordinaire de la révision... n'est pas un véritable recours, mais une action de caractère autonome » (*loc. cit.*). Cependant, il est de toute évidence que ce passage n'a d'autre but que de faire ressortir le caractère *extraordinaire* de ce moyen, ainsi que le Gouvernement espagnol l'a souligné lui-même dès l'abord (*Exceptions préliminaires* de 1963, p. 254). Mais ce que la Partie adverse feint d'ignorer c'est que le droit international n'admet aucune dispense en ce qui concerne l'utilisation des recours extraordinaires. Le Gouvernement espagnol a déjà montré au cours des discussions orales sur les exceptions préliminaires que ce point a été tranché par la Cour permanente dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, et ce en rejetant précisément les allégations du Gouvernement belge lui-même<sup>1</sup>.

Du reste, toujours à l'occasion des discussions orales, il a bien été affirmé, du côté belge,

« que bien que sans doute il faille admettre que l'obligation d'utiliser les voies de recours internes s'étende aux voies de recours dites extraordinaires, c'est-à-dire notamment

<sup>1</sup> Cf. *Procédure orale*, II, pp. 275-276. Pour la décision de la Cour permanente, voir CPJI, série A/B N° 77, p. 79.

au pourvoi en cassation (ce qui, en Espagne, s'appelle le recours au Tribunal Suprême), à condition que ces recours soient susceptibles de redresser le grief formulé par l'Etat protecteur, l'obligation de la victime ne va pas cependant jusqu'à lui imposer le recours à des moyens que négligerait un plaideur normal» (*Procédure orale*, III, p. 603)<sup>1</sup>.

Ainsi, la Partie adverse semblait à l'époque pleinement consciente de l'impossibilité de contester, sur un plan général, l'obligation d'épuiser des moyens de recours extraordinaires, et la défense belge, à cette même époque, n'était axée que sur des considérations de fait et sur des considérations de droit autres que celle qu'on invoque maintenant dans la *Réplique* (v. *Procédure orale*, III, notamment pp. 639 et ss.). Dans ces conditions, la tentative du Gouvernement belge de rouvrir aujourd'hui la question doit être catégoriquement repoussée.

91. La *Réplique* invoque ensuite « les circonstances de l'espèce ». Le droit espagnol en matière de révision exigerait, dit-on, « des moyens de preuve décisifs, ce qui n'était pas le cas en l'espèce » (*Réplique*, N° 855, p. 619). Certes, le recours en révision exige des preuves rigoureuses, mais cette condition est nécessairement en fonction des griefs que ce recours suppose. Et si la Partie adverse avoue ne pas pouvoir prouver des griefs semblables, l'on peut se demander comment elle peut prétendre que la Cour internationale puisse faire droit à une demande qui se rattache précisément à ces mêmes griefs...

Un autre argument, également invoqué par la *Réplique* (*loc. cit.*), est tout aussi dérisoire. La Partie adverse évoque l'échec des procédures de récusation, introduites par *Barcelona Traction* et consorts à un certain stade des procédures internes, pour en déduire que, dès lors, une action en révision, exigeant des conditions plus rigoureuses, n'aurait pu triompher. Mais, toute réserve faite sur le fond des demandes de récusations, il est de fait qu'elles avaient été soumises à ces mêmes juridictions, dont la Partie adverse prétend établir la partialité<sup>2</sup>. Dès lors, l'argument belge se traduit par un procès d'intention, car le recours en révision aurait eu lieu devant la *Cour Suprême*, à l'encontre de laquelle la Partie adverse n'a jamais formulé pareille accusation.

92. En troisième lieu, la *Réplique* soutient que, pour exercer le recours en révision, il aurait fallu attendre jusqu'à 1963, car seulement à cette époque le juge spécial aurait prononcé une *sentencia firme* sur la prétendue « opposition » de *Barcelona Traction*.

L'argument de la Partie adverse ne porte cependant pas, car il suppose, 1° que seule une *sentencia firme* peut être l'objet d'un recours en révision, et, 2° que le jugement déclaratif de la faillite avait été dûment attaqué par la voie de l'opposition. L'argument belge est donc tendancieux, car la Partie adverse oublie tout simplement, 1° que l'*auto* déclaratif de la faillite peut être l'objet du recours en révision s'il a acquis force de chose jugée au sens matériel, et, 2° que le jugement déclaratif de la faillite n'avait pas été dûment attaqué par la voie de l'opposition. Dans ces conditions, on n'aurait aucunement eu besoin d'attendre jusqu'à 1963 pour introduire le recours en révision, car l'*auto* de faillite aurait théoriquement pu être attaqué par ce moyen dès le 24 février 1948!

<sup>1</sup> C'est aussi fort intéressant que de remarquer que le conseil belge avait implicitement admis (*Procédure orale*, III, p. 602) qu'un condamné à mort est censé introduire un recours en grâce, dont le caractère assurément exceptionnel ne saurait être contesté.

<sup>2</sup> Voir, par exemple, l'action concernant la Cour d'appel de Barcelone (*Contre-mémoire*, pp. 426 et ss.).

Ces précisions faites, il faut aussi souligner qu'on aurait pu demander à la Cour Suprême, à l'occasion d'un recours en révision, la suspension de l'exécution de l'acte attaqué.

Dans l'affaire tranchée par l'arrêt du 3 juin 1959, déjà examiné (v. *supra*, N° 84), la Cour Suprême, par *auto* du 27 avril 1956<sup>1</sup>, avait précisément ordonné la suspension de l'exécution de l'acte attaqué, à savoir un *auto* de la Cour d'appel de Barcelone du 8 octobre 1955, vu la gravité des circonstances de l'espèce. Ce qui est absolument conforme à la disposition expresse de l'article 1803 du Code de procédure civile.

93. Finalement, la Partie adverse conteste qu'un recours de révision qu'aurait éventuellement présenté *Barcelona Traction* eût été « de nature à lui apporter une réparation complète » (*Réplique*, V, N° 857, p. 619). De toute évidence, le Gouvernement belge oublie que, jusqu'au dépôt de la *Réplique*, sa demande avait pour objet la *restitutio in integrum*. Car l'on est en droit de penser que *Barcelona Traction* aurait été pleinement satisfaite si elle avait obtenu une *restitutio in integrum* par la voie de la révision...

Or, pour rappeler la réalité à la Partie adverse, il suffira ici de reproduire quelques lignes d'un ouvrage écrit précisément par l'un de ses conseils experts en droit espagnol, afin de lui montrer quelle est, lorsque le recours est accueilli, l'efficacité de la révision:

« L'on peut déduire des antécédents historiques connus de cette institution que son fondement, conformément aux dispositions de notre loi sur la procédure civile, est la *restitutio in integrum* du droit commun, dont elle reprend certains motifs dès lors que son objet est, également, de remettre les choses en l'état » (PRIETO CASTRO, *Derecho procesal civil*, I, Madrid 1964, pp. 650-651)<sup>2</sup>.

Il n'y a vraiment lieu à aucun commentaire supplémentaire quant à l'efficacité du recours, dès lors que, par la voie de la révision, *Barcelona Traction* aurait pu obtenir de la Cour Suprême:

1° La suspension de l'exécution du jugement déclaratif de la faillite; et,

2° La *restitutio in integrum*<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Cf. *Annexe N° 199*.

<sup>2</sup> « De los antecedentes históricos que existen de esta institución se deduce que su base, tal como se regula en nuestra L.e.c., es la *restitutio in integrum* del derecho común, alguno de cuyos motivos recoge, teniendo por objeto, como ésta, reponer las cosas al estado anterior. »

<sup>3</sup> A l'occasion du recours en révision, le *Contre-mémoire* (IV, pp. 625-626) avait donné quelques précisions supplémentaires sur certains autres moyens déjà examinés dans d'autres parties de la procédure et non-utilisés par *Barcelona Traction* et consorts. Le Gouvernement espagnol a souligné que ces trois moyens auraient procuré, le cas échéant, des bases simples et radicales pour fonder le recours en révision, et l'un de ces recours aurait eu une importance essentielle pour le grief concernant les prétendus retards dans la procédure. Pour la Partie adverse (*Réplique*, N° 858, p. 621), au contraire, ces recours auraient un caractère exceptionnel et n'auraient pas été efficaces en l'espèce. Quelques remarques suffiront ici pour une mise au point de la question. Qu'il s'agisse de recours *extraordinaires*, le Gouvernement espagnol ne l'a jamais contesté. Même à supposer qu'ils aient le caractère de recours *exceptionnels* — ce que le Gouvernement espagnol n'est pas disposé à admettre —, le devoir d'épuisement à leur égard doit être apprécié en fonction des circonstances de l'espèce. Or, à ce point de vue, il faut souligner qu'il s'agit de recours tout à fait pertinents par rapport aux accusations lancées par la Partie adverse à l'encontre des juridictions espagnoles. Dans ces conditions, l'on ne voit pas comment l'on pourrait sérieusement contester l'obligation d'épuisement de ces recours.

Pour résoudre la question de savoir s'ils auraient été efficaces en l'espèce, il convient de les examiner séparément. D'après le Gouvernement espagnol, le *recours en responsabilité civile*, prévu par l'article 903 du Code de procédure civile, et la *plainte criminelle*, prévue par les articles 757 et suivants du Code de procédure criminelle (*Contre-mémoire*, p. 625) auraient eu le plus haut intérêt du point de vue de la

§ 4: CONSIDÉRATIONS FINALES SUR LA CONDUITE DES PARTICULIERS  
ET SUR LEUR INACTION APRÈS 1956

94. Le *Contre-Mémoire* espagnol (pp. 626-631) consacre une sous-section à des considérations complémentaires sur la conduite des particuliers à l'occasion de la mise en faillite de *Barcelona Traction* en Espagne. La Partie adverse, qui a des objections même à l'égard de l'intitulé de cette sous-section (*Réplique*, N° 834, p. 605), n'a aucunement saisi l'esprit de l'exposé du Gouvernement espagnol. Son but était double. D'un côté, il devait mettre en lumière la tactique suivie par *Barcelona Traction* et par son groupe à l'époque litigieuse. De l'autre côté, il se proposait de faire état des négligences qu'on est en droit de reprocher à titre complémentaire, dans toutes les phases des procédures internes, à *Barcelona Traction* elle-même aussi bien qu'à d'autres sujets, et notamment à *Sidro* et à *Sofina*, c'est-à-dire, aux sujets au profit desquels le Gouvernement belge prétend exercer sa protection diplomatique.

95. En ce qui concerne la tactique de *Barcelona Traction* et de son groupe, le *Contre-mémoire* espagnol a dûment montré qu'il y a eu, dans les procédures internes, trois phases bien distinctes, qui correspondent à autant de changements d'attitude.

La première va du 12 février 1948, date de la déclaration de faillite, jusqu'au 18 juin 1948, date du premier acte de procédure de *Barcelona Traction*. Ainsi qu'on l'a vu à nouveau dans la présente *Duplique*, c'est la phase d'inaction totale, où *Barcelona Traction* a laissé échoir le délai utile pour faire opposition au jugement de Reus.

La deuxième phase débute le 18 juin 1948 pour se poursuivre jusqu'à 1956. C'est le stade de l'activité la plus fiévreuse de la part d'un sujet qui a finalement pris conscience, bien que trop tard, des conséquences inéluctables de sa propre inaction. Mais, même à ce stade, des omissions de la part de *Barcelona Traction* ont été relevées par le *Contre-mémoire* (v. p. 627). La réponse donnée par la *Réplique* à ces allégations (N°s 835-842, pp. 606-609) laisse intacte la substance de l'argumentation du Gouvernement espagnol. Toutefois, pour ne pas répéter l'exposé concernant l'omission fondamentale de *Barcelona Traction* à l'égard du Cahier des charges, déjà mentionnée en détail lors de l'examen du

révision, car la Partie adverse feint d'oublier, et pour cause, que le recours en révision frappe toute manœuvre frauduleuse, selon la formule très claire de l'article 1796, N° 4. Cette formule a pour but de permettre la révision non seulement dans les cas caractérisés indiqués par les trois numéros précédents de l'article 1796, mais aussi, plus généralement, lorsqu'un élément de fraude a entraîné une décision judiciaire « de façon injuste et par des moyens illicites » (v. l'arrêt de la Cour Suprême du 23 mai 1964, *Contre-mémoire*, p. 623). Dans ces conditions, les arguments de la *Réplique* (N° 859, p. 622) ne portent pas, d'autant plus que la Partie adverse, encore une fois, affecte de ne pas vouloir imputer aux juges espagnols des intentions frauduleuses ou malhonnêtes, alors que le chapitre introductif de la même *Réplique* est émaillé d'accusations très graves quoique assurément inadmissibles. Quant au troisième moyen, le recours en doléance qui est visé par l'article 302 du Code de procédure civile et permet de faire constater des retards indus dans la procédure, c'est un moyen qu'un plaideur normal est censé utiliser s'il a vraiment l'intention de voir trancher rapidement son litige. Il s'agit de la voie de recours par excellence pour des retards de ce genre, et on voit mal comment *Barcelona Traction* et consorts peuvent échapper aux conséquences de sa non-utilisation, alors que les prétendus retards dans la procédure sont un leitmotiv des accusations belges. Pour cette raison, le Gouvernement espagnol estime devoir invoquer la non-utilisation dudit recours à un double titre (v. *Contre-mémoire*, p. 626), car il aurait pu influencer un recours en révision ultérieur, à supposer frauduleux le mobile du retard, et il aurait pu aboutir non seulement à une constatation judiciaire des faits, mais aussi, le cas échéant, à favoriser le déboulement plus rapide de la procédure.

En d'autres termes, il s'agit de voies de recours caractérisées et pertinentes soit que, en raison des circonstances de l'espèce, elles aient pu empêcher certains faits que la Partie adverse prétend illicites, soit que, par la voie de la révision, les prémisses d'une demande de *restitutio in integrum* devant les juridictions espagnoles aient pu se trouver définies.

fond de l'affaire aussi bien qu'en raison du caractère relativement secondaire des autres omissions qui entachent cette partie de la procédure. le Gouvernement espagnol répondra aux considérations de la *Réplique* dans une annexe jointe à la présente *Duplique*<sup>1</sup>. Ce qu'il suffit de souligner à nouveau ici, c'est, d'abord, que l'activité fiévreuse déployée à ce stade était désormais viciée par l'erreur initiale: le défaut d'opposition au jugement déclaratif de la faillite dans les délais avait permis à ce jugement d'acquiescer force de chose jugée. Ensuite, le Gouvernement espagnol se doit aussi d'attirer tout particulièrement l'attention de la Cour sur les négligences de *Barcelona Traction* à l'égard des décisions judiciaires approuvant le cahier des charges pour la vente aux enchères des biens de la société. Les négligences sont d'autant plus significatives, si l'on considère l'importance attribuée par la Partie adverse aux procédures internes ayant trait à la vente des biens de la société, tout en oubliant, bien entendu, que la vente des biens n'était que la conclusion logiquement nécessaire d'une procédure de faillite basée sur un jugement qui avait dûment acquis la force de la chose jugée (*supra*, Partie II, Ch. III, Sect. VIII, par. 3. C).

La troisième phase comporte, dès 1956, un retour à l'inaction de la première phase. Le Gouvernement belge maintient à cet égard, bien qu'il ne revienne plus sur cette question, dans la partie de la *Réplique* consacrée à l'exception, que *Barcelona Traction* et consorts auraient dû constater l'inutilité de leurs efforts dans ce qu'on a appelé le « blocage des recours ». Le Gouvernement espagnol, tout en repoussant la thèse du prétendu « blocage des recours » (*supra*, Partie II, Ch. III, Sect. VI), estime que l'inutilité des efforts de *Barcelona Traction* est due à la conduite de la société elle-même. Mais, et en tout état de cause, le Gouvernement espagnol se doit de souligner (v. *Contre-mémoire*, IV, p. 628) que toute suspension de recours a pris fin le 15 mai 1963 sans que cela ait aucunement modifié l'attitude passive des particuliers.

96. Le Gouvernement belge, pour sa part, ne pouvait, évidemment, contester l'inaction de *Barcelona Traction* dans la première phase. Il soutient, par contre, que le premier acte de procédure de *Barcelona Traction*, à savoir, l'acte du 18 juin 1948, ne serait pas tardif à cause des irrégularités qui, dit-on, auraient affecté la publication du jugement déclaratif de la faillite. Puisque ces allégations portent entièrement à faux, l'inaction de *Barcelona Traction* à ce stade de la procédure est acquise une fois de plus.

De même, il n'est pas nécessaire d'insister à nouveau, dans le cadre de la présente exception, sur l'appréciation de l'activité déployée par *Barcelona Traction* et consorts dès le 18 juin 1948 et jusqu'à 1956. Les arguments formulés par la Partie adverse à ce propos ont dûment été contrés dans la partie de la présente *Duplique* consacrée aux procédures internes en Espagne. Ainsi a-t-on confirmé que tous les efforts déployés à l'époque ne pouvaient effacer les conséquences nécessaires de l'inaction initiale et que, cela nonobstant, d'autres négligences ont caractérisé l'attitude du groupe.

Il y a, par contre, quelques précisions à donner en ce qui concerne l'inaction affectant la troisième phase, c'est-à-dire, l'inaction d'après 1956. D'après le Gouvernement belge, postérieurement au 4 janvier 1952, c'est-à-dire à la vente du patrimoine de *Barcelona Traction*, le dommage était « consolidé » et, par conséquent, tout recours devenait insuffisant (*Réplique*, V, N° 811, p. 595). De toute évidence, cet argument ne s'applique certes pas au recours en révision, car celui-ci, on l'a vu, aurait abouti à la *restitutio in integrum* (*supra*, N° 93). Mais au surplus, ce qu'il faut décidément rejeter, c'est l'idée même du dommage « consolidé ».

97. En insistant sur cette idée du dommage « consolidé », la Partie adverse oublie tout simplement que le droit ne connaît d'autres situations « consolidées » que celles découlant

<sup>1</sup> Voir *Annexe N° 200*.

des décisions de l'autorité judiciaire ayant acquis force de chose jugée. Et même des situations de ce genre peuvent être modifiées, lorsque la chose jugée est écartée à la suite d'une procédure en révision. Si la chose jugée n'existe pas ou bien si elle a été dûment écartée, le dommage n'est jamais « consolidé », en ce sens que la prétendue victime garde intact son droit à la réparation. Celle-ci peut, à son tour, prendre des formes différentes, et notamment celle de la *restitutio in integrum* ou de la réparation par équivalent.

Il y a ainsi une deuxième erreur qui entache l'argumentation de la Partie adverse. D'après elle, il semble que seule la *restitutio in integrum* aurait pu donner satisfaction à *Barcelona Traction* et consorts. Et pourtant, une telle prétention est arbitraire, car toute autre forme de réparation applicable en l'espèce aurait pu légalement remplacer la *restitutio in integrum*, à supposer que cette dernière soit devenue impossible à un moment donné.

98. Pour toutes ces raisons, le Gouvernement espagnol estime être pleinement en droit d'invoquer, dans le cadre de la présente exception, l'inaction de *Barcelona Traction* et consorts depuis 1956.

La « consolidation » de ce prétendu dommage ne pouvant résulter que de la chose jugée, il s'agit de voir quelle était, à cet égard, la situation en 1956. D'après le Gouvernement espagnol, il y a sans doute, à ce moment du moins, un élément qui conditionne les procédures internes. Cet élément est le jugement déclaratif de la faillite, qui a acquis force de chose jugée du fait que *Barcelona Traction* n'y a pas fait opposition. Mais si la Partie adverse prétend que le jugement de faillite n'a pas acquis force de chose jugée, et qu'aucune autre décision judiciaire n'a acquis pareil caractère, en raison de l'inaction des particuliers, il s'ensuit que la situation n'était pas « consolidée » en 1956. Si, par contre, il y a une situation « consolidée » du fait de l'existence de décisions judiciaires ayant acquis force de chose jugée, il ne faut pas oublier que c'est précisément l'inaction des particuliers qui est à l'origine de cette force de chose jugée.

Dans ces conditions, la présente exception couvre l'inaction des particuliers depuis 1956, en application stricte de la doctrine énoncée par la Cour dans l'*affaire Interhandel* (v. *Contre-mémoire*, p. 628).

99. Quant à *Sidro* et *Sofina*, le *Contre-mémoire* espagnol (pp. 629 et ss.) a fait remarquer que ces sociétés auraient pu exercer plusieurs recours, et notamment, en vertu de leur qualité d'obligataires, c'est-à-dire de créanciers du failli, attaquer directement le jugement déclaratif de la faillite par la voie caractérisée de l'opposition<sup>1</sup>.

Le Gouvernement belge, quant à lui, n'oppose à ceci qu'un seul argument. D'après lui,

« en vertu de la *no action clause* des emprunts obligataires, les obligataires n'avaient pas d'action distincte, l'action devant être exercée par le *trustee*, la *National Trust* » (*Réplique*, N° 844, p. 611).

Le Gouvernement belge ne conteste donc pas que, d'après la loi espagnole, *Sidro* et *Sofina* avaient titre pour exercer des recours, et notamment pour s'opposer à la déclaration de faillite, et ce en vertu de leur qualité d'obligataires. Selon la Partie adverse, c'est une clause contractuelle de renonciation au droit d'action, qui aurait amené *Sidro* et *Sofina* à ne pas tirer profit de leur qualité d'obligataires.

Ainsi, la thèse du Gouvernement belge revient à ceci: le Gouvernement défendeur oppose au Gouvernement demandeur la non-utilisation des recours internes par les

<sup>1</sup> Voir également, sur cette question, les considérations de droit qui ont été exposées *supra*, N° 28-31.



personnes protégées, mais ces dernières pourraient justifier leur inaction par le fait qu'elles auraient renoncé à leur droit d'action!

100. Du reste, il suffit, à titre subsidiaire, de se pencher sur le texte même de la *no action clause* (*Réplique*, Annexe N° 90), pour se convaincre que, toute réserve faite quant à sa validité d'après le droit espagnol, pareille clause n'interdisait, selon la traduction suggérée par la Partie adverse elle-même, que

« d'intenter un procès ou une procédure quelconque en vue d'une exécution ou d'une vente fondée sur le présent gage ou pour l'exécution des engagements fiduciaires (*trusts*) qui y sont prévus, ou pour le recouvrement de toute somme en principal ou intérêts représentée par les obligations » (*Réplique*, V, N° 494, p. 345).

Par conséquent, on voit mal pourquoi ladite clause aurait pu être interprétée comme interdisant aussi l'opposition au jugement déclaratif de faillite de *Barcelona Traction* que *Sidro* ou *Sofina* auraient pu introduire en leur qualité d'obligataires. Une telle opposition ne tend, de toute évidence, *ni* à l'exécution ou à une vente, *ni* à l'exécution des engagements fiduciaires, *ni* au recouvrement d'une somme.

Dans ces conditions, il est superflu de rappeler que la *no action clause* concrétisait en l'espèce une renonciation conventionnelle contenue dans un contrat conclu dans un pays tiers et avec un sujet ressortissant d'un pays tiers et qu'en tout état de cause cette même clause ne pouvait pas être invoquée devant les juridictions espagnoles<sup>1</sup>.

101. Ainsi que le *Contre-Mémoire*, IV, page 631, le faisait observer,

« Le cadre d'ensemble de la conduite des particuliers demeure ainsi fort décevant pour le Gouvernement belge. Qu'il s'agisse de *Barcelona Traction*, de *Sidro*, de *Sofina* ou de tout autre sujet ayant qualité pour agir d'après le droit espagnol, l'examen du fond de l'affaire et de la conduite des particuliers dans la procédure de faillite de *Barcelona Traction* revient toujours à une seule et même conclusion. Même en faisant abstraction du défaut d'opposition au jugement déclaratif de la faillite et de la non-utilisation du recours en révision, plusieurs titres justifient surabondamment l'exception de non-épuisement des recours internes soulevée par le Gouvernement espagnol. »

<sup>1</sup> Pour plus de détails sur les recours que *Sidro* et *Sofina* auraient pu utiliser, on renvoie au *Contre-mémoire*, pp. 629-631.

CHAPITRE II

## Défaut de qualité pour agir du Gouvernement belge dans l'Affaire Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd.

§ 1: *Considérations liminaires*

I. La question du défaut de qualité pour agir du Gouvernement belge dans la présente affaire était traitée dans le *Contre-mémoire* du Gouvernement espagnol au Chapitre VI, qui comportait trois sections.

Dans la première de ces sections, le Gouvernement espagnol soulignait, une fois de plus, que la demande belge, tout en prétendant se justifier sous l'apparence d'une action intentée pour la protection des prétendus « actionnaires » ou « intérêts » belges dans la *Barcelona Traction*, société de nationalité canadienne, n'est en réalité qu'une protection déguisée de la société elle-même: d'où l'irrecevabilité de la demande belge pour défaut de caractère national de la réclamation.

La deuxième section était consacrée à montrer que le Gouvernement belge n'a nullement fourni la preuve, à laquelle il était tenu, de l'existence, dans les proportions prépondérantes qu'il allègue et aux dates critiques, de ces « actionnaires belges de la *Barcelona Traction* » ou de ces « intérêts belges dans la *Barcelona Traction* » dont il prétend qu'ils sont l'unique objet de sa protection et pour lesquels il présente une demande en réparation. Au surplus, le Gouvernement espagnol a clairement démontré que les arguments présentés par le Gouvernement belge à titre de preuve ou, plutôt pour tenir lieu de preuve, ne résisteraient certes pas à une analyse critique attentive: d'où une raison de plus pour qu'il soit inadmissible que le Gouvernement belge s'arroge la qualité pour agir dans la présente affaire.

Dans la troisième section, enfin, le Gouvernement espagnol reprenait une fois encore le problème en se plaçant, une fois de plus, dans l'optique qui aurait la préférence du Gouvernement belge. Il soulignait que, pour ce faire, il était nécessaire d'admettre, au préalable, toute une série d'hypothèses, dont notamment celles-ci: que le Gouvernement belge aurait réussi à fournir une preuve valable de l'existence, aux dates critiques et dans les proportions voulues, des prétendus « actionnaires » ou « intérêts » belges; et qu'il serait parvenu à faire accepter sa version selon laquelle sa demande aurait réellement pour objet la protection de ces « actionnaires » et de ces « intérêts » et ne serait donc pas une protection déguisée de la *Barcelona Traction* elle-même. Le Gouvernement espagnol pense avoir clairement démontré que, même si ces hypothèses théoriques n'étaient pas, comme

elles le sont, contredites par la réalité, les principes généraux du droit international régissant la matière, confirmés par la pratique, ne permettraient pas que la Belgique puisse présenter une réclamation pour des « actionnaires » ou des « intérêts » belges à la suite d'une lésion, prétendument illicite, causée non pas à leurs droits à eux, mais seulement à ceux d'une société canadienne. D'où la confirmation finale du défaut de qualité pour agir du Gouvernement belge dans la présente affaire.

2. Le Gouvernement belge, dans sa *Réplique*, croit pouvoir écarter en quelques paragraphes, qui ne contiennent aucune réponse valable, toute l'argumentation développée par le Gouvernement espagnol dans la Section I. Entraîné par sa fantaisie, il en arrive à se donner l'illusion que la Cour se serait « déjà prononcée sur ce point » et aurait « fait justice de la tentative espagnole ».

La question que se pose la Cour, dans son Arrêt du 24 juillet 1964<sup>1</sup>, à propos de la troisième exception préliminaire du Gouvernement espagnol, consiste en premier lieu à savoir « si le droit international reconnaît aux actionnaires d'une société, en cas de préjudice causé à cette société par un Gouvernement étranger, un droit ou un intérêt distincts et indépendants ». Il suffit de lire cette formulation de la question — que la Cour ne fait que poser sans la résoudre — pour en déduire qu'en cas de réponse négative, soit sur un plan général, soit par rapport aux circonstances du cas d'espèce, la réclamation belge, en dépit de ses apparences, doit être regardée comme faisant valoir non pas des droits des actionnaires mais des droits de la société. L'aspect du problème illustré par le Gouvernement espagnol à la Section I du Chapitre VI du *Contre-Mémoire* est donc au cœur même de la question, telle qu'elle est définie par la Cour.

Les quelques considérations hâtives que le Gouvernement belge consacre à cet aspect ne font — on le verra — que confirmer une fois de plus le bien-fondé de la position espagnole à cet égard. Aussi le Gouvernement espagnol tient-il avant tout à confirmer, point par point, tout ce qu'il a exposé et qui, au dire de son adversaire, occuperait « bien inutilement » quatorze pages du *Contre-mémoire*.

Toutefois, finalement, ce premier aspect de la question est intimement lié aux points traités à la Section III du Chapitre VI du *Contre-mémoire*, consacrée à la question de l'admissibilité dans le cas d'espèce d'une protection diplomatique des soi-disant « actionnaires » ou « intérêts » belges. C'est pourquoi le Gouvernement espagnol, soucieux aussi d'éviter certaines répétitions, inévitables autrement, en traitera ici en même temps qu'il examinera cette question et comme conclusion à cet examen. On verra alors si, à la suite des derniers « affinements » de la thèse belge, cet aspect du problème est vraiment devenu négligeable, comme le voudrait le Gouvernement belge, ou si, au contraire, il ressort avec plus d'évidence encore.

Par contre, il faut évidemment traiter de l'absence de preuve de l'existence des prétendus « actionnaires » ou « intérêts » belges à titre préliminaire, avant d'aborder toute question relative à la prétention du Gouvernement belge d'avoir qualité pour agir dans l'affaire *Barcelona Traction* en tant que protecteur desdits « actionnaires » ou « intérêts ». C'est pourquoi le Gouvernement espagnol, à la différence de ce qu'a fait le Gouvernement belge, ne pourra que continuer à en parler avant de traiter de la question de l'admissibilité en droit d'une quelconque action du Gouvernement belge dans le cas d'espèce.

<sup>1</sup> *Recueil*, 1964, p. 42.

Toutes les prétentions formulées par le Gouvernement belge tombent automatiquement si, comme le Gouvernement espagnol l'a bien mis en évidence le Gouvernement belge a définitivement manqué à l'obligation qu'on n'a cessé de lui rappeler, celle d'établir sur des bases sûres la preuve indispensable de la présence réelle d'intérêts belges, et ce dans les proportions impressionnantes qu'il avance pour étayer son titre à intervenir dans l'affaire. Ce n'est donc, encore et toujours, qu'à condition de « cumuler hypothèse sur hypothèse »<sup>1</sup> que l'on pourrait examiner comment se serait présenté et comment aurait dû être résolu le problème de la qualité pour agir du Gouvernement belge, en tant que prétendu protecteur d'intérêts belges, si la preuve de l'existence de ces intérêts et de leur importance prépondérante avait été dûment établie par ce Gouvernement.

Le Gouvernement belge n'apprécie guère qu'on lui fasse constater cette situation, pourtant incontestable. Il préfère se dérober à tout commentaire à propos du « caractère purement hypothétique » de l'examen de la question de l'admissibilité d'une protection diplomatique des soi-disant « actionnaires » ou « intérêts » belges par rapport au cas d'espèce<sup>2</sup>. Il n'empêche que les faits sont là et que cette dérobade est une preuve de plus — si besoin en était — de l'exactitude et de l'effet percutant de la remarque du Gouvernement espagnol.

Par conséquent, donc, le présent chapitre comprendra deux sections, dont la première consacrée à la question du défaut de preuve par le Gouvernement belge de l'existence réelle des prétendus « actionnaires » ou « intérêts » belges; et la deuxième à la question de l'inadmissibilité d'une action du Gouvernement belge dans le cas d'espèce, soit que l'on accepte de voir en lui le protecteur de ces soi-disant « actionnaires » ou « intérêts », soit qu'on le considère, de façon plus réaliste, comme étant en fait le protecteur de *Barcelona Traction* elle-même.

---

<sup>1</sup> *Contre-mémoire*, IV, p. 712. Voir déjà *Exceptions préliminaires*, I, pp. 229 et ss.; *Procédure orale*, II, pp. 228 et ss.; III, pp. 845 et ss.

<sup>2</sup> *Réplique*, V, p. 636.

## SECTION I

LE DÉFAUT DE PREUVE DE L'EXISTENCE  
DES PRÉTENDUS « ACTIONNAIRES » OU « INTERÊTS » BELGES

1. Dès les débuts de la présente affaire le Gouvernement espagnol n'a cessé de représenter au Gouvernement belge que, même si, par un coup de baguette magique, celui-ci avait pu transformer en réalité dûment prouvée ses prétentions touchant la « participation » belge dans *Barcelona Traction*, il n'aurait, pour autant rien pu changer au fait qu'il est absolument sans qualité pour agir en l'espèce.

En même temps, toutefois, le Gouvernement espagnol n'a pas manqué de souligner la gravité, non seulement d'un point de vue juridique, mais aussi d'un point de vue moral, du fait que le Gouvernement belge ne se soit pas senti tenu au moins de soumettre des preuves complètes et irréfutables de l'existence et de la portée exacte de cette prétendue « participation » belge dans *Barcelona Traction*; qu'il ne se soit pas rendu compte que la réalité des prétendus intérêts doit être prouvée par le Gouvernement demandeur *sur tous les points*, et ce comme condition préalable à toute discussion à propos de la qualité pour agir au titre de leur protection.

On sait quelle est, sur l'ensemble du problème, la position de la Partie adverse. Elle affirme que l'actionnaire majoritaire de la société canadienne *Barcelona Traction* serait la société de statut belge *Sidro* et qu'à cette dernière s'ajouteraient, pour une partie des actions au porteur, d'autres actionnaires belges non identifiés; elle soutient que le fait que les actions nominatives de *Barcelona Traction* se trouvaient être inscrites, aux dates critiques, au nom de ressortissants américains dans le registre des actionnaires de la société ne fait pas obstacle à la reconnaissance à *Sidro* de la qualité d'« actionnaire »; elle soutient encore que 75,44% du capital-actions de *Sidro* appartiendrait à des ressortissants belges, dont surtout une autre société de statut belge. *Sofina*, véritable propriétaire et, en dernière analyse, détenant le contrôle de toute l'affaire; elle prétend, enfin, que la participation de l'« épargne belge » dans *Sofina* correspondrait à 81,69%, et que ces pourcentages et leurs prétendues bases de calcul ne seraient d'ailleurs mentionnés que *ad abundantiam*, le Gouvernement belge ne s'estimant tenu de fournir aucune preuve à cet égard.

Ce faisant, le Gouvernement belge oublie plusieurs choses. En premier lieu, il oublie tout simplement d'expliquer par quel tour de passe-passe une « participation » belge qui, même sur la base des chiffres fantastiques fournis par lui, se réduit progressivement, en suivant la filière, à 54,22%, pourrait lui donner le droit d'avancer une prétention à 88% du patrimoine de *Barcelona Traction*, avec une prime de 33,78%.

En deuxième lieu, il oublie que, lorsqu'un Etat veut prendre fait et cause pour des nationaux en tant qu'« actionnaires » d'une société déterminée, et qu'à cette fin il veut

*s'aventurer sur un terrain aussi peu sûr que celui des détenteurs d'actions au porteur, il doit du moins assumer le fardeau de la preuve et démontrer d'une manière indiscutable l'existence de ces « nationaux actionnaires » et le fait que les actions en question ont été en leurs mains aux dates critiques et y sont restées pendant toute la période intermédiaire. Il n'est certainement pas possible de se baser, dans une telle matière, sur de simples présomptions, plus ou moins vraisemblables d'ailleurs.*

En troisième lieu, le Gouvernement belge oublie que ce qu'il devrait prouver, pour pouvoir assumer la protection d'une personne physique ou morale de sa nationalité en tant qu'« actionnaire » d'une société donnée, c'est qu'aux dates critiques la personne en question était juridiquement « actionnaire » de cette société. Il ne suffit pas qu'il prouve que cette personne avait, à l'égard de certaines actions, des intérêts ou même des droits de nature économique, mais ne donnant pas titre à s'attribuer la qualité d'« actionnaire ».

En quatrième lieu enfin, il oublie qu'il n'est pas loisible au Gouvernement demandeur de limiter à sa discrétion la soumission des preuves; ni de prétendre que, tout en ayant pleinement le droit de rejeter l'écran de la personnalité morale d'une société de statut canadien pour retrouver derrière une « réalité économique » non canadienne représentée par la présence d'intérêts belges, il n'aurait par contre pas l'obligation — au cas où ces intérêts seraient ceux de sociétés de statut belge — de rejeter également l'écran de leur personnalité morale et de prouver que, derrière cet écran, il y a vraiment une « réalité économique » belge.

En ce qui concerne la valeur et la portée des « preuves » soumises par la Partie adverse, le Gouvernement espagnol avait déjà remarqué qu'à cet égard — comme à d'autres d'ailleurs — elle a fait preuve « d'une désinvolture peu usuelle dans l'histoire du procès international »<sup>1</sup>.

Cette accusation ayant été jugée « risible » par la Partie adverse<sup>2</sup>, le Gouvernement espagnol n'a pas manqué d'examiner avec soin la dernière pièce belge, sûr d'y trouver enfin cette preuve décisive qui a fait défaut jusqu'ici. Mais son attente a été déçue. Le *Gouvernement belge s'est borné, la plupart du temps, à reprendre de vieux arguments déjà définitivement réfutés, en y ajoutant quelques compléments qui ne résistent pas davantage à une analyse critique. Ce que l'on pourrait qualifier de « risible » — pour autant que pareil adjectif soit approprié s'agissant d'une carence aussi grave — c'est que le Gouvernement demandeur puisse croire avoir fourni la preuve du « caractère belge » de la présente affaire.*

Il est surprenant, en effet, qu'un Gouvernement puisse avoir fait siennes les prétentions de particuliers qui ont eu recours à sa protection et ce faisant, ont pu aller jusqu'à provoquer un procès devant la Cour internationale de Justice contre un Gouvernement ami, sans exiger que lesdits particuliers lui fournissent au préalable une preuve en tous points sûre du bien-fondé de leurs prétentions. Il est incroyable qu'après avoir essayé par tous les moyens de se soustraire aux conséquences d'une application correcte des principes de droit en faisant appel aux « réalités économiques » cachées derrière les entités juridiques, l'on se croie dispensé de l'obligation de démontrer au moins, et d'une manière incontes-

<sup>1</sup> *Contre-mémoire*, IV, p. 653.

<sup>2</sup> *Réplique*, V, p. 693.

table, l'existence de ces soi-disant réalités. Et il est surtout remarquable qu'après avoir déversé, au cours de ce procès, des fleuves d'éloquence pour émouvoir ses auditeurs sur le sort malheureux de l'épargne belge, recueillie et canalisée vers *Barcelona Traction* par des sociétés de statut belge, un Gouvernement ait pu accepter que ces sociétés se déroberent, par une pirouette, à l'obligation de démontrer en tous points la réalité de cette « épargne belge », et qu'il ait avancé cet argument inouï selon lequel, si le Gouvernement espagnol n'était pas convaincu, il n'aurait qu'à prouver lui-même le contraire.

Dans ces conditions, le Gouvernement espagnol est contraint de reprendre les lignes générales de son argumentation, pour contrer, avant tout, les considérations de la *Réplique* sur les prétendus « actionnaires » belges de *Barcelona Traction*, et pour en revenir ensuite au problème capital de la « réalité » des prétendus « intérêts » belges. Il montrera par là, de nouveau, combien la position du Gouvernement belge est fautive, selon la logique même du système qui a inspiré les efforts de ce Gouvernement pour justifier, d'une quelconque façon, sa présence dans une affaire qui ne le concerne nullement.

#### § 1: LES ACTIONS AU PORTEUR DE BARCELONA TRACTION

##### A. Actions que le Gouvernement belge attribue à des actionnaires « belges » autres que Sidro: situation au 12 février 1948

2. Le Gouvernement belge n'a toujours pu trouver qu'un argument sur ce point, à l'appui de ses prétentions: le fait que l'Institut belgo-luxembourgeois du change (I.B.L.C.), chargé de la procédure de « certification » exigée par la législation belge pour toute opération sur des titres étrangers, aurait vérifié, entre le 21 octobre 1946 et le 1<sup>er</sup> juin 1954, l'appartenance à des propriétaires belges d'un total de 244.886 actions au porteur *Barcelona Traction*, dont 54 seulement auraient appartenu à *Sidro*<sup>1</sup>.

Pour sa part, le Gouvernement espagnol a constamment soutenu que la lettre de l'I.B.L.C. concernant les opérations ci-dessus indiquées ne saurait constituer une preuve valable des allégations de la Partie adverse. Le Gouvernement espagnol a notamment souligné:

a) que, même à supposer que la certification des titres étrangers en Belgique se soit déroulée comme l'indique la Partie adverse, cette procédure aurait eu lieu à partir du 21 octobre 1946 pour se poursuivre jusqu'au 1<sup>er</sup> juin 1954; que, dès lors, rien ne prouve qu'une partie même importante des titres n'ait été certifiée *après* le 12 février 1948, date de la déclaration de faillite et, surtout, que ces titres n'aient été achetés pour la première fois par des Belges, par n'importe quelle procédure et sur n'importe quelle place, *après* la date indiquée;

b) qu'en tout état de cause, la certification prévue par la législation belge à l'époque n'était exigée que pour effectuer des opérations sur les titres et notamment pour les vendre et que, dès lors, l'on ne pourrait certes pas invoquer comme présomption de propriété belge en février 1948 une opération requise pour la négociation de ces mêmes titres, si cette opération avait été effectuée en 1946 ou 1947.

<sup>1</sup> *Mémoire*, 1962, *Annexe 7*, pp. 64 et ss.

3. En ce qui concerne le premier point, le Gouvernement belge se retranche derrière l'affirmation de l'I.B.L.C., réitérée dans une nouvelle lettre <sup>1</sup>, et d'après laquelle, dans ses opérations, l'Institut aurait vérifié la preuve de la « bonne propriété » belge ininterrompue depuis une date antérieure au 4 septembre 1939. Et le Gouvernement belge d'en déduire que cette preuve serait donc acquise aussi pour les titres certifiés après le 12 février 1948.

Or, ce que le Gouvernement espagnol met précisément en doute, c'est la portée que la Partie adverse voudrait attribuer à cette « vérification de la preuve de la bonne propriété » effectuée par l'I.B.L.C. Tout d'abord, il ne faut pas oublier que les actions dont il est question ici étaient des actions *au porteur* et, partant, des actions dont il est pratiquement impossible de suivre et de vérifier les transferts; il ne faut pas oublier non plus que le but de la procédure de certification était de « libérer » les titres étrangers qui s'y trouvaient soumis. Comment exclure, par exemple, surtout dans la période de l'après-guerre, que des prête-noms belges aient « aidé » d'une manière ou d'une autre à atteindre ce but? Mais surtout il est à noter que la procédure de certification avait été édictée pour servir « dans tous les cas où des conventions et accords conclus entre la Belgique et les pays étrangers en vue de la libération des avoirs belges à l'étranger prescrivent l'accomplissement de ces formalités » <sup>2</sup>. La vérification prévue par ladite procédure était une vérification, selon les termes mêmes de la lettre de l'I.B.L.C. du 19 février 1959, « de la bonne propriété » depuis une date antérieure au 4 septembre 1939 et de la nationalité du requérant. Sa raison d'être était la nécessité de donner à des pays étrangers une satisfaction raisonnable quant à la propriété *non-ennemie* des actions étrangères certifiées en Belgique. Or, il est évident qu'un ressortissant belge qui présentait ses titres pour la certification, en 1953 ou 1954, devait donner la preuve de la « bonne propriété », et non de la propriété belge, dès avant 1939. Si, par exemple, il avait acheté les actions d'un propriétaire français qui pouvait démontrer les avoir possédées déjà avant la guerre, la preuve requise était fournie. On peut donc accepter l'assertion que les 244.886 actions recensées par l'I.B.L.C. appartenaient au moment du recensement à des propriétaires belges; mais l'on ne saurait en déduire qu'il en ait été ainsi à une date antérieure et l'on ne peut accepter sans quelque réserve l'assertion toute nouvelle, qui figure à la fin de la lettre du 8 mars 1967, selon laquelle les actions qui auraient été recensées comme belges et certifiées après le 12 février 1948 auraient été nécessairement propriété belge à cette date.

4. Quant au deuxième point, le Gouvernement belge croit avoir montré qu'il serait « audacieux » de supposer que la plupart au moins des titres certifiés en 1946 et 1947 ont été vendus avant février 1948. Il observe que la certification n'était pas requise seulement pour la vente des titres, que la négociation en Bourse n'avait été autorisée qu'à partir du 1<sup>er</sup> juin 1947 et à la condition que les parties fussent l'une et l'autre « regnicoles ou résidents » et que, en tout état de cause, il était « peu avantageux, pour un Belge, de faire vendre ses titres *Barcelona Traction* à des étrangers » <sup>3</sup>.

Le premier argument, en l'espèce, ne manque pas d'humour. Sans doute, et le Gouvernement espagnol l'a reconnu lui-même, la certification était-elle nécessaire non seulement pour vendre les titres, mais aussi pour encaisser les dividendes <sup>4</sup>. Mais il n'en

---

<sup>1</sup> Réplique, *Annexe* 129, par. II.

<sup>2</sup> Réplique, V, p. 728.

<sup>3</sup> Réplique, p. 729.

<sup>4</sup> Contre-mémoire, IV, p. 655.



est pas moins certain que *Barcelona Traction* ne distribuait plus de dividendes depuis bien des années et que rien, absolument rien, ne laissait prévoir une reprise des dividendes dans un avenir plus ou moins rapproché, surtout si l'on considère que la faillite de la société est survenue seize mois à peine après le début des opérations de certification. Pourquoi, dans ces conditions, des actionnaires, qui n'étaient tenus de solliciter la certification que s'ils voulaient vendre les titres ou en toucher le dividende, auraient-ils décidé de se soumettre à la procédure complexe prévue, et ce non pas en vue d'une vente mais seulement de la perception de dividendes inexistants? <sup>1</sup>

Quant à l'argument tiré de l'avantage limité qu'au dire de la Partie adverse des Belges auraient eu à vendre les titres *Barcelona Traction* à des étrangers, il est, si possible, encore moins convaincant. On ne voit vraiment pas pourquoi il aurait dû être plus avantageux de vendre des titres *Barcelona Traction* à des Belges plutôt qu'à des étrangers, alors que justement en vendant à l'étranger ces titres d'une valeur et d'une rentabilité douteuses on pouvait en affecter le produit à l'achat, dans la monnaie de l'opération, d'autres titres étrangers à tous points de vue beaucoup plus solides. En fait, une telle opération aurait été à la fois avantageuse et légitime d'après les règlements en vigueur à l'époque en Belgique, ainsi que la Partie adverse le reconnaît elle-même <sup>2</sup>. Au surplus, le Gouvernement demandeur a dû admettre non seulement que des titres étrangers auraient pu être vendus à la bourse de Bruxelles à des étrangers résidents, mais aussi que les restrictions prévues n'affectaient que la négociation *en bourse*, alors que personne n'ignore qu'une partie seulement des transactions sur titres, et surtout sur titres au porteur, passent par l'intermédiaire de la bourse <sup>3</sup>.

5. La conclusion que le Gouvernement espagnol avait énoncée dans son *Contre-mémoire* sur ce point n'a donc été affectée en rien par la *Réplique*. Aucune preuve valable des assertions du Gouvernement belge n'a été fournie: aucune preuve en particulier que les actions *Barcelona Traction* certifiées entre 1946 et 1954 comme appartenant à des Belges, aient été la propriété de Belges au 12 février 1948.

Il est d'ailleurs caractéristique que, de tous ses « raisonnements », le Gouvernement belge n'ait été capable de tirer que cette seule conclusion: « il est raisonnable d'admettre que le nombre de titres appartenant à des Belges à l'époque de la faillite était au moins de 244 886 ».

<sup>1</sup> Au surplus, l'actionnaire qui avait recours à la procédure de certification, dévoilait officiellement, en premier lieu au fisc, l'existence des actions lui appartenant. Il est donc évident que, sans intention de se défaire des titres, aucun propriétaire d'actions *Barcelona Traction* ne pouvait songer à les faire certifier.

<sup>2</sup> *Réplique*, V, p. 729.

<sup>3</sup> La Partie adverse a affirmé que 54 des actions certifiées auraient appartenu à *Sidro*. A ce propos, la *Réplique* reproche au Gouvernement espagnol d'avoir affirmé, à la page 654, note 3 du *Contre-mémoire*, qu'une telle assertion ne s'appuie sur aucune preuve (*Réplique*, p. 729 *in fine*). La Partie adverse s'est manifestement trompée sur le sens et la portée de la note du *Contre-mémoire*. Ce que le Gouvernement espagnol a voulu souligner dans la note précitée, c'est qu'aucune preuve n'a été fournie quant à l'identification des propriétaires « belges » autres que *Sidro* que l'on prétend détenteurs de 244.832 actions *Barcelona Traction*, auxquelles il faut ajouter, toujours selon la Partie adverse, les 54 actions qui auraient appartenu à *Sidro*. Ainsi qu'on le soulignait dans la note citée, « il est possible de n'attribuer à ce point particulier qu'une importance très relative », parce que les autres arguments suffisent pour réduire à néant les allégations du Gouvernement demandeur. Ces précisions faites, il s'ensuit que la contradiction que la *Réplique* prétend voir entre la note en question et l'argument tiré, à la page 661 du *Contre-mémoire*, des 54 actions attribuées à *Sidro*, n'existe que dans l'imagination de la Partie adverse.

Le Gouvernement belge semble avoir une idée toute personnelle de ce que sont une preuve et l'obligation de la fournir. Lorsqu'un Gouvernement prend la responsabilité d'une mesure aussi sérieuse que l'introduction, auprès de l'instance internationale suprême, d'une demande en vue de la réparation d'un prétendu préjudice causé à des nationaux en violation d'une obligation internationale, son premier devoir est de produire la liste détaillée, reposant sur des preuves, des nationaux qui auraient été indûment affectés par des mesures prises par l'Etat défendeur. Or, en l'espèce, non seulement leur identité n'a pas été établie, mais même leur nombre est évalué non pas sur la base de données sûres et objectives, mais en fonction de ce qu'il semble « raisonnable d'admettre » de l'avis du demandeur lui-même.

*B. Actions que le Gouvernement belge attribue à des actionnaires  
autres que Sidro: situation au 14 juin 1962*

6. Le manque de sérieux de la Partie adverse, lorsqu'il s'agit de fournir des documents à l'appui de ses prétentions, ressort d'une manière encore plus frappante à propos de la situation au 14 juin 1962. Cette fois-ci, c'est une estimation globale qu'elle a proposée et qu'elle continue de proposer pour les « actionnaires belges autres que Sidro »: on devrait admettre que *grosso modo* 200 000 actions au porteur *Barcelona Traction*, sur les 326 544 existant au 14 juin 1962, auraient appartenu à de tels actionnaires.

A ce propos, dans les pièces précédentes de la procédure écrite, le Gouvernement belge s'était borné, 1<sup>o</sup> à faire état d'une lettre de Baring Bros. and Co. affirmant que pendant l'été 1962 les transactions à la bourse de Londres auraient été très limitées<sup>1</sup>; 2<sup>o</sup> à soutenir, sans aucune pièce à l'appui, qu'à la même époque les transactions auraient aussi été peu nombreuses sur le marché de Paris; 3<sup>o</sup> à indiquer que, par contre, le marché de Bruxelles aurait été, toujours à l'époque, très actif; et finalement, 4<sup>o</sup> à affirmer — faute de mieux — que la preuve quant à la situation existant en 1962 pouvait être rattachée à celle de la situation existant en 1948.

A l'égard de cette série d'assertions, dont le trait commun était de ne pas même apporter un commencement de preuve à l'appui de ce qu'elles prétendent démontrer, le Gouvernement espagnol faisait observer:

1<sup>o</sup> qu'en ce qui concerne la bourse de Londres, les données soumises par la Partie adverse ne concernaient que l'été 1962, lorsque le nombre des actions au porteur avait diminué par rapport à celui des actions nominatives; tandis que rien n'était indiqué quant aux transactions des années précédentes, qui pouvaient bien avoir été beaucoup plus nombreuses;

2<sup>o</sup> qu'en ce qui concerne la place de Paris, aucun document n'avait été produit et, au surplus, il était dépourvu d'intérêt de faire des considérations relatives à la période restreinte comprise entre août 1961 et juillet 1962, période où, compte tenu de la situation de la société, il était normal que le volume des transactions soit relativement limité;

---

<sup>1</sup> *Annexes au Mémoire*, 1962, N<sup>o</sup> 14, appendice 3, pp. 124 et ss.

3° qu'en ce qui concerne la bourse de Bruxelles, un nombre plus élevé d'opérations était compréhensible à l'époque, en raison des négociations en cours avec le groupe March et en raison des spéculations prévisibles;

4° que, finalement, le fait même d'essayer de « prouver » la situation prétendument existante en 1962 en se rattachant aux affirmations faites à propos de la situation prétendument existante en 1948 montre combien le Gouvernement demandeur a été lui-même conscient de la faiblesse de ses « considérations » concernant la situation qu'il aimerait pouvoir invoquer en 1962. Au surplus, le Gouvernement espagnol faisait remarquer que la Partie adverse n'avait même pas essayé de fournir une preuve quelconque de la continuité de la propriété belge des actions entre le moment du prétendu préjudice et le moment de l'introduction de l'instance, *continuité* qui est pourtant clairement exigée par le droit international comme condition de la recevabilité d'une réclamation. En dernier lieu, le *Gouvernement espagnol se déclarait d'accord avec la Partie adverse pour reconnaître l'extrême difficulté de fournir une preuve sûre de la propriété d'actions au porteur largement disséminées parmi le public. Mais une telle difficulté, observait-il, n'est qu'une raison de plus qui milite, en général, contre l'idée même d'une protection diplomatique d'« actionnaires »*; elle n'est certainement pas une excuse qui puisse exempter l'Etat demandeur de l'obligation de fournir la preuve requise lorsqu'il a la témérité d'introduire une réclamation en faveur de ces prétendus « actionnaires » qu'il ne parvient pas lui-même à retrouver <sup>1</sup>.

7. La *Réplique* ne contient aucune considération supplémentaire qui ne puisse être aisément réfutée. En ce qui concerne, d'abord, les transactions boursières sur le marché de Londres, la Partie adverse se borne à renvoyer tout simplement aux données déjà produites dans les autres pièces de la procédure écrite. Il suffit donc ici que le Gouvernement espagnol prenne acte du fait que ses observations <sup>2</sup> n'ont aucunement été contestées.

Quant à la bourse de Paris, la Partie adverse produit, cette fois-ci, une lettre de la Compagnie des agents de change de Paris du 24 janvier 1967 <sup>3</sup> et indique, dans le texte de la *Réplique*, que d'après cette lettre les actions au porteur *Barcelona Traction* n'auraient été traitées qu'au cours de 8 séances entre le 1<sup>er</sup> août et le 29 décembre 1961, pour être, après avoir été rayées de la cote le 31 décembre 1961, traitées 24 fois hors cote entre le 2 janvier et le 31 juillet 1962. Aucun commentaire n'est fait à ce sujet dans la *Réplique*, mais la lettre précitée appelle cependant quelques remarques. Tout d'abord, l'on doit observer une fois de plus qu'il est parfaitement inutile de se reporter, comme prétendue preuve de la permanence d'une situation entre 1948 et 1962, à une petite période finale de

<sup>1</sup> *Contre-mémoire*, IV, pp. 655 et ss.

<sup>2</sup> V. *Contre-mémoire*, p. 656. En renvoyant à l'*annexe 14 au Mémoire*, la Partie adverse a cru bon d'invoquer à nouveau deux documents concernant, respectivement, la situation à la bourse de Toronto (*Annexe 14*, appendice 1) et sur le marché de New York (appendice 2). Mais le premier document se borne à affirmer que les capitalistes canadiens n'aimeraient pas tellement les actions au porteur, ce qui ne prouve absolument rien, ni en ce qui concerne la situation réelle des transactions concernant les titres au porteur de *Barcelona Traction* sur cette place, ni en ce qui concerne les préférences de capitalistes ayant une nationalité autre que celle du Canada. Quant à l'affidavit de M. Moxley concernant le marché de New York, celui-ci affirme que les bourses de cette ville refuseraient « actuellement » de coter des actions au porteur; encore faut-il souligner, à ce propos, que ces données ne concernent que les transactions passant par l'intermédiaire de la bourse.

<sup>3</sup> *Annexes à la Réplique*, N° 131, p. 757.

quelques mois, qui était, de plus, marquée par des événements susceptibles d'influencer les détenteurs de titres *Barcelona Traction* dans un sens contraire à toute vente. En deuxième lieu, il est aisé de constater, en comparant la lettre précitée avec l'attestation de la Commission de la bourse de Bruxelles du 13 janvier 1967<sup>1</sup> que la fluctuation des cours a été proportionnellement moins sensible à la bourse de Paris qu'à la bourse de Bruxelles, ce qui montre que, même à ce moment particulier, des achats ont dû intervenir pour empêcher que les offres de vente ne provoquent une baisse ultérieure du cours. En troisième lieu, enfin, la Compagnie des agents de change de Paris déclare formellement ne pas pouvoir donner suite à la requête concernant la quantité des titres échangés, n'ayant « ... trouvé aucun document statistique concernant le nombre de titres traités dans les archives de la Chambre des Courtiers ». Par conséquent, il est constant, et d'une façon irréfutable, que la Partie adverse n'est pas en mesure de fournir la moindre preuve à cet égard. La documentation produite par la Partie adverse prouve donc que des titres ont bien été négociés à la bourse de Paris, en cote ou hors cote, mais personne n'est en mesure de préciser si 100 ou 100.000 titres ont changé de propriétaire. Et pourtant la Partie adverse a bien saisi l'importance capitale de ce point, car elle n'avait pas manqué de solliciter expressément des données à ce sujet auprès de la Compagnie des agents de change de Paris<sup>2</sup>.

8. Pour la Bourse de Bruxelles, la Partie adverse fait état d'une déclaration<sup>3</sup> attestant que 44.264 titres y ont été traités pendant 199 séances allant du 1<sup>er</sup> août 1961 au 31 juillet 1962. Cela suffit au Gouvernement belge pour reprendre son *leit-motiv* favori et pour en conclure qu'il serait loisible « de présumer que les 244.886 actions au porteur ... qui appartenaient à des Belges autres que *Sidro* en 1948 étaient restées en Belgique en 1962 », tout en concédant que, « ... comme *Sidro* a, par ses achats et ses ventes sur le marché belge, accru sa participation de 20.349 actions entre 1948 et 1962, le nombre d'actions aux mains d'actionnaires belges autres que *Sidro* devait être réduit, et c'est ainsi que le Gouvernement belge est arrivé à estimer ce nombre à 200.000 au moins »<sup>4</sup>.

Deux considérations s'imposent ici. A s'en tenir à l'attestation de la Commission de la Bourse de Bruxelles, rien moins que 44.263 titres au porteur auraient changé de mains pendant douze mois, en 1961-1962. De l'aveu de la Partie adverse elle-même, aucun de ces titres n'aurait été acheté par *Sidro*, parce que, dit-on, la dernière transaction de *Sidro* sur des titres *Barcelona Traction* « eut lieu le 27 juin 1957 »<sup>5</sup>. La seule conclusion que l'on peut tirer de l'attestation concernant les 44.264 titres échangés en 1961-1962 est donc négative : aucune preuve n'est apportée que tout ou partie de ces 44.264 titres ait été acheté par des Belges<sup>6</sup>.

En deuxième lieu, il y a le fait que le nombre des titres au porteur traités en 1961-1962 est, dit-on, élevé. Mais bien des années se sont écoulées entre 1948 et 1961. Si l'on juge

<sup>1</sup> *Annexes à la Réplique*, N° 132, p. 758.

<sup>2</sup> *V. Ibid.*, in fine.

<sup>3</sup> *Annexes à la Réplique*, N° 132, *op. cit.*

<sup>4</sup> *Réplique*, V, pp. 730 et ss.

<sup>5</sup> *Réplique*, p. 731; *Annexes à la Réplique*, N° 128, p. 750.

<sup>6</sup> Il est hors de doute, en effet, qu'en 1961-1962 la spéculation sur les titres *Barcelona Traction*, même intéressant des étrangers, ne pouvait guère être concentrée que sur la place de Bruxelles.

Le Gouvernement espagnol avait aussi fait remarquer, dans le *Contre-mémoire* (p. 656), à propos des transactions de 1961-1962, qu'à ce moment-là les dirigeants de *Sidro* et *Sofina* conduisaient les négociations avec le groupe March, et que « c'était autour de ces négociations que l'on alimentait une véritable spécu-

d'après les données concernant les années 1961-1962, une quantité impressionnante d'actions au porteur a dû être échangée pendant les treize ans et demi qui précèdent cette période. Et pourtant, le Gouvernement belge aimerait faire croire que ces transferts, vraisemblablement intensifs, n'auraient aucunement affecté le rapport entre la situation existante aux deux dates critiques et, surtout, l'exigence fondamentale de la continuité.

9. En ce qui concerne cette exigence, le Gouvernement espagnol n'a pas manqué de rappeler à la Partie adverse son caractère fondamental, et ce à deux titres: d'abord, parce que pour faire droit aux calculs belges, il faudrait qu'aucun propriétaire étranger ne soit intervenu dans l'histoire de chaque action, à aucun moment compris entre les deux dates critiques: et ensuite, parce qu'en ce qui concerne les actions qui, tout en changeant de mains seraient toujours demeurées la propriété de Belges, l'on ne saurait invoquer un prétendu préjudice qu'en fait le vendeur n'a pas ressenti, puisqu'il a réussi à vendre ses titres — et à les vendre, comme les cours en bourse le démontrent, en réalisant un bénéfice plutôt qu'une perte — préjudice que, d'ailleurs, l'acheteur serait le dernier à pouvoir invoquer, ayant acheté par spéculation après la déclaration de faillite et donc en pleine connaissance de cause.

Le Gouvernement belge, ainsi qu'on le verra sous peu, rejette non sans suffisance cette dernière thèse. En ce qui concerne la continuité de la nationalité, il n'a pas osé contester, *en principe*, l'*onus probandi* qui lui incombe. Mais il a essayé d'en limiter la portée, en affirmant que la règle de la continuité signifierait que l'Etat demandeur n'aurait « qu'à faire la preuve que les personnes qu'il protège ont bien sa nationalité à certaines dates critiques ...: celle de la survenance du préjudice et celle du dépôt de la demande en réparation »<sup>1</sup>.

Il est évident que la Partie adverse essaie, par là, de jouer sur une confusion entre ce qui est, d'un côté, la détermination des dates constituant le moment initial et le moment final de la période critique, et ce qui est, de l'autre, l'exigence de la continuité de la même nationalité entre la première et la deuxième des dates délimitant cette période critique. La règle est bien celle de la continuité<sup>2</sup>. Une prétendue règle des dates critiques n'existe que dans l'imagination de la Partie adverse. Ce que le Gouvernement belge aurait dû prouver

---

lation en bourse sur les titres *Barcelona Traction* ». Cette spéculation n'avait, observait-on, aucun besoin d'une large participation d'« actionnaires belges autres que *Sidro* ».

Le Gouvernement belge affecte d'être indigné par cette remarque qui, en dépit de l'indignation de la Partie adverse, reste tout à fait fondée. Que croit prouver le Gouvernement belge en alléguant que la dernière transaction de *Sidro* sur des titres *Barcelona Traction*, signalée par *Sidro* au fisc, aurait eu lieu le 27 juin 1957? La spéculation a eu lieu: cela est indiscutable. Or, ne pouvait-elle pas se dérouler par des transactions hors bourse (et hors fisc) et, surtout, ne pouvait-elle pas être conduite directement par des personnes physiques ou morales distinctes mais liées d'une manière ou d'une autre à *Sidro* et à *Sofina*?

<sup>1</sup> Réplique, V, p. 731.

<sup>2</sup> Le Gouvernement belge a l'audace de citer, à l'appui de sa thèse selon laquelle le Gouvernement belge n'aurait aucune obligation de prouver que les actions sont restées en mains belges au cours de toute la période comprise entre les deux dates critiques, l'opinion de Borchard. Pour illustrer une fois de plus la fidélité des références de la Partie adverse, on reproduit ici le passage du Rapport de Borchard à l'Institut de droit international (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1931, p. 285):

« Propriété nationale continue. — De plus, eu égard à la jurisprudence établie, la demande doit être continuellement nationale dans le chef de son propriétaire, de telle façon que si à un moment quelconque après son origine elle a échappé à des mains nationales ou perdu son caractère national, sa nationalité n'est pas simplement suspendue, mais complètement détruite, de sorte qu'un nouveau transfert à un citoyen ne peut pas faire revivre le caractère national originaire de la demande » (italiques ajoutées).

On peut utilement voir aussi le passage correspondant de l'ouvrage principal de BORCHARD, *Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York, 1916, II, p. 666: « § 309. Claim must be continuously national

— et il ne l'a pas fait — c'est que les actions *Barcelona Traction*, sur lesquelles il fonde ses prétentions, étaient aux mains d'actionnaires belges bien déterminés à la date du soi-disant préjudice, et qu'elles sont restées entre les mains d'actionnaires belges bien déterminés jusqu'à la date du dépôt de l'instance auprès de la Cour.

La Partie adverse elle-même a dû se rendre compte de l'inadmissibilité de la thèse qu'elle venait de suggérer, car elle s'empresse aussitôt de la justifier en se retranchant derrière une présomption. « Il est en effet — dit-elle — permis de présumer que les actions qui se trouvaient en mains belges le 12 février 1948 et le 14 juin 1962 y sont restées entre ces deux dates »<sup>1</sup>. Cette présomption, qui se base sur deux pétitions de principe, est vraiment téméraire, car elle suppose à son tour une double présomption. Pour faire droit à cette prétendue « présomption de continuité » il faudrait en effet : a) présumer que les vérifications opérées par l'I.B.L.C. constituent une preuve sûre de la propriété belge des actions au 12 février 1948, alors que l'on a pu amplement constater que ces vérifications peuvent témoigner d'une propriété belge ayant existé à un moment donné, compris entre le 21 octobre 1946 et le 1<sup>er</sup> juin 1954, mais pas du tout nécessairement au 12 février 1948; b) présumer également qu'aucune action possédée par un Belge au 12 février 1948 et vendue ensuite n'est jamais passée entre des mains étrangères, et que, corrélativement, aucune des actions achetées par des Belges depuis 1948 ne l'a été auprès d'un précédent propriétaire étranger, et ce en dépit du volume impressionnant des transactions<sup>2</sup> qui doivent s'être déroulées dans plusieurs pays au cours d'une période de treize ans et demi.

Il est donc bien certain que le Gouvernement belge ne s'est pas acquitté de la charge de la preuve, qui lui revenait, quant à la continuité de la nationalité de la réclamation, puisqu'il n'a nullement prouvé que les actions éventuellement possédées par des Belges au 12 février 1948 sont restées sans interruption en mains belges jusqu'au 14 juin 1962 ni que les actions éventuellement possédées par des Belges à cette deuxième date sont restées en mains belges sans interruption depuis la première<sup>3</sup>.

---

*in ownership.* — The conclusion is inevitable that under ordinary circumstances a claim, to be considered a national claim, must be national both in origin and at the time of presentation. Moreover, according to the weight of authority, it must be continuously national in ownership, so that if, at any time after its origin, it has passed out of national hands or lost its national character, its nationality is not merely suspended but is completely destroyed, so that its reassignment to a citizen cannot revive its original nationality.» (Italiques ajoutées.)

<sup>1</sup> *Réplique*, p. 732.

<sup>2</sup> Les 44.264 titres traités seulement en 1961-1962 et à la seule bourse de Bruxelles en sont un indice également.

<sup>3</sup> Le Gouvernement espagnol avait au surplus indiqué, à la page 657 du *Contre-mémoire*, IV, que même dans le cas de transferts de la propriété des actions entre Belges pendant la période critique, la réclamation belge ne serait pas fondée, car dans de tels cas il y a transfert de propriété mais il n'y a pas transfert de préjudice. Le vendeur qui a vendu prudemment peut avoir même réalisé un bénéfice. Quant à l'acheteur qui devient propriétaire de titres après la faillite de la société, il ne peut certes pas se prétendre victime d'un préjudice en raison de la mise en faillite de la société. « Or — concluait-on — sans préjudice subi par le particulier qu'on voudrait protéger, il n'y a pas de droit de réclamation à faire valoir par l'Etat. »

La réponse belge à cette remarque tient en deux phrases : a) dans la présente affaire, il s'agit d'un dommage causé à des actionnaires; le droit à réparation est donc attaché à la propriété des actions et en suit le sort; b) l'identité du particulier lésé est sans importance; tout ce qui compte c'est sa nationalité (*Réplique*, p. 732).

Le Gouvernement espagnol ne peut accepter cette réponse. Les actions n'ont pas, attaché à elles comme un coupon, un « droit à réparation ». Dès lors, l'on est loin ici de toute hypothèse de « cession de créance » ou de cession de « droit à réparation », et les références de doctrine et de jurisprudence contenues dans le document belge n'ont rien de comparable avec la présente affaire. Quant à l'assertion selon laquelle l'identité du particulier lésé serait sans importance en matière de protection diplomatique, c'est une thèse qui semble plaire beaucoup à la Partie adverse, mais ce n'est pas suffisant pour établir qu'elle correspond aux principes du droit international en la matière.

10. Le Gouvernement espagnol ne peut conclure son examen d'ensemble de la question des prétendus « actionnaires belges autres que *Sidro* » qu'en confirmant pleinement le point de vue précédemment exposé à ce sujet. Le Gouvernement belge a tort s'il croit qu'un Etat est autorisé à présenter une réclamation pour un préjudice prétendument causé à des particuliers qui sont ses nationaux lorsque l'identité de ces nationaux n'est pas établie, et lorsque leur nombre n'est évalué et leur nationalité n'est déterminée que sur la base de présomptions, d'ailleurs dépourvues de fondement.

Les données sur lesquelles s'appuie une réclamation internationale doivent être établies sur des preuves certaines : des preuves qui soient des faits confirmés et non pas des « raisonnements » plus ou moins valables.

Le Gouvernement belge a entièrement manqué la preuve de l'existence d'« actionnaires belges de la *Barcelona Traction* autres que *Sidro* ». Toute prise en considération de ces prétendus actionnaires doit donc être exclue du présent procès, et ce à toutes fins utiles.

*C. Actions que le Gouvernement belge attribue à Sidro :  
situation au 12 février 1948*

11. La question des actions au porteur dont le Gouvernement belge affirme qu'elles auraient appartenu à *Sidro* à la date de la mise en faillite de *Barcelona Traction* a été amplement examinée dans le *Contre-mémoire*, compte tenu des documents soumis jusqu'alors par la Partie adverse<sup>1</sup>.

Le Gouvernement espagnol a mis en évidence, en premier lieu, l'impossibilité d'attribuer une valeur probante à des constatations basées uniquement sur la comptabilité de la partie intéressée elle-même<sup>2</sup>; ou à des attestations non seulement tardives et tardivement produites, mais une fois de plus émanant, en définitive, de l'intéressé lui-même<sup>3</sup>.

Quant aux documents produits par la Partie adverse et qui, à la différence des autres, n'encouraient pas le reproche d'être des « *self-serving pieces of evidence* », le Gouvernement espagnol faisait ressortir qu'il n'y avait rien dans leur contenu qui puisse constituer une preuve de la propriété des actions au 12 février 1948, la *Sidro* pouvant très bien les avoir vendues avant la faillite de la société, quitte à les avoir rachetées plus tard<sup>4</sup>.

Quant, enfin, aux explications différentes et successives du Gouvernement belge tendant à expliquer le silence complet de la lettre de l'I.B.L.C. du 19 février 1959 à propos des actions au porteur *Barcelona Traction* dont *Sidro* revendique la propriété au 12 février 1948, le Gouvernement espagnol en relevait les contradictions et soulignait surtout

<sup>1</sup> *Contre-mémoire*, IV, pp. 658 et ss.

<sup>2</sup> Telles que la lettre du 6 mai 1959 de M. McGeachy, *Resident Partner in Belgium* de la firme Deloitte, Plender, Griffiths and Co., qui ne faisait que relater des données extraites de documents comptables fournis par *Sidro*.

<sup>3</sup> Telle, par exemple, l'attestation datée du 30 octobre 1958, signée par deux anciens administrateurs — et avocats-conseils — de *Sidro* (Duncan et Alley) et un ancien trésorier (Newman) de *Securitas Ltd.*, et produite en 1963 aux *Annexes aux Observations* (vol. II, N° 25, pp. 258 et ss.).

<sup>4</sup> Les formulaires que, en se conformant à l'arrêté-loi du 6 octobre 1944, *Sidro* aurait remplis le 12 mars 1946 ne pouvaient évidemment refléter qu'une situation existante à cette date et non pas au 12 février 1948. Il en va de même pour la lettre du 29 avril 1947 adressée par le séquestre canadien à M. Gow et concernant le déblocage.

l'inadmissibilité de la tentative belge d'utiliser un document, qui est manifestement négatif pour ses prétentions, comme un document positif afin de les étayer <sup>1</sup>.

Par la même occasion, le Gouvernement espagnol traitait de la question connexe de la continuité de la possession des actions au porteur que *Sidro* prétendait avoir été siennes sans interruption de 1946 jusqu'au moment de leur conversion au nominatif en février 1952 <sup>2</sup>. L'essentiel de cette analyse de la documentation produite jusqu'alors par la Partie adverse consistait à noter que cette dernière n'avait pas fourni de preuve valable de la continuité qu'elle allègue.

12. La réponse de la Partie adverse aux considérations développées par le Gouvernement espagnol consiste avant tout à rappeler la documentation déjà fournie et déjà dûment critiquée <sup>3</sup>. Elle consiste aussi à qualifier de « rocambolesque » l'hypothèse, formulée par le Gouvernement espagnol, où *Sidro* aurait simplement vendu des actions au porteur de *Barcelona Traction* avant la faillite et les aurait achetées à nouveau après.

Comment, dans ces conditions, devrait-on qualifier l'argument opposé par la Partie adverse, selon lequel il serait inconcevable que *Sidro* ait pu vendre une partie importante de sa participation « dans une société se trouvant alors dans une situation parfaitement saine »? *Sidro*, qui prétend avoir eu, à l'époque, non seulement une participation très importante dans *Barcelona Traction*, mais même le contrôle des activités de cette société, aurait-elle ignoré combien était difficile, et depuis bien des années, la situation de *Barcelona Traction*? Il suffit de rappeler les efforts désespérés des dirigeants de la société pour sortir de cette situation au moyen des divers plans d'arrangements proposés et les craintes manifestées à propos d'une possibilité de mise en faillite, pour se convaincre que ce n'est certes pas l'hypothèse envisagée par le Gouvernement espagnol qui est « invraisemblable en elle-même », mais plutôt la réponse du Gouvernement belge à son sujet. Il n'y a rien d'invraisemblable à imaginer que *Sidro* ait pu vendre ses titres, en raison des difficultés de *Barcelona Traction* avant la faillite, et ait procédé ensuite à de nouveaux achats pour mieux étayer les interventions diplomatiques que le groupe *Sidro-Sofina* s'efforçait de susciter.

13. Tout en continuant à se référer à la « documentation » précédemment invoquée, le Gouvernement belge a néanmoins produit, cette fois-ci, une pièce nouvelle, qui se présente comme un document objectif, émanant d'une autorité publique. Il ne s'agit plus, cette fois, d'une attestation reproduisant ce qui se trouve dans la comptabilité de la partie intéressée, ni d'une série de lettres émanant de sources différentes mais se réduisant toujours, en dernière analyse, à la partie intéressée elle-même: il s'agit d'une attestation du 24 janvier 1967 du contrôleur des contributions à Bruxelles <sup>4</sup>.

On lit dans ce document que *Sidro*, dans ses déclarations relatives à ses revenus, aurait indiqué, eu égard à l'exercice 1946-47, posséder 1 364 614 actions au 30 juin 1946; en avoir vendu 2021 du 3 juillet 1946 au 24 avril 1947; en avoir possédé, par conséquent, 1 362 893 au 30 juin 1947; au cours des exercices 1947-48 à 1951-52, elle n'en aurait

<sup>1</sup> Pour plus de détails, on renvoie ici à ce que l'on disait au *Contre-mémoire*, pp. 661 et ss.

<sup>2</sup> *Contre-mémoire*, pp. 662 et ss.

<sup>3</sup> *Réplique*, V, pp. 723 et ss.

<sup>4</sup> *Réplique*, p. 725; *Annexes à la Réplique*, N° 128, pp. 747 et ss.



ni vendu ni acheté. Il s'ensuivrait que *Sidro* aurait eu 1 362 593 actions, dont 349 905 au porteur, au 30 juin 1947, et que cette situation se serait trouvée inchangée au 3 novembre 1948 (date de la déclaration pour 1947-48) et ensuite, jusqu'au moment de l'inscription au nominatif des 349 905 actions au porteur.

Le Gouvernement espagnol est heureux de pouvoir donner acte au Gouvernement belge du fait que, sur ce point particulier, il a, bien que si tardivement, présenté finalement un document qui a sans doute une certaine valeur probante. Il se réjouit même d'avoir amené la *Partie adverse* à faire cet effort par la critique adressée à la documentation produite auparavant. Il regrette seulement que le Gouvernement belge n'ait pas pu en faire autant pour les nombreux autres points en discussion. La *Partie adverse* peut être assurée, en effet, que le Gouvernement espagnol préférerait de beaucoup pouvoir placer son analyse de la question essentielle du défaut de qualité du Gouvernement belge en l'espèce sur le seul terrain d'un examen des principes de droit applicables et ne pas être obligé de relever, un par un, les différents points au sujet desquels les assertions belges touchant l'existence d'« actionnaires » belges et la consistance d'« intérêts belges » ne sont appuyées que par des preuves absolument insuffisantes, voire inexistantes.

Cela étant, l'on doit quand même relever qu'invoquer l'attestation du Contrôleur des contributions de Bruxelles pour établir la propriété de *Sidro* sur les 349 905 actions au porteur de *Barcelona Traction* au 12 février 1948, c'est aussi avoir recours à une présomption: qu'une vente et un rachat d'un même nombre d'actions ne sont pas intervenus entre le 30 juin 1947 et le 30 juin 1948, car s'il y avait eu quelque chose de semblable, il n'y en aurait évidemment pas trace dans l'attestation du Contrôleur des contributions.

Mais sans vouloir trop insister là-dessus, il y a un autre point, en ce qui concerne le document ici considéré, qui pose un problème. On lit, en effet, dans cette attestation, que *Sidro* aurait vendu 2021 actions entre juillet 1946 et avril 1947. Or, à ce propos, la *Partie adverse* a précisé à plusieurs reprises que ces 2021 actions ont été vendues entre avril 1947 et février 1948.

La chose pourrait paraître d'une importance secondaire; mais la prétention que cette vente ait eu lieu après le printemps 1947 a été exploitée par la *Partie adverse* pour affirmer que les actions *Barcelona Traction* dont *Sidro* réclame la propriété auraient été soumises avant cette date au séquestre canadien en tant que biens dont la « *beneficial ownership* » revenait à des Belges; et que par conséquent, tant qu'elles étaient sous séquestre elles ne pouvaient pas être aliénées<sup>1</sup>.

A qui donc les services de *Sidro-Sofina* ont-ils, par conséquent, fait une déclaration non conforme à la vérité? Au Gouvernement belge, lorsqu'il s'agissait d'établir la preuve de la prise en considération, par le séquestre, de la « *beneficial ownership* » belge des actions en question, ou bien au contrôle des contributions? Dans la première hypothèse, la

<sup>1</sup> La *Partie adverse* a souligné, en effet, lors de la *Procédure orale*, II, p. 523, qu'après l'occupation allemande du territoire belge, les actions en question were made the subject of Canadian custodianship in virtue of the beneficial Belgian ownership of it et que leur inscription dans les registres au nom d'une firme américaine ne change pas leur caractère aux fins de la législation sur le commerce avec l'ennemi. Elle a aussi ajouté que les 2.021 actions ont donc été vendues après le déblocage réalisé le 29 avril 1947 et avant le 12 février 1948 (*Procédure orale*, III, p. 940). Ce point a été confirmé dans la *Réplique*, V, p. 724.

construction échafaudée sur la post-dation de la vente s'effondre. Dans le deuxième, c'est la véracité des déclarations faites par *Sidro* au contrôle des contributions et relatées dans l'attestation du contrôleur qui est mise en doute et, par conséquent, la valeur probante de ce document.

#### D. Actions revendiquées par *Sidro* au 14 juin 1962

14. En ce qui concerne la situation des actions au porteur revendiquées par *Sidro* comme lui appartenant à la date du dépôt de la deuxième requête devant la Cour, deux observations seulement s'imposent, d'autant qu'après la conversion au nominatif d'actions au porteur effectuée en 1962 la question ne concerne plus que 31 228 actions.

D'abord, il convient de souligner que d'après la Partie adverse elle-même, <sup>1</sup> 23.149 de ces actions auraient été achetées entre 1951 et 1956. Dès lors, il s'agit de titres dont la possession de la part de *Sidro* est en tout cas postérieure à la date de la déclaration de faillite de *Barcelona Traction*. Dans ces conditions, la question ne concerne que 8.079 actions et, sans pour autant rien admettre ni concéder à ce sujet, l'on ne saurait discuter ici à nouveau d'un paquet d'actions représentant un pourcentage aussi réduit, car ce serait vraiment abuser de la patience de la Cour.

Quant à la plupart des actions au porteur que *Sidro* revendique au 12 février 1948, il est constant qu'elles ont disparu, en tant que telles, entre temps et que ce sont les actions nominatives qui, à la deuxième des dates critiques, se sont augmentées d'un nombre correspondant. Les problèmes qui les concernaient auparavant sont donc absorbés par ceux qui surgissent à propos des actions nominatives.

## § 2: LES ACTIONS NOMINATIVES DE BARCELONA TRACTION

### A. L'inscription des actions au nom de *Charles Gordon and Co.* et de *Newman and Co.* et les points d'interrogation qui subsistent à cet égard

15. Ayant ainsi traité des questions relatives aux actions au porteur de *Barcelona Traction*, il s'agit d'examiner maintenant les arguments consacrés par le Gouvernement belge à la recherche des « actionnaires » correspondant aux actions nominatives.

D'après la Partie adverse <sup>2</sup>, *Sidro* était actionnaire, depuis 1930, pour 1.012.688 actions nominatives *Barcelona Traction*. Cependant, ces mêmes actions, originellement inscrites au nom de *Sidro* dans les registres de *Barcelona Traction*, auraient fait l'objet, le 6 septembre 1939, d'un *custody agreement* conclu par *Sidro* avec *Securitas Ltd.*, société de statut américain (Delaware, U.S.A.), en prévision de la situation susceptible de se produire en cas d'invasion de la Belgique. A son tour, *Securitas* aurait confié ces titres à la *partnership* *Charles Gordon and Co.* qui allait ensuite les faire enregistrer à son nom dans les livres de *Barcelona Traction* <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Réplique, p. 727.

<sup>2</sup> Réplique, p. 694.

<sup>3</sup> *Ibid.*, loc. cit.

*Il est constant, à cet égard, que les actions nominatives en question furent transférées, dans les registres de Barcelona Traction, à Charles Gordon and Co. le 7 octobre 1939.*

Ensuite, et toujours selon le récit de la Partie adverse <sup>1</sup>, Securitas devint *trustee* de Sidro en mai 1940 en vertu d'une disposition spéciale du contrat du 6 septembre 1939, qui devait toutefois être remplacé par un autre contrat de *trust* le 27 février 1940. Ce contrat, dit-on <sup>2</sup>, aurait pris fin le 14 août 1946, rétablissant Securitas dans sa position de simple *custodian*. Ainsi, aux dires de la Partie adverse, à la date du 12 février 1948, les actions en question auraient été inscrites au nom de Gordon and Co., en tant que *nominee* de Securitas, elle-même *custodian* de Sidro <sup>3</sup>.

Le Gouvernement belge expose ensuite que, le 19 avril 1948, Sidro conclut un nouveau *custody agreement* avec une autre *partnership* américaine, Newman and Co. Ce contrat, tout comme celui passé entre Sidro et Securitas le 6 septembre 1939, permettait au *custodian* de faire transférer les actions nominatives à son propre nom ou au nom de son *nominee*.

*Il est constant à cet égard qu'en fait les actions nominatives inscrites au nom de Gordon and Co. depuis le 7 octobre 1939 furent transférées, dans les registres de Barcelona Traction, à Newman and Co., le 21 mai 1948.* Cette opération est décrite comme un « changement de *nominee* » <sup>4</sup>.

Pour la Partie adverse, « Newman and Co. était donc à la fois *custodian* et *nominee* pour le compte de Sidro » <sup>5</sup>.

Finalement, les mêmes titres, auxquels se seraient ajoutées 341.826 actions provenant de la conversion au nominatif d'un nombre égal d'actions au porteur, auraient été retransférés au nom de Sidro le 10 février 1967 <sup>6</sup>.

16. En ce qui concerne le récit ainsi donné par la Partie adverse des différents transferts qui ont marqué l'histoire des actions nominatives *Barcelona Traction*, quelques points d'interrogation sont toutefois restés sans réponse <sup>7</sup>.

Il s'agit tout d'abord du rôle joué aux différentes époques par Securitas. On sait qu'à la veille de la deuxième guerre mondiale, *Sofina* s'est empressée de mettre ses biens — et notamment les actions *Barcelona Traction* — sous la protection du drapeau américain. Pour ce faire, un *double écran* fut conçu et mis en place. Le premier écran fut réalisé d'une part par la création d'un *custodian* artificiel, Securitas, administré par des personnes qui étaient en même temps administrateurs de *Sofina* <sup>8</sup>, et par la substitution, dans les registres de *Barcelona Traction*, d'un « actionnaire » américain à l'« actionnaire » belge. Cet « action-

<sup>1</sup> Réplique, V, p. 695 ; Mémoire, Annexe N° 3, pp. 37 et ss.

<sup>2</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>3</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>4</sup> Réplique, p. 696.

<sup>5</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>6</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>7</sup> Voir aussi *Contre-mémoire*, IV, p. 669.

<sup>8</sup> Il suffit de remarquer, à cet égard, que le *custody agreement* fut signé, pour Securitas, par G.A. Auchincloss et J. Donald Duncan, le premier membre du Conseil d'administration de *Sofina* depuis la constitution de cette société et jusqu'à sa mort survenue le 16 avril 1943, le second, membre du Conseil d'administration de *Barcelona Traction* de 1942 à 1949 et membre du Conseil d'administration de *Sofina* de 1946 jusqu'à sa mort survenue le 28 mai 1963.

naire » américain (Gordon and Co.) était lui aussi constitué par une firme dont les *partners* étaient des administrateurs de *Sidro* ou *Sofina*<sup>1</sup>. Le deuxième écran fut créé par la transformation du contrat de *custody* entre *Sidro* et *Securitas* en un contrat de *trust*. A ce propos, toutefois, le récit de la Partie adverse ne s'appuie pas sur une documentation disponible, car le contrat de *trust*, qui aurait été conclu le 27 février 1940 et qui serait venu à expiration le 14 août 1946, n'a jamais figuré parmi les annexes publiées par le Gouvernement belge<sup>2</sup>. Tout ce que la Partie adverse a produit, ce sont des « notes » établies par elle-même<sup>3</sup> et un « rapport » de *Securitas*, c'est-à-dire, de l'édition américaine de *Sidro-Sofina*.

Dans ces conditions, l'on ne sait rien ni sur les clauses du *trust* établi par le deuxième contrat, ni, en particulier, sur la destination finale éventuelle des biens affectés au *trust*. L'on n'est pas non plus en mesure de vérifier si le rapport de *trust* a réellement pris fin le 14 août 1946, comme la Partie adverse le voudrait<sup>4</sup>. De simples affirmations, qu'elles proviennent de *Sidro* et *Sofina* ou bien encore de *Securitas*, version américaine des mêmes sociétés, ne suffisent certes pas à constituer une preuve incontestable. Or, il est à peine besoin de souligner que, si les actions nominatives de *Barcelona Traction* avaient été maintenues sous un régime de *trust*, les prétentions de la Partie adverse tomberaient d'un seul coup car, de l'avis des experts du Gouvernement belge eux-mêmes, *Securitas*, en tant que *trustee* pendant la guerre, a eu « full authority over the property »<sup>5</sup>.

Un point d'interrogation supplémentaire est soulevé par la recherche des mobiles qui ont pu amener *Sidro-Sofina* à maintenir cet écran « américain » jusqu'au 10 février 1967. Il est raisonnable et compréhensible, en effet, que *Sidro* ait jugé opportun, en 1939, « d'assurer la protection de ses avoirs en cas d'invasion du territoire belge »<sup>6</sup>. Mais un tel motif ne saurait expliquer pourquoi l'on aurait gardé aussi longtemps cette structure, par le truchement de *Newman and Co.*, et ce même après le 12 février 1948, date de la mise en faillite de *Barcelona Traction*. Il est vraisemblable, en dépit des dénégations belges<sup>7</sup>, que

<sup>1</sup> Parmi les associés de *Gordon and Co.* figurent, à part MM. Auchincloss et Duncan, MM. Jean Ehrlich, directeur de *Sofina* en 1934 et membre du Conseil d'administration de cette société depuis 1946 (voir *Rapports du Conseil d'Administration de Sofina*, Exercice 1934 et Exercice 1949, Bruxelles, Imprimerie Industrielle et Financière, S.A.) et de *Sidro* de 1936 à 1949 (voir *Rapport du Conseil d'Administration de Sidro*, 26<sup>me</sup> Exercice 1948-1949, Bruxelles, Imprimerie Vve. Monnom S.A.); Henri Speciael, Conseiller délégué de *Sidro* depuis 1925 (voir *Rapport du Conseil d'Administration de Sidro*, Exercice 1925, Bruxelles, Imprimerie Industrielle et Financière, S.A.) et membre du Conseil d'administration (depuis 1930) puis conseiller délégué (dès 1938) et vice-président (dès 1946 et jusqu'à sa mort survenue le 24 juin 1949) de *Sofina* (voir *Rapport du Conseil d'Administration de Sofina*, 26<sup>me</sup> Exercice 1948-1949, Bruxelles, Imprimerie Vve. Monnom, S.A.).

<sup>2</sup> Le Gouvernement espagnol se doit de signaler à nouveau ce fait anormal.

<sup>3</sup> *Réplique*, Annexe 123, App. 1 et ss.

<sup>4</sup> *Réplique*, p. 695.

<sup>5</sup> *Réplique*, Annexe 125, p. 707, note 3. Il s'agit de la consultation du professeur Chayes. Celui-ci fonde son argumentation sur l'opposition entre l'*agent* et le *trustee*. Quand le *beneficial owner* conserve le contrôle sur les droits et les biens remis au *legal owner*, précise le professeur Chayes, l'on a une *agency*; quand, par contre, le *beneficial owner* perd ces pouvoirs de contrôle en faveur du *legal owner*, l'on a un *trust*. Or, toute la thèse belge tendant à soutenir que *Sidro*, *beneficial owner* des actions *Barcelona Traction*, pourrait être protégée par le Gouvernement belge en l'espèce est basée sur les pouvoirs exceptionnels de contrôle, que — selon le Gouvernement belge — *Sidro* aurait eu sur les actions inscrites au nom de *Gordon and Co.* Partant, si ces pouvoirs de contrôle avaient appartenu encore en 1948 non pas à *Sidro* mais à *Securitas Ltd.*, *trustee* pour *Sidro*, les prémisses mêmes de l'argumentation du Gouvernement belge tomberaient.

<sup>6</sup> *Réplique*, p. 694.

<sup>7</sup> *Réplique*, p. 722.

les intéressés ont longuement hésité avant de renoncer à la tactique de jouer sur plusieurs tableaux et avant d'essayer de s'assurer ainsi la protection américaine, surtout si l'on songe à la préférence manifestée pour les interventions diplomatiques par rapport aux procédures devant les juridictions espagnoles. La Partie adverse a beau affirmer<sup>1</sup> que le Gouvernement des Etats-Unis n'aurait pas été disposé à intervenir en faveur d'un simple *nominee*. Il est néanmoins de fait que le Gouvernement américain est intervenu plusieurs fois auprès du Gouvernement espagnol au sujet des « intérêts américains » dans *Barcelona Traction*<sup>2</sup>.

Il y a encore un point qui retient l'attention du Gouvernement espagnol<sup>3</sup>: celui de savoir pourquoi la qualité de *nominee* de Gordon and Co. ou de Newman and Co. n'a jamais figuré dans les registres de *Barcelona Traction*, alors que *Sidro* prétend que ces deux firmes n'auraient jamais été que de simples prête-noms. La Partie adverse a pu répondre en notant, non sans suffisance, que:

« il n'est pas d'usage que les firmes de *nominees* fassent mention de leur qualité lorsqu'elles se font inscrire dans le registre des actionnaires d'une société canadienne ou américaine (sauf dans les cas exceptionnels où la dénomination même de la firme comporte le mot '*nominee*') »<sup>4</sup>.

La difficulté a tout simplement été tournée. En effet, l'on peut se demander alors pourquoi des firmes que l'on prétend constituées seulement pour être les *nominees* de *Securitas* ou de *Sidro* n'ont pas inclus la qualification de *nominee* dans leur dénomination même. Il suffit de consulter les registres de *Barcelona Traction* pour voir que, quand des *partnerships* sont statutairement destinées à être des *nominees*, cette qualité est inscrite dans leur raison sociale<sup>5</sup>.

Bien au contraire, sur les actions *Barcelona Traction* reproduites par la Partie adverse<sup>6</sup>, le nom de Newman se trouve marqué à la place où doit figurer le propriétaire (*owner*) de l'action, et ce sans aucune indication pouvant laisser supposer que le « beneficial owner » au moins serait différent.

#### B. La portée juridique de l'inscription successive des actions au nom de Gordon and Co. et de Newman and Co.

17. Ainsi que le Gouvernement espagnol l'a déjà fait remarquer à plusieurs reprises<sup>7</sup>, même en supposant, sur la base des affirmations de la Partie adverse, que Gordon and Co.

<sup>1</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>2</sup> Si ces interventions n'étaient pas fondées sur le fait que plus d'un million d'actions *Barcelona Traction* étaient inscrites dans les registres de la société au nom d'une *partnership* américaine, l'on serait vraiment en droit de se demander quel autre titre aurait pu concrétiser ces « intérêts américains » dont les notes diplomatiques des Etats-Unis font mention. Le Gouvernement belge serait-il d'accord pour penser que le Gouvernement américain aurait surtout eu en vue des intérêts américains très importants dans *Sofina*?

<sup>3</sup> Voir aussi *Contre-mémoire*, IV, p. 669 et ss.

<sup>4</sup> *Réplique*, V, p. 697.

<sup>5</sup> *British Overseas Bank Nominees*, *Chase Nominees*, *District Bank « London » Nominees*, *Glyns Nominees Ltd.*, *Italo-Belgian Bank Nominees*, *Lloyd Bank « Colonial and Foreign » Nominees*, « *Lombard Street » Nominees*.

<sup>6</sup> *Réplique*, Annexe 124, doc. 2, p. 692: « *This is to certify that Newman & Co. is the owner of exactly 1.012.688 exactly fully paid and non assessable ordinary shares...* ». Une indication identique se trouve marquée sur les actions inscrites, le 10 février 1967, au nom de *Sidro*: « *This is to certify that Société Internationale d'Énergie Hydro-Électrique (Sidro) société anonyme is the owner of 1.354.514 fully paid and non assessable ordinary shares...* ». *Annexes à la Réplique*, N° 124, doc. 4, p. 697.

<sup>7</sup> Voir *Contre-mémoire*, pp. 670 et ss.

et Newman and Co. aient été des *nominees* de Sidro, le point essentiel à déterminer aux fins qui intéressent le présent procès est celui de savoir qui peut être juridiquement considéré comme « actionnaire » d'une société lorsque les titres sont inscrits au nom d'un *nominee*. L'on a fait observer à cet égard que la présence d'un *nominee* comporte automatiquement une séparation entre le *legal title*, qui revient au *legal owner*, c'est-à-dire au *nominee* dont le nom seul figure dans les registres de la société, et la *beneficial ownership* qui revient à celui qui perçoit les bénéfices économiques afférents aux titres.

A ce propos l'on concluait par les remarques suivantes :

« Or, il importe de souligner, une fois de plus, que le Gouvernement espagnol n'a jamais entendu méconnaître les droits qui peuvent revenir au *beneficial owner*, ni mettre en doute leur caractère de 'droits'. Il n'a jamais été contesté que le *legal owner* est tenu envers le *beneficial owner* de lui créditer les dividendes et les autres sommes qu'il perçoit, qu'il est tenu, notamment, de voter en conformité avec ses instructions, de s'assurer de son consentement avant d'agir contre les décisions de l'assemblée. Chacun des deux sujets a, en d'autres termes, ses propres droits; et il nous semble quelque peu byzantin de s'arrêter à déterminer en détail lesquels doivent revenir *in law* au *legal owner* et lesquels *in equity* au *beneficial owner*. Ce que l'on peut dire, *grosso modo*, c'est que les bénéfices économiques de la propriété se trouvent plutôt du côté du *beneficial owner*, tandis que l'aspect juridique du droit de propriété est plutôt réservé au *legal owner*. Chacun des deux sujets, d'ailleurs, a le pouvoir de transférer à d'autres les droits qui lui reviennent: le *legal owner* peut transférer le *legal title* et le *beneficial owner* le *beneficial interest* ». <sup>1</sup>

C'est par rapport à ces considérations que le fait d'avoir omis, dans les registres, toute indication de la qualité de *nominee* dans le cas des actions inscrites au nom de Gordon and Co. et de Newman and Co. prend lui aussi son relief.

Le Gouvernement espagnol a déjà souligné l'importance de pareille circonstance, en distinguant précisément l'hypothèse où la qualité de *nominee* est apparente de celle où elle n'apparaît pas <sup>2</sup>. Il est hors de discussion que la présente affaire entre dans la deuxième et non dans la première de ces deux hypothèses. Là où les firmes de *nominees* taisent leur qualité dans le registre des actionnaires, le *nominee* n'est plus du tout une firme créée par une banque ou un agent de change, ni une firme professionnelle dont le nom est largement connu et ne saurait tromper. Il s'agit, tout au contraire, de firmes créées spécialement pour apparaître officiellement comme étant elles-mêmes les actionnaires et pour « couvrir » ainsi le *beneficial owner*, qui veut que non seulement son nom, mais même son existence, n'apparaissent pas. C'est précisément cette volonté du *beneficial owner* de ne pas apparaître qui fait que le *nominee* ne décline pas ouvertement cette qualité <sup>3</sup>.

Dans des cas comme ceux de Gordon and Co. et de Newman and Co., en d'autres termes, le système tend non pas à mettre les actions au nom d'un *nominee* connu comme tel

<sup>1</sup> Le passage ici reproduit du *Contre-mémoire* vaut aussi comme réponse à l'observation de M. Mockridge (*Annexes à la Réplique*, N° 126, vol. II, p. 725) d'après lequel ce « serait une erreur de concevoir l'« equitable or beneficial ownership » comme étant nécessairement quelque chose de moins que le « legal title » ou d'inférieur à ce titre ». Le Gouvernement espagnol n'a jamais rien soutenu de pareil. Bien au contraire, c'est la Partie adverse qui s'efforce de réduire la *legal ownership* à un titre dépourvu de tout contenu, alors que, d'après le Gouvernement espagnol, chacune des deux notions a un contenu qui lui est propre.

<sup>2</sup> *Contre-mémoire*, p. 672.

<sup>3</sup> *Ibid.*, loc. cit.

— et ceci pour faciliter des opérations en bourse, pour la tutelle de mineurs ou pour d'autres raisons analogues — mais à faire disparaître le véritable intéressé derrière la voile d'une personnalité différente: en l'espèce, pour faire disparaître la « société belge » *Sidro* et faire apparaître le « *partnership* américain » Gordon and Co. ou Newman and Co. Comparer cette situation avec celle des *nominees* de la Lloyd Bank ou de la Manhattan Chase Bank n'a pas de sens.

Le Gouvernement espagnol ne peut donc que confirmer, surtout après les considérations faites à ce propos par la Partie adverse <sup>1</sup>, que la situation dans ces deux hypothèses est différente et que, s'il est toujours vrai que la personne inscrite au registre de n'importe quelle manière est juridiquement l'« actionnaire », cette conclusion s'impose à plus forte raison lorsque rien n'apparaît qui puisse dévoiler que derrière l'actionnaire inscrit il y a d'autres titulaires d'intérêts sur les actions <sup>2</sup>. Si le propriétaire originaire a cédé son *legal title* à un autre sujet et, pour de bonnes raisons dont il est le seul juge, a choisi de se dissimuler derrière le nom de ce dernier, il doit supporter les conséquences de son choix. L'inscription d'un ressortissant américain à la place d'un belge dans le registre des « actionnaires », tant qu'elle n'est pas modifiée, a l'effet d'attribuer en droit la qualité d'« actionnaire », vis-à-vis de la société et des tiers, au ressortissant américain et à en priver le ressortissant belge.

18. L'on verra que la conclusion que l'on vient de souligner entraîne des conséquences déterminantes du point de vue du droit international.

Il importe toutefois de remarquer aussitôt que la Partie adverse n'a saisi jusqu'ici ni l'esprit ni la portée des observations du Gouvernement espagnol. Dans ses dernières écritures le Gouvernement belge s'étend longuement sur les rapports entre *beneficial owner* et *nominee*, et l'on a, au premier abord, l'impression que les deux Parties parlent de questions différentes. En poussant plus loin l'examen des diverses pièces, on s'aperçoit cependant de l'équivoque, sciemment provoquée par la Partie adverse.

Non sans une pointe d'ironie, le Gouvernement belge se pose la question suivante:

« A présent que les actions nominatives ont été transférées au nom de *Sidro*, le Gouvernement espagnol va-t-il soutenir que la *Sidro* a acheté à Newman & Co. ces 1 354 514 actions nominatives? Cette thèse, assurément absurde, ne serait que la suite logique du soutien de la *Contre-mémoire*, suivant lequel la société en nom collectif Newman & Co. serait propriétaire des actions, et non simple *nominee* de *Sidro* » <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> M. Chayes (*Annexes à la Réplique*, N° 125, pp. 720 et ss.) passe manifestement à côté du problème lorsqu'il remarque que, pour la constitution du rapport entre le « *beneficial owner* » et le *nominee*, il n'y a pas de différence selon qu'il a ou non *disclosure* de la qualité de la personne qui est inscrite au registre. Egalement, l'observation de M. Mockridge (*Annexes à la Réplique*, N° 126, p. 729) qu'il n'est pas *legally essential*, essentiel du point de vue juridique, que le fait d'être un *nominee* soit noté dans les registres, est sans intérêt aux fins ici considérées.

<sup>2</sup> L'actionnaire enregistré, qui n'aurait que le *legal title*, est présumé être en même temps aussi le *beneficial owner* et peut-être l'objet de mesures éventuelles (par exemple, à l'occasion de commerce d'actions fait par des *corporate insiders*) s'il ne fait connaître sa situation. Comme l'observe Loss, (*Securities Regulations*, Boston, 1951, p. 584): « Si un propriétaire enregistré — ou toute personne qui pourrait être considérée comme un *beneficial owner* mais qui ne se considère pas comme tel désire se protéger, il peut déposer une déclaration » à cet effet et éviter ainsi que l'on puisse lui attribuer la qualité de *beneficial owner*. « *If a record owner — or any person who might be deemed a beneficial owner but does not think he is — wants to protect himself, he may file a report and disavow any implication that the filing is an admission of beneficial ownership* »).

<sup>3</sup> *Réplique*, V, p. 697.

Or le Gouvernement belge sait parfaitement que le Gouvernement espagnol n'a jamais soutenu que l'inscription des actions au nom d'un *nominee* dans le registre des « actionnaires » transférerait au *nominee* la propriété tout court des actions. C'est le Gouvernement belge qui entretient la confusion en parlant toujours de la qualité de « propriétaire des actions » plutôt que de celle d'« actionnaire »<sup>1</sup>.

Le Gouvernement espagnol a fait remarquer<sup>2</sup> que l'inscription d'actions au nom d'un *nominee* ne fait pas perdre au possesseur précédent la *beneficial ownership* sur les titres, mais qu'elle en transfère toutefois le *legal title*. De cette façon, à l'égard du même objet — et pour autant que l'on puisse traduire par des termes empruntés au langage juridique continental des institutions propres aux systèmes juridiques anglo-saxons — à côté de la personne à qui appartient le « *legal title* », il y a une autre personne à laquelle reviennent les « bénéfiques » de la propriété en question. Chacun des deux sujets a ses propres droits. La « suite logique » de l'opération effectuée le 10 février 1967 est tout simplement qu'aujourd'hui *Sidro*, à supposer qu'elle ait été de 1939 à 1967 le *beneficial owner* des actions *Barcelona Traction*, a maintenant réuni de nouveau en ses mains la propriété en se faisant retransférer le *legal title* qu'elle avait cédé à d'autres<sup>3</sup>.

C'est donc plutôt le Gouvernement espagnol qui a, *lui*, le droit de demander à la Partie adverse si elle prétend nier que, le 10 février 1967, le *legal title* ait été retransféré de Newman and Co. à *Sidro* et, que, à la suite de cette opération, la situation juridique de *Sidro* soit devenue, à présent, beaucoup plus « complète » qu'elle ne l'était auparavant.

19. On a déjà remarqué que le but poursuivi par le Gouvernement belge est manifestement de réduire le *legal title* à un titre dépourvu de tout contenu. Le Gouvernement espagnol<sup>4</sup> a dûment souligné que le *legal owner* est quand même celui qui, en droit, possède le *title*, le titre. Et pourtant c'est cette simple considération de bon sens qui semble susciter la plupart des critiques de la Partie adverse<sup>5</sup>.

La *Réplique* s'attache d'abord à l'origine historique de la distinction entre *legal ownership* et *beneficial ownership*, qui découle à son tour de l'existence, dans l'Angleterre de naguère, des tribunaux de *Common Law* à côté des tribunaux d'*Equity*. Cependant, même après la fusion de ces deux juridictions, la distinction entre *legal ownership* et *beneficial ownership* subsiste encore. Elle s'est même consolidée à l'époque actuelle, dans le cadre d'un seul et même système juridique. La Partie adverse a beau affirmer que « *legal title* » ne signifie pas « titre juridique »<sup>6</sup>: immédiatement après, elle est elle-même forcée d'admettre que *legal title* signifie, du moins, « titre reconnu par l'une des branches du Droit, la *Common Law* »<sup>7</sup>. Dès lors, si un « titre reconnu par la *Common Law* » n'est pas un « titre juridique », l'on serait tenté de se demander si dans la pensée de la Partie adverse, le *Common Law* ne serait pas non plus du droit. Du reste, le Gouvernement belge s'efforce de montrer que « le titre du *beneficial* (ou *equitable*) *owner* n'est

<sup>1</sup> Voir par exemple, *Réplique*, p. 699.

<sup>2</sup> *Contre-mémoire*, IV, p. 670.

<sup>3</sup> Il est à noter, une fois de plus, que le *legal title* et la *beneficial ownership* peuvent tous deux être transférés séparément d'un sujet à un autre. Voir *Contre-mémoire*, p. 671.

<sup>4</sup> *Contre-mémoire*, p. 671.

<sup>5</sup> Voir *Réplique*, pp. 703 et ss.

<sup>6</sup> *Réplique*, p. 704.

<sup>7</sup> *Ibid.*, loc. cit.



pas moins 'juridique' que celui du *legal owner*», ce qui implique une confirmation ultérieure du caractère juridique du *legal title*. Ce n'est certes pas en plaçant entre guillemets le mot « juridique » que l'on pourrait affaiblir pareille conclusion.

Dans ces conditions, l'on est en droit de s'étonner que la Partie adverse se soit crue autorisée à affirmer, d'une manière aussi erronée que tranchante<sup>1</sup>, que :

« en réalité, le droit de propriété appartient en totalité au *beneficial owner* »

et que,

« en ce sens, il est vrai que le *legal title* d'un *nominee* se réduit 'à un titre dépourvu de tout contenu' ».

Sans doute, puisque c'est elle-même qui affirme que la *legal ownership* comporte un titre reconnu par la *Common Law*, et la *beneficial ownership* un titre reconnu par l'*Equity*, la Partie adverse a-t-elle une opinion très singulière de la manière de tirer les conclusions de ses propres prémisses. C'est une fort belle contradiction que d'affirmer que le droit de propriété appartient *en totalité* au *beneficial owner*, lorsque dans la même page de la *Réplique* on admet que *legal ownership* signifie « propriété reconnue par une des branches du droit, la *Common Law* ». A moins que la Partie adverse ne veuille en conclure qu'il y aurait deux sujets qui, par référence aux deux différentes branches, seraient simultanément et tous les deux, *en totalité*, les propriétaires du même bien !

20. Le Gouvernement belge étant ainsi forcé d'admettre que le *legal title* du *nominee* comporte une « propriété reconnue par une des branches du Droit », et le Gouvernement espagnol, de son côté, n'ayant jamais contesté que les droits inhérents aux aspects économiques de la propriété reviennent au *beneficial owner*<sup>2</sup>, tous les efforts du Gouvernement belge pour montrer que *Sidro* n'aurait cessé de se comporter comme propriétaire des actions nominatives de *Barcelona Traction*, se situent réellement à côté de la question. Que *Sidro* ait déclaré ces actions parmi ses valeurs mobilières sur l'étranger; que les mêmes actions aient été bloquées pendant la guerre, au Canada et aux Etats-Unis; et même que le Gouvernement espagnol ait « proclamé » l'existence de liens entre *Barcelona Traction* et *Sidro*<sup>3</sup>; tout cela ne fait que confirmer une donnée que le Gouvernement espagnol n'a jamais contestée, à savoir, que *Sidro* était le *beneficial owner* des actions en question. Mais tout cela ne saurait être invoqué ni pour nier l'existence d'un *legal owner* à côté du *beneficial owner*, ni pour écarter la situation juridique qui est celle du *legal owner* parce qu'il a le *legal title*, par rapport aux actions inscrites à son propre nom, ni, surtout, pour réduire le *legal title* à un titre dépourvu de contenu du point de vue du droit interne aussi bien que du droit international.

### C. La prétention du Gouvernement belge à la protection des « *beneficial owners* » en tant qu'« actionnaires »

21. Partant de la distinction entre *legal ownership* et *beneficial ownership*, le Gouvernement espagnol a indiqué les conséquences juridiques qui en découlent du point de vue

<sup>1</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>2</sup> *Contre-mémoire*, IV, p. 671.

<sup>3</sup> *Réplique*, V, p. 698.

de l'exercice de la protection diplomatique au profit d'« actionnaires »<sup>1</sup>. Ces conséquences peuvent aisément se résumer dans les termes mêmes du *Contre-Mémoire* :

« La protection diplomatique de l'*actionnaire* — à supposer réunies toutes les autres conditions requises pour qu'elle soit admise — n'est vraiment légitime que lorsque l'actionnaire a la double qualité de *legal owner* et de *beneficial owner*, lorsqu'il réunit entre ses mains le *legal title* et le *beneficial interest*; ou, tout au moins, lorsque le même Etat est à la fois l'Etat national du *nominee* et celui du *beneficial owner*.

Dans le cas où, au contraire, les deux sujets en question sont de nationalité différente, ce qui paraît être bien certain c'est que le *beneficial owner* n'a pas le droit d'être protégé en tant qu'*'actionnaire'*, pour la raison bien simple qu'*il n'est pas actionnaire du tout*. Quant au *legal owner* qui, par contre, est incontestablement 'actionnaire' sur le plan du droit, il est néanmoins exposé au risque que l'Etat destinataire de la réclamation oppose à celle-ci le défaut de caractère 'effectif' de la qualité juridique invoquée. »

Le Gouvernement belge a cru devoir opposer à ces conclusions des arguments qui sont assurément surprenants. Après avoir essayé de changer, à l'occasion du passage de la première à la deuxième Requête, une affaire de protection d'une société en une affaire de protection des actionnaires du chef du préjudice prétendument causé à la société, il voudrait maintenant opérer un deuxième changement et présenter l'affaire comme un cas de protection de « *beneficial owners* » des actions de la société en question.

Les étapes de ce deuxième changement sont les suivantes. On commence par affirmer que le « propriétaire » n'est pas « privé de sa propriété » par le fait que les actions sont inscrites au nom d'un *nominee* et que « le droit international s'attache à la nationalité du véritable propriétaire, non à celle des *nominees* qui détiennent la propriété pour son compte »<sup>2</sup>. La notion d'« actionnaire » est ainsi laissée à l'arrière-plan, et celle de « propriétaire » reste seule sur le devant de la scène.

Mais, à son tour, cette mise en vedette du « propriétaire » ne s'est pas avérée entièrement satisfaisante, étant donné que la présence même d'un *nominee* suppose nécessairement une scission du droit de propriété. Il faut donc imaginer une formule nouvelle, qui soit, bien entendu, aussi vague que possible. Une pirouette, et le « propriétaire » lui aussi disparaît de la scène pour laisser la place à des « droits » et « intérêts ». L'on affirme donc d'un ton impératif, que

« le droit international reconnaît la protection, non seulement de la 'propriété' comme telle, mais aussi des 'droits' et des 'intérêts' dans un 'bien' »<sup>3</sup>.

Et pour étayer pareille conclusion, la Partie adverse n'hésite pas à suggérer une interprétation manifestement tendancieuse de l'arrêt rendu par la Cour sur les exceptions préliminaires. La Cour s'est, en effet, posé la question de savoir si le droit international reconnaît aux *actionnaires* dans le cas d'un préjudice causé à la société, un droit ou un intérêt distinct et indépendant<sup>4</sup>; mais cela suffit au Gouvernement belge pour affirmer que la Cour aurait de la sorte implicitement rappelé que le droit interna-

<sup>1</sup> *Contre-mémoire*, pp. 673 et ss.

<sup>2</sup> *Réplique*, pp. 699 et ss.

<sup>3</sup> *Réplique*, p. 707.

<sup>4</sup> La Cour s'est exprimée textuellement dans les termes suivants: « On peut se demander si le droit international reconnaît aux actionnaires d'une société, en cas de préjudice causé à cette société par un Gouvernement étranger, un droit ou un intérêt distinct et indépendant... » (*C.I.J., Recueil*, 1964, p. 44).

tional reconnaîtrait la protection, non seulement de la « propriété » comme telle, mais aussi des « droits » et des « intérêts » dans un bien.

Dans les considérations liminaires exposées au début de ce chapitre<sup>1</sup>, l'on a déjà eu l'occasion de dénoncer la tentative faite par la Partie adverse pour solliciter la pensée de la Cour et prétendre qu'elle aurait déjà tranché certaines questions, et ce bien entendu dans un sens utile aux objectifs belges. Or, la Cour a tout simplement *posé une question*: celle de savoir si, en raison du préjudice causé à la société, l'actionnaire peut, *oui ou non*, prétendre avoir été lésé, lui aussi, dans un droit ou intérêt lui appartenant, distinct et indépendant de ceux de la société, et s'il peut ainsi rendre légitime une réclamation autonome dans l'hypothèse où la première lésion représenterait la violation d'une obligation internationale.

Le Gouvernement espagnol tient à souligner, d'une façon générale, qu'il n'a jamais songé à prétendre qu'aux fins de cette protection — qui consiste précisément à mettre à la charge de l'Etat l'obligation de respecter certains droits ou intérêts — les règles du droit international concernant le traitement des étrangers ne prennent pas en considération autre chose que des droits de « propriété ». Il y a des droits de propriété qui ne sont pas protégés par le droit international, tout comme il y a des droits — et dans quelques cas il peut y avoir aussi de simples intérêts — qui ne sont pas des droits de propriété et dont le droit international assure le respect. La protection du particulier étranger contre certains abus graves dans l'administration de la justice — ceux auxquels s'applique le terme « déni de justice » — prend en considération des droits qui n'ont rien à voir avec la « propriété ».

Mais ce que l'on ne doit pas perdre de vue c'est que les « droits » ou « intérêts » internationalement protégés sont seulement ceux que l'Etat est spécialement tenu de sauvegarder en vertu d'une obligation prévue par une règle en vigueur du droit international. Il ne suffit pas d'établir qu'un particulier a un droit ou un intérêt sur un bien pour en conclure que ce droit ou cet intérêt est protégé par le droit international. Il n'appartient certainement pas au droit international de garantir l'étranger contre toute atteinte à un droit ou à un intérêt sur un bien<sup>2</sup>. Et il faut relever à cet égard que si le droit conventionnel peut parfois aller très loin pour assurer cette protection, le droit coutumier général de son côté est extrêmement prudent et se limite à la protection de certains droits ou intérêts essentiels, dans des hypothèses déterminées.

22. Quoiqu'il en soit, le problème qui est en discussion n'est pas de savoir si l'actionnaire a ou n'a pas, sur les biens de la société, un droit ou un intérêt distinct du droit de

<sup>1</sup> Voir *Supra*, par. 1.

<sup>2</sup> Le Gouvernement espagnol se doit de réagir fermement contre la tentative du Gouvernement belge d'entretenir l'équivoque en donnant comme acquise « la proposition suivant laquelle le droit international protège 'les biens, droits et intérêts' » (*Réplique*, V, p. 707). Le droit international protège l'étranger dans certains droits et intérêts, dans ces quelques droits et intérêts qu'il considère assez importants pour devoir les couvrir exceptionnellement de sa protection. Toute la spéculation que la Partie adverse fait à ce sujet (*Ibid.*, p. 708), en sollicitant une fois de plus la pensée de la Cour permanente dans l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, doit être dénoncée. La Cour a parlé de « toute atteinte aux biens, droits et intérêts de ressortissants allemands... qui dépasse les limites du droit international commun », ce qui implique justement qu'il y a des atteintes à ces biens, droits et intérêts qui ne dépassent pas les limites du droit international commun, et que pour prétendre que ce droit protège des droits ou intérêts déterminés il faut prouver l'existence d'une règle générale coutumière imposant spécifiquement à l'Etat l'obligation d'en assurer le respect. C'est finalement ce que, dans la présente affaire, le Gouvernement belge a essayé tant de fois de faire, mais, hélas, sans jamais y réussir.

propriété et si le respect de ce prétendu « droit » ou « intérêt » est ou n'est pas spécifiquement garanti par une obligation reconnue par le droit international général. Il ne s'agit pas non plus de savoir si le *beneficial owner* des actions a sur ces actions un « intérêt » tout en n'ayant pas un « droit de propriété »<sup>1</sup>. Ce à quoi il s'agit de répondre, en raisonnant, par hypothèse, comme s'il était admis que le droit international reconnaît la protection diplomatique des « actionnaires » en cas de préjudice causé à la société, c'est la question de savoir qui a titre pour être qualifié d'« actionnaire ». Eu égard, en particulier, au rapport entre *Gordon and Co.*, et *Newman and Co.* d'une part, et *Sidro* de l'autre, ce qu'il faut déterminer, c'est qui a la qualité d'« actionnaire » : les premiers qui sont inscrits au registre des « actionnaires » et possèdent le *legal title* sur les actions, ou *Sidro*, en dépit du fait qu'elle n'est que le simple *beneficial owner* des actions. A cet égard la position du Gouvernement espagnol est et reste qu'aux fins d'une prise en considération par le droit international, ne peut être « actionnaire » que la personne qui a juridiquement titre à être considérée comme tel<sup>2</sup>.

D. Les « précédents » invoqués à l'appui de la thèse belge :  
le droit interne américain et canadien

23. La confusion sciemment provoquée par la Partie adverse entre « actionnaire », « propriétaire » des actions, et « titulaire de n'importe quel droit ou intérêt » sur les actions vise manifestement à obscurcir les données du problème. C'est dans le même but que le Gouvernement belge a annexé à sa *Réplique* deux longues consultations, l'une, de droit américain, rédigée par le professeur Chayes, et l'autre, de droit canadien, rédigée par M. Mockridge<sup>3</sup>.

Un examen attentif de ces consultations n'a pas manqué de causer au Gouvernement espagnol une certaine surprise. Car les conclusions auxquelles aboutissent les deux juristes ne concordent guère avec les velléités qu'a le Gouvernement belge de s'octroyer un prétendu *jus standi* dans la présente affaire comme protecteur de *Sidro* en tant qu'« actionnaire » de *Barcelona Traction*. L'opinion exprimée par les experts auxquels s'est adressé le Gouvernement belge ne permet certes pas de conclure ce qu'il n'ont eux-mêmes pas pu affirmer, à savoir qu'en droit américain ou en droit canadien, le *beneficial owner* des actions serait l'« actionnaire ».

C'est ce qui explique pourquoi la Partie adverse s'efforce de déplacer les termes de la question. Elle laisse ici tout à fait de côté la « protection des actionnaires », si largement évoquée dans d'autres chapitres, pour mettre l'accent sur la nécessité d'accorder plutôt la protection à ce qu'elle appelle les « propriétaires véritables »<sup>4</sup>. C'est ce qui explique aussi que le Gouvernement belge, non sans une certaine prudence, essaie même d'aller au-delà de cette dernière prétention en partant de la prémisse que

« si la Cour admet ... l'exercice d'une protection diplomatique en faveur d'actionnaires, ce sera dans le but d'assurer la protection internationale à ceux qui ont été réellement atteints par le préjudice causé à la société »<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Le Gouvernement belge semble s'imaginer que, pour prouver sa qualité pour agir en l'espèce, il lui suffirait de prouver que les « ressortissants belges » qu'il voudrait protéger possèdent un « intérêt » sur les actions *Barcelona Traction*. Voir *Réplique*, p. 708.

<sup>2</sup> Voir à ce propos les amples développements qui figurent dans le *Contre-mémoire*, IV, pp. 674 et ss.

<sup>3</sup> Voir *Annexes à la Réplique*, N° 125 et 126, pp. 700 et ss.; 725 et ss.

<sup>4</sup> Voir *Réplique*, p. 701.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 699.

De cette façon, la question a entièrement changé de nature, car évidemment la protection de ceux qui ont été « réellement atteints » par un préjudice causé à la société est une chose et la protection des « actionnaires » en est une autre. Ce point doit être noté avec la plus grande attention, car une fois engagée sur la voie de la recherche des particuliers « réellement atteints » par un tel préjudice, il ne serait certes plus loisible à la Partie adverse de mettre en avant *Sidro* et d'invoquer son statut belge. Bien au contraire, il faudrait qu'elle aille beaucoup plus loin et qu'elle parvienne à préciser, derrière l'écran de *Sidro* et *Sofina*, les « réalités » qu'elle a à l'esprit, les particuliers finalement touchés dans leurs intérêts et, bien entendu, leur nationalité.

24. En portant maintenant l'attention sur les systèmes juridiques internes auxquels s'est référée la Partie adverse, il faut noter que, pour le droit de l'Etat de New York aussi bien que pour celui de l'Ontario, le particulier dont le nom est inscrit dans le registre de la société — c'est-à-dire le *legal owner* des actions — a titre à exercer tous les droits de l'actionnaire. En effet, il a le droit de participer aux assemblées; il a le droit d'y prendre la parole; il a le droit de voter; il a le droit d'exercer des options éventuelles en cas d'augmentation du capital; il a le droit de recevoir les informations que la société communique périodiquement à ses actionnaires; il a le droit de contrôler certains livres de la société; il a le droit de vendre les actions en faisant changer l'inscription qui figure dans les registres de la société. Ce faisant, il se sert exclusivement de son nom, parce que, précisément, il est à toutes fins utiles « l'actionnaire ». Il ne saurait en être autrement, car l'inscription dans les registres de la société constituée, quant il s'agit d'actions nominatives, la preuve de la participation à la société en tant que membres de celle-ci. Avec l'inscription dans les registres de la société, l'on acquiert pour ainsi dire, le titre de « citoyen » dans ce système particulier qu'est l'organisme social.

Pour sa part, le Gouvernement belge oppose que:

« Une personne qui est seulement titulaire d'une inscription nominative au registre peut bien ne pas être le véritable propriétaire des actions »<sup>1</sup>.

Cette remarque ne porte pas, cependant. Plusieurs rapports juridiques sont de nature à permettre qu'un sujet jouisse de l'élément formel d'un droit, alors que l'élément économique, ou « bénéficiaire », revient à un autre sujet, en vertu d'un lien qui existe entre les deux. Le problème n'est pas là. Du fait que *Sidro* ait le droit de se faire rendre les actions par son *nominee*, il ne résulte absolument pas que sa situation juridique subjective corresponde à celle d'un « propriétaire », car à cet effet le *legal title* lui fait défaut. Les pouvoirs de *Sidro* prouvent simplement que des deux parties au rapport *beneficial owner-nominee*, c'est la première, et par conséquent *Sidro*, qui domine à l'intérieur de ce rapport juridique parce que c'est *Sidro* qui est le bénéficiaire ou l'ultime destinataire du contenu économique des actions. Mais tant que le *legal title* n'a pas été transféré au *beneficial owner*, et que les deux éléments n'ont pas été réunis entre ses mains, il n'est pas formellement titulaire de la propriété.

*Sidro* ne réunissait donc pas, avant le 10 février 1967, les caractéristiques qui sont nécessaires pour posséder le *status* d'« actionnaire », c'est-à-dire de membre de l'organisation sociale. Un exemple suffira pour le montrer: si, en 1946, *Sidro* avait décidé d'exercer directement le droit de vote dans les assemblées de *Barcelona Traction*, elle

<sup>1</sup> Réplique, V, p. 701.

n'aurait pu le faire qu'en se faisant retransférer le *legal title* par le *nominee*, ou bien en se faisant donner une procuration (*by proxy*).

25. La séparation, que personne ne saurait nier, entre le *legal title* et la *beneficial ownership* qui se rattachent au même bien et appartiennent, respectivement, à deux sujets différents, prive de toute utilité aux fins ici considérées la savante dissertation du professeur Chayes au sujet de la distinction entre *trustee* et *nominee*.

L'on peut donner comme acquis que le *nominee* n'est pas proprement un *trustee*<sup>1</sup> et également que le *trustee* jouit dans son action d'une plus large autonomie que le *nominee*. Mais il est aussi évident que l'inscription des actions au nom d'un *nominee* produit toute une série d'effets; et la simple circonstance, que le professeur Chayes doit admettre, que le « *unregistered owner* » devrait recourir, si nécessaire, à un tribunal d'« *equity* » pour obtenir que la société transfère à son nom les actions dans les registres ou pour exiger de celui qui tient le registre, du « *holder of record* », qu'il agisse selon ses instructions<sup>2</sup>, en est la meilleure preuve. Comme le Gouvernement espagnol l'a lui-même toujours indiqué, il peut donc y avoir, dans les rapports internes, une prépondérance du propriétaire bénéficiaire par rapport à celui qui détient le *legal title*, en ce sens que le second doit se conformer aux instructions du premier. Mais la situation se renverse dans les rapports extérieurs; et, en outre, le partage de la qualité de « propriétaire » en deux situations juridiques distinctes et séparées ne saurait être mis en discussion, de même que l'on ne saurait affirmer que l'une quelconque de ces situations juridiques distinctes et séparées correspond à elle seule à la « propriété ».

26. Soucieuse de se soustraire à l'évidence d'une telle argumentation, la Partie adverse évoque toute une série de circonstances accessoires qui devraient étayer ses prétentions. Là aussi, si on les examine attentivement, il est aisé de constater qu'elles vont plutôt à l'encontre de ses espoirs.

Tout d'abord, le Gouvernement belge<sup>3</sup> remarque qu'en cas de transfert des actions du *nominee* au *beneficial owner* ou du *beneficial owner* au *nominee*, aucun impôt sur le transfert de propriété n'est dû. Toutefois, le Gouvernement belge oublie d'expliquer quelle importance cette circonstance peut avoir du point de vue qui nous occupe. Il est bien évident que le transfert du *legal title* n'est pas le transfert de la propriété, car sinon le « *nominee* » enregistré deviendrait non seulement l'« actionnaire » mais bien, à toutes fins utiles, le « propriétaire des actions ». La propriété d'un bien, ainsi qu'on l'a dit déjà trop de fois, suppose le *legal title* aussi bien que la *beneficial ownership* et non pas l'une seulement de ces situations juridiques subjectives.

Quant à faire observer que l'impôt sur le revenu continue de frapper le *beneficial owner*, cette remarque<sup>4</sup> est, si possible, plus dépourvue d'intérêt encore par rapport à la question examinée ici. La personne qui, en dernière analyse, reçoit le bénéfice du divi-

<sup>1</sup> Tandis qu'il n'est pas évident que *Sidro* ait été, en 1948, le *beneficial owner* du *nominee* Gordon & Co. mais plutôt le *cestui - qui - trust* de *Securitas Ltd.*

<sup>2</sup> Réplique, Annexe 125, p. 707: « *that the unregistered owner would have to resort to a court of equity if necessary to require the corporation to transfer the shares on its books or to require the holder of record to act pursuant to his instructions* ».

<sup>3</sup> Réplique, p. 702; et Annexes à la Réplique, N° 125, p. 712.

<sup>4</sup> Réplique, loc. cit. et Annexes à la Réplique, N° 125, p. 718.

dende, même si ce dividende est payé au *nominee*, est le *beneficial owner*; il est donc tout à fait normal que l'impôt sur le revenu soit mis à sa charge. Ce que le Gouvernement belge a cependant omis de faire remarquer, c'est que le *nominee*, dans sa déclaration au fisc, ne saurait manquer de préciser sa qualité, à défaut de quoi sa « propriété » complète serait présumée et il n'échapperait pas auxdits impôts.

La partie adverse insiste aussi sur le fait que le *beneficial owner* a droit à ce que le *nominee* lui remette les dividendes qui ont été payés et vote conformément à ses instructions<sup>1</sup>. Mais, encore une fois, il s'agit des rapports internes entre ces deux parties et cela découle de la scission du droit de propriété, aux conséquences de laquelle le Gouvernement belge cherche vainement à se soustraire.

27. Finalement, le Gouvernement belge souligne que le *beneficial owner* a, en droit américain ou canadien, le droit d'intenter un *derivative suit* et qu'en cas de faillite du *nominee* les actions dont celui-ci possède seulement le *legal title* sont soustraites à la masse, alors qu'en cas de faillite du *beneficial owner* les actions inscrites au nom d'un *nominee* sont ramenées à la masse.

Les *derivative suits* constituent, selon le professeur Chayes, une voie de recours propre au droit américain, « a remedy more or less peculiar to American Law »<sup>2</sup>. Il ajoute que cette forme d'action permet

« à l'actionnaire d'une société qui a subi un préjudice d'agir pour le compte de la société afin d'en faire valoir les droits, lorsque, pour une raison ou pour une autre, la société elle-même ne peut ou ne veut pas le faire par le truchement de ses organes administratifs normaux, la direction ou le conseil d'administration. Ce procédé a été particulièrement important pour réagir contre la conduite illégale de la direction ou des administrateurs eux-mêmes »<sup>3</sup>.

Le *derivative suit* a donc pour but la protection d'actionnaires minoritaires<sup>4</sup>, étant donné que les actionnaires majoritaires, qui exercent le contrôle sur les administrateurs, ont bien d'autres possibilités d'agir à l'égard des administrateurs et d'orienter leur action.

28. En ce qui concerne le droit canadien, la situation est fort bien élucidée par le Juge Hudson, qui affirme que :

« Le droit du demandeur d'agir en tant que membre de la société en raison d'actes de celle-ci est limité aux cas suivants: a) pour empêcher la société d'entreprendre ou de poursuivre quelque chose qui va au delà de ses pouvoirs; b) pour empêcher la société de réaliser une opération qui prétende être un acte de la société, mais qui soit, en fait, une tentative de la majorité de ses membres en vue de réaliser une fraude ou d'exercer une contrainte à l'égard de la minorité »<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> *Réplique, loc. cit. et Annexes à la Réplique*, N° 125, p. 713.

<sup>2</sup> Voir *Annexes à la Réplique, loc. cit.*, p. 715. L'institution est connue aussi, quoiqu'avec des caractéristiques différentes, d'autres systèmes juridiques d'origine anglo-saxonne.

<sup>3</sup> « ...shareholder of a corporation that has been wronged to sue on behalf of the corporation to enforce its rights where, for one reason or another, the corporation itself cannot or will not do so through its normal administrative organs, the management or the board of directors. The device has been especially important in correcting wrongdoing by the management or directors themselves » (*ibid.*, *loc. cit.*).

<sup>4</sup> Voir aussi, pour le droit canadien, *Burland v. Earl* (1902) A.C. 83.

<sup>5</sup> « The plaintiff's right to sue as a member of the society in respect of its acts is limited to the cases: a) to prevent the corporation from either commencing or continuing the doing of something which is beyond its powers; b) to prevent the corporation carrying out something which purports to be a corporate act but which is in fact an attempt by the majority of its members to practice fraud or oppression against the minority » (*Sass. v. St. Nicholas Mutual Benefit Association of Winnipeg*, 1937, S.C.R., 415).

Il s'agit donc d'une action accordée aux actionnaires de la minorité pour le cas où la société, mise en présence du dol ou de la faute des administrateurs, ne réagit pas pour protéger ses droits<sup>1</sup>. Cette action est dirigée contre les administrateurs<sup>2</sup>, ou parfois aussi à la fois contre les administrateurs ou la majorité d'une part et, d'autre part, les tiers qui, d'accord avec les administrateurs porteraient préjudice à la société, et ce en vue de la tutelle des droits et intérêts de cette dernière<sup>3</sup>.

Or, le professeur Chayes fait valoir que le « *derivative suit* » peut être intenté, en principe, par les actionnaires; et exceptionnellement, d'après certaines décisions, par le *beneficial owner* aussi. Toutefois, le Gouvernement belge aurait mieux fait de lire attentivement les décisions citées dans ses annexes, car elles montrent quelle est la justification que l'on donne, dans la jurisprudence, de cette faculté exceptionnelle. Ce n'est pas du tout que le *legal owner* ne puisse pas agir, lui aussi, en tant qu'« actionnaire » et même en premier lieu; ni que le *beneficial owner* soit autorisé à agir en qualité d'« actionnaire ». Ce dernier peut agir en vertu de sa propre situation qui lui confère « le droit de demander le transfert à son nom des actions dans les registres de la société »<sup>4</sup>. C'est d'ailleurs le caractère urgent que revêt la nécessité d'agir qui autorise, exceptionnellement, à admettre que le *beneficial owner* agisse avant d'avoir demandé le transfert des actions à son propre nom.

Ce qu'il ne faut pas oublier, d'ailleurs, pour saisir l'esprit et la portée du système, ce sont les prémisses d'équité sur lesquelles il est fondé. L'actionnaire comme tel n'a aucun droit de se mêler de la gestion de l'entreprise. Lorsqu'une possibilité lui est exceptionnellement accordée d'agir pour le compte de la société, face à la nécessité de parer aux conséquences éventuelles du dol ou de la faute des administrateurs, et qu'ainsi se trouve écarté le principe d'après lequel la société a seule qualité pour agir pour sa propre protection et contre les administrateurs, il n'y a aucune raison d'empêcher que l'actionnaire enregistré, le *beneficial owner* des actions, puisse exercer lui-même le *derivative suit* au lieu et place de la société.

Ce que, par contre, l'on ne saurait nullement déduire du système envisagé, c'est la prétention d'assimiler tout simplement le *beneficial owner* à l'« actionnaire ». L'existence du *derivative suit* et la possibilité exceptionnellement accordée au *beneficial owner* de l'exercer lui aussi ne prouvent absolument rien à cet égard<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> « ... refuses to enforce rights which may properly be asserted by it... » (Par. 1321 de la *Pennsylvania Act*, signalé par l'arrêt *Murdock v. Follansbee Steel Corp.* (1914, 213 F. 2d. 570, 573).

<sup>2</sup> Formellement « contre la société et ses administrateurs » (voir par ex., *Rosenthal v. Bank Biscuit Corporation*, 30 Del. Chr. 299, cité par le professeur Chayes (*Réplique, Annexe N° 125*, p. 715, note 1).

<sup>3</sup> « The part which a stockholder plays in such an action is merely that of an instigator », précisait le juge Scott, (*Holmes v. Camp* (1914) 180 App. Div. 409, 167 N.Y. Supp. 840). (L'actionnaire ne joue, dans une action de ce genre, que le rôle d'un instigateur.)

<sup>4</sup> Voir *O'Connor v. International Silver*, 59 Atl. 321, 324 (Ch. 1904). Dans cette affaire, le Vice-Chancelier Pitney — et par la suite, dans l'affaire *Gallup v. Caldwell* 120 F. 2d 90, 94 (3d Civ. 1941) on soulignera élogieusement son interprétation (« ... the problem was discussed in characteristically able fashion by Vice Chancellor Pitney ») — se déclare incapable de comprendre pourquoi celui qui possède, de façon claire, un titre aux actions et donc le droit de les faire transférer à son nom immédiatement dans les livres de la société, n'a pas accès au tribunal pour protéger son intérêt dans la société et dans sa gestion (« unable to perceive why a clear title to the shares of stock, with the immediate right to have the stock transferred on the books of the company, does not give the owner a right to the ear of this court to protect his interest in the corporation and its management »).

<sup>5</sup> Il est bien de rappeler, d'ailleurs, une fois de plus, que la *derivative action*, quelle que soit la personne qui est autorisée exceptionnellement à l'exercer, qu'elle soit actionnaire ou simple *beneficial owner*, n'est accordée que pour la sauvegarde des droits et des intérêts de la société en tant que telle et non de ceux de



29. En ce qui concerne, finalement, les conséquences respectives de la faillite du *nominee* et de celle du *beneficial owner*<sup>1</sup>, elles ne fournissent pas non plus d'appui aux thèses de la Partie adverse.

Dans le cas de la faillite du *nominee*, seul le *legal title* pourrait à la rigueur être compris dans le patrimoine du failli. Par contre, il est tout à fait normal que les droits « bénéficiaires » sur les actions inscrites au nom du *nominee* n'y soient pas compris, car ces droits de nature économique reviennent précisément au *beneficial owner*. Les créanciers du *nominee* ne peuvent donc pas obtenir satisfaction sur la valeur économique représentée par les actions, justement parce que — comme le Gouvernement espagnol l'a déjà précisé<sup>2</sup> — les bénéfices économiques de la propriété se trouvent plutôt du côté du *beneficial owner*. D'autre part, le rapport qui subsiste entre *beneficial owner* et *nominee* est un rapport fiduciaire qui suppose la continuité de ces conditions personnelles qui ont, à l'origine, motivé cette confiance. La faillite du *nominee* met fin à ce rapport de confiance et le rapport est destiné à se

---

l'actionnaire. Le particulier auquel la *derivative action* est octroyée, n'a d'autre rôle que de « déclencher » l'action (« *is merely an instigator* ») et a le pouvoir « de poursuivre l'action nonobstant son défaut d'intérêt direct, à la seule fin de mettre en marche le mécanisme de la justice » (« *to maintain the action notwithstanding his lack of direct interest, solely to set the machine of justice in motion...* ») (*Holmes v. Camp, op. cit.*). BALLANTINE (*On Corporation*, Chicago, 1946, pp. 342-343), précise qu'« il s'agit d'une action *derivative* en ce sens que le préjudice qu'il y a lieu de réparer n'est pas personnel au plaignant. Il agit en exerçant le droit d'une société dans un cas où est ouverte une action que la direction de la société aurait normalement exercé » (« *... it is a 'derivative' suit in the sense that the wrong to be redressed is not personal to the plaintiff. He sues in the right of the corporation on a cause of action which the management of the corporation would normally assert.* »).

<sup>1</sup> *Réplique*, V, p. 702; *Annexes à la Réplique*, N° 125, p. 718. Dans sa consultation, le professeur Chayes fait allusion à trois hypothèses où, d'après lui, la Federal Securities Regulation ferait mention du *beneficial owner* en plus ou au lieu de l'actionnaire enregistré. Toutefois ces hypothèses n'ont aucun rapport avec le problème posé dans la présente affaire.

Le premier cas (*Réplique*, *Annexe* N° 125, p. 716) est celui de la règle relative au *Trading by Corporate Insiders* dont le but est d'empêcher que les personnes qui auraient accès aux secrets de la gestion de la société en fassent usage pour réaliser des transferts d'actions au détriment des tiers. Il est normal que cette règle tienne compte spécialement des *beneficial owners* possédant au moins 10% des actions, car il importe d'éviter que ces *insiders* ne puissent abuser de la bonne foi des tiers en se dissimulant derrière la façade des *nominees*. Cette législation n'apporte donc aucun élément à la définition de « l'actionnaire » et il ne faut pas oublier que ces *insiders* sont surtout les administrateurs et les dirigeants des sociétés, indépendamment de leur éventuelle qualité d'actionnaires.

Le second cas (*Réplique*, *annexe* N° 125, pp. 716 et ss.) est celui de la règle qui prévoit des sanctions contre ceux qui diffusent des fausses nouvelles à propos de la société. Il est encore plus net, dans ce cas, que cette règle est sans rapport avec le problème de savoir si c'est le *nominee* ou le *beneficial owner* qui est « l'actionnaire ». Ce texte vise ceux qui occupent dans la société une situation, quelle qu'elle soit, qui leur permette de diffuser ces fausses nouvelles ou ces informations tendancieuses. Ce que l'on cherche à empêcher, c'est que, en ayant recours à des agents de change ou autres *nominees*, l'on puisse dissimuler son identité et échapper ainsi à la responsabilité prévue par la loi. (Voir aussi *Buchols v. Rennard*, cité par Chayes, *Réplique*, *Annexe* N° 125, pp. 716-717.)

Le troisième cas (*Réplique*, *Annexe* N° 125, p. 717) concerne l'obligation qui est faite au *registered owner* qui est *nominee* d'adresser au *beneficial owner* la documentation (*proxy material*) concernant la délégation de son droit de vote. Il est vain de souligner que le *registered owner* est tenu de transmettre copie de toute documentation (*proxy material*). Il est en effet normal que le *nominee* sollicite les instructions du *beneficial owner* avant de voter dans une assemblée, mais ce qui est important, c'est le fait que c'est le *nominee* et non pas le *beneficial owner* qui a qualité pour exercer le droit de vote. En outre, il est vrai que le Securities and Exchange Act impose à la société, lorsqu'elle pense avoir parmi ses actionnaires enregistrés des agents de change ou des banquiers par exemple (*brokers, dealers, banks* ou *voting trustees*), c'est-à-dire des intermédiaires connus de tous et qui se chargent du transfert des actions ou encore des dépositaires ou des syndicats de blocage, de s'informer des *beneficial owners* et le cas échéant de fournir à chacun des exemplaires supplémentaires des divers documents. Mais la raison en est que l'on veut éviter les abus de la part des *nominees* et par ailleurs cette obligation confirme l'exactitude de la remarque faite par le Gouvernement espagnol à propos de la différence qu'il y a entre la situation du *nominee* déclaré et connu et la situation du *nominee* dont la qualité n'apparaît pas.

<sup>2</sup> *Contre-mémoire*, IV, p. 671.

dissoudre. Dans ces conditions il est tout naturel que le *beneficial owner* se voie restituer le *legal title* et redevienne, à toutes fins utiles, l'« actionnaire ».

Lorsque c'est le *beneficial owner* qui est mis en faillite, il est normal que l'élément du droit de propriété qui lui revient — la *beneficial ownership* — entre dans la masse de la faillite. Et les organes préposés à la faillite seront habilités à demander, en temps opportun, la restitution du *legal title* qui appartenait auparavant au *nominee*.

En d'autres termes, des considérations très simples suffisent pour élucider des conséquences de la faillite du *nominee* ou de la faillite du *beneficial owner*. Si la Partie adverse ne parvient pas à saisir les prémisses mêmes de ce raisonnement, c'est qu'elle s'obstine à contester une donnée fondamentale, à savoir que la présence du *nominee* entraîne nécessairement une séparation entre le *legal title* et la *beneficial ownership* et que cette séparation ne saurait avoir de sens qu'en admettant que la « propriété » se trouve elle-même partagée — par la répartition de ses éléments juridiques et économiques — entre deux sujets distincts <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> En annexe à la consultation de M. Mockridge figure l'exposé de l'affaire *Gaby v. Federal Packing & Partition Co. et al.* (Annexes à la Réplique, N° 126, App. 1 et 2). Dans cette affaire il n'est aucunement question de *nominees*. Mais puisqu'on prétend quand même l'invoquer pour établir que le *beneficial owner* serait l'actionnaire, il convient de l'examiner brièvement afin de montrer les particularités du cas d'espèce, qui comporte, de ce fait, des conséquences autres que celles suggérées par la Partie adverse.

Les faits sont les suivants. Quatre actionnaires de la *Federal Packing & Partition Co.*, auxquels cinq autres s'ajoutèrent ensuite, s'étaient réciproquement attribué en 1960 un droit d'option en proportion de leur participation au capital-actions de la société. Deux ans après, l'un des actionnaires mettait en vente 17.500 actions, qui furent achetées par M. Gaby, déjà détenteur de 1.250 actions, les autres actionnaires ne s'étant pas prévalus de leur droit d'option. Gaby, qui avait payé ces actions quelques jours après, n'avait pu les faire enregistrer à son nom par les administrateurs de la société qu'après le 25 juin 1962, date de l'approbation du transfert, prévu par les statuts. D'autres actionnaires ayant entre-temps mis en vente leurs actions à un prix extrêmement modéré, Gaby prétendait en acheter, en exerçant son droit d'option, dans une proportion correspondant à sa participation globale de 18.750 actions. Cette prétention fut pourtant contestée par les autres actionnaires possédant le droit d'option. D'après eux, Gaby n'aurait pu invoquer son droit d'option qu'en proportion de son investissement originaire de 1.250 actions, vu que les 17.500 actions acquises à la suite de la première opération d'achat n'avaient pas encore été enregistrées à son nom.

Un différend ayant surgi, la *Trial Court* rejeta la demande de Gaby, alors que la *Court of appeals* y fit droit. Or, l'opinion du juge de deuxième instance est basée sur l'interprétation du contrat de 1960, concernant le droit d'option. D'après la Cour d'appel, les mots *shareholder* et *shareholding*, qui figurent dans ce contrat, ne devraient pas être interprétés de façon étroite, *in their narrow technical sense*, d'autant que les parties avaient *deliberately avoided any reference to the requirement of registration*, s'étaient délibérément abstenues de mentionner l'exigence de l'enregistrement, ce qui implique que les mots en question *might have a wider signification and extent to include shares to which a party could prove an equitable title* (Annexes à la Réplique, N° 126, App. 1, p. 738), étaient susceptibles d'une interprétation plus large. Ainsi, le raisonnement du juge dans ce *curious case* revient à affirmer, 1<sup>o</sup> qu'il y a bien une notion technique (*technical sense*) d'actionnaire qui n'est pas de nature à inclure ceux qui ont seulement acquis un *equitable title*, et que, 2<sup>o</sup> cette notion technique n'avait pas été utilisée par les parties au contrat litigieux, car d'après l'intention des parties le droit d'option était conféré, dans un sens plus large, à tous ceux qui pouvaient prouver qu'ils possédaient un *equitable title* (*could prove an equitable title*).

Dans ces conditions, on voit mal comment cette décision pourrait fournir un appui quelconque aux thèses de la Partie adverse. Bien au contraire, le fait même que ladite décision ait affirmé l'existence d'une notion « technique » d'actionnaire, qui n'inclut pas le détenteur d'un *equitable title*, souligne le bien-fondé de la réponse du Gouvernement espagnol.

E. Les « précédents » invoqués à l'appui de la thèse belge: le droit international

30. La *Réplique belge* consacre plusieurs pages<sup>1</sup> à l'examen de la question ici considérée du point de vue du droit international, et notamment aux éléments qu'elle prétend déduire à ce propos de la jurisprudence et de la doctrine<sup>2</sup>.

La question qui se pose à ce sujet, précisons-le une fois de plus, est très exactement de savoir si le Gouvernement belge peut prétendre exercer la protection diplomatique de *Sidro* en tant qu'« actionnaire » de *Barcelona Traction* — abstraction faite, bien entendu, du problème principal de l'admissibilité en l'espèce d'une protection d'« actionnaires » — étant donné que le nom de *Sidro* n'est pas inscrit au registre des « actionnaires » de *Barcelona Traction* et qu'il est incontesté que la société belge en question n'est que le *beneficial owner* d'actions inscrites au nom d'un autre « actionnaire ».

En résumant la thèse générale du Gouvernement espagnol à ce sujet, le Gouvernement belge avance une inexactitude qui frise l'incorrection lorsqu'il dit: « le Gouvernement espagnol soutient qu'en droit international le véritable propriétaire n'a pas le droit d'être protégé si sa nationalité diffère de celle du *nominee*. Le Gouvernement espagnol ajoute qu'en ce cas l'Etat du *nominee* ne peut davantage intervenir, parce que le *nominee* n'a pas d'intérêt effectif dans les actions ». D'où l'accusation adressée au Gouvernement espagnol de vouloir introduire la notion de « propriété apatride » et de vouloir priver de protection les intérêts du « véritable propriétaire ».

En une seule page la Partie adverse bat ici le record des déformations et des inexactitudes. Le Gouvernement espagnol se doit, en conséquence, de rétablir la réalité des choses, au moins sur les points principaux.

En premier lieu, le Gouvernement espagnol n'a jamais songé à dire que l'on ne pourrait pas considérer comme « actionnaire » aux fins d'une protection diplomatique, dans les cas où celle-ci serait admissible, le « véritable propriétaire » des actions. Ce qu'il conteste, conformément à la doctrine et à la jurisprudence en la matière, c'est que le *beneficial owner* des actions puisse être décrit comme le « véritable propriétaire » de ces actions. L'emploi, à cette fin, de ce terme par la Partie adverse est d'ailleurs un véritable abus, à la lumière même de la doctrine sur laquelle s'est appuyé son raisonnement.

En second lieu, il est inadmissible que l'on essaie d'attribuer au Gouvernement espagnol une phrase qu'il n'a jamais dite, à savoir qu'au cas où le *nominee* et le *beneficial owner* auraient une nationalité différente, « l'Etat du *nominee* ne peut pas ... intervenir parce que le *nominee* n'a pas d'intérêt effectif dans les actions »<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> *Réplique*, V, pp. 706-720.

<sup>2</sup> Dans la première partie de ce texte, qui constitue une sorte d'introduction, la Partie adverse veut se donner l'illusion d'avoir repéré l'« erreur » qui entacherait toute la thèse espagnole en matière de *jus standi*. Le Gouvernement espagnol supposerait toujours, et à tort, « que le droit international ne s'occuperait que de la protection de la propriété des biens et non de la protection d'intérêts auxquels manquerait le caractère de propriété *stricto sensu*. On a déjà fait justice (*supra*, C, § 22) de cette tentative naïve et peu correcte d'attribuer gratuitement à la Partie adverse des idées qu'elle n'a jamais songé à exprimer.

<sup>3</sup> Ajoutant équivoque à équivoque, le Gouvernement belge se déclare d'accord avec la thèse ainsi attribuée au Gouvernement espagnol.

Non contente d'avoir ainsi déformé la thèse espagnole, la Partie adverse allègue ensuite comme confirmation le fait que « en l'espèce, le Département d'Etat des Etats-Unis n'a pas considéré que la

Enfin, le Gouvernement belge n'hésite pas non plus à dire que là où le Gouvernement espagnol expose, et en des termes très clairs, sa propre thèse, il présente « inexactement la thèse belge ».

31. Pour en revenir à la thèse qui est véritablement la sienne, le Gouvernement espagnol ne peut que reproduire ici le passage qui a fait l'objet de telles déformations :

« La protection diplomatique de l'*actionnaire* — à supposer réunies toutes les autres conditions requises pour qu'elles soient admises — n'est vraiment légitime que lorsque l'*actionnaire* a la double qualité de *legal* et de *beneficial owner*, lorsqu'il réunit entre ses mains le *legal title* et le *beneficial interest*; ou, tout au moins, lorsque le même Etat est à la fois l'Etat national du *nominee* et celui du *beneficial owner* ». <sup>1</sup>

Dans le cas où, au contraire, les deux sujets en question sont de nationalité différente, ce qui paraît certain c'est que le *beneficial owner* n'a pas le droit d'être protégé en tant qu'« *actionnaire* », pour la raison bien simple qu'il n'est pas *actionnaire* du tout. Quant au *legal owner* qui, par contre, est incontestablement « *actionnaire* » sur le plan du droit, il est néanmoins exposé au risque que l'Etat destinataire de la réclamation oppose à celle-ci le défaut de caractère effectif de la qualité juridique invoquée.

Le Gouvernement espagnol ajoutait que, dans le cas tout à fait exceptionnel où l'Etat national du *nominee* se heurterait à une objection fondée sur la non-effectivité de la réclamation et émanant de l'Etat destinataire, cela n'aurait certainement pas pour conséquence qu'« à la protection de l'« *actionnaire* » se substitue la protection du *beneficial owner* des actions, car ce dernier ne possède pas du tout la qualité d'« *actionnaire* » mais seulement celle de titulaire de certains droits envers celui qui est légalement l'« *actionnaire* » ». <sup>2</sup>.

Il est donc parfaitement clair que, d'après la thèse du Gouvernement espagnol, le *beneficial owner*, tout en jouissant des aspects économiques du droit de propriété, ne peut entrer en ligne de compte en tant qu'« *actionnaire* » aux fins de la protection diplomatique. Le bénéfice de la protection en qualité d'« *actionnaire* » revient et ne peut revenir qu'au *legal owner*, et il subsistera toutes les fois où le caractère effectif de sa qualité d'*actionnaire* ne sera pas valablement contesté, et où cette contestation n'aura pas été acceptée.

Une telle conclusion, loin d'introduire une notion « anormale » de « propriété apatride » pour une éventualité d'ailleurs exceptionnelle, n'est que la conséquence d'une exigence fondamentale des relations internationales contemporaines. Ce que le droit international actuel exige avant tout, et à juste titre, en matière d'investissements inter-

---

nationalité américaine des *nominees* suffisait à fonder une intervention diplomatique des Etats-Unis. Le Gouvernement belge oublie que le Gouvernement américain s'est abstenu d'intervenir en faveur de la protection diplomatique exercée par le Canada pour *Barcelona Traction* — intervention qu'il a néanmoins appuyée — et certes pas à l'occasion d'une protection diplomatique de *Sidro* par la Belgique!

<sup>1</sup> *Contre-mémoire*, IV, pp. 673 et ss.

<sup>2</sup> *Contre-mémoire*, p. 680. La *Réplique*, p. 706, n'a reproduit que la première partie de cette remarque. Pour compenser la coupure ainsi pratiquée, la Partie adverse a cru bon d'ajouter, dans le passage cité, après le mot « *actionnaire* », le mot « *inscrit* », entre parenthèses, afin de donner l'impression que le Gouvernement espagnol argumente sur la base d'une distinction entre *actionnaire inscrit* et *actionnaire-beneficial owner*, alors que la qualité d'*actionnaire* n'appartient qu'au premier.

nationaux, c'est la *clarté*, et ce non seulement du point de vue de leurs *buts*, mais aussi en ce qui concerne leur *origine*. Tout investisseur qui préfère se cacher derrière l'écran d'un *nominee*, et surtout d'un *undisclosed nominee*, porte atteinte au droit incontestable de l'Etat où l'investissement est réalisé, de connaître à tous moments la situation réelle et les liens de l'investisseur à l'égard d'un Etat donné.

Dans ces conditions, *et du point de vue du droit international*, toute discussion ayant trait à la légitimité de la pratique des *nominees* selon telle ou telle législation *nationale* est réellement à côté de la question. Du point de vue du droit international, l'utilisation des *nominees* peut se traduire parfois par un véritable camoufflage de l'origine de l'investissement et l'on aurait peine à croire que l'exigence fondamentale de la *clarté* dans ce genre de relations économiques transnationales puisse être si aisément esquivée. Loin d'introduire la prétendue notion de « propriété apatride », la thèse du Gouvernement espagnol se borne tout simplement à montrer que certaines pratiques, légitimes certes en droit interne, peuvent avoir leur contrepartie négative en droit international, en raison de l'élément d'insécurité qu'elles peuvent introduire dans les rapports interétatiques.

32. Le Gouvernement belge est si conscient de la faiblesse de sa thèse selon laquelle *Sidro* serait « propriétaire » au plein sens du terme, des actions qui ont été inscrites successivement au nom de Gordon and Co. et de Newman and Co. dans le registre des « actionnaires » de *Barcelona Traction* que, ainsi qu'on l'a vu, il a cru nécessaire d'élaborer encore sa thèse déjà confuse et basée sur d'apparentes distorsions de la théorie de la « protection des intérêts », théorie qui est manifestement dépourvue de toute pertinence par rapport à la question. En effet, quand il s'agit de savoir si une personne donnée peut ou non être protégée en tant qu'« actionnaire » d'une société, il faut établir qu'elle est « actionnaire » et non pas que, sans l'être, elle peut malgré tout avoir des « intérêts » à l'égard des actions, l'« actionnaire » étant quelqu'un d'autre <sup>1</sup>.

Cela étant, il est tout de même intéressant de s'arrêter sur ce point et de vérifier à quel point, sur cette question aussi, la thèse du Gouvernement belge va à l'encontre de ses illusions et combien elle est loin d'être consacrée par des précédents valables. Il serait étonnant, d'ailleurs, qu'il en soit autrement, car, comme l'a fait observer le Gouvernement espagnol en une autre occasion, il serait difficile de concevoir

« ... que le droit international passerait outre, avec désinvolture au droit interne et considérerait comme 'actionnaire' d'une société quelqu'un qui ne posséderait pas du tout cette qualité... » <sup>2</sup>.

L'examen de la jurisprudence internationale qui a été réalisée à ce sujet dans le *Contre-Mémoire* a dûment montré, en effet, qu'il n'existe en la matière aucun précédent spécifique en faveur des thèses belges et qu'en tous cas on y chercherait en vain une décision qui aurait accueilli *séparément* les prétentions, soit d'un *legal owner*, soit d'un *beneficial owner* sur la base du droit international général <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> On voit par là combien vain est l'effort de la Partie adverse pour obliger le Gouvernement espagnol à « aller plus loin et prouver que *Sidro* n'avait ni 'droit' ni 'intérêt' dans les actions » (*Réplique*, V, p. 707).

<sup>2</sup> *Contre-mémoire*, IV, p. 675.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 680.

La Partie adverse, dans la *Réplique*, a voulu mettre au premier plan de son analyse trois décisions dont elle n'avait pas fait état jusqu'à présent. Bien entendu, le Gouvernement belge prétend y avoir finalement trouvé la preuve « la plus éclatante » de la thèse

« ... selon laquelle les *beneficial owners* ont droit à la protection en dépit du fait que leurs intérêts sont placés au nom de *nominees* »<sup>1</sup>.

Il y a là une enième manifestation de la désinvolture avec laquelle, chaque fois que le Gouvernement espagnol a montré point sur point que les décisions déjà invoquées par la Partie adverse n'avaient aucunement le sens ou la portée que celle-ci prétendait accréditer, le Gouvernement belge n'a pas hésité à passer à d'autres décisions et à les présenter comme étant finalement les vrais précédents utiles pour trancher le différend qui oppose actuellement les deux Gouvernements. Malheureusement pour lui, les trois décisions qu'il invoque aujourd'hui à propos de la question des *nominees* vont suivre le même sort que les autres auxquelles l'on avait fait appel précédemment.

33. La première de ces trois décisions est celle rendue en 1927 par la Commission générale américano-mexicaine de réclamation dans l'affaire *John A. McPherson*. La Commission a accueilli la réclamation d'un ressortissant américain, McPherson, du chef du refus par le Gouvernement mexicain de payer huit mandats postaux émis par des autorités illégitimes au nom d'un ressortissant d'un pays tiers (Davidson), et achetés avec des fonds appartenant au ressortissant américain en question. De toute évidence, il n'était pas question de *nominees* dans cette affaire. Mais la Partie adverse trouve que « le problème était le même que dans la présente affaire » du fait que « tout comme Davidson était [...] le mandataire de McPherson, les *nominees* sont ici les mandataires de la *Sidro* »<sup>2</sup>. Cependant, les deux hypothèses sont déjà en tant que telles manifestement différentes : les actionnaires inscrits dans les registres d'une société, même lorsqu'ils sont des *nominees* de *beneficial owners* différents, ne peuvent pas être comparés à un simple mandataire pour l'achat d'un mandat postal.

Ceci dit, ce qui est beaucoup plus important, c'est que la Commission américano-mexicaine établie en vertu de la *General Claims Convention* du 8 septembre 1923 était tenue de faire droit à toute réclamation portée devant elle sur la seule base d'un préjudice matériellement subi; mais cela en vertu des règles spéciales établies par la convention que l'on vient de citer, et non pas, certes du droit international général. Si la Partie adverse veut bien prendre la peine de se pencher sur le texte de ladite convention<sup>3</sup>, elle pourra aisément constater que la procédure devant la Commission était ouverte (Article I) à toute sorte de réclamations pour « pertes ou dommages causés à des personnes ou à leurs biens », formule qui en elle-même couvre toute sorte de préjudices économiques indépendamment de leur qualification juridique. De ces « pertes ou dommages », causés par l'action d'organes gouvernementaux ou autres, la convention indiquait seulement qu'ils devaient « constituer » une injustice »<sup>4</sup>.

Ces termes évoquent manifestement l'idée d'une injustice matérielle, pouvant causer aussi des préjudices autres que ceux qui pourraient normalement ouvrir, sur le plan du

<sup>1</sup> *Réplique*, p. 709.

<sup>2</sup> *Réplique*, p. 710.

<sup>3</sup> N.U., R.S.A., vol. IV, pp. 11 et ss.

<sup>4</sup> Voir article I, al. 1 : « *all claims against Mexico of citizens of the United States ... for losses or damages suffered by persons or by their properties* ».

droit, la voie à une réclamation. A l'égard des réclamations reçues, la convention prévoyait que la Commission aurait statué non seulement en conformité avec le droit international, mais aussi avec la justice et l'équité<sup>1</sup>.

La série des dérogations aux principes du droit international général est enfin complétée par l'article V qui écartait même l'application de la règle de l'épuisement des recours internes, parce que les deux Etats se déclaraient « ... désireux de réaliser un règlement équitable des réclamations de leurs ressortissants respectifs en leur accordant par là un dédommagement juste et adéquat pour leurs pertes ou dommages »<sup>2</sup>. Cette dérogation ultérieure est d'ailleurs une conséquence des autres, parce que la réclamation pouvant être fondée même sur des préjudices purement économiques, les Etats contractants ont dû renoncer à exiger l'utilisation des moyens de recours internes qui supposent un dommage justiciable.

Il s'ensuit que la première des décisions invoquées à ce stade par la Partie adverse est loin d'étayer ses thèses. *Sidro* ne peut certes pas appuyer ses prétentions sur le texte d'une convention, et, en particulier, d'une convention aussi manifestement dérogatoire par rapport au droit international général que la Convention générale des réclamations américano-mexicaines. Le cas McPherson ne peut donc pas être produit comme précédent pour la présente affaire ».

34. Les deux autres « décisions additionnelles » mentionnées par la Partie adverse émanent de la *International Claims Commission of the United States*<sup>3</sup>, respectivement dans le *Westhold Corporation Claim* et dans le *Knesevich Claim*<sup>4</sup>.

Dès lors, il convient de rappeler, ainsi qu'il a déjà été souligné par le Gouvernement espagnol<sup>5</sup>, qu'il s'agit de

« décisions émanant non pas d'une instance internationale saisie de litiges entre Etats mais d'un organe purement interne chargé de répartir, sur la base de critères fixés par la loi interne, une somme globale reçue d'un Etat étranger à titre de réparation des dommages causés à des nationaux »<sup>6</sup>,

et que, par conséquent,

« le souci, pour un organe de cette nature, de bien s'assurer dans chaque cas que l'argent ainsi obtenu aille effectivement à des nationaux et non pas, par le truchement apparent de nationaux, à des étrangers est plus que logique ».

<sup>1</sup> Art. 1, al. premier, *in fine*.

<sup>2</sup> Art. 5: « ... desirous of effecting an equitable settlement of the claims of their respective citizens thereby affording them just and adequate compensation for their losses or damages ».

<sup>3</sup> Telle était, à l'époque, la dénomination de cette Commission, établie par le *International Claims Settlement Act* de 1950. La dénomination qui figure à la page 711 de la *Réplique (United States Foreign Claims Settlement Commission)* est inexacte, car dès le 1<sup>er</sup> juillet 1954 la *International Claims Commission of the United States* fut remplacée par la *Foreign Claims Commission of the United States* (Voir *International Law Reports*, 1953, 211, note 1).

<sup>4</sup> Voir *International Law Reports*, 1954, p. 154.

<sup>5</sup> Voir *Contre-mémoire*, IV, pp. 677 et ss.

<sup>6</sup> L'accord signé entre les Etats-Unis et la Yougoslavie le 19 juillet 1948 prévoyait précisément le paiement de la somme globale de \$ 17.000.000 pour les « *expeditions and equitable settlement* » de demandes de réparation émanant de ressortissants américains, la tâche de déterminer le bien-fondé de chaque *claim* étant confiée à un organe à établir par les Etats-Unis (*International Law Reports*, 1953, p. 211, note 1).

Mais, et pour ces mêmes raisons,

« tout cela n'a rien à voir avec le droit international et ses principes concernant la légitimité de l'exercice par l'Etat de la protection diplomatique ».

La Partie adverse n'a pas pu contester par des arguments sérieux la nature purement interne de cet organe des Etats-Unis et la portée de ses décisions qui en émanent. Elle s'efforce, bien entendu, de le décrire comme un « tribunal quasi international »<sup>1</sup>, en oubliant précisément qu'il s'agit d'un organe nommé par les autorités nationales des Etats-Unis pour répartir les sommes globales attribuées à ce Gouvernement par d'autres Etats au titre de réparation transactionnelle<sup>2</sup>. Mais, dit-on, cette Commission se serait quand même « employée dans ces affaires à appliquer le droit international »<sup>3</sup>. Cependant ce n'est certes pas le droit international général qu'elle peut avoir appliqué en première ligne, car le texte du *International Claims Settlement Act* de 1949 amendé, met « *in the following order* », 1<sup>o</sup> le traité applicable à la réclamation et, 2<sup>o</sup> les principes applicables du droit international, de la justice et de l'équité (sect. 4 a).

Or, si l'on examine le traité américano-yougoslave du 19 juillet 1948, l'on peut aisément constater que ses dispositions — applicables précisément aux affaires *Westhold Corporation, Knesevich et Binder-Haas* — adoptent les critères les plus libéraux et accordent aux autorités américaines tout pouvoir discrétionnaire quant aux modalités de distribution de la somme globale accordée. L'article 8 du traité indique en effet que la somme globale accordée sera répartie par le Gouvernement des Etats-Unis parmi les différents réclamants en conformité avec les méthodes de répartition qui seront adoptées par le Gouvernement des Etats-Unis<sup>4</sup>.

Dans ces conditions, l'on ne voit pas, une fois de plus comment l'on pourrait invoquer la jurisprudence de cette Commission pour en déduire l'état actuel du droit international général et, moins encore, la légitimité, sur cette base, de la protection généralisée des *beneficial owners* en tant qu'« actionnaires ». Les décisions rendues dans les affaires

<sup>1</sup> *Réplique*, V, p. 717.

<sup>2</sup> La *Réplique*, *loc. cit.*, va jusqu'à attribuer à la Commission la tâche de « compléter l'exercice par les Etats-Unis de leur fonction de protection diplomatique ».

<sup>3</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>4</sup> Voir rapport intitulé *Settlement of Claims by the Foreign Claims Settlement Commission of the United States and its predecessors from September 14, 1949 to March 31, 1955*, p. 234: « ... shall be distributed to the Government of the United States and among the several claimants, respectively, in accordance with such method of distribution as may be adopted by the Government of the United States ». A son tour, la Commission elle-même n'a pas manqué de s'attribuer une latitude de pouvoirs quasi exceptionnels, en dépassant les termes mêmes du traité, à tel point que, dans la décision N° 961 (Anton and Peters, Helen K. Kampf) on lit le passage suivant: « La Commission sait bien que, d'après la législation yougoslave, c'est une procédure judiciaire se déroulant dans ce pays qui doit déterminer le droit à la *legal ownership* des biens immobiliers qui font partie d'une succession. Toutefois, la Commission est d'avis que, bien qu'aucune procédure de ce genre n'ait eu lieu, les héritiers du défunt ont certains droits et intérêts sur les biens, qui pourraient constituer une *legal ownership* et que ces droits et intérêts ont été couverts par l'Accord conclu entre les Gouvernements des Etats-Unis et de la Yougoslavie » (*Op. cit.*, p. 182). (*The Commission is well aware that under the laws of Yugoslavia, the right to legal ownership of inherited real property must be determined by a judicial proceeding in that country. However, the Commission is of the opinion that even though no such proceedings were had, the heirs of the decedent have certain rights and interests to the property which could culminate in legal ownership, and that those rights and interests were included in the Agreement between the Governments of the United States and Yugoslavia* »).

Ainsi, la commission, sur une base qui ne saurait être que l'équité, en est arrivée à reconnaître, comme pouvant aboutir à constituer une *legal ownership*, même des droits et intérêts « *in and with respect to property* ».



*Westhold Corporation* et *Knesevich* ne contiennent donc rien qui puisse appuyer la thèse belge de la manière « éclatante » que la Partie adverse a annoncée.

35. Si l'on en vient maintenant aux autres affaires citées comme « précédents » par la Partie adverse, il convient de signaler aussitôt — et tout en renvoyant à l'argumentation déjà développée à ce sujet —<sup>1</sup> que les considérations ci-dessus s'appliquent, de toute évidence aussi à l'affaire *American Security and Trust Company* et à l'affaire *Chase National Bank*. Il s'agit en effet de deux décisions qui ont été rendues précisément par la même Commission américaine de droit interne dont il a été question<sup>2</sup>.

36. Quant à l'affaire *Heny*, tranchée par la Commission mixte Etats-Unis-Venezuela<sup>3</sup>, la Partie adverse a cru bon de ne pas entendre l'invitation que lui faisait le Gouvernement espagnol à l'oublier à l'avenir<sup>4</sup> et il a voulu persister à y voir un précédent valable en ce qui concerne la légitimité de la protection des *beneficial owners*<sup>5</sup> bien que cette fois-ci le précédent ne soit plus qualifié d'« éclatant », mais, plus modestement, de « relevant ». Il est presque incroyable que l'on prétende invoquer cette décision comme supposant une scission entre la *legal ownership* et la *beneficial ownership*. Sans doute est-il exact que le surarbitre a affirmé le droit de la victime directement lésée à recevoir une indemnité<sup>6</sup>, mais il est non moins exact que la réclamation a été déclarée recevable en vertu des droits propres de *Heny*, auquel des droits in *re aliena* avait été expressément conférés sur la base d'un contrat. *Heny* ayant obtenu des droits de ce genre, et rien que des droits de ce genre, le surarbitre n'a eu qu'à se prononcer sur l'existence de ces droits et sur le point de savoir s'il y avait été porté directement atteinte; il n'a jamais été question, ainsi que la Partie adverse est forcée de le reconnaître, de qualifier *Heny* de *beneficial owner*.

37. En ce qui concerne les quatre autres affaires citées par la *Réplique*<sup>7</sup>, le Gouvernement espagnol les a déjà commentées<sup>8</sup>. S'agissant de réclamations présentées, dans des affaires de succession, par des exécuteurs testamentaires ou par des administrateurs,

<sup>1</sup> *Contre-mémoire*, IV, p. 677, note 1.

<sup>2</sup> Voir *International Law Reports*, 1958-II, respectivement aux pages 322-323 et 463-465. Il s'agissait de réclamations contre le Gouvernement hongrois. Les pouvoirs de la Commission avaient pour base une autre partie de l'*International Claims Settlement Act* de 1949 modifié, et notamment la section 303 d'après laquelle: « La Commission recevra et tranchera les réclamations conformément au droit applicable quant au fond, le droit international y compris, et jugera de la validité et du montant des réclamations des nationaux des Etats-Unis contre les Gouvernements de Bulgarie, de Hongrie, de Roumanie, ou l'un d'entre eux ... » (*Ibid.*, p. 736.) « *The Commission shall receive and determine in accordance with applicable substantive law, including international law, the validity and amounts of claims of nationals of the United States against the Governments of Bulgaria, Hungary, and Rumania, or any of them...* ».

Cette dernière disposition est évidemment mieux rédigée que celle qui concerne les demandes adressées au Gouvernement yougoslave, car c'est la Commission elle-même qui détermine le droit applicable, toujours dans le cadre des finalités qui lui sont propres, c'est-à-dire en vue de répartir parmi des demandeurs américains une somme globale, en s'assurant que ce soit réellement des ressortissants américains qui en aient le bénéfice.

<sup>3</sup> *R.S.A. N.U.*, vol. IX, p. 125 et ss.

<sup>4</sup> *Contre-mémoire*, p. 677, note 1.

<sup>5</sup> *Réplique*, V, pp. 715 et ss., note 2 b).

<sup>6</sup> *R.S.A. N.U.*, vol. IX, p. 134: « *he should be indemnified who directly suffered the losses* ».

<sup>7</sup> *Halley's Case*, American British Claims Commission, MOORE, *Digest of International Arbitration*, vol. III, p. 2239; *Cachard and Harjes, Executors of the Estate of Medora de Mores*, United States-German Mixed Claims Commission, *N.U., R.S.A.*, vol. VII, p. 292; *Gleadell v. Mexico*, Anglo-American Special Claims Commission, *ibid.*, vol. V, p. 44; *Clark case*, United States Mexican Claims Commission, NIELSEN, *International Law applied to Reclamations*, p. 47.

<sup>8</sup> *Contre-mémoire*, pp. 678 et s.

voire même par de simples représentants légaux du défunt ou de ses héritiers, le Gouvernement espagnol a notamment relevé :

1<sup>o</sup> que les rapports en question sont établis au grand jour, parfois *ope legis*;

2<sup>o</sup> que ces rapports sont essentiellement occasionnels et passagers;

3<sup>o</sup> que, dans ces conditions, les décisions invoquées avaient pour but de s'assurer de la continuité du caractère national de la réclamation;

4<sup>o</sup> que, pour ce faire, l'on pouvait ne pas tenir compte de la présence momentanée d'un tiers qui n'intervient que pour effectuer le transfert de la pleine propriété des biens et qui, en soumettant des réclamations, n'a agi qu'en tant que mandataire;

5<sup>o</sup> que, dès lors, il n'y a aucune ressemblance entre des situations de ce genre et la présente affaire dans laquelle le rapport entre *Sidro* et ses *nominees* est purement interne mais, au surplus, l'écran du *nominee* est utilisé pour permettre à l'un des deux sujets de rester dans l'ombre et d'éviter ainsi d'être considéré juridiquement comme le titulaire de la propriété d'actions nominatives;

6<sup>o</sup> que finalement et en tout état de cause, les commissions mixtes qui ont tranché les affaires dont il est question ici n'ont jamais rendu que des décisions négatives.

Le Gouvernement belge, pour sa part, reproche tout d'abord, et tout à fait gratuitement, au Gouvernement espagnol d'avoir mis « en doute qu'en droit anglais ou américain un administrateur ou un exécuteur testamentaire soit un *trustee* investi de la *legal ownership* »<sup>1</sup> et il se permet de dire que « ceci n'est pas sérieux ». Or la seule chose qui n'est pas sérieuse, c'est la manière dont il lit les écritures du Gouvernement espagnol<sup>2</sup>. Si cette lecture avait été plus attentive, la Partie adverse aurait vu que le Gouvernement espagnol<sup>3</sup> se bornait à souligner que si les systèmes de *Common Law* traitent ces personnes, pendant la durée de leurs fonctions, comme des *trustees* du défunt ou de ses héritiers, ce n'est pas un argument valable pour faire apparaître une réelle ressemblance entre ces cas de successions et la situation qui caractérise les rapports entre *Sidro* et ses *nominees*. Malgré les déformations qu'elle a fait subir à la thèse espagnole, la Partie adverse n'a pas été à même d'établir, entre les deux situations, l'analogie nécessaire pour que les décisions citées puissent être qualifiées — toute réserve faite quant à leur contenu — de véritables « précédents ».

En second lieu, la *Réplique*<sup>4</sup> prétend nier que le caractère occulte ou public du rapport entre les sujets intéressés puisse avoir la moindre signification. Ainsi, elle soutient que « le fait qu'un rapport juridique puisse ou non être connu du public n'affecte pas néces-

<sup>1</sup> *Réplique*, p. 717.

<sup>2</sup> Dans cette même section de la *Réplique* il est arrivé aussi à d'autres reprises à la Partie adverse de se méprendre sur la position du Gouvernement espagnol. Ainsi par exemple, quelques pages auparavant (p. 715), elle affirme qu'« à en croire le Gouvernement espagnol, il résulterait de ces différences [ayant trait au caractère occulte du rapport de *nominee* dans la présente affaire] que l'on peut avoir égard au *beneficial interest* dans le cas d'administration, mais non dans le cas de *nominees* ». La pensée du Gouvernement espagnol a manifestement été déformée.

<sup>3</sup> Voir *Contre-mémoire*, p. 678.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 718.

sairement son caractère ». De cette façon, la Partie adverse voudrait éliminer la distinction qu'il faut établir entre la *nature* du rapport et *ses effets à l'extérieur* et, en outre, elle méconnaît arbitrairement l'importance du fait que, dans l'hypothèse d'une succession, les rapports entre les sujets intéressés — le défunt ou l'héritier d'une part et, de l'autre, le représentant légal ou l'administrateur ou encore l'exécuteur testamentaire — sont toujours établis ouvertement et parfois *ope legis*. La conséquence « significative » qui découle de cette distinction est donc que l'on ne saurait établir aucune analogie entre deux situations dont l'une est nécessairement au grand jour et dont l'autre peut fort bien — et c'est le cas dans la présente affaire — rester totalement occulte.

Finalement, la Partie adverse est forcée d'admettre elle aussi qu'aucune des décisions dont il est question ici n'a accueilli, de manière expresse et positive, une réclamation présentée par un *beneficial owner* dépourvu de la *legal ownership*,<sup>1</sup> et ce malgré toutes les élucubrations qui tentent d'expliquer cet état de choses. Mais ce qui est amusant c'est la conclusion d'après laquelle.

« quelle que soit l'explication de cette absence de précédent spécifique, le Gouvernement espagnol ne peut tout de même pas transformer une absence de décisions accueillant une réclamation d'un *beneficial owner* qui ne serait pas en même temps *legal owner*, en un précédent décidant qu'une telle réclamation ne peut être accueillie! »

En vérité, pour emprunter une expression qu'affectionne la *Réplique* belge, « ceci, n'est pas sérieux ». Car, après tout, c'est bien le Gouvernement belge qui soutient que, d'après le droit international général, le *beneficial owner* aurait qualité, en tant que tel, pour solliciter la protection diplomatique de son Etat national. Et c'est également le gouvernement belge qui n'a pas été capable de produire un seul précédent dans lequel une juridiction internationale se soit prononcée — à propos de situations comparables — conformément à ses vœux.

38. La Partie adverse n'a pas manqué, tout au long de sa vaine recherche d'arguments permettant d'appuyer ses thèses sur ce point, d'aller également en rechercher dans la doctrine<sup>2</sup> ou, plus exactement dans l'œuvre d'un auteur, Borchard. Elle reproduit des passages de son rapport sur la *Protection diplomatique des nationaux à l'étranger* présenté à l'Institut de droit international, à la session de Cambridge en 1931<sup>3</sup>.

Ces passages sont fort habilement choisis et découpés de manière à faire apparaître parfois que leur auteur a voulu dire autre chose que ce qu'il a réellement dit. Quoi qu'il en soit, le Gouvernement espagnol ne s'attardera pas à discuter les opinions doctrinales du professeur Borchard. Il se bornera à relever que le Gouvernement belge n'a fait aucune mention de l'accueil réservé par la Commission de l'Institut au projet Borchard. Il n'a pas dit qu'au cours de la discussion un contre-projet fut présenté par A. de La Pradelle, d'accord avec Brown Scott, Politis, de Taube, Mandelstam, Alvarez, Séfériades et Le Fur<sup>4</sup> et que, dans ce contre-projet, toute mention d'une « propriété bénéficiaire » avait été soigneusement éliminée; de même qu'il n'a pas mentionné que l'étude du rapport

<sup>1</sup> *Réplique*, V, p. 719.

<sup>2</sup> *Ibid.*, pp. 719 et ss.

<sup>3</sup> Voir le texte original de ce rapport dont l'*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1931, I, vol. 36, pp. 256 et ss.

<sup>4</sup> *Ibid.*, pp. 501 et ss., note.

Borchard ne dépassa jamais le stade du vote sur la Règle N° 1<sup>1</sup>, dont le rejet provoqua d'ailleurs la démission de Borchard.

39. En conclusion, l'examen de la question posée par les actions nominatives de *Barcelona Traction* a montré que la Partie adverse continue à tourner autour du problème, en essayant de nous convaincre qu'il existerait des précédents dans la pratique ou des opinions doctrinales — respectables certes, mais isolées — pour affirmer que le droit international, et particulièrement le droit international conventionnel aurait connu des hypothèses où l'on aurait tenu compte de la situation particulière des titulaires d'intérêts bénéficiaires.

Le problème qui se pose ici, à propos de notre espèce — et il ne se pose d'ailleurs qu'en raison des prétentions sans fondement du Gouvernement belge — est seulement de savoir si *Sidro* est, comme elle voudrait, ou si au contraire elle n'est pas « actionnaire » de *Barcelona Traction*. Ce n'est certes pas le Gouvernement espagnol qui affirme l'existence d'une règle générale touchant la protection diplomatique des actionnaires en raison des préjudices causés à une société par un Etat étranger. Il est vrai qu'il s'agit là d'une règle née de la fantaisie de la Partie adverse plutôt que du droit international général dans lequel celle-ci voudrait la situer. Mais ceci n'est en aucune manière une excuse pour ceux qui s'acharnent à proclamer l'existence de cette règle pour la transformer aussitôt après l'avoir énoncée; et ce n'est pas une raison pour en faire une règle — encore plus dépourvue de rapport avec les faits — de la protection diplomatique des personnes qui posséderaient des intérêts dans les actions appartenant aux actionnaires d'une société qui aurait été lésée dans ses droits par un Etat étranger. Vouloir être admis au bénéfice d'une protection diplomatique d'« actionnaires » sans même avoir le droit de se qualifier « actionnaires », voilà certes une prétention qui est pour le moins singulière.

### § 3: LE PROBLÈME DES «INTÉRÊTS BELGES» DRAINÉS VERS BARCELONA TRACTION PAR SIDRO ET SOFINA

#### A. *Considérations liminaires*

40. Le Gouvernement espagnol se propose, comme il l'a indiqué dans ses *Considérations liminaires* antérieures, d'examiner à nouveau, dans la Section I de ce chapitre, l'aspect essentiel de la question relative à l'existence ou à l'inexistence de la qualité pour agir du Gouvernement belge dans la présente affaire: le point de savoir si le Gouvernement belge peut ou ne peut pas prétendre faire échec en l'espèce à la règle qui veut que, pour un préjudice prétendument causé à une société anonyme telle que *Barcelona Traction*, l'Etat national de la société soit seul autorisé à présenter une réclamation sur le plan diplomatique ou judiciaire international.

Néanmoins, le Gouvernement belge ayant toujours soutenu, après l'introduction de sa deuxième Requête, que ce *jus standi*, qu'il n'aurait pas possédé en tant qu'Etat national de la société, lui revenait alors en tant qu'Etat national des « actionnaires » de cette dernière, le Gouvernement espagnol a voulu examiner, dans cette Section, le

<sup>1</sup> C'est de cette Règle que la *Réplique* (*loc. cit.*) a précisément tiré la phrase qui constitue sa première citation.

problème préliminaire — faute de quoi il n'y aurait plus matière à discussion — de savoir si, oui ou non, il existe des « actionnaires » belges de *Barcelona Traction*. Le résultat de l'analyse minutieuse qu'il a consacrée à cette question se trouve confirmé par le fait même qu'il ait repris toutes les objections formulées par la Partie adverse. Ce résultat a été de constater d'une part que la prétendue existence d'« actionnaires belges autres que *Sidro* » n'a été « prouvée » qu'en partant de présomptions inacceptables et dépourvues de toute consistance; et d'autre part que *Sidro*, qui est présumée être le pilier de toute l'affaire, n'a aucun titre à être considérée juridiquement comme un « actionnaire » de *Barcelona Traction* et n'est donc pas, en tant que telle, « membre » du groupement social qui porte ce nom.

La conclusion à laquelle on aboutit est donc que le Gouvernement belge, étant absolument dépourvu de toute capacité pour agir en qualité de protecteur de *Barcelona Traction* à cause de la nationalité non belge de cette société, en serait également dépourvu, même si l'on devait admettre ses prétentions sans fondement à se présenter en l'espèce comme protecteur d'actionnaires, et ce à cause de la nationalité non belge de ces actionnaires.

41. Le Gouvernement belge réagit en accusant le Gouvernement adverse de formalisme juridique. Formalisme parce qu'on se refuserait à passer outre l'existence de la personnalité morale de *Barcelona Traction* et sa nationalité et à rechercher derrière cette personnalité morale « la réalité économique et humaine qui couvre et parfois dissimule la nationalité d'une personne morale »<sup>1</sup>, les « êtres humains, seuls véritables intéressés »<sup>2</sup>, les « intéressés effectifs ... qui ont placé des fonds dans la société »<sup>3</sup>, « ceux qui ont été réellement atteints par le préjudice causé à la société »<sup>4</sup>. Formalisme, à nouveau parce qu'on se refuserait à considérer comme « actionnaires », aux lieu et place de ceux qui ont titre à être juridiquement qualifiés tels, les « véritables intéressés », ceux qui existeraient, une fois de plus, dans la « réalité économique ».

Le Gouvernement espagnol rejette avec la plus grande énergie ces accusations gratuites. Il ne saurait admettre que ce soit du formalisme que de s'en tenir à l'application des principes du droit dans un procès devant une Cour internationale de Justice qui juge en droit et qui, d'après son statut et sa jurisprudence, est le gardien même du droit.

Il maintient donc fermement les conclusions auxquelles l'a amené une application objective au cas d'espèce des principes du droit international tout comme, le cas échéant, de ceux du droit interne.

Cohérent avec soi-même, toutefois, il est en droit d'exiger la même cohérence de la part du Gouvernement belge. Si ce dernier voulait bien le suivre sur le plan des réalités « juridiques » et acceptait de ne plus faire fi de ces réalités bien établies et ce parfois même si elles le gênent dans ses prétentions, il ne pourrait que s'en féliciter. Mais si le Gouvernement belge préfère se placer sur le plan des réalités « économiques » plutôt que sur celui du droit, il est parfaitement libre de le faire. Il peut ignorer l'existence de la nationalité canadienne de *Barcelona Traction* et le fait que tout le fond de cette affaire est centré sur un

<sup>1</sup> *Mémoire*, 1962, I, p. 151.

<sup>2</sup> *Observations et Conclusions*, I, pp. 116 et ss.

<sup>3</sup> *Procédure orale*, III, p. 573.

<sup>4</sup> *Réplique*, V, p. 699.

prétendu déni de justice que les autorités espagnoles auraient infligé à cette société. Il peut également ignorer l'existence de la nationalité américaine des firmes Gordon and Co. et Newman and Co. et le fait que ce sont ces firmes qui se trouvent inscrites — et sans la moindre réserve — comme « actionnaires » de *Barcelona Traction* dans les registres de la société. Il peut même raisonner non plus en termes de « sociétés » ou d'« actionnaires », mais en termes d'« intérêts », d'« épargne », d'« investissements ». La Cour appréciera si c'est selon cette optique ou bien selon celle choisie par le Gouvernement espagnol que l'affaire doit être vue et jugée.

Mais en tout cas, une fois que le Gouvernement belge aura choisi cette voie, il lui faudra s'y tenir et en accepter les conséquences. Ce qui n'est pas admissible, c'est qu'après avoir ostensiblement manifesté son mépris pour ce simple « expédient technique » qu'est, à son avis, la personnalité juridique des sociétés, et avoir fait preuve d'un mépris tout aussi marqué pour les mécanismes normaux de la vie d'une société — qui supposent nécessairement que la qualité d'« actionnaire » soit réservée à la personne que la société a inscrite comme tel dans ses registres — il se ravise soudain et se fait le partisan le plus intransigeant du formalisme, dès que, les écrans de *Barcelona Traction*, de Gordon and Co. et de Newman and Co. ayant été successivement écartés, l'on entrevoit les silhouettes de *Sidro* et *Sofina*<sup>1</sup>.

La volonté de retrouver, derrière le soi-disant rideau de la personnalité morale, les « intéressés véritables... qui ont placé des fonds dans la société », si elle doit avoir une valeur dans la présente affaire, ne peut cesser de l'avoir que si, après avoir pris en considération une société canadienne ou américaine, l'on passe à une société belge. La personnalité des sociétés de statut belge ne saurait avoir droit à une « intangibilité » qui est déniée aux sociétés d'un autre statut.

*Sidro* et *Sofina* ne sont certes pas, pour s'en tenir au réalisme économique cher au Gouvernement belge, les « intéressés véritables », les personnes qui, par les capitaux réunis par elles grâce à leur épargne ont contribué à la réalisation de l'entreprise, les vrais destinataires des profits comme des pertes, ceux sur qui vont se répercuter réellement les conséquences négatives du prétendu préjudice infligé à *Barcelona Traction*. Ces deux sociétés ne sont que des collecteurs et des canaliseurs de l'épargne d'autrui vers des formes multiples d'investissements. Nul ne songe à contester ici l'utilité de leur fonction; mais nul ne saurait non plus la déformer. Si l'on se présente comme le protecteur des « véritables intéressés », si l'on rejette la forme « juridique » pour choisir la réalité « économique », il faut rechercher ces « véritables intéressés » là où ils se trouvent et, pour ce faire, aller au-delà du rideau de *Sidro* et *Sofina* après avoir écarté avec tant d'aisance ceux, si gênants, des sociétés étrangères<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> L'on hésite à en croire ses yeux lorsqu'on lit, à la p. 734 de la *Réplique*, que le Gouvernement belge « considère comme parfaitement admissible que l'on s'arrête à « l'écran de la personnalité morale ». Faut-il lui rappeler le nombre de fois où, au cours de ce procès, il a reproché au Gouvernement espagnol de vouloir faire justement cela ?

<sup>2</sup> Comme on le disait déjà dans le *Contre-mémoire*, p. 686, « ce que le Gouvernement belge aurait dû (et qu'il doit encore) montrer, c'est que vraiment les capitaux de *Sidro*, ces prétendus capitaux dont elle se serait servie pour devenir, à un moment donné, actionnaire majoritaire de *Barcelona Traction*, auraient été constitués par l'épargne de Belges et non pas par des capitaux provenant des origines les plus disparates et réunis à Bruxelles, auprès de sociétés de droit belge, pour des raisons de commodité ou de profit. Car, dans ce cas, il ne s'agirait pas d'épargne belge ou d'investissements belges, mais d'investissements étrangers en Belgique ou encore dans d'autres pays par le canal de la Belgique, ce qui est quelque chose de radicalement différent. Il y avait là, pour le Gouvernement belge une obligation extrêmement rigoureuse, étant donné la position de principe qu'il a prise pour essayer de justifier son intervention en l'affaire ».

### B. La preuve des « intérêts belges » dans Sidro et Sofina

42. D'autre part, le Gouvernement espagnol ne saurait admettre que le Gouvernement belge essaie de présenter la question soulevée ici comme une question d'« effectivité » de la nationalité belge de *Sidro* et de *Sofina*<sup>1</sup> pour essayer de rejeter aimablement sur les épaules du Gouvernement espagnol la charge de prouver que les « véritables intéressés » sont des Belges.

Le Gouvernement espagnol, il l'a dit et il le répète<sup>2</sup>, ne s'intéresse nullement à la nationalité de *Sidro* et *Sofina*, qui, à son avis, n'entre pas en ligne de compte dans ce procès, et il n'a jamais eu l'intention de s'attarder à contester le caractère effectif ou non de cette nationalité. Comme il l'a aussi très clairement indiqué<sup>3</sup>, il s'agit ici d'une affaire *Barcelona Traction* et non pas d'une affaire *Sidro* ou *Sofina*, où l'une de ces sociétés de statut belge se présenterait comme la victime d'un déni de justice à elle infligé par les autorités espagnoles, où le Gouvernement belge interviendrait au titre de la protection de la société en faisant valoir la nationalité belge de celle-ci, et où le Gouvernement espagnol pourrait être amené à mettre en doute le caractère effectif de cette nationalité.

Si le Gouvernement belge fait état de *Sidro* et *Sofina* en l'espèce, ce n'est pas parce que justice aurait été déniée à ces sociétés par les tribunaux espagnols. Il les met en avant en tant que « véritables intéressés » dans l'entreprise de *Barcelona Traction*, société canadienne qui, elle, se plaint d'avoir été victime d'un déni de justice de la part de l'Espagne.

La recherche des « véritables intéressés » dans *Sidro* et *Sofina* n'a donc rien à voir avec la détermination du caractère effectif ou non effectif de la nationalité de ces sociétés. Elle ne constitue qu'une étape indispensable sur le chemin qui doit amener à la découverte de ces « véritables intéressés » qui, aux dires du Gouvernement belge, sont les vraies victimes des prétendus agissements illicites de l'Espagne: ceux qui doivent apparaître au grand jour après que tous les écrans imaginés par la « technique juridique » ont été éliminés, ceux qui ont réellement subi une perte dans les moyens qu'ils avaient formés et que, par les différents canaux offerts par la technique des sociétés, ils avaient laissé acheminer vers *Barcelona Traction* et son entreprise en Espagne.

Le Gouvernement belge est donc vraiment mal venu à prétendre que le Gouvernement espagnol devrait prendre à sa charge la preuve relative à la réalité des participations dans le capital social de *Sidro* et *Sofina* aux dates critiques. C'est le Gouvernement belge qui veut

<sup>1</sup> Le Gouvernement belge, visiblement préoccupé des conséquences vraisemblables d'une enquête approfondie sur la « participation réelle de l'épargne belge » à l'affaire, s'inquiète parce que « la composition du capital social de *Sidro* et de *Sofina* n'est plus discutée [par le Gouvernement espagnol] en vue de déterminer le caractère effectif de la nationalité belge de ces sociétés, comme cela avait été le cas jusqu'alors ». (*Réplique*, V, p. 736.) Le Gouvernement espagnol regrette de devoir dissiper les illusions du Gouvernement belge. S'il a discuté de la composition du capital social de *Sidro* et *Sofina*, c'est exclusivement pour montrer la contradiction inadmissible dans laquelle s'est enfermé le Gouvernement belge, qui rejette le manteau de *Barcelona Traction* pour rechercher la réalité des participations — et ce sans aucunement vouloir mettre en discussion le caractère effectif de la nationalité de cette société — mais qui s'oppose à toute recherche des participations réelles dissimulées sous le manteau de *Sidro* et *Sofina*.

<sup>2</sup> Le Gouvernement belge trouve que le Gouvernement espagnol « ne recule jamais devant une répétition » (*Réplique*, p. 736). Le Gouvernement espagnol quant à lui trouve étrange ce genre de remarques; mais puisqu'elles ont été faites il observera, à son tour, que le Gouvernement belge, aussi souvent qu'on lui répète les choses, paraît ne pas les entendre et témoigne d'une capacité étonnamment tenace de faire la sourde oreille.

<sup>3</sup> *Contre-mémoire*, IV, p. 684.

se prévaloir, pour établir son droit d'intervenir en l'affaire, de l'« importance » des « intérêts belges » dans cette affaire. C'est donc lui et lui seul qui a l'obligation de fournir entièrement la preuve de ces prétendus intérêts et, pour ce faire, de démontrer autrement que par des assertions la participation belge réelle dans les sociétés qu'il a lui-même mises au premier plan. L'on s'étonne, à vrai dire, que la Partie adverse considère soudain cette preuve comme une *probatio diabolica*, si « impossible » à fournir. Elle devrait, pourtant, posséder tous les éléments pour l'établir puisqu'elle a pris sur elle, dès le début de cette affaire, d'indiquer par des pourcentages précis jusqu'au centième la participation belge dans *Sidro* (75,44 %) et dans *Sofina* (81,69 %). Reconnaitrait-elle avoir avancé ces chiffres à la légère ? Mais, comme le Gouvernement espagnol l'a déjà clairement indiqué auparavant « le fait que l'*onus probandi* soit trop lourd pour ses propres épaules n'est pas une raison suffisante pour essayer de le transférer sur celles des autres, de ceux qui attendent seulement qu'on leur montre quelle part active une épargne belge authentique aurait prise au développement économique et industriel de l'Espagne par le canal de *Sofina*, de *Sidro* et de *Barcelona Traction*, et quels seraient les préjudices subis par ces épargnants belges du fait du Gouvernement espagnol, et qui justifieraient la demande de réparation du Gouvernement belge »<sup>1</sup>.

Toutefois, fidèle à sa technique d'admettre et de ne pas admettre à la fois, et tout en niant être « tenu à aucune autre démonstration » et en se croyant « parfaitement justifié à invoquer la présomption bien établie selon laquelle le lien juridique de nationalité entraîne *prima facie* le droit pour l'Etat national d'exercer sa protection diplomatique au profit de la société qui le présente », le Gouvernement belge a été bien forcé d'avouer l'impossibilité de s'en tenir à cette attitude qui lui a paru à lui même « trop négative »<sup>2</sup>.

Cachant donc, par cette concession gracieuse apparente, le repli stratégique de ses positions indéfendables lorsqu'il s'agit de la charge de la preuve, il a entrepris de fournir — en annexe — une démonstration plus convaincante que par le passé du « caractère belge de *Sidro* et *Sofina* ».

Cependant, la tâche d'établir cette démonstration a été confiée, une fois de plus, aux soins des services des sociétés intéressées<sup>3</sup>. Bien entendu, les données soumises à cet égard sont endossées par le Gouvernement belge, car il ne saurait en être autrement, mais toute précaution est prise afin de laisser à *Sidro* et *Sofina* la responsabilité finale de leurs affirmations. L'examen des éléments fournis par ces sociétés montrera encore une fois combien la prudence — hélas tardive — du Gouvernement belge était justifiée.

### C. Critères proposés par *Sidro* et *Sofina* comme preuve de la situation de ces sociétés à l'époque de la faillite de *Barcelona Traction*

43. Le Gouvernement espagnol n'a eu aucune difficulté à contredire la série d'hypothèses sur lesquelles se base la soi-disant démonstration du caractère belge de *Sidro* et *Sofina* déjà fournie par le Gouvernement belge<sup>4</sup>. En particulier, le Gouvernement espagnol a souligné<sup>5</sup> que le raisonnement belge se base uniquement sur les critères suivants :

<sup>1</sup> *Contre-mémoire*, pp. 686 et ss.

<sup>2</sup> *Réplique*, pp. 737 et ss.

<sup>3</sup> *Annexes à la Réplique*, N° 133, pp. 759-786; et appendices, *ibid.*, pp. 787-815.

<sup>4</sup> Pour les motifs indiqués dans le *Contre-mémoire* (p. 627) l'on raisonnera surtout, ici, par référence à *Sofina*, qui, en plus d'être le patron de *Sidro*, est aussi celle des deux sociétés qui prétend avoir la plus forte participation de capital belge.

<sup>5</sup> *Contre-mémoire*, N° 66, p. 689.



a) rechercher quelle peut avoir été la « localisation » matérielle des actions (en très grande majorité au porteur) des deux sociétés au moment où, en exécution des arrêtés belges du 17 janvier 1949 et du 7 avril 1949 relatifs aux avoirs et valeurs à l'étranger, a été effectué l'échange des anciens titres contre les nouveaux, à savoir en juin-décembre 1956 pour *Sidro* et de juillet 1949 à février 1950 pour *Sofina*;

b) présumer cette « localisation » sur la base du lieu de l'exécution ou sur la base de la non-exécution des opérations de certification prévues par les dispositions légales et réglementaires belges en matière de recensement, certification et échange de titres belges;

c) présumer que les titres nantis en Belgique d'un certificat de déclaration à une date quelconque entre la fin de 1944 et, respectivement, 1956 ou 1950, se trouvaient en Belgique au 12 février 1948 et qu'à la même date les titres certifiés à l'étranger se trouvaient à l'étranger;

d) présumer que les titres présentés en vue de l'échange, toujours respectivement en 1956 et 1950, et non munis de certificats, se trouvaient en Belgique au 12 février 1948;

e) présumer que, à la localisation ainsi présumée de titres correspond « avec une marge d'erreur négligeable » la nationalité de leurs propriétaires.

44. Comme on le voit, il s'agit d'une véritable cascade de présomptions et le seul fait d'avoir dû recourir à une argumentation aussi complexe démontre combien il serait difficile d'y trouver un élément de preuve acceptable. Toutefois, ce qui compte le plus, c'est que les prémisses de fait de ces présomptions, sur lesquelles se fonde toute la construction élaborée par les services de *Sofina*, ne correspondent pas du tout à la vérité. Le Gouvernement espagnol a, pour sa part, déjà fait remarquer, en ce qui concerne la « localisation » des titres, que :

a) les déclarations (de titres) ont continué après 1944 et même après 1948<sup>1</sup>, tandis que toute la thèse belge se base sur la prétention que ces déclarations auraient eu lieu fin 1944 et début 1945<sup>2</sup>;

b) les titres munis d'un certificat de déclaration délivré en Belgique ne se trouvaient pas nécessairement en Belgique au moment de leur déclaration<sup>3</sup>;

c) les titres sans certificat de déclaration n'étaient absolument pas en Belgique vers 1948<sup>4</sup>.

En ce qui concerne la « nationalité » des titres, toute l'argumentation suggérée par le Gouvernement belge est dénuée de fondement, la méthode suivie pour la détermination de cette nationalité étant tout à fait inacceptable. Il suffit de remarquer dès l'abord, à cet égard, que rien ne prouve — et le Gouvernement belge lui-même n'en donne aucun motif

<sup>1</sup> *Contre-mémoire*, IV, p. 690.

<sup>2</sup> *Observations et conclusions*, Annexe 30, p. 319.

<sup>3</sup> *Contre-mémoire*, p. 690.

<sup>4</sup> *Contre-mémoire*, p. 691.

valable — que les titres qui devaient être en Belgique en 1948 aient dû nécessairement appartenir à des ressortissants belges <sup>1</sup>.

En présence de ces observations, les services de *Sofina* n'ont plus su vers quel sophisme se tourner. La Partie adverse ne réussit manifestement pas, cette fois-ci, dans ses habituelles fictions dialectiques : elle est tout simplement contrainte à se taire alors que — si elle avait des arguments de défense — elle aurait dû répondre. Dans ces conditions, le Gouvernement espagnol estime qu'il lui suffira de limiter ses observations aux quelques éléments qui figurent à l'Annexe 133 à la *Réplique*, tout en confirmant l'exposé contenu à ce propos dans le *Contre-mémoire*.

45. En ce qui concerne, tout d'abord, la question de savoir si la déclaration des titres a continué après 1944, la Partie adverse ne peut pas nier ce fait, compte tenu des décrets ministériels et vu l'affirmation contenue dans une lettre de la firme Deloitte, Plender, Griffith & Co. datée du 22 février 1961 <sup>2</sup>. A vrai dire, la Partie adverse cherche seulement à en diminuer la portée en remarquant : a) que les décrets ultérieurs prorogeant le délai pour la déclaration des titres ne pouvait être prévus en 1944, lorsque la déclaration fut originairement requise <sup>3</sup>; b) que, de toute façon, ces décrets ont prorogé l'échéance « d'un délai fort bref » <sup>4</sup>; c) que, par conséquent, « les déclarations de titres belges faites en Belgique ont été reçues, pour la quasi-totalité, dès la fin de 1944 » <sup>5</sup>.

Il est donc évident que la Partie adverse se borne à ajouter une nouvelle présomption aux précédentes, et encore moins vraisemblable. En prétendant qu'en octobre 1944 les détenteurs de titres ne pouvaient pas prévoir sans un « don de prophétie » <sup>6</sup> qu'ils auraient pu bénéficier de délais supplémentaires en vertu d'arrêtés ultérieurs, la Partie adverse oublie tout simplement quelle était à l'époque la situation de l'Europe en général et de la Belgique en particulier. La deuxième guerre mondiale était encore en cours et la Belgique venait à peine d'être libérée et se trouvait encore sous la menace d'une nouvelle invasion. Or, si l'on pense qu'au début de l'hiver 1944-1945 ont eu lieu les derniers sursauts des armées allemandes à l'ouest, l'on comprend pourquoi le simple bon sens suffisait pour prévoir, sous une forme quelconque, qu'une prorogation des délais peu réalistes qu'on avait fixé devait être accordée. Et si les arrêtés ultérieurs ont exigé l'indication des « circonstances anormales auxquelles la non-déclaration des titres est imputable » <sup>7</sup>, le simple fait de la continuation de l'état de guerre, justifiait amplement l'anormalité des circonstances en 1944, aussi bien que la *force majeure* admise par les arrêtés de 1946 et de 1949 comme excuse pour écarter les sanctions. A part cela, il est en tout cas établi, ainsi que le Gouvernement espagnol l'avait déjà indiqué, que les déclarations ont pu être effectuées non seulement en 1944, comme jusqu'à présent le Gouvernement belge aurait aimé qu'on le croie, mais jusqu'au mois de juin 1949.

46. En tous cas, deux ordres d'arguments font obstacle à la crédibilité des assertions de la Partie adverse, d'après lesquelles les actions *Sofina* et *Sidro* auraient été presque entièrement déclarées fin 1944 ou, au plus tard, début 1945.

<sup>1</sup> *Contre-mémoire*, pp. 692 et ss.

<sup>2</sup> *Annexes au Mémoire*, vol. I, N° 16.

<sup>3</sup> *Annexes à la Réplique*, N° 133, pp. 763-764.

<sup>4</sup> *Ibid.*, loc. cit., p. 764.

<sup>5</sup> *Ibid.*, loc. cit., p. 766.

<sup>6</sup> *Annexes à la Réplique*, N° 133, p. 764.

<sup>7</sup> *Ibid.*, loc. cit.

a) En guise de preuve, la Partie adverse insiste sur le fait qu'en 1944 l'on ne pouvait prévoir une prorogation des délais imposés par l'arrêt du 6 octobre de la même année. Aucun motif n'est cependant indiqué pour expliquer la raison pour laquelle *deux* sursis ont bien été accordés, l'un en 1946 et l'autre en 1949.

En effet, l'on ne peut comprendre la raison d'être de ces sursis qu'en supposant que, quand les arrêtés ultérieurs ont été édictés et donc encore en 1949, de nombreux titres n'étaient pas déclarés, de sorte que la sanction rigoureuse prévue, à savoir l'annulation des titres au profit de l'Etat, se serait avérée dangereuse pour l'économie nationale aussi bien que manifestement injuste pour les intérêts privés. Si seulement une proportion infime des titres — ce qui resterait après déduction de cette « quasi-totalité » des titres que la Partie adverse prétend avoir été déclarée en 1944 — n'avait pas encore fait l'objet des déclarations prévues, sans doute n'y aurait-il eu aucune raison valable pour ne pas les annuler *tout simplement*, en application des dispositions du décret de 1944. Si, par contre, les autorités belges ont jugé nécessaire d'accorder à deux reprises une prorogation des délais, cela suffit pour mettre les *faits* en contradiction avec les « suppositions » imaginées par les services de *Sofina* pour les besoins de la présente affaire. En d'autres termes, seulement des intérêts économiques importants ont pu amener les autorités compétentes à prendre les arrêtés ultérieurs.

b) En deuxième lieu, il est vraiment étonnant que la Partie adverse ait cru bon d'affirmer que la déclaration avait été prorogée « d'un délai fort bref ». Compte tenu de tous les arrêtés, la prorogation dura cinq ans environ, du 30 novembre 1944 (dernier jour prévu par le premier arrêté) au 30 juin 1949 (dernier jour prévu par le dernier arrêté). En particulier, il est intéressant de remarquer que la période utile pour la déclaration, qui était de deux mois dans l'arrêt de 1944, fut encore de deux mois en 1946 et même de six mois environ — du 18 janvier au 30 juin — en 1949.

Dès lors, si une conclusion quelconque peut être dégagée de la durée du délai, il faudrait supposer qu'en 1944 une proportion bien modeste des titres avait été déclarée, vu que ce qui devait être déclaré au cours de deux mois en 1944 justifiait encore des délais utiles cinq ans après. Par ailleurs, la durée même des divers délais prévus par l'ensemble des arrêtés n'est pas dépourvue d'importance, surtout si l'on considère que la période prévue par l'arrêt de 1949 (qui est postérieure à la date de la déclaration de faillite de *Barcelona Traction*) a été trois fois celle prévue par l'arrêt de 1944. Une telle constatation, de toute évidence, semble indiquer que, vraisemblablement, un nombre très élevé de titres restait à déclarer en 1949.

Dans ces conditions, il est tout simplement gratuit et contraire à l'évidence de prétendre que les déclarations affectant des actions *Sofina* et *Sidro* auraient été faites à la fin de 1944 pour leur quasi-totalité. L'on peut donc souligner à nouveau que tout l'historique des arrêtés belges concernant la déclaration des titres, vers la fin de la guerre et immédiatement après, ne peut pas fournir le moindre appui au raisonnement compliqué que la Partie adverse a construit sur leur base.

47. En ce qui concerne la « localisation » des actions *Sofina* et *Sidro*, la *Réplique* soutient que les titres déclarés en 1946 ou en 1949 auraient dû de toute façon se trouver en Belgique en 1944, car les arrêtés de 1946 et 1949 permettaient la déclaration tardive seulement pour les titres dont on aurait pu prouver qu'ils étaient entre les mains de ressortissants belges en 1944 et à la condition que l'on indique les circonstances spéciales qui auraient

empêché de respecter le délai originaire<sup>1</sup>, tandis que d'autres dispositions, elles aussi édictées en 1944, interdisaient l'introduction en territoire belge des titres de sociétés belges qui n'auraient pas encore été régulièrement déclarés<sup>2</sup>. Ces dispositions prévoyaient notamment la nécessité d'une autorisation de l'Institut du Change, qui devait se prononcer sur « toute importation de biens et valeurs quelconques de l'étranger en territoire belge ».

Il est toujours intéressant de voir combien le Gouvernement belge devient formaliste dès qu'il s'agit de défendre ses propres thèses. Lorsqu'on touche aux actions *Sidro* ou *Sofina*, pas un mot n'est consacré à la situation réelle, puisque le simple renvoi aux dispositions législatives de l'époque semble suffire aux besoins de la Partie adverse. Celle-ci oubliée, en premier lieu, que les actions *Sofina* étaient au porteur dans la quasi-totalité. Il ne peut donc être attribué qu'une importance limitée aux dispositions qui soumettaient à l'autorisation de l'Institut du Change toute importation d'actions; personne n'ignore, même sans connaître les mystères de la haute finance, qu'il n'est guère difficile de faire « franchir » la frontière à des titres au porteur, surtout quand de gros intérêts sont en jeu. A part cela, l'on rappellera à nouveau qu'en novembre 1944 la guerre continuait, l'ennemi était aux portes, et les gens avaient vraisemblablement des soucis plus urgents que celui d'effectuer des « déclarations » prévues par des arrêtés pris à un moment où la situation se présentait sous un jour plus optimiste. Partant, n'importe quelle personne, et même un prête-nom, qui venait de recevoir des titres, pouvait facilement affirmer, en 1946 ou en 1949, qu'il possédait des actions *Sofina* ou *Sidro* dès avant la guerre, qu'il les avait encore en 1944 et qu'il n'avait pas fait les déclarations à temps, à cause de la situation générale. Cela d'autant plus que le retard non justifié n'entraînait — lit-on dans l'article 6 de l'arrêté ministériel du 22 mai 1946<sup>3</sup> — qu'une simple amende, représentant 5% de la valeur des titres; et le paiement de l'amende pouvait même paraître particulièrement intéressant pour quelqu'un qui, ne voulant pas dévoiler où se trouvaient les titres ni qui il était, préférait attendre des circonstances plus favorables pour déclarer ou pour faire déclarer ses titres.

D'autre part, la Partie adverse a dû reconnaître qu'il était loisible de déclarer en Belgique même les titres détenus à l'étranger « par des personnes ayant en Belgique leur résidence habituelle ou leur siège social ou administratif »<sup>4</sup>. Cela donne toutefois aux services de *Sofina* l'occasion d'affirmer qu'« il n'est certes pas téméraire de présumer » qu'ils « appartenaient à des Belges »<sup>5</sup>. Cette nouvelle « présomption » n'est certes pas plus fondée que les autres qui reviennent si souvent dans l'argumentation belge. Mais, en plus d'être gratuite, elle se heurte aux termes mêmes de l'arrêté de 1944, car la seule condition requise était d'avoir sa résidence habituelle ou bien son siège social ou administratif en Belgique et non pas d'avoir aussi la nationalité belge.

Mais il y a plus. Si une chose peut-être dite à propos de la « localisation » des titres *Sofina* et *Sidro* avant 1948, c'est que, en dernière analyse, les titres en question pouvaient aussi bien se trouver en Belgique qu'au Panama, au Canada, à Londres ou ailleurs. Et toute la thèse belge est dûment réfutée dès lors que l'on doit reconnaître qu'en réalité

<sup>1</sup> *Annexes à la Réplique*, N° 133, p. 764.

<sup>2</sup> *Ibid.*, loc. cit., p. 767.

<sup>3</sup> *Annexes à la Réplique*, N° 133, App. 2, doc. 1, p. 790.

<sup>4</sup> *Annexes à la Réplique*, N° 133, p. 763.

<sup>5</sup> *Ibid.*, loc. cit., pp. 762-763.

les titres pouvaient fort bien ne pas se trouver en Belgique à l'époque de la déclaration, ainsi que le Gouvernement espagnol le faisait remarquer dans son *Contre-mémoire* <sup>1</sup>.

« La déclaration prévue ne comportait pas la nécessité de présenter les titres déclarés, qui pouvaient fort bien se trouver à l'étranger. *Sidro* elle-même affirme avoir déclaré les titres *Barcelona Traction* dont elle revendique la propriété, et ce sans les avoir jamais fait venir en Belgique. Ce n'est, à la rigueur, que pour la certification de la déclaration que la présence des titres aurait pratiquement pu être requise, bien qu'aucune prescription législative ou réglementaire ne l'exigeât non plus ».

Sur cette circonstance, les services de *Sofina* ne soufflent mot. Et pourtant elle suffit à détruire complètement la base sur laquelle se fonde tout le raisonnement de la Partie adverse.

48. Ce qui vient d'être dit permet également de résoudre le problème des titres déclarés mais dépourvus de certificat de déclaration <sup>2</sup>. Quand on lit l'*Annexe* 133 <sup>3</sup>, on s'aperçoit en effet, que la démonstration belge sur ce point repose sur la double supposition que les titres ont été déclarés fin 1944 et que ces titres se trouvaient en Belgique. Cette double supposition étant fautive, la conclusion qu'on prétend en tirer est fautive elle aussi.

Quant à la lettre de la firme Deloitte, Plender, Griffith & Co. du 22 février 1961, la partie adverse conteste que l'on puisse en déduire qu'en 1961 des actions pouvaient encore être déclarées <sup>4</sup>. L'on pourrait seulement en tirer la conséquence que les actions *Sofina* et *Sidro* qui n'avaient pas été présentées pour l'échange étaient des actions qui n'avaient pas été déclarées. Notons donc, si la Partie adverse le veut bien, que même après le 30 juin 1949 des actions *Sofina* et *Sidro* n'avaient pas été déclarées. Et, dans ces conditions, laissons à la Partie adverse le soin d'expliquer comment cette circonstance peut se concilier avec ses affirmations d'après lesquelles la presque totalité des titres *Sofina* et *Sidro* avait été déclarée à la fin de 1944.

49. On a vu que l'argumentation essentielle de la Partie adverse est constituée par une série de présomptions, centrées sur la supposition que les titres qui se seraient trouvés en Belgique auraient dû nécessairement appartenir à des ressortissants belges. Or, à part le fait que cette supposition est infondée, on a pu constater que, dans tout ce qu'a dit jusqu'à présent le Gouvernement belge, il n'y a aucune preuve touchant une localisation en Belgique d'actions *Sofina* ou *Sidro* avant le 12 février 1948. En effet, en 1948, les actions *Sofina* ou *Sidro* n'avaient probablement pas encore été déclarées et lorsqu'elles l'ont été par la suite, ces actions pouvaient fort bien ne pas se trouver en Belgique ou s'y trouver depuis peu de temps. Il s'ensuit que les affirmations des services de *Sofina* sont dénuées de toute valeur.

Mais il y a plus. La Partie adverse prétend qu'il aurait été matériellement impossible pour des étrangers de garder leurs actions en Belgique durant la guerre <sup>5</sup>. Toutefois, cette

<sup>1</sup> *Contre-mémoire*, IV, pp. 690-691.

<sup>2</sup> *Contre-mémoire*, p. 691.

<sup>3</sup> *Annexes à la Réplique*, N° 133, p. 769.

<sup>4</sup> *Ibid.*, loc. cit., p. 766.

<sup>5</sup> *Annexes à la Réplique*, N° 133, p. 763.

remarque ne porte pas, si l'on pense à l'histoire de la *Sofina*. Il est bien connu, avant tout, que *Sofina* a été créée avec des capitaux allemands et que ces capitaux allemands ont toujours eu, chez elle, une position importante; l'on ne voit pas pourquoi les capitaux ayant une telle origine n'auraient pu être gardés en Belgique, dûment à l'abri, en 1943-1944. Abstraction faite de cela, la Belgique jouissait, par rapport à bien d'autres pays, d'une situation relativement tranquille; et même des capitaux de toute autre origine pouvaient probablement être mieux là qu'ailleurs. Au surplus, alors qu'avant l'invasion la neutralité du pays pouvait susciter un afflux plutôt qu'une fuite de titres, l'effet de surprise de l'invasion et le caractère extrêmement rapide des opérations n'ont certes matériellement pas permis le transfert à l'étranger de la plupart des titres détenus en Belgique.

*D. La prétendue « preuve supplémentaire » résultant  
du lieu de paiement des dividendes*

50. Consciente de la faiblesse intrinsèque de ses arguments, la Partie adverse a cru pouvoir les renforcer à l'aide de quelques éléments qu'elle prétend déduire des circonstances dans lesquelles a eu lieu, entre le mois d'avril 1947 et le mois de décembre 1949, le paiement des dividendes de *Sofina*<sup>1</sup>.

Aux dires de la Partie adverse, les dividendes payés en Belgique devraient correspondre à des actions détenues en Belgique et comme les actions détenues en Belgique, toujours selon la Partie adverse, n'auraient pu appartenir qu'à des ressortissants belges, il s'ensuivrait que le pourcentage élevé des dividendes payé en Belgique sur les actions de *Sofina* prouverait la nationalité belge des propriétaires de ces actions. Admirable exemple de conclusions fausses tirées d'une succession de prémisses fausses!

A cet égard, le Gouvernement espagnol<sup>2</sup> a eu l'occasion de mettre en lumière deux aspects qui confirment à quel point le sophisme belge contraste avec la réalité. Il a souligné, d'un côté, que la *Sofina* avait tout intérêt à payer en monnaie belge<sup>3</sup> et, d'autre part, que les actionnaires étrangers avaient tout intérêt à se faire payer les dividendes en Belgique<sup>4</sup>, soit pour des raisons économiques ou fiscales, soit parce que les dividendes pouvaient être encaissés uniquement par ceux qui avaient déjà déclaré leurs actions. Les étrangers qui, pour la plupart, n'avaient rien déclaré à cette époque, devaient préférer la procédure de déclaration prévue pour la Belgique, bien plus simple que celle prévue pour l'étranger.

A la première remarque<sup>5</sup> il a été répondu tout simplement que les dividendes de la *Sofina* étaient payables à Londres, New York, Bâle, Zurich, Amsterdam et Paris et que *Sofina* était donc à même de payer à l'étranger. On ne le conteste pas, mais on ne comprend pas très bien quelles conclusions la Partie adverse voudrait déduire de ce fait, sinon que *Sofina* savait très bien qu'un pourcentage élevé de ses actionnaires résidaient précisément dans ces villes étrangères et qu'elle organisait en conséquence le service des

<sup>1</sup> *Annexes à la Réplique*, N° 133, p. 774; et déjà *Annexes aux Observations et Conclusions*, N° 30, p. 382; *Annexes au Mémoire*, N° 19, vol. I, pp. 136 ss.

<sup>2</sup> *Contre-mémoire*, p. 700.

<sup>3</sup> *Contre-mémoire*, p. 701.

<sup>4</sup> *Contre-mémoire*, p. 701.

<sup>5</sup> *Annexes à la Réplique*, N° 133, p. 775.

dividendes. On ne peut donc déduire de ce fait — et l'on sait gré au Gouvernement belge de l'avoir rappelé — que les actions *Sofina* étaient largement diffusées à l'étranger, car, s'il n'en avait pas été ainsi, on n'aurait pas eu recours aux services de tant de banques étrangères pour un petit nombre d'actionnaires. Quelques actions entre des mains étrangères n'auraient certes pas justifié la mise en œuvre d'un mécanisme aussi compliqué et coûteux<sup>1</sup>. Ce qui, d'autre part, est encore plus important, c'est que si les dividendes payés à l'étranger correspondaient vraisemblablement à des titres possédés par des étrangers, rien, absolument rien, n'indique que les dividendes payés à Bruxelles devaient nécessairement se rattacher à des actions « belges »<sup>2</sup>. Au contraire, tout le monde sait que c'est une pratique très répandue que l'actionnaire, pour toute une série de bonnes raisons, détienne les titres d'une société étrangère au lieu où cette société a son siège, surtout si ce lieu correspond à celui de la Bourse du pays. Ces deux faits considérés conjointement sont donc un indice très net de la prépondérance étrangère dans *Sofina*.

Quant à la deuxième remarque, ce que la *Réplique* lui oppose<sup>3</sup> c'est que, d'après l'article 46 du Règlement du 22 mars 1946 de l'Institut belgo-luxembourgeois du change, les coupons de titres belges appartenant à des étrangers ne pouvaient être importés en Belgique que s'ils appartenaient à des actions déjà déclarées. Ceci peut signifier à la rigueur que, lors du paiement des dividendes, l'on aurait envoyé ou apporté en Belgique les titres qui se trouvaient à l'étranger pour les y déclarer, et la réouverture des délais utiles pour effectuer la déclaration, au moment où le paiement des dividendes était en cours, est à cet égard particulièrement significative.

Là encore il y a un élément de plus qui contribue à détruire complètement la prétention selon laquelle, en Belgique, l'on n'aurait payé des dividendes qu'à des Belges.

D'autres arguments encore sont toutefois invoqués par les services de *Sofina*. On cherche ainsi à contester aussi l'autre remarque du Gouvernement espagnol, d'après laquelle beaucoup d'étrangers pouvaient avoir intérêt à toucher le dividende en une devise solide comme le franc belge. La Partie adverse voudrait nier que le franc belge ait été une devise aussi solide qu'on le prétend<sup>4</sup>, tout en concédant que du moins le franc français se trouvait dans une position plus précaire. Or, précisément, en France se trouvaient les titulaires d'intérêts considérables dans *Sofina*, et ces derniers pouvaient trouver le franc belge plus avantageux que leur monnaie nationale. D'autre part, à l'époque, la plupart des autres devises européennes ne se trouvaient guère dans des conditions plus favorables que le franc français. Mais, dit-on, la réglementation des changes en vigueur en Belgique à l'époque comportait des désavantages considérables pour des bénéficiaires étrangers de dividendes. La Partie adverse croit-elle que les dispositions en vigueur dans le pays d'origine des actionnaires étrangers auraient comporté des désavantages moins considérables en cas de perception sur place des dividendes d'une société étrangère?

<sup>1</sup> On peut utilement confronter la reconnaissance d'un fait de ce genre avec la prétention à une participation belge de 81,69% dans *Sofina*.

<sup>2</sup> D'autant plus qu'il y avait beaucoup de pays étrangers où, quand même, les dividendes n'étaient pas payables.

<sup>3</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>4</sup> *Réplique*, Annexe N° 133, p. 776.

Le Gouvernement espagnol avait aussi fait observer que, pour ce qui est des paiements effectués directement par Sofina, ils concernent 11 789 actions au porteur et 14 452 actions nominatives. Mais, seulement 1602 coupons d'actions au porteur ont été payés à des Belges contre 10 187 à des étrangers<sup>1</sup> et, pour les actions nominatives, les dividendes correspondant à 890 d'entre elles ont été touchés par des Belges<sup>2</sup> contre 3776 touchés par des étrangers. Dans la réponse à ces observations *on ne souffle mot* des actions nominatives. Par contre, en ce qui concerne les actions au porteur on répond que 10 137 coupons sur 10 187 auraient en réalité été payés à New York à la Sodéc. Sur cette base la Partie adverse croit pouvoir renverser la présomption, comme si, tout d'abord, la société Sodéc, qui a bénéficié du paiement à New York, n'était pas une société étrangère. A part cela, la Partie adverse nous révèle par là le fait, fort intéressant, qu'il était possible que, sur présentation des coupons en Belgique, le paiement des dividendes ait lieu à l'étranger.

Finalement, le *Contre-mémoire* avait remarqué en passant que :

« Dans son enthousiasme, *Sofina* n'a même pas été arrêtée par la considération du fait que, sur les 43 079 actions qu'elle-même reconnaît devoir appartenir à des étrangers (actions déclarées et certifiées à l'étranger et actions *Sodéc*), les coupons d'environ 31 000 actions ont été certainement payés en Belgique par ces mêmes banques dont on calcule qu'elles n'auraient payé qu'à des Belges ou à des résidents en Belgique! »<sup>3</sup>.

La contradiction, aux dires de la Partie adverse<sup>4</sup>, n'existerait pas, car une grande partie des actions à l'étranger *auraient appartenu à des Belges*, qui les auraient déposées en banque à l'étranger au début de la guerre. Cette réponse, non seulement est une assertion qui ne s'appuie sur rien, mais au surplus elle se heurte à la constatation que l'on a déjà faite des difficultés inhérentes à la déclaration et certification des titres à l'étranger. Assurément, faut-il penser que les éventuels ressortissants belges, qui auraient eu leurs titres à l'étranger pendant la guerre, avaient particulièrement intérêt à les rapatrier en vue de ces opérations.

#### E. Les faits révélateurs de la prépondérance étrangère dans *Sofina* au 12 février 1948

51. Vu l'inconsistance totale des « critères » fournis par la Partie adverse comme soi-disant preuves d'une prépondérance d'intérêts belges dans *Sofina* et *Sidro*, le Gouvernement espagnol a eu soin d'examiner les éléments de notoriété publique en sa possession, particulièrement en ce qui concerne *Sofina*<sup>5</sup>. Ici aussi le Gouvernement espagnol confirme en tous points l'argumentation déjà exposée. Il peut donc se borner à répondre à quelques observations faites par la Partie adverse<sup>6</sup>. L'on pourra ainsi constater à nouveau que *Sofina* était certainement, à l'époque critique, une société largement dominée par la participation étrangère.

<sup>1</sup> *Contre-mémoire*, IV, pp. 701-702.

<sup>2</sup> Dans ce nombre était comprise la totalité (214) des actions *Sofina* appartenant à des personnes morales belges.

<sup>3</sup> *Contre-mémoire*, p. 703, note 1.

<sup>4</sup> *Annexes à la Réplique*, N° 133, p. 776.

<sup>5</sup> *Sidro*, simple créature de *Sofina*, n'occupe pas une place autonome dans la presse économique.

<sup>6</sup> *Annexes à la Réplique*, N° 133.



52. Le Gouvernement espagnol avait remarqué<sup>1</sup> le silence des services de *Sofina* en ce qui concerne les 40 000 actions « privilégiées » de *Sofina*, qui, en vertu de l'article 8 des statuts de la société, devaient obligatoirement être nominatives.

La Partie adverse<sup>2</sup> reproche sévèrement au Gouvernement espagnol de s'être demandé si ce silence n'était pas dû, par hasard, au fait que ces actions se seraient trouvées, toutes ou presque toutes, en mains étrangères, et elle trouve cette supposition « fracassante ». Un certificat est produit à l'appui de cette critique. Les actions en question, dit-on, étaient inscrites au nom de deux sociétés anonymes belges, ce qui devrait donc constituer une « preuve » de plus — offerte, en plus, par le Gouvernement belge — de la prépondérance « belge » dans *Sofina*.

Le recours aux grands mots a évidemment pour but de masquer l'embarras, car l'explication fournie par les services de *Sofina* permet de comprendre finalement, pourquoi ils avaient soigneusement passé sous silence la question des actions privilégiées. Les deux sociétés « belges », au nom desquelles ces actions auraient été inscrites, en 1948 sont ... *Sidro* et la Société d'Electricité de Rosario, toutes deux domiciliées chez *Sofina* et y ayant leurs bureaux<sup>3</sup>. Dans l'une comme dans l'autre, la participation de *Sofina* est prépondérante.

Ainsi donc, la Partie adverse s'était efforcée jusqu'ici de cacher un élément assez gênant pour elle. Les deux sociétés prétendument titulaires des actions privilégiées ne sont, en ce qui concerne leurs actionnaires, que l'expression pure et simple de *Sofina*. Il y a là un exemple typique de ces participations réciproques, dans lesquelles il n'y a pas de capital investi, tout se résumant à une circulation de documents sans valeur réelle. C'est là une manifestation concrète d'un système que l'on a toutes les raisons de croire assez répandu et cela ne contribue certes pas à accréditer l'idée d'une *Sofina* où l'épargne belge aurait afflué massivement. En effet, si les actions privilégiées, dont le sort avait intrigué le Gouvernement espagnol, ont été pour leur totalité l'objet de *participations croisées*, qui peut exclure qu'un bon nombre des actions dont la Partie adverse n'a pas su trouver les « propriétaires véritables » se trouvent elles aussi dans la même situation? Mise à part la participation étrangère qui paraît aux assemblées, rien de plus facile et de plus vraisemblable qu'une répartition d'une grande partie des actions *Sofina* entre des sociétés — constituées par exemple au Luxembourg ou au Liechtenstein ou à Panama — où *Sofina* ou son groupe dominant aurait une position dominante. Le système est trop connu pour qu'il soit nécessaire d'y insister davantage.

53. Le Gouvernement espagnol avait également souligné que, en vertu de la loi belge du 17 octobre 1945 chaque société anonyme belge actionnaire de *Sofina* a bénéficié d'une « ristourne » par l'Etat des actions attribuées à ce dernier au titre de l'impôt sur le capital, et ce à raison d'une action nouvelle pour chaque lot de 20 actions anciennes. Les actions ristournées à des sociétés belges ayant été au nombre de 214, cela démontre qu'à l'époque, le nombre total des actions *Sofina* détenues par des sociétés belges était

<sup>1</sup> *Contre-mémoire*, IV, pp. 699-700.

<sup>2</sup> *Réplique*, Annexe 133, p. 778.

<sup>3</sup> *Sidro* a son siège social à Ixelles-Bruxelles, 38 rue de Naples (v. *Rapports des administrateurs*, Exercice 1956-1957, Imprimerie Industrielle et financière S.A., Bruxelles); la Société d'électricité de Rosario a son siège social à Ixelles-Bruxelles, 38 rue de Naples (v. *Réplique*, Annexe 133, App. 5). Le siège social de *Sofina* est à Ixelles-Bruxelles, 38 rue de Naples.

4280<sup>1</sup>, sur lesquelles 2080 appartenant à *Sidro* ou à *Cobti*; c'est-à-dire une fois de plus à *Sofina*.

Cette constatation n'a pas soulevé d'objections. Il n'est pas besoin de s'attarder à en souligner particulièrement la gravité, car il est manifestement impossible qu'une participation aussi infime de sociétés belges puisse avoir été compensée par une participation massive de personnes physiques belges au point d'atteindre des pourcentages même de beaucoup inférieurs à ceux avancés par le Gouvernement belge. Par contre, ce qui a provoqué chez la Partie adverse une téméraire ironie, c'est la supposition d'après laquelle, vu que l'action ordinaire *Sofina* était un titre «lourd» coté autour de 8000 francs belges, il s'agissait de titres «plus aptes à se trouver en paquets importants, dans le portefeuille de sociétés que dans celui de personnes physiques»<sup>2</sup>. La Partie adverse commente qu'il serait «plaisant» de présumer que lorsque les actions d'une société sont cotées à un prix élevé, la majorité de celles-ci appartiendrait nécessairement à des sociétés. En fait, la supposition du Gouvernement espagnol était tellement peu hasardeuse que *Sofina* elle-même avait jugé nécessaire d'émettre un certain nombre de certificats de 1/50<sup>e</sup> d'action, précisément en vue de faciliter la diffusion dans l'épargne privée d'un titre lourd en lui-même. A vrai dire, les auteurs de l'Annexe 133 auraient mieux fait de glisser plus discrètement sur cette question étant donné leur incapacité évidente de donner une réponse sérieuse.

54. C'est surtout en ce qui concerne les assemblées générales de *Sofina*, et notamment l'assemblée extraordinaire du 6 décembre 1946<sup>3</sup>, que la Partie adverse a été contrainte, par l'analyse qu'en a faite le Gouvernement espagnol, à admettre les choses les plus destructives pour ses prétentions. Elle n'est, en effet, manifestement pas en mesure de contester que les procès-verbaux reflètent une participation étrangère absolument prépondérante. Elle se borne alors à remarquer<sup>4</sup> que, de cette manière, on a démontré simplement que les actionnaires importants assurant le contrôle de la société à l'époque qui nous intéresse, comprenaient essentiellement des étrangers<sup>5</sup>, mais non pas que la majorité des actionnaires n'était pas belge. Les actionnaires absents à l'assemblée devaient être, toujours d'après la Partie adverse, nécessairement belges, car ce seraient les petits épargnants qui s'abstiennent de participer à la vie des sociétés.

La conclusion du Gouvernement belge ne saurait être prise au sérieux. Selon son récit, l'actionnaire étranger qui paraît à l'assemblée est bien un étranger, car l'on ne peut nier l'évidence. En revanche, l'actionnaire qui n'apparaît pas devrait *ipso facto* être présumé belge mais, même en faisant abstraction de ce sophisme trop évident, deux constatations s'imposent à ce sujet.

La Partie adverse — c'est la première constatation — a finalement dû reconnaître que, en 1948 et 1952, la *Sofina* était *dominée par un groupe étranger*. On se demande si

<sup>1</sup> *Contre-mémoire*, pp. 703-705.

<sup>2</sup> *Contre-mémoire*, p. 704.

<sup>3</sup> *Contre-mémoire*, pp. 705-706.

<sup>4</sup> *Annexes à la Réplique*, N° 133, N° 18, p. 780.

<sup>5</sup> L'Annexe 133 (p. 783) répartissait encore pour la période 1956-1964 le contrôle de *Sofina* de la manière suivante: 9% à des groupes étrangers; 7,6 à des sociétés belges. Mais ces chiffres — eux-mêmes loin de la vérité — se réfèrent à une époque où les choses avaient bien changé par rapport à celle de 1948, quand le contrôle de *Sofina* était, dans une proportion écrasante, en des mains étrangères.

le Gouvernement belge se rend compte de l'importance énorme que revêt déjà cette seule admission.

Que dire alors avant tout de la prétention que, dans cette affaire, tout serait belge? Que dire de la prétention que la faillite de *Barcelona Traction* — société contrôlée par *Sidro* à son tour contrôlée par *Sofina*, *holding* international à son tour contrôlé par un groupe étranger, où dominant à l'époque les intérêts de la finance américaine, anglaise, française, suisse, italienne, espagnole même — n'aurait affecté essentiellement que des « intérêts belges »?

En plus de cela — c'est la deuxième constatation — qui pourrait croire qu'une prétendue majorité écrasante d'actionnaires belges se seraient laissée dominer par un petit groupe de contrôle étranger?

Il est d'ailleurs proprement ridicule d'essayer de faire croire que les actionnaires qui n'ont pas pris part aux assemblées seraient tous de petits épargnants belges. Le phénomène de l'absentéisme des actionnaires aux assemblées est un phénomène généralisé et bien connu. Mais l'étude de ce phénomène permet de se rendre immédiatement compte qu'il implique toujours une autre circonstance, à savoir, la participation aux assemblées de banques qui se chargent de recueillir les mandats des nombreux petits actionnaires, qui habituellement déposent leurs titres en banque et de les représenter aux assemblées. Du reste, il suffit de parcourir les précisions qu'il y a dans la nouvelle loi allemande sur les sociétés par actions<sup>1</sup> pour se rendre compte de la portée de cette constatation. Il s'ensuit que s'il était vrai que les actions de *Sofina* se trouvaient, en 1948 et en 1952, largement disséminées dans l'épargne privée, l'on devrait pouvoir constater, dans les assemblées citées par le *Contre-mémoire*<sup>2</sup>, la large participation des banques belges qui, précisément, auraient été là pour représenter ces actionnaires absents. Or, il n'en est pas du tout ainsi: il n'y a pas une seule banque belge, à part les quelques banques d'affaires, intéressées elles-mêmes directement à la *Sofina*. Personne donc ne représentait les actionnaires absents si nombreux. Dans ces conditions, peut-on vraiment croire que *Sofina* aurait été un cas unique dans l'histoire des sociétés par actions, où non seulement les actionnaires brillent par leur absence dans les assemblées, — ce qui est normal — mais ils ne prennent même pas le soin de se faire représenter par l'intermédiaire des banques — ce qui est plus anormal — ?

La conclusion qui s'impose est donc bien différente de celle que, en désespoir de cause, la Partie adverse voudrait accréditer. L'absentéisme des actionnaires de *Sofina* et le fait qu'ils n'étaient même pas représentés par délégation prouve que la petite épargne belge ne pouvait représenter qu'une proportion très limitée. Vraisemblablement, d'ailleurs, la petite épargne n'était pas très importante, qu'il s'agisse de l'épargne belge ou de celle étrangère.

Au fond, tout se réduisait à un capital, essentiellement non belge, investi dans la *Sofina* par les actionnaires de contrôle. On a constaté, en effet, dans l'exemple de la Société d'Electricité de Rosario et dans celui de *Sidro* qui détenaient des actions privilégiées *Sofina*<sup>3</sup>, le recours à la technique des participations réciproques qui, vraisem-

<sup>1</sup> *Aktiengesetz von 1965*, par. 135.

<sup>2</sup> *Contre-mémoire*, IV, pp. 705 ss.

<sup>3</sup> *Supra*, N° 52.

blement était employée bien plus largement encore. Le reste des actions se trouvaient donc très probablement, en 1948 et après, dans les portefeuilles de sociétés dominées par le groupe de contrôle et dont la participation aux assemblées de *Sofina* n'aurait pas eu la moindre utilité pratique pour la formation de la majorité.

55. Ainsi qu'on a pu le constater par ces quelques remarques consacrées aux seuls points de l'*Annexe* 133 qui méritent d'être pris en considération, les services de *Sofina* ont complètement manqué, face à toute l'argumentation documentée du Gouvernement espagnol, la preuve positive de la véracité de leurs prétentions originaires quant à la composition de *Sofina*; et ils n'ont même pas essayé de détruire les éléments décisifs de preuve contraire fournis du côté espagnol.

Sans doute faut-il reconnaître qu'une telle tâche était bien lourde, parce qu'il s'agissait de contrer la vérité. Ce n'est pas par hasard que, quand on décèle l'identité d'un actionnaire important de *Sofina*, neuf fois sur dix il n'est pas belge, que la majorité étrangère aux assemblées est écrasante et que la ristourne à des sociétés belges des actions attribuées à l'Etat fait apparaître un nombre presque ridicule d'actions appartenant à ces sociétés. Si une conclusion s'impose donc à ce point, c'est que le Gouvernement belge a probablement endossé sans les précautions qui s'imposaient les prétentions initiales et exorbitantes de cette grande *holding* internationale qui bat pavillon belge.

#### F. Situation de Sidro et Sofina lors de l'introduction de la requête belge

56. Il est bien évident que, une fois qu'on a pu se faire une idée assez claire de la grande prépondérance étrangère dans le capital-actions de *Sofina* à l'époque de la faillite de *Barcelona Traction*, il est de peu d'intérêt de vérifier combien cette situation a pu changer jusqu'à l'introduction de la *Requête*. Même si l'on devait constater que les changements intervenus auraient été importants dans le sens d'une augmentation intervenue entre-temps dans la participation belge, cela ne modifierait en rien le résultat, la date essentielle pour la présente affaire étant celle du prétendu préjudice.

Il est toutefois intéressant de relever que même à cette date plus récente la participation étrangère dans *Sofina* quoique diminuée par rapport aux proportions précédentes, était encore majoritaire et détenait encore le contrôle de la société.

L'argumentation que la Partie adverse avait essayé auparavant de présenter pour faire croire le contraire était fondée sur quelques calculs effectués sur la base des dividendes de *Sidro* et *Sofina* payables, respectivement, à partir du 20 octobre et du 28 avril 1961<sup>1</sup>. D'après la Partie adverse — et l'argument a été repris plus récemment<sup>2</sup> —, le dividende *Sidro* a été payé à un moment où l'arrêté royal du 14 juillet 1961 était en vigueur ce qui permettait d'avoir une idée toute approximative d'ailleurs, de la nationalité des actionnaires. Le dividende *Sofina*, par contre, a été payé avant l'entrée en vigueur du dit arrêté, ce qui a forcé les services de cette société à élaborer une argumentation fort complexe sur la base du rapport bien connu établi par M. McGeachy.

<sup>1</sup> *Observations et conclusions, Annexe N° 30, pp. 321 et ss.*

<sup>2</sup> *Annexes à la Réplique, N° 133, p. 784.*

Il est évidemment peu utile de s'arrêter longtemps à l'argumentation concernant la nationalité des actionnaires de *Sidro*, vu que cette société est plus ou moins un figurant par rapport à *Sofina*. C'est donc à la nationalité des actionnaires de *Sofina* qu'il faut surtout s'attacher et c'est d'ailleurs l'examen du rapport de M. McGeachy lui-même qui peut faire ressortir une fois de plus à cet égard le « poids » que l'on peut raisonnablement attribuer aux données qui y sont utilisées.

Les observations déjà faites à ce propos par le Gouvernement espagnol étaient au nombre de trois. Tout d'abord, l'on faisait remarquer que :

« ... si l'actionnaire résidant dans le pays peut plus fréquemment se présenter personnellement aux guichets des banques pour retirer le montant de ses dividendes, cela est pratiquement exclu pour l'actionnaire résidant à l'étranger qui se fait payer le dividende dans le pays où la société a son siège. Si les titres sont déposés auprès de la banque qui paie les dividendes, il se peut que la banque connaisse la nationalité et l'adresse à l'étranger du propriétaire; mais cela n'est pas du tout nécessaire, car il est fort possible que le propriétaire ait simplement indiqué l'adresse d'un correspondant dans la même ville »<sup>1</sup>.

Et si, par contre,

« ... les titres ne sont pas confiés à la banque chargée du paiement, la personne qui aura été chargée de présenter les coupons à l'encaissement ne se considérera le plus souvent pas autorisée, si elle n'en a pas l'obligation juridique, à dévoiler des renseignements quant à la nationalité et à la résidence habituelle du propriétaire des actions. Cela vaudra d'autant plus pour les propriétaires importants, à savoir pour les sociétés qui auraient généralement leurs biens en dépôt auprès d'une filiale ou d'une société locale avec laquelle ils ont des liens »<sup>2</sup>.

Finalement, pour compléter ce tableau, l'on ajoutait que

« ... le paiement du dividende à une société ayant son siège en Belgique aura nécessairement été utilisé comme indice pour classer « belges » les actions possédées par cette société, même au cas où les intérêts qui y sont investis seraient en majorité étrangers. C'est ce qui se sera certainement passé, par exemple, pour quelque société importante dont on a déjà mis en relief la forte participation et qui a des intérêts étrangers. Mais ce qui est magnifique, c'est que, grâce à ce système, tous les titres *Sofina* possédés par *Sidro* (7619) et respectivement tous les titres *Sidro* possédés par *Sofina* (à savoir 391 420 au 14 juin 1962) ont été automatiquement classés « belges ». Aux fins d'une enquête destinée à prouver si *Sidro* et *Sofina* étaient ou non « belges », le procédé est vraiment extraordinaire »<sup>3</sup>.

Or, ce qu'il faut signaler aussitôt, c'est que les services de *Sofina* n'ont rien opposé à cette dernière observation. Dans de telles conditions, le silence a dû vraisemblablement leur paraître comme la seule réponse possible, ainsi qu'il est arrivé bien souvent lorsque la question des participations réciproques ou croisées est mise en jeu.

En ce qui concerne les deux premières objections, la réponse des services de *Sofina* est ambiguë. A ses yeux, les hypothèses avancées par le Gouvernement espagnol seraient peu vraisemblables, car l'on se demande « pour quel motif » les actionnaires étrangers

<sup>1</sup> *Contre-mémoire*, IV, p. 709, note 1.

<sup>2</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>3</sup> *Ibid.*, loc. cit.

auraient dû refuser de donner ou de faire donner « une indication aussi générale » que celle de préciser « si les titres appartenaient à un étranger ». <sup>1</sup> Mais la Partie adverse oublie ainsi la chose la plus importante, à savoir qu'il s'agissait en l'espèce d'actions au porteur et que la caractéristique des actions au porteur est bien de ne pas faire apparaître le sujet, personne physique ou personne morale, qui a effectué l'investissement. Dans ces conditions la Partie adverse a bien dû admettre qu'il aurait été impossible de prétendre que des actionnaires étrangers, et notamment ceux ayant acheté les titres au porteur précisément parce que les lois de leur propre pays n'admettent pas des titres de ce genre, auraient été disposés à fournir des données de nature à les faire apparaître au grand jour. Pour s'en tenir aux observations des services de *Sofina*, l'on avait donc demandé seulement une indication générale sur le point de savoir si les titres appartenaient ou non à des étrangers. Mais une telle indication n'est certes pas « générale », elle est surtout « générique » et n'est pas susceptible, en tant que telle, de constituer un élément de preuve sérieux <sup>2</sup>.

*G. L'histoire de Sofina de sa création jusqu'à la « belgification » de 1964-1965, et la notoriété publique de la prépondérance d'intérêts étrangers dans cette société*

57. Dans la dernière section de la partie consacrée aux prétendus « intérêts belges » dans *Sofina*, le *Contre-mémoire* du Gouvernement espagnol <sup>3</sup> a montré que si tous les éléments et toutes les données que l'on venait d'examiner indiquaient sans la moindre équivoque la valeur négligeable de la participation belge dans *Sofina*, une telle conclusion est pleinement conforme aux faits de notoriété publique qui entourent l'histoire caractéristique de cette société en tant que grand complexe financier à caractère international.

Le Gouvernement espagnol avait rappelé les grandes lignes de certaines étapes significatives de l'histoire de *Sofina*, en montrant comment, à l'époque de la fusion entre *Trufina* et l'ancienne *Sofina* en liquidation, survenue en 1929, les intérêts belges n'étaient représentés que par une participation de 18,10% contre 81,90% d'étrangers et que, au surplus, la participation belge avait encore baissé tout de suite après, la Banque de Bruxelles ayant renoncé à sa participation dès 1930 <sup>4</sup>. Il s'agit là de données certaines, dont l'exactitude ne saurait être contestée.

Du reste, les services de *Sofina* <sup>5</sup> se bornent, à cet égard, à quelques remarques, qui ne constituent même pas une tentative de réponse. D'après la Partie adverse, la situation de 1929 serait sans intérêt pour apprécier celle existant en 1948, et rien ne démontrerait que dans la période 1929-1939, l'épargne belge aurait « cessé d'investir dans les sociétés belges »

<sup>1</sup> *Annexes à la Réplique*, N° 133, p. 786.

<sup>2</sup> Au fond, *Sofina* avait demandé aux actionnaires (banquiers et agents de change) chargés d'encaisser les dividendes d'indiquer « le nombre de coupons qui sont de propriété belge ». La Partie adverse prétend que ces indications auraient été recueillies avec infiniment de tact et de discrétion, sans s'enquérir ni de la nationalité ni de la résidence habituelle des actionnaires. Dès lors, tant de souplesse a dû être déployée par ces « intermédiaires » (banquiers et agents de change) à l'égard de ces actionnaires qui étaient, après tout, des clients habituels, que l'on peut se demander sur quelles données ils se seraient finalement fondés pour établir la nationalité des propriétaires des coupons.

<sup>3</sup> *Contre-mémoire*, pp. 706-708.

<sup>4</sup> *Contre-mémoire*, p. 707 et références y citées.

<sup>5</sup> *Annexes à la Réplique*, N° 133, pp. 781-782.

Qu'est-ce que la Partie adverse croit avoir apporté par cette affirmation? Ce qu'il faudrait démontrer pour faire échec au poids de la constatation de fait du Gouvernement espagnol, ce serait qu'au cours de cette décennie des changements aussi importants seraient survenus pour renverser radicalement la situation et porter une participation belge qui, en 1930 était tombée au-dessous de 10%, aux pourcentages fantastiques allégués par la Partie adverse. Tout cela sans que la moindre trace d'un événement aussi important se retrouve ni dans les déclarations faites par les organes responsables de la société, ni dans la presse financière ni ailleurs <sup>1</sup>. En tout cas la Partie adverse ne pensera pas, on l'espère, avoir donné la preuve d'un fait aussi invraisemblable en observant seulement qu'il ne serait quand même pas exclu qu'il se soit produit.

Une autre remarque a aussi été avancée par la Partie adverse qui l'a toutefois reléguée prudemment dans une note <sup>2</sup>. On y essaie une contestation *partielle* des données concernant la composition du capital-actions de la nouvelle *Sofina* issue de la fusion de 1929, en faisant observer que sur les 200.000 actions nouvelles, émises en plus des 200.000 actions privilégiées *Trufina* qui avaient été émises l'année précédente, 68.162 ont été attribuées aux liquidateurs de l'ancienne *Sofina*, et 102.245 ont été souscrites par les fondateurs de *Trufina* mais à charge de les offrir aux actionnaires de l'ancienne *Sofina*, ce qui montrerait « que la répartition du capital de la *Sofina* n'a pas été sensiblement modifiée à la suite de sa fusion avec la *Trufina* ». A la suite de cette observation, l'on se serait attendu à ce que la Partie adverse fournisse quelques renseignements documentés en ce qui concerne la composition du capital de l'ancienne *Sofina*. Mais, l'attente a été une fois de plus déçue, car les services de *Sofina* se sont empressés d'ajouter qu'« il est impossible de se faire une idée, même approximative, de la répartition entre Belges et étrangers du capital de l'ancienne *Sofina* à la veille de la fusion de 1929 » <sup>3</sup>.

58. Ayant mis en relief l'absence d'intérêts belges significatifs au moment de la fusion de 1929 et la stabilité de la situation qui s'est maintenue de cette époque jusqu'à la veille de la deuxième guerre mondiale et après, le Gouvernement espagnol avait aussi souligné que la situation ne devait changer sensiblement que beaucoup plus tard, ainsi que le témoigne l'assemblée générale extraordinaire du 20 décembre 1956. Ainsi qu'on le remarquait:

<sup>1</sup> Etant donné le caractère internationalement connu de *Sofina*, tout changement d'une certaine importance dans la proportion entre capitaux belges et étrangers n'aurait pas manqué de susciter un intérêt et de provoquer des commentaires dans la presse. De son côté, l'examen de la composition des organes dirigeants de la société entre 1934 et 1939 montre qu'aucun changement significatif n'est intervenu dans ce domaine non plus (v. pour 1934, le Recueil Financier, 1935, p. 334; pour 1938, le Courrier de la Bourse et de la Banque, 25 avril 1939; pour 1939, le Courrier de la Bourse et de la Banque, 27 avril 1939). Tout remplacement se faisait « par lignes internes », c'est-à-dire, en respectant essentiellement la répartition géopolitique des places. De ce point de vue aussi il faut donc reconnaître que le caractère international de *Sofina* présente dans cette période une stabilité et une continuité certaines, ce qui, du reste, correspondait probablement aux intentions des fondateurs de la nouvelle *Sofina*, consacrées dans la convention conclue entre eux pour le blocage des actions prévu pour la durée d'un an et susceptible de prorogation. Il fut, en effet, prorogé jusqu'en 1939.

Que la situation ait pu changer sensiblement au cours de la dernière guerre mondiale serait certes surprenant. Aucune indication contraire à cette affirmation n'a d'ailleurs été soumise, et le remaniement du Conseil d'administration de *Sofina* à l'assemblée de 1946 comporte une fois de plus des remplacements sans changements dans la nationalité des élus, sauf la présence d'un ressortissant suisse à la place d'un anglais.

<sup>2</sup> Annexes à la Réplique, N° 133, p. 781, note 2.

<sup>3</sup> Dans ces conditions, il est même superflu de noter que l'observation de la Partie adverse ne concerne même pas la moitié des actions, privilégiées ou ordinaires, en jeu au moment de la fusion de 1929.

« C'est à partir de 1955, en effet, que certains groupes, belges ou étrangers, acquièrent des participations nouvelles importantes et provoquent le retrait de M. Heineman et son remplacement par M. Wilmers (anglais) comme conseiller-délégué de Sofina »<sup>1</sup>.

En effet, les participations majoritaires à cette assemblée sont celles de la Compagnie d'Outremer, société de statut belge, mais représentant seulement pour un tiers des intérêts réellement belges (5% du capital-actions); de l'Union Financière Boel (2,5%), et de la Financière Allard (0,4%), face aux 5% environ des sociétés françaises Lazard Frères, Société générale pour l'industrie et Société générale d'entreprise; au 2% du Crédit Suisse et d'autres banques et à 1,5% de la société panaméenne Pan Holding<sup>2</sup>.

La Partie adverse ne conteste pas ces données, ni que ce soit autour de cette époque et donc bien après la faillite de *Barcelona Traction* que les premiers changements significatifs de la situation se sont produits. Il n'est même pas besoin de commenter la prétention à nouveau formulée à propos de l'assemblée de 1956<sup>3</sup>, selon laquelle les participations dévoilées par l'assemblée de 1956 n'indiqueraient que le pouvoir de contrôle dans la société, alors qu'en ce qui concerne l'ensemble des actions l'on devrait toujours croire à l'affirmation selon laquelle ce serait les « petits actionnaires belges » qui en auraient détenu la presque totalité.

On a déjà eu l'occasion de faire les commentaires qui s'imposaient à ce propos. Les actions déposées par les membres du groupe de contrôle lors des assemblées ne correspondent généralement pas du tout au montant total de leur participation; ce qu'on se borne à respecter ce sont les proportions des participations respectives. Ce qui frappe, en tout cas, c'est que les services de *Sofina* avouent ouvertement que, même à cette époque beaucoup plus récente, le pouvoir de contrôle sur *Sofina* était réparti de façon à témoigner en tous points du caractère international de la société. En d'autres termes, la thèse de la Partie adverse se résume en ces termes: l'ensemble des actions *Sofina* aurait été toujours, et notamment depuis 1929, pour sa presque-totalité, aux mains d'épargnants belges; mais, en même temps, le pouvoir de contrôle serait resté très longtemps en des mains étrangères et, en 1956 encore, la participation belge dans le groupe de contrôle n'aurait même pas atteint la moitié. A entendre cela l'on est amené à penser que la Belgique serait un véritable paradis pour tout groupe étranger qui, grâce à une participation d'ensemble inférieure à 10% du capital-actions, pourrait s'assurer le contrôle d'une société de capitaux et drainer vers elle l'épargne d'une multitude de petits actionnaires, étrangement incapables de s'organiser ou de se laisser organiser sur une base quelconque pour obtenir ce contrôle auquel ils auraient droit.

59. L'argument du « contrôle » est invoqué à nouveau par la Partie adverse pour essayer de dissiper l'impression suscitée par les événements de 1964-1965, lorsqu'une opération financière de grande envergure — et largement commentée dans la presse financière — fut mise en œuvre pour « faire de *Sofina* une société vraiment belge », ainsi que le remarquait le porte-parole de la banque<sup>4</sup>. D'après les services de *Sofina*, il faudrait interpréter cette manœuvre, qui ne peut être contestée, comme destinée à réaliser « une majorité belge parmi les quelques gros actionnaires connus qui contrôlent la société, et non une majorité belge dans l'ensemble des actions »<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Contre-mémoire, IV, p. 707.

<sup>2</sup> Contre-mémoire, p. 708.

<sup>3</sup> Annexes à la Réplique, N° 133, pp. 782 et ss.

<sup>4</sup> Cf. l'*Echo de la Bourse* des 22-23 novembre 1964 qui traduit un article paru dans le journal allemand *Standard* du 23 novembre 1964.

<sup>5</sup> Annexes à la Réplique, N° 133, p. 783.



Les observations si vagues que la Partie adverse consacre aux événements de 1964-1965 témoignent de son embarras. Au fond, sa défense se borne à une déformation manifeste de la déclaration faite en 1964 par le porte-parole de la banque Lambert *et aucunement démentie à l'époque*. Et pourtant son sens est fort clair :

« Ce que veut la Banque Lambert, c'est faire de la *Sofina* une société vraiment belge, a déclaré un porte-parole de l'organisme financier. Il a indiqué qu'en étudiant la composition du portefeuille de la *Sofina*, on peut constater que cette société opère surtout à l'étranger. Lorsqu'en outre on examine la répartition des actions, on constate que c'est surtout l'étranger qui détient le contrôle de la société »<sup>1</sup>.

Ainsi, l'argument — et c'est son seul argument — que la Partie adverse prétend tirer de la référence au *contrôle* de la société, est formellement démenti par les termes employés dans la déclaration en question, car ce qu'on constate c'est bien *le contrôle étranger qui résulte de l'examen de la répartition des actions*, qu'il fallait éliminer pour faire de *Sofina* une société vraiment belge, et non pas la simple présence d'un *groupe de contrôle étranger* dans les assemblées d'une société dont presque tout le capital-actions aurait été disséminé parmi des épargnants belges, à concurrence de presque 80 %.

60. L'argumentation des services de *Sofina* est d'ailleurs contredite par les faits et par les circonstances, compte tenu de ce qui s'est passé de 1964 à 1965. En effet, la déclaration que l'on vient de rappeler a été faite pour justifier l'offre d'achat émanant du groupe Lambert pour un total de 250 000 actions. Les promoteurs de l'opération estimaient donc que, pour rendre la société « vraiment belge », il fallait acheter et placer entre les mains de Belges au moins 250 000 actions, soit 39,8 % d'un capital constitué par 627 000 actions<sup>2</sup>. Cette constatation est d'autant plus significative si l'on considère qu'elle a comme point de départ la situation existante en 1964, c'est-à-dire, après les événements de 1955-1956 qui avaient été caractérisés par d'importantes participations belges nouvelles, surtout après le retrait de M. Heinemann. En dépit donc du fait que la participation belge dans *Sofina* était, après 1955-1956, beaucoup moins minoritaire qu'auparavant, l'achat de 39,8 % du capital-actions était néanmoins encore nécessaire en 1964 pour rendre cette société « vraiment belge », c'est-à-dire pour avoir une majorité substantielle dans la « répartition des actions ».

Il est encore à noter, pour conclure, que si vraiment l'opération de 1964-1965 avait été conçue en vue seulement de s'assurer un pouvoir de contrôle minoritaire dans une société à participation actionnaire presque entièrement belge, l'offre d'achat de la Banque Lambert aurait pu se limiter à une proportion beaucoup plus réduite du total des actions en jeu. L'on ne comprendrait pas non plus, dans une offre qui aurait alors été adressée à la masse des petits épargnants, la nécessité d'offrir aussi une prime tellement élevée (3000 francs) par rapport au prix des actions (8000 francs environ).

61. Au lieu que la Partie adverse ait fourni, comme elle aurait dû le faire, la preuve de la prépondérance des « intérêts belges » dans *Sofina* et, partant, dans la présente affaire, c'est finalement le Gouvernement espagnol qui a prouvé d'une manière incontestable que *Sofina* en 1948, et même après le cours de la période critique, est

<sup>1</sup> *Echo de la Bourse*, 22-23 novembre 1964, *op. cit.* (Italiques ajoutées.)

<sup>2</sup> Voir l'article 5 des statuts de *Sofina*, publiés dans l'*Annexe au Moniteur Belge* du 13 décembre 1959. En 1964, les actions *Sofina* en circulation étaient encore au nombre de 627.000 (v. *Annexe au Moniteur Belge* du 9 mai 1964).

restée telle qu'elle était depuis sa formation, c'est-à-dire, une société à caractère international et à prépondérance étrangère, *et* pour son portefeuille *et* pour son capital-actions. Ainsi que le remarque le Centre de recherche et d'information socio-politiques (C.R.I.S.P.)<sup>1</sup>:

« La *Sofina* a été fondée en 1898 sous l'impulsion de sociétés allemandes d'électricité — et singulièrement d'Emile Rathenau — avec une participation minoritaire de la Banque de Bruxelles. Dix ans plus tard, la *Sofina* était devenue en fait une filiale du trust allemand de l'électricité, l'A.E.G.: l'ingénieur américain de souche allemande Heinemann, employé de l'A.E.G. transforma la *Sofina* de simple société à portefeuille en société de financement pour l'industrie électrique. Il orienta la société vers des investissements en Amérique latine et dans la péninsule ibérique. Après la première guerre mondiale, la *Sofina* passa en fait sous le contrôle de la Banque de Bruxelles: en 1918, elle fondait la *Compania Hispano Americana de Electricidad* « C.H.A.D.E. » après rachat d'une compagnie allemande ayant des intérêts en Argentine, et en 1923, la Société Internationale d'Energie Hydro-Electrique *Sidro*, que le groupe Löwenstein essaya de lui arracher vers 1925.

A la suite de difficultés, la *Sofina* fut réorganisée entre 1928 et 1930: la Banque de Bruxelles abandonna la majeure partie de ses intérêts et Heinemann fit appel à des capitaux belges, américains, allemands, anglais, français, hollandais, espagnols et suisses. Une nouvelle société fut créée, sous la raison sociale temporaire *Trufina* et, semble-t-il, avec le concours de la *General Electric* américaine. La *Sofina* s'intéressa alors aux sociétés nord-américaines dans lesquelles elle a toujours d'importants intérêts.

Pendant la guerre, la *Sofina* transféra une partie de ses activités financières à Lisbonne: Heinemann, citoyen américain, poursuivit son activité pendant cette période et ne se retira qu'en 1955, au moment où la Compagnie Européenne (holding du groupe Lambert, actuellement Compagnie d'Outremer) augmenta sa participation dans la *Sofina* en acquérant 26 000 titres. Le groupe Lambert est depuis cette date associé à la direction de la *Sofina*, avec des représentants du groupe Lazard et du Crédit Suisse »<sup>2</sup>.

En Suisse, outre l'« *Elektrobank* » et la « *Schweizerische Eisenbank* », plusieurs firmes de Bâle et de Genève sont directement intéressées dans la *Sofina*.

En Angleterre, la *Sofina* a son mot à dire à l'*Electric Railways Finance Corp.* Elle est également assez active en Espagne et en Italie où elle possède des actions de l'*Adriatica* et de l'*Adamello*.

Ce tableau est loin d'être complet, mais il permet de constater l'influence énorme que les capitaux et l'industrie de l'étranger exercent sur le fonctionnement de la puissante société qui patronne en Belgique le barrage de nos cours d'eau » (italiques ajoutés).

L'on comprend aussi, dès lors, pourquoi la partie adverse a tellement tenu à affirmer qu'« il est impossible de se faire une idée, même approximative, de la répartition entre belges et étrangers du capital de l'ancienne *Sofina* à la veille de la fusion de 1929 »...<sup>3</sup> Sans doute les services de *Sofina* tiendraient-ils beaucoup à oublier de ce point de vue l'histoire de leur propre société.

<sup>1</sup> Voir la première édition de sa *Morphologie des groupes financiers*, Bruxelles, 1962, pp. 325 et ss.

<sup>2</sup> Cette version des faits est confirmée par le livre de LOUIS DELMOTTE, *De Belgische Koloniale Holdings*, St. Pietersbookhandel, Leuven, 1946 (Katholie Universiteit te Leuven, Reeks van de School voor economische wetenschappen, N° 31), pp. 40 et ss. Les services de *Sofina* qui ne semblent guère appréciés, et pour cause, les publications du CRISP, voudraient contester que ce dernier travail soit le fruit d'une recherche de niveau universitaire.

<sup>3</sup> *Annexes à la Réplique*, N° 133, p. 781.

Pour ce qui intéresse la présente affaire, une seule constatation s'impose pour conclure l'examen de la composition des sociétés que le Gouvernement belge met en première ligne lorsqu'il prétend affirmer que le traitement réservé en Espagne à *Barcelona Traction* aurait porté atteinte à des « intérêts belges réels ». Tout au long de son existence et jusqu'à une époque beaucoup plus récente que celle où se sont produits en Espagne les événements qui ont donné lieu au présent procès, *Sofina* a maintenu son caractère originaire de *holding* ayant incontestablement une participation d'intérêts « étrangers » largement prépondérante.

62. Les analyses successives effectuées dans la première section du présent chapitre ont donc montré que, ne pouvant certes pas invoquer au bénéfice de son action la nationalité de *Barcelona Traction*, société prétendument frappée par un préjudice dû à l'action des autorités espagnoles, ni non plus la nationalité des personnes ayant juridiquement la qualité d'« actionnaires » dans *Barcelona Traction*, le Gouvernement belge n'est même pas en état de prendre appui sur une prépondérance en l'affaire de prétendus « intérêts belges réels », car à cet égard aussi ses prétentions se sont avérées inconsistantes.

Il sera d'ailleurs confirmé, à la section suivante de ce même chapitre, que même si le Gouvernement belge avait pu prouver l'existence d'« actionnaires » belges dans la société *Barcelona Traction* ou encore d'« intérêts belges prépondérants » dans l'entreprise de celle-ci, il n'aurait quand même pas pu prétendre avoir qualité pour agir en l'espèce, compte tenu des règles en vigueur du droit international.

## SECTION II

L'INADMISSIBILITÉ DE L'ACTION DU GOUVERNEMENT BELGE AU TITRE DE LA PROTECTION DES PRÉTENDUS « ACTIONNAIRES » OU « INTÉRÊTS » BELGES COMME AU TITRE DE LA PROTECTION DE *BARCELONA TRACTION*§ 1: *L'élaboration progressive de la thèse du Gouvernement belge*

1. Au cours du long débat qui s'est déroulé jusqu'ici entre les Parties à propos du défaut de qualité du Gouvernement belge, le Gouvernement espagnol a dû relever plusieurs fois des changements de position de la Partie adverse.

Chaque fois, le Gouvernement espagnol s'est vu contraint de dénoncer la tentative faite par la Partie adverse pour masquer l'adoption de nouvelles thèses en accusant le Gouvernement espagnol d'avoir « déformé » celles qu'elle défendait auparavant. Une fois de plus, le Gouvernement espagnol se trouve aujourd'hui devant la même nécessité.

2. S'efforçant de résumer le plus fidèlement possible la position belge telle qu'elle ressortait des essais de définition les plus récents de la Partie adverse, le *Contre-mémoire* espagnol observait, avant tout, ce qui suit <sup>1</sup>:

« A ce propos, on a d'abord oscillé, du côté belge, entre deux attitudes différentes. Suivant la première il n'est pas contesté que le principe de base, traditionnellement appliqué en cas de préjudice internationalement illicite causé par un Etat à une société étrangère, soit que la qualité pour exercer la protection diplomatique revient à l'Etat national de la société; mais ce critère se serait révélé « insuffisant » et il aurait subi dans la pratique des Etats des « correctifs » en relation avec certaines hypothèses où cette « insuffisance » se serait le plus clairement manifestée. Le cas d'espèce évidemment paraîtrait taillé sur mesure pour cadrer avec l'une de ces hypothèses. » (Le *Contre-mémoire* renvoyait pour cette thèse aux pages 116 et suivantes et 172 et suivantes des *Observations* du Gouvernement belge.)

« Selon la deuxième thèse, la règle générale serait au contraire que, dans ce même cas de dommage causé à une société, la qualité pour exercer la protection diplomatique reviendrait toujours à l'Etat national des associés ou des personnes intéressées dans la société. Rien n'empêcherait que l'Etat national de la société puisse intervenir lui aussi, parallèlement, en tant que protecteur de la société contre laquelle l'illicite aurait été commis « au premier rang », mais il n'aurait ni un droit exclusif ni un droit préférentiel à la protection diplomatique de tous les intérêts qui auraient été lésés par l'acte illicite. » (Le *Contre-mémoire* renvoyait pour cette thèse aux pages 179 et suivantes des *Observations*.)

Le *Contre-mémoire* poursuivait en notant que plus tard, contrainte de prendre plus nettement position en raison de la question posée par Sir Gerald Fitzmaurice, la Partie adverse avait finalement opté pour la deuxième thèse. L'espoir de trouver dans des précédents la preuve positive d'exceptions, raisonnablement utilisables en l'espèce, à la règle de base prévoyant la protection de la personne morale par son Etat national, s'était évanoui à la suite de l'analyse critique de ces prétendus précédents par le Gouvernement espagnol.

<sup>1</sup> *Contre-mémoire*, IV, p. 713.

Le Gouvernement belge s'était pourtant vu forcé — disait le *Contre-mémoire* — de faire appel alors aux principes généraux du droit international pour essayer d'en déduire en tant que règle générale et non plus en tant qu'exception s'appliquant à des hypothèses particulières — la possibilité d'intervention de l'Etat national des actionnaires au titre de la protection de ces derniers, dans tous les cas où la société à laquelle ils participent dans une proportion importante aurait été victime d'actes internationalement illicites.

En partant de la constatation que le droit international permet à tout Etat de protéger ses ressortissants lésés dans leurs biens, droits et intérêts par l'acte illicite d'un Etat étranger, la Partie adverse affirmait donc ne pas voir pourquoi l'on devrait enlever à l'Etat « le droit d'assumer la protection de ses ressortissants qui sont lésés dans les biens, droits et intérêts qu'ils possèdent en tant qu'actionnaires d'une société étrangère qui a été victime d'un acte internationalement illicite ». Les précédents — les pauvres précédents sur lesquels le Gouvernement belge avait auparavant fondé tant d'espoirs — s'étaient avérés absolument nuls en tant que preuve « positive » de l'existence du droit en question. Mais ils pourraient peut-être servir encore de preuve « négative », en ce que l'on ne saurait rien en tirer qui lui soit contraire, en ce que l'on ne pourrait pas fonder sur eux une « règle prohibitive particulière » s'opposant à celle qui découlerait de la prétendue application des principes généraux du droit international.

Quant à la concurrence inévitable, en cas de lésion internationalement illicite des droits d'une personne morale, entre le droit de protection de l'Etat national des actionnaires et celui de l'Etat national de la personne morale, le Gouvernement belge devait finalement adopter la position qu'« un même acte illicite international peut constituer une violation du droit international, simultanément, à l'égard de plusieurs Etats, et justifier ainsi l'intervention parallèle de chacun d'entre eux » (le *Contre-mémoire* renvoyait, à ce propos, aux pages 971, points 1 et 2, et 949 et suivantes du volume de la *Procédure orale*. III).

C'est à propos de ce résumé, qui retrace pourtant de façon si exacte la position belge telle qu'elle avait évolué jusqu'à ses dernières versions, écrites et orales, que le Gouvernement belge affecte de s'indigner que l'on veuille, selon lui, lui attribuer des thèses qu'il ne soutient pas. Il prétend n'avoir « jamais avancé » que, dans le cas d'un préjudice internationalement illicite causé par un Etat à une société étrangère, « la règle générale » serait que l'Etat national des associés ou des personnes intéressées dans la société aurait qualité pour exercer la protection diplomatique de ces derniers.

3. Pour suppléer la mémoire défaillante du Gouvernement belge, nous nous limiterons avant tout à lui suggérer la relecture de certains passages de ses propres exposés écrits et oraux, notamment de ceux qui figurent aux *Observations et Conclusions*<sup>1</sup>, et dans la Pro-

<sup>1</sup> Voir *Observations et Conclusions*, I, p. 171 : « Une pratique s'est établie dans les relations internationales pour autoriser la protection diplomatique par un Etat des intérêts de ses nationaux dans des sociétés étrangères afin de sauvegarder leurs participations financières » (italiques ajoutés).

Voir aussi pp. 174 et ss. : « Les règles du droit des gens sur la protection par l'Etat national des actionnaires et associés de compagnies étrangères, ont profondément évolué depuis les quelques décisions négatives intervenues dans la seconde moitié du dix-neuvième siècle... une pratique s'est établie dans les relations internationales modernes pour autoriser la protection diplomatique par un Etat des intérêts de ses nationaux dans des corporations ou sociétés étrangères, chaque fois que la justice l'exige... » (italiques ajoutés).

Voir encore p. 179 : « En principe, tout Etat a le droit de protéger par la voie diplomatique ses nationaux qui sont actionnaires d'une société étrangère dans laquelle ils ont des intérêts substantiels, lorsqu'ils sont lésés par suite d'un acte illicite, selon le droit des gens, commis par un autre Etat au préjudice de cette personne juridique ou société. Ce principe est la conséquence logique de la règle de droit des gens qui permet de percer le voile de la société pour découvrir les véritables intéressés. Il n'est pas

cédure orale. A ce stade encore, l'une des dernières occasions qu'a eues la Partie adverse d'exprimer son point de vue sur la question, l'on note l'assertion suivante:

« Le Gouvernement belge ne demande pas à la Cour d'élaborer à ce propos une règle nouvelle, sinon de reconnaître une règle déjà existante — une règle qui consacre le droit de protection parallèle de l'Etat national de la société et de l'Etat national de l'actionnaire. »<sup>1</sup>

Le Gouvernement espagnol est d'ailleurs loin d'être le seul à avoir noté dans les exposés du Gouvernement belge, à propos de la question ici examinée, une pluralité de positions successives, différentes et pas toujours conciliables entre elles. Il n'est surtout pas le seul à avoir attribué, en dernier lieu, au Gouvernement belge la thèse que celui-ci nie aujourd'hui avoir jamais soutenue.

A la fin de la première phase de la Procédure orale, Sir Gerald Fitzmaurice, en posant au Gouvernement demandeur certaines questions, s'est exprimé textuellement comme suit<sup>2</sup>:

« En réponse, l'Etat demandeur a adopté aux différents stades de son argumentation une position qui semble consister entre autres en ceci:

i) Il y a dans la présente espèce des circonstances spéciales qui, si elles ne la font pas relever de l'exception éventuellement admise par l'Etat défendeur, suffisent cependant à la faire échapper à la règle ordinaire, à supposer que cette règle soit bien celle que formule l'Etat défendeur — bref, il y a d'autres exceptions à la règle que celles qui sont admises par l'Etat défendeur et la présente espèce relève d'une ou de plusieurs d'entre elles.

ii) La question n'est pas régie par une seule règle essentielle de droit international; ou, s'il y en a une, sa teneur est incertaine ou peu claire. Dans ces conditions, la Cour doit énoncer la règle ou éclaircir sa teneur, en tenant compte de considérations d'équité et du bien et de l'intérêt de la communauté internationale; ou subsidiairement, elle doit appliquer des considérations de cet ordre à la détermination de la règle.

iii) Négativement — aucune règle de droit international n'interdit à un Gouvernement de protéger les intérêts de ses ressortissants actionnaires d'une société étrangère. L'Etat demandeur est donc fondé à le faire.

iv) Positivement, une règle définie de droit international permet à un Gouvernement d'exercer activement une telle protection (italiques ajoutés).

---

une simple exception à l'application de la règle de la protection par l'Etat national de la société » (italiques ajoutés).

Voir enfin p. 278: « Conclusions, V. Attendu qu'il est de doctrine et de jurisprudence que, dans le cas de dommages causés illicitement par un Etat au patrimoine d'une société douée de personnalité juridique, mais dans laquelle des ressortissants étrangers ont des intérêts substantiels, la protection internationale peut être exercée par l'Etat national des actionnaires ou associés pour le montant de leurs participations sociales et intérêts;

VI. Attendu qu'en introduisant la présente instance, le Gouvernement belge ne perd pas de vue que le droit de protection appartient en principe également au Gouvernement de l'Etat dont une société tient son statut national, sans que ce droit ait un caractère préférentiel ou exclusif; ... » (italiques ajoutés).

<sup>1</sup> Voir Procédure orale, III, p. 965: « The Government of Belgium is not asking the Court to make a new rule of law in this connection, but rather to recognize an existing rule—a rule which acknowledges the parallel right of protection of the State of incorporation and the State of the shareholder » (italiques ajoutés).

<sup>2</sup> Procédure orale, III, p. 671: « In reply, the Applicant State has, at different stages of its argument, taken up a position which seems to be compounded of the following elements (inter alia)

(i) Special circumstances do exist in the present case, which, if they do not bring it within the particular exception possibly admitted by the Respondent State, suffice to take it out of the ordinary rule, even supposing that rule to be as stated by the latter—in short there are additional exceptions to

Comme ces énoncés *peuvent ne pas être à tous égards entièrement compatibles les uns avec les autres*, j'aimerais que l'Etat demandeur indique, en tant que cela n'est pas entièrement traité dans ses Conclusions, sur lequel de ces énoncés il se fonde, ou subsidiairement, *dans quel ordre de préférence il les range*, et s'il préférerait qu'ils soient formulés d'une autre manière » (italiques ajoutés).

Il est à remarquer également qu'en indiquant, dans la réponse à la question ainsi posée, l'ordre de préférence dans lequel le Gouvernement belge rangeait les thèses énumérées dans la question elle-même, le professeur Sauser-Hall, conseil du Gouvernement belge, était bien loin de repousser la thèse formulée sous le N<sup>o</sup> IV, selon laquelle il y aurait une *règle précise du droit international qui permettrait spécifiquement l'exercice par un Gouvernement de la protection de ses ressortissants actionnaires d'une société étrangère*; au contraire, il lui donnait précisément *la première place* dans l'ordre de préférence du Gouvernement belge<sup>1</sup>.

Et dans son commentaire à cette thèse, qu'il plaçait au premier rang, le très regretté et estimé Maître s'exprimait ainsi, justement dans le passage que la *Réplique* a passé sous silence, en le remplaçant par des points de suspension :

« Le Gouvernement belge a signalé, tant dans ses écrits que dans ses plaidoiries, que ce *principe général de droit international en matière de protection* [il s'agit du principe, indiqué dans le passage précédent, de la protection par un Gouvernement de ses ressortissants qui sont lésés dans leurs biens, droits et intérêts, y compris ceux qu'ils possèdent en tant qu'actionnaires d'une société étrangère qui a été victime d'un acte internationalement illicite] a été *reconnu et appliqué* en faveur de ressortissants actionnaires de sociétés étrangères dans plusieurs *précédents* arbitraux, dans la *pratique* des Gouvernements et dans de nombreux *traités* de nature variée conclus entre les Etats au cours des quelque cinquante dernières années » (italiques ajoutés).

Bien sûr, l'on a ajouté ensuite que, si le droit international reconnaît à un Etat le droit de protection de ses ressortissants actionnaires, cela ne constitue pas une règle particulière dérogeant aux principes généraux, mais bien une application de ces principes à un cas particulier. Mais ce fait n'enlève rien au caractère nettement affirmatif de la réponse donnée au nom du Gouvernement belge à la question qui lui avait été posée.

---

the rule, besides any granted by the Respondent State, and the present case comes within one or more of them.

(ii) There is no single fundamental rule of international law governing the matter, or if there is, its content is uncertain or not clear. In these circumstances the Court should enunciate the rule or clarify its content, taking into account equitable considerations and the good and convenience of the international community, or alternatively should apply considerations of this order to the determination of the rule.

(iii) Negatively—there is no rule of international law which prohibits a government from protecting the interests of its national shareholders in a foreign company. Consequently the Applicant State is entitled to do so.

(iv) Positively—there is a definite rule of international law actively permitting such an exercise of protection by a government » (italiques ajoutés).

« Since these various formulations *may not in all respect be entirely compatible with one another*, I should be glad if, in so far as the matter is not fully covered by its Conclusions, the Applicant State would indicate on which of these formulations it principally relies, or alternatively, *in which order of preference it would place them* and whether it would wish to formulate them differently » (italiques ajoutés).

<sup>1</sup> *Procédure orale*, vol. II, p. 969: « Et tout d'abord il convient que j'indique clairement à la Cour que le Gouvernement belge range les thèses formulées par M. le juge Fitzmaurice dans l'ordre suivant, que mon bref commentaire n'aura pas de peine à justifier. *Nous placerons en tête la thèse énoncée sous le N<sup>o</sup> IV*; puis viendra celle formulée sous le N<sup>o</sup> III. Elles seront suivies des thèses portant le N<sup>o</sup> 1 et II » (italiques ajoutés).

Sur ces bases, la Cour jugera du bien-fondé des thèses du Gouvernement belge et de son sens de l'à-propos lorsqu'il soutient qu'il n'invoque et n'a jamais invoqué « aucune « règle », générale ou particulière, *autorisant*, de façon spécifique, la protection des actionnaires, comme on tient, et pour cause, à le lui faire dire », et lorsqu'il prétend que l'idée d'une telle « règle » lui a été *prêtée* « par le Gouvernement espagnol pour les besoins de la cause ».

§ 2: *La stabilité de la thèse du Gouvernement espagnol*

4. Il ne faudrait pas que le Gouvernement belge pense qu'en lui rappelant les thèses soutenues par lui hier encore, le Gouvernement espagnol aurait l'intention de l'acculer sur ces positions et de l'obliger à s'y tenir, même s'il n'en est plus convaincu.

Le Gouvernement espagnol sait parfaitement, ayant longuement et attentivement considéré la pratique arbitrale et internationale, que le Gouvernement belge ne pourra jamais réussir à fournir la preuve de la formation en droit international d'une règle coutumière prévoyant spécifiquement la possibilité de la protection diplomatique par un Etat de ses ressortissants actionnaires d'une société d'une autre nationalité, en cas de lésion internationalement illicite causée à la société par un Etat étranger. Les vains efforts que, comme on le verra, le Gouvernement belge effectue une fois de plus dans sa *Réplique* pour essayer de tirer de la pratique diplomatique, conventionnelle et arbitrale, quelque élément favorable à ses prétentions, en constituent la meilleure preuve. Le Gouvernement espagnol comprend que le Gouvernement belge ait été déçu par la défaillance de ces fameux « précédents », produits par lui à un premier stade dans l'intention d'y puiser la preuve abondante d'une « règle coutumière » moderne qui aurait dû s'être progressivement affirmée en droit international et y avoir finalement remplacé la vieille règle précédemment appliquée. Et il comprend très bien que la Partie adverse préfère faire appel, aujourd'hui, pour étayer ses thèses, exclusivement aux « principes généraux en matière de protection diplomatique » et ne se réfère désormais aux « précédents » que pour conclure qu'ils ne fournissent pas la preuve de l'existence d'une règle faisant exception aux dits principes.

Encore faut-il, toutefois, que les principes généraux se laissent plier aux exigences du Gouvernement belge; qu'ils puissent fournir la base nécessaire pour y fonder la règle que le Gouvernement belge voudrait maintenant en tirer par voie de simple déduction. Le fait d'affirmer que la règle invoquée ne serait pas du tout une règle « autorisant, de façon spécifique, la protection des actionnaires »<sup>1</sup>, une règle qui se serait formée spécialement dans ce domaine, et de prétendre qu'elle ne serait qu'une simple « application » des principes généraux de cette matière, n'est évidemment pas suffisant. Encore faut-il que cela soit vrai et qu'on le prouve.

Il serait trop facile, en effet, de croire qu'une simple affirmation soit suffisante pour que l'application des principes généraux en matière de protection diplomatique comporte automatiquement le droit pour la Belgique d'exercer la protection des prétendus « actionnaires » ou « intérêts » belges dans la *Barcelona Traction*. Et ce serait trop facile, voire candide, de croire qu'il suffirait, pour se débarrasser de la charge — combien lourde — de prouver cette assertion, de prétendre qu'il appartiendrait au Gouvernement espagnol

<sup>1</sup> *Réplique*, V, p. 637.



de prouver l'existence d'une « règle prohibitive » interdisant aux principes généraux de produire leurs effets en l'espèce.

5. Contrairement à ce que semble être maintenant la conviction du Gouvernement belge, le Gouvernement espagnol n'a vraiment pas attendu que la Partie adverse fasse appel aux principes généraux du droit international en matière de protection diplomatique pour se sentir « bel et bien obligé »<sup>1</sup> d'en faire autant et de prendre l'examen de ces principes comme point de départ de sa propre argumentation.

Si le Gouvernement belge, au lieu d'inviter gratuitement la Partie adverse à « se donner la peine de lire avec plus d'attention » ce que le même Gouvernement belge a dit dans ses exposés, avait lui-même consacré quelques moments d'attention aux exposés écrits et oraux du Gouvernement espagnol, il aurait pu se rendre compte que, dans les *Exceptions préliminaires* de 1960 et de 1963<sup>2</sup>, dans les deux phases de la Procédure orale<sup>3</sup> et finalement dans le *Contre-mémoire*<sup>4</sup>, le Gouvernement espagnol a constamment basé son argumentation principale sur les conséquences nettement négatives pour la thèse belge d'une application au cas d'espèce des principes essentiels du droit international concernant le traitement des étrangers et la protection diplomatique.

Depuis les lointains débuts de la présente affaire, la thèse fondamentale du Gouvernement espagnol a été et continue d'être exactement la même; ce sont précisément les principes du droit international régissant la matière qui veulent qu'en cas de lésion internationalement illicite infligée à une société par un Etat étranger, ce soit l'Etat national de la société qui ait qualité pour agir, et non pas les Etats auxquels peuvent appartenir des actionnaires ou des intérêts d'une autre nationalité.

Le Gouvernement espagnol n'a jamais songé — n'en déplaie à la Partie adverse — à imaginer, en disant cela, « une pseudo « règle » excluant l'application des principes généraux de la protection diplomatique »<sup>5</sup> dans une hypothèse comme celle du cas d'espèce. Ce n'est vraiment que dans l'imagination du Gouvernement belge qu'est née l'idée et de cette « pseudo-règle » et surtout de prétendre que le Gouvernement espagnol aurait dû en prouver l'existence.

Ce n'est guère — de l'avis du Gouvernement espagnol — l'exclusion de l'application des principes généraux au cas d'espèce, mais bien au contraire leur application qui rend inadmissible la tentative de la Belgique de s'arroger une qualité pour agir dans la présente affaire; c'est précisément cette application qui comporte comme conséquence que, en cas de lésion illicitement infligée par un Etat à une société étrangère, la règle est que la qualité pour agir revienne à l'Etat national de la société et seulement à cet Etat.

Le Gouvernement espagnol n'est donc que trop heureux de voir que le Gouvernement belge semble d'accord pour placer désormais l'essentiel de la discussion sur le terrain solide des principes généraux du droit international régissant la matière et de leurs conséquences logiques. Et puisque le Gouvernement belge ne paraît pas encore convaincu que ces prin-

<sup>1</sup> Réplique, V, p. 638.

<sup>2</sup> *Exceptions préliminaires*, 1960, pp. 350 et ss., 384 et ss.; *Exceptions préliminaires*, 1963, I, pp. 183 à 197; 229 à 235.

<sup>3</sup> *Procédure orale*, II, pp. 210 à 222; III, pp. 846 et ss.

<sup>4</sup> *Contre-mémoire*, IV, pp. 714 à 719, et *passim*.

<sup>5</sup> Réplique, p. 638.

cipes vont justement à l'encontre de ses thèses et de ses aspirations par rapport au cas d'espèce, le Gouvernement espagnol s'emploiera une fois de plus — en s'en excusant auprès de la Cour — à montrer à la Partie adverse l'étendue de son erreur.

§ 3: *Les principes généraux du droit international concernant le traitement des étrangers et la protection diplomatique*

6. Le Gouvernement espagnol vient de rappeler<sup>1</sup> qu'à de nombreuses reprises, au cours du présent procès, il a estimé nécessaire d'indiquer à la Partie adverse ce que sont, à son avis, les principes essentiels du droit international en matière de traitement des étrangers et de protection diplomatique. A son tour, le Gouvernement belge a, chaque fois, commenté la définition des principes donnée par le Gouvernement espagnol, en constatant d'ailleurs l'identité de vues des deux Parties sur plusieurs points, ce qui semblait — hélas! plus en apparence qu'en réalité — être de bon augure aux fins d'une simplification des débats<sup>2</sup>. Il revient une dernière fois sur les principes en question dans la *Réplique*, lorsqu'il énonce le point de vue belge à propos des règles générales du droit international en matière de protection diplomatique<sup>3</sup>.

La *Réplique* prend comme point de départ une réaffirmation de « la règle bien établie selon laquelle l'Etat national d'une personne privée, victime d'un dommage causé par un acte internationalement illicite d'un Etat étranger, a qualité pour intervenir, en exerçant la protection diplomatique au profit de son ressortissant »<sup>4</sup>.

On ne peut pas dire qu'en elle-même cette définition contienne des incorrections. Malheureusement, le Gouvernement belge néglige d'y apporter les précisions nécessaires quant à la signification des termes employés, ce qui lui permettra, plus tard, de jouer sur l'équivoque. Car, comme le Gouvernement espagnol l'a si souvent souligné, tout le débat entre les parties revient justement à établir ce que l'on doit entendre par les mots « victime d'un dommage causé par un acte internationalement illicite d'un Etat étranger ». Et il ne s'agit pas là, contrairement à ce que semble penser la Partie adverse, d'une question de « gloses »<sup>5</sup>: il s'agit de la détermination de l'essence même du principe. On devra évidemment revenir plus largement là-dessus.

Le Gouvernement belge a voulu confirmer en même temps qu'à son avis aussi l'Etat qui intervient au titre de la protection diplomatique de ses ressortissants fait valoir « son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter, en la personne de ses ressortissants, le droit international ». Le Gouvernement espagnol se réjouit de voir le Gouvernement belge s'associer ainsi — et même en en soulignant l'importance dans l'affaire actuelle — au

<sup>1</sup> Voir *Supra*, Section II, N° 4, p. 23, note 1.

<sup>2</sup> *Observations et conclusions*, I, pp. 117 et ss.; *Procédure orale*, II, pp. 358 et ss.; III, pp. 970 et ss.

<sup>3</sup> Troisième partie, Chap. II, Section I, Sous-section 1, par. 2, pp. 638 et ss.

<sup>4</sup> Ce n'est pas sans surprise que le Gouvernement espagnol a rencontré à la page 639 de la *Réplique*, la curieuse assertion selon laquelle il aurait « manifesté de mille manières qu'il n'aime pas la protection diplomatique ». Et cette surprise a encore augmenté en voyant le Gouvernement belge lui décerner un certificat d'orthodoxie pour n'avoir quand même « pas osé aller jusqu'à dire que le droit international ne la consacre pas » (la protection diplomatique). Que le Gouvernement belge n'ait, à cet égard, aucun souci: le Gouvernement espagnol n'est pas moins soucieux que lui de veiller à ce que ses propres ressortissants à l'étranger soient traités par les autres Etats en conformité avec les obligations mises à la charge de ces derniers par le droit international!

<sup>5</sup> *Réplique*, p. 639.

rappel d'un principe que, du côté espagnol, on a tenu à mettre en évidence bien des fois <sup>1</sup>. Ici aussi, il s'agit, toutefois, de voir à laquelle des deux Parties peut profiter, dans le cas d'espèce, le principe jadis formulé clairement par la Cour permanente de Justice internationale <sup>2</sup>.

Finalement, la *Réplique* s'attarde à constater que la protection diplomatique peut être exercée à l'égard des personnes morales aussi bien que des personnes physiques — fait en lui-même évident, que le Gouvernement espagnol a également rappelé <sup>3</sup> et à propos duquel il n'y a jamais eu, d'ailleurs, de discussion entre les Parties.

7. Là, étrangement, s'arrête l'énoncé par la *Réplique* des « règles générales du droit international en matière de protection diplomatique ». On n'y trouve aucun développement à propos du lien d'appartenance qui doit exister entre une personne physique ou morale et l'Etat qui veut en exercer la protection et il n'y est pas fait mention de la preuve que cet Etat doit fournir de l'existence du lien en question. On n'y parle pas non plus du fait qu'un lien de nationalité, pour qu'on puisse le faire valoir internationalement à l'égard d'un autre Etat, doit être un lien d'appartenance à la fois juridique et réel, c'est-à-dire que son existence doit être prouvée aussi bien sur le plan du droit que sur celui des attaches de fait.

Le rappel de cette exigence et, plus généralement, le recours à la notion d'effectivité, ont joué un rôle prééminent dans les exposés écrits et oraux du Gouvernement belge au sujet des exceptions préliminaires <sup>4</sup>. Le Gouvernement espagnol avait pris lui-même l'initiative d'affirmer en toute clarté sa conviction quant à la nécessité de l'existence du lien réel en plus du lien juridique pour que la nationalité puisse être invoquée aux fins de la protection diplomatique <sup>5</sup>. Il avait dû néanmoins attirer l'attention de la Partie adverse sur l'utilisation inadmissible qu'elle finissait par faire de la notion d'effectivité. Il avait dû souligner à plus d'une reprise qu'un lien d'appartenance réelle à lui seul, auquel ne correspondrait aucun lien d'appartenance juridique au même Etat, ne saurait constituer une « nationalité » opposable à d'autres Etats et valoir comme justification de l'exercice de la

<sup>1</sup> *Exceptions préliminaires*, 1960, pp. 350 et ss.; *id.*, 1963, I, pp. 184 et ss.; *Procédure orale*, II, p. 211.

<sup>2</sup> Voir pour l'indication des arrêts dans lesquels la Cour a réaffirmé ce principe, et aussi pour celle des décisions où le même principe a été mis en évidence par la Cour permanente d'arbitrage, *Exceptions préliminaires*, 1960, p. 351, note 1.

<sup>3</sup> *Exceptions préliminaires*, 1960, p. 355; *id.*, 1963, I, p. 186; *Procédure orale*, II, p. 215.

<sup>4</sup> La thèse belge que la nationalité des personnes morales aux fins du droit public et, surtout, au regard de la protection diplomatique sur le plan international, se distingue de la nationalité de ces mêmes personnes en droit privé, a été exposée pour la première fois aux pp. 150 et ss. du *Mémoire* de 1962, I. L'élément distinctif indiqué était précisément la nécessité que, aux fins de la protection diplomatique, la nationalité de droit privé se doublât d'une prépondérance d'intérêts réels de la même nationalité. Dans les *Observations et conclusions*, I, pp. 119 et ss., 129 et ss., 172, 176 et ss., ces idées ont été confirmées et développées et le principe de l'effectivité a été à nouveau défini comme comportant l'exigence du double attachement, juridique et économique, pour légitimer l'exercice de la protection diplomatique d'une société. C'est là aussi qu'ont été développées — après avoir été déjà indiquées dans le *Mémoire* (p. 153) — les prétendues conséquences de la notion de l'effectivité quant au percement du voile de la personnalité juridique et quant à l'octroi d'un prétendu *ius standi* à l'Etat national des actionnaires au cas où l'absence d'un lien réel rendrait inexistante ou inopérante la protection de la société par l'Etat d'appartenance juridique de celle-ci (v. surtout *Observations et conclusions*, pp. 177, 183 et 278). Enfin, les mêmes thèses ont été ultérieurement reprises et développées au cours de la *Procédure orale*, III, pp. 559 et ss.; 565 et ss. et 574 et ss. Voir aussi, particulièrement, le quatorzième attendu des *Conclusions du Gouvernement belge quant à l'exception préliminaire N° 3*, présentées à l'audience du 23 avril 1964, à 10 h. 30 (C.R. 64/29, p. 10).

<sup>5</sup> Voir particulièrement *Exceptions préliminaires*, 1960, p. 353; et ensuite *id.*, 1963, I, pp. 185 et ss.; *Procédure orale*, II, pp. 215 et ss.

protection diplomatique<sup>1</sup>. Le Gouvernement espagnol avait aussi dû prendre nettement position contre la tentative, explicite et réitérée, de la Partie adverse de tirer de l'absence éventuelle de lien effectif entre une société et l'Etat de l'incorporation ou du siège la conséquence qu'en pareil cas serait automatiquement justifiée une intervention au titre de la protection diplomatique de la part de l'Etat national des actionnaires majoritaires<sup>2</sup>.

Aussi, ce soudain manque d'intérêt pour l'« effectivité » dans la *Réplique* n'est-il pas sans causer quelque surprise. Mais sans s'attarder à se demander quelles peuvent en être les causes, le Gouvernement espagnol préfère penser qu'il s'agit d'un oubli involontaire qui n'est pas nécessairement l'indice d'un changement de position au sujet d'un aspect sur lequel le Gouvernement belge insistait hier encore aussi lourdement.

8. Sur un autre point, par contre, il paraît difficile qu'il puisse s'agir d'un oubli purement accidentel: c'est le point qui concerne, en effet, l'*aspect essentiel*, c'est-à-dire la nature même, la raison d'être et le but de la protection diplomatique.

Depuis les premières phases du débat sur la présente affaire, le Gouvernement espagnol n'a cessé de rappeler au Gouvernement belge la nécessité de ne jamais perdre de vue que la protection diplomatique n'est guère dissociable des règles de fond du droit international concernant le traitement des étrangers<sup>3</sup>. Le « droit propre » que l'Etat fait valoir, alors qu'il intervient de l'une des manières qui sont le propre de la protection diplomatique, n'est que celui d'exiger que ses propres ressortissants bénéficient, de la part des Etats étrangers, du traitement que ces Etats sont *internationalement obligés de leur réserver*, ou bien qu'ils reçoivent une réparation si le traitement prévu n'a pas été accordé.

Le Gouvernement belge s'est parfois vu forcé de reconnaître le bien-fondé de cette constatation<sup>4</sup>. Mais il l'a fait avec une concision digne de meilleures causes et en se refusant constamment à en tirer les conséquences logiques nécessaires. A présent, gêné évidemment par la crainte des effets négatifs qui peuvent en découler pour ses prétentions, il pousse sa discrétion jusqu'au silence le plus complet. C'est pourquoi le Gouvernement espagnol est obligé d'insister à nouveau, et fermement, sur cet aspect absolument essentiel du droit de protection diplomatique et sur l'impossibilité de l'« oublier » lors de l'application au cas d'espèce des principes généraux en la matière.

<sup>1</sup> *Exceptions préliminaires*, 1960, p. 354; *id.*, 1963, I, p. 185; *Procédure orale*, II, p. 216.

<sup>2</sup> Voir notamment *Exceptions préliminaires*, 1963, I, pp. 197 et ss.; *Procédure orale*, II, pp. 250 et ss.

<sup>3</sup> Voir *Exceptions préliminaires*, 1960, p. 350; *id.*, 1963, I, p. 184; *Procédure orale*, II, p. 210; III, p. 847; *Contre-mémoire*, IV, p. 715.

Le terme « protection diplomatique » peut être pris dans une acception plus vaste; et l'on peut dire alors, comme le juge Morelli dans son *Opinion dissidente* jointe à l'arrêt du 24 juillet 1964 (p. 108), que « la protection diplomatique n'est ... autre chose que l'exercice par un Etat de son droit subjectif de prétendre, pour ses ressortissants (personnes physiques et personnes morales) à un certain traitement de la part d'un autre Etat ». Dans un sens plus restreint, l'on peut aussi réserver le terme de protection diplomatique pour désigner le seul fait de la mise en œuvre d'une intervention par un Etat, sur le plan proprement diplomatique ou judiciaire, en réaction contre une violation de son droit subjectif concernant le traitement de ses ressortissants. Dans ce cas, il devrait être admis, selon le Gouvernement espagnol, que l'on parle de la protection diplomatique comme d'une faculté accordée à l'Etat pour garantir ses droits subjectifs internationaux à propos de la condition de ses nationaux à l'étranger.

Mais il est certain que, aux fins qui intéressent ici, le résultat ne change pas et que, comme le juge Morelli le remarque, le droit que l'Etat invoque comme fondement de sa demande lorsqu'il agit par la voie judiciaire « est simplement le droit substantiel découlant des règles concernant le traitement des étrangers ».

<sup>4</sup> *Observations et Conclusions*, I, p. 118; *Procédure orale*, III, p. 558.

La thèse du Gouvernement espagnol à ce sujet est d'une simplicité extrême. Elle revient à dire: un Etat ne peut se plaindre, en exerçant la protection diplomatique, que du fait que l'on n'ait pas réservé à ses propres ressortissants un traitement déterminé, dont il est établi que cet Etat a le droit de l'exiger en vertu d'une règle substantielle du droit international. On ne peut demander réparation d'un préjudice subi par ses nationaux que si l'on peut alléguer, à l'origine de ce préjudice et à l'égard de ces personnes, une action ou omission qui constitue la lésion d'un droit subjectif « propre », un manquement à une obligation juridique internationale de l'Etat qui reçoit la réclamation envers l'Etat qui la présente. Il n'est, de l'avis du Gouvernement espagnol, rien de plus incontestable; et à la fois, pourtant, rien de plus constamment ignoré par le Gouvernement belge.

§ 4: *L'application des principes généraux au cas d'atteinte internationalement illicite aux droits d'une société étrangère ou de ses actionnaires*

9. On a ainsi précisé une fois de plus — et d'une manière que le Gouvernement belge ne semble d'ailleurs pas vouloir et surtout pouvoir contester — les aspects essentiels des principes du droit international général qui régissent le traitement des étrangers et la protection diplomatique.

L'on pourrait donc se réjouir de constater que les deux Parties déclarent n'invoquer, l'une pour justifier de sa qualité, l'autre pour contester cette justification, que l'application des règles générales en vigueur dans le domaine.

Puisqu'il en est ainsi, le Gouvernement espagnol aimerait convier le Gouvernement belge à se joindre à lui pour essayer d'établir objectivement quelles peuvent être les conséquences d'une application de ces principes généraux à l'hypothèse d'une atteinte internationalement illicite causée par un Etat aux droits d'une société étrangère.

Pour ce faire, toutefois, il est indispensable que le Gouvernement belge cesse, lorsqu'il procède de son côté à une telle application, d'en exclure précisément les principes les plus essentiels. Il faudrait aussi qu'il accepte de ne plus jouer sur les mots, comme il le fait habituellement: par exemple, lorsqu'il parle de l'exercice par un Etat de la protection diplomatique de ses ressortissants à la suite d'« actes illicites internationaux », en oubliant de préciser que, pour pouvoir être qualifiés tels, ces « actes » doivent représenter une atteinte concrète à un droit subjectif international de l'Etat en question ou, si l'on préfère, une infraction à une obligation internationale clairement établie de l'Etat auteur de l'acte envers l'Etat réclamant. Il est également nécessaire que le Gouvernement belge s'abstienne de semer la confusion avec des inventions comme celle des règles que le Gouvernement espagnol aurait « découvertes » afin d'exclure l'application des règles générales à l'hypothèse qui se présente dans le cas d'espèce.

Bien au contraire, le Gouvernement espagnol ne demande qu'une chose: que ces principes soient appliqués à notre hypothèse; qu'ils lui soient appliqués correctement et intégralement. La « règle de la qualité exclusive de l'Etat national de la société pour agir en cas de préjudice causé à la société par un Etat étranger » n'est nullement, aux yeux du Gouvernement espagnol, une règle qui devrait faire exception aux principes généralement applicables, ni non plus — autre invention ingénieuse de la Partie adverse — le corollaire de certaines institutions du droit privé interne. Au contraire, le Gouvernement espagnol y voit la simple conséquence, logiquement irréfutable, de l'application à l'hypothèse considérée

*des principes généraux du droit international dans le domaine du traitement des étrangers et de la protection diplomatique.*

Le point à éclaircir n'est donc finalement que celui-ci: l'application des principes en vigueur conduit-elle à la conclusion qu'en tire logiquement le Gouvernement espagnol, ou bien à celle qu'il plairait au Gouvernement belge d'en déduire afin d'établir sa qualité pour agir dans le cas d'espèce?

10. En indiquant une fois de plus la position du Gouvernement espagnol telle qu'elle a été définie déjà au début de la présente affaire, le *Contre-mémoire* avait souligné avec force combien il était gratuit de lui prêter l'intention de dénier à un Etat l'exercice de la protection diplomatique de ses ressortissants dans tous les cas où ceux-ci seraient victimes d'un préjudice subi en leur qualité d'actionnaires d'une société commerciale<sup>1</sup>.

La thèse du Gouvernement espagnol est exactement celle-ci: lorsque les personnes dont l'Etat prétend exercer la protection diplomatique sont actionnaires d'une société commerciale, ce fait est sans influence sur l'application des principes généraux à leur cas. Ce fait ne peut restreindre en rien les droits de l'Etat dont les personnes en question sont les ressortissants; il ne peut évidemment pas non plus les accroître. Si l'Etat possède la qualité pour agir dans le cas d'espèce en vertu des principes généraux normalement applicables, cette qualité ne cesse certainement pas d'exister à cause de la circonstance indiquée; mais s'il ne la possède pas, ce n'est certes pas cette circonstance qui peut avoir pour effet de la lui conférer.

En d'autres termes, que le grief avancé par une personne concerne une atteinte à un droit qu'elle possède en tant qu'actionnaire d'une société commerciale ou à un droit qui lui revient à un autre titre quelconque, la situation ne change pas et la conclusion est la même. Elle est très claire et très simple: l'Etat national pourra présenter une réclamation en faveur d'une telle personne chaque fois qu'il pourra établir que l'Etat destinataire de sa réclamation a effectivement lésé un droit de la personne en question, et que ledit Etat était internationalement tenu envers lui d'en assurer le respect.

Le Gouvernement espagnol considère donc comme acquis que l'Etat national peut exercer la protection diplomatique d'un « actionnaire » d'une société commerciale, mais cela à la double condition, que ce soit vraiment à un droit de cette personne en tant qu'actionnaire que l'Etat étranger a porté atteinte et que, par une telle atteinte, le même Etat ait manqué à une obligation internationale à l'égard de l'Etat national.

Ce à quoi, par contre, le Gouvernement espagnol s'est toujours opposé — et il continue de le faire avec la plus grande fermeté — c'est que l'on veuille profiter des rapports qui existent entre une société commerciale et les actionnaires de celle-ci pour essayer d'élargir indument la portée du droit de protection diplomatique de l'Etat national de l'actionnaire et prêter à cet Etat une qualité pour agir qu'en vertu des principes régissant la matière il ne saurait avoir. Ce que le Gouvernement espagnol ne peut admettre, c'est que, aux fins que l'on vient d'indiquer, l'on essaie de faire passer automatiquement une éventuelle atteinte internationalement illicite portée à la société dans son individualité distincte de personne morale et dans les droits qui lui appartiennent pour ce qu'elle n'est pas, à savoir une atteinte internationalement illicite portée à l'actionnaire en cette qualité d'actionnaire et dans les droits y afférents.

<sup>1</sup> *Contre-mémoire*, IV, pp. 642 et ss., 716.

Afin de bien mettre en évidence le caractère inadmissible de pareille opération, le Gouvernement espagnol a constamment insisté sur la nécessité de ne pas perdre de vue la distinction très claire qu'il y a entre la société d'une part et l'actionnaire de l'autre; la séparation entre la personnalité, les droits, les responsabilités de la première et ceux du second. « C'est justement la distinction nette entre la personnalité de l'actionnaire et celle de la société » — a-t-il affirmé <sup>1</sup> — « qui permet de distinguer, avec une égale netteté, d'une part le préjudice illicitement causé à la société et, à travers la société, à son Etat national et, d'autre part, le préjudice illicitement causé à l'actionnaire et à son propre Etat ». Et c'est évidemment cette même distinction qui est décisive pour déterminer à qui appartient le droit de protection diplomatique <sup>2</sup>.

§ 5: *L'hypothèse d'une atteinte illicite aux droits de l'actionnaire*

11. Pour illustrer concrètement, avec des exemples, la distinction indiquée, le *Contre-mémoire* du Gouvernement espagnol citait, comme hypothèse possible d'une atteinte internationalement illicite causée aux droits de l'actionnaire en tant que tel, le cas bien connu où un Etat procéderait sans indemnité et sans justification valable à une confiscation des actions que des ressortissants d'une nationalité déterminée posséderaient dans une société d'une autre nationalité <sup>3</sup>.

Un autre exemple serait le cas où un Etat interdirait à une société de distribuer des dividendes à des actionnaires nationaux d'un ou de plusieurs Etats ou de certains Etats étrangers. L'hypothèse a été envisagée par la doctrine <sup>4</sup>. On pourrait y ajouter le cas où une imposition discriminatoire serait établie sur les dividendes dus à ces actionnaires; ou encore le cas où une mesure serait prise pour contraindre des actionnaires à remettre à l'Etat une partie de leurs actions.

<sup>1</sup> *Contre-mémoire*, IV, p. 643.

<sup>2</sup> Le problème est toujours de savoir si le préjudice causé par l'Etat étranger a ou n'a pas, selon la formule célèbre employée par Max Huber dans l'affaire *Ziat, Ben Kiran*, « frappé immédiatement la personne en faveur de laquelle la réclamation fut présentée » (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, II, p. 730).

\* Pour qu'on puisse regarder comme admissible » disait le Gouvernement espagnol dans ses *Exceptions préliminaires* de 1960, p. 258 « ... une intervention en faveur des individus actionnaires ou obligataires de la société, cette intervention doit pouvoir se justifier sur la base d'un tort infligé, en violation du droit international, auxdits individus, et non pas du préjudice subi par la société... Et pour qu'il y ait eu tort infligé aux individus il ne suffit évidemment pas — à moins qu'un traité n'en dispose autrement d'une manière expresse — que ces derniers aient simplement ressenti un dommage indirect dans leurs intérêts à cause du traitement fait à la société; il faut qu'il y ait eu atteinte à leurs droits, car les droits et les devoirs de la personne morale ne se laissent pas résoudre en des droits et devoirs des particuliers qui sont derrière la personne morale et qui y participent. »

Paul DE VISSCHER: *La protection diplomatique des personnes morales*, R.C.A.D.I., t. 102, 1961, I, p. 463, exprime très efficacement le point sur lequel insiste le Gouvernement espagnol, en notant ceci: « Dans la mesure où l'actionnaire d'une société est atteint dans ses droits de personne privée, quand bien même ces droits seraient nés à l'occasion de sa participation à la vie d'une personne morale, semblable protection diplomatique sera pleinement justifiée. »

La différence entre l'entité collective d'un côté, et les individus qui la composent, de l'autre, et l'inadmissibilité d'une réclamation de l'Etat national de ces derniers pour un préjudice causé non pas à eux-mêmes, mais à l'entité collective en tant que telle est aussi soulignée dans l'ouvrage de SERENI, *La cittadinanza degli enti morali nel diritto internazionale*, Rome, 1934, p. 183.

<sup>3</sup> *Contre-mémoire*, p. 642; Paul DE VISSCHER (*La protection, op. cit.*, pp. 463 et ss.) donne précisément comme exemple celui d'un Etat qui confisque les actions détenues par certains étrangers dans une société possédant sa nationalité.

<sup>4</sup> Paul DE VISSCHER (*La protection, op. cit.*, p. 464) formule cette hypothèse toujours pour le cas où il s'agirait d'une société nationale de l'Etat qui établirait l'interdiction.

Finalement, un exemple que l'on peut encore envisager est celui d'un Etat qui, par son action, empêcherait des actionnaires d'une nationalité déterminée d'exercer dans la société les droits qui leur reviennent précisément en tant qu'actionnaires, et notamment le droit de participer à une assemblée, d'y voter, de s'assurer que les décisions régulièrement prises sont respectées par les mandataires choisis; ou encore le droit de poursuivre en justice ceux de ces mandataires qui auraient agi illégalement. Un refus d'accès aux tribunaux opposé aux actionnaires d'une société déterminée, qui ont fait appel à ces tribunaux pour obtenir la réparation du préjudice à eux causé par les organes de la société qu'ils avaient eux-mêmes élus, ou encore le fait de commettre à l'égard de ces mêmes personnes une violation flagrante, discriminatoire et inexcusable des règles de fond ou de procédure applicables en l'espèce: voilà des exemples authentiques de « dénis de justice » commis réellement — et non pas seulement en imagination — au préjudice de personnes déterminées, en leur qualité d'actionnaires d'une société commerciale.

Des atteintes de ce genre aux droits que des personnes physiques ou morales étrangères possèdent en tant qu'actionnaires d'une société commerciale d'une autre nationalité peuvent, en fait, se produire beaucoup plus facilement lorsque la société a la nationalité de l'Etat coupable desdites atteintes. A l'égard d'actionnaires d'une société elle-même étrangère, la réalisation de pareils préjudices serait souvent impensable ou pourrait se heurter à des obstacles pratiques insurmontables. C'est bien ce qui explique que les cas concrets dans lesquels une protection diplomatique d'« actionnaires » a été admise dans la pratique arbitrale sont tous et exclusivement des cas où la société comme telle appartenait à l'Etat contre lequel la protection était exercée. Rien n'empêche toutefois, du moins théoriquement, que, même dans quelques cas où la société serait elle-même étrangère, l'Etat sur le territoire duquel elle exerce son activité puisse adopter certaines mesures qui porteraient atteinte non pas aux droits de la société mais à ceux des actionnaires en tant que tels, et surtout des actionnaires de certains pays spécifiquement désignés <sup>1</sup>.

#### § 6: *L'hypothèse d'une atteinte illicite aux droits de la société*

12. Comme exemples de l'hypothèse opposée, à savoir celle d'un acte illicite international commis au préjudice d'une société en tant que telle, le Gouvernement espagnol citait <sup>2</sup>, par contre, les cas de la saisie abusive d'un immeuble appartenant à la société, de la rupture illicite d'un contrat passé avec la société, de la révocation, également illicite, d'une concession qu'on lui avait accordée. Il mentionnait aussi le cas où l'on refuserait à la société le droit d'ester en justice pour faire valoir ses droits lésés par de tels procédés. On pourrait y ajouter, comme un cas également typique, celui où les organes de la société se seraient vu refuser l'accès aux tribunaux pour exercer le recours en opposition de la société contre une déclaration de faillite considérée illégitime, ou auraient subi une autre violation manifeste des obligations internationales concernant l'administration de la justice à l'égard des étrangers.

Il est évident, dans ces cas, qu'il ne s'agit pas d'atteintes portées aux droits des actionnaires. Il est évident aussi que les exemples déjà cités peuvent être utilement com-

<sup>1</sup> Il s'agit de l'affaire *El Triunfo*, à propos de laquelle le Gouvernement espagnol renvoie ici aux commentaires faits au *Contre-mémoire*, pp. 741 et ss. On reviendra plus tard sur les observations à l'égard de ce cas contenues dans la *Réplique*, p. 685.

<sup>2</sup> Voir *C.M.*, p. 642.



plétés par celui qui est fourni, sans le vouloir, par la Partie adverse elle-même <sup>1</sup>, entraînée par l'illusion d'avoir découvert un cas où la thèse espagnole pourrait être poussée jusqu'à l'absurde. Il s'agit du cas où un Etat nationaliserait la propriété de l'entreprise appartenant à une société — entreprise définie comme un « ensemble complexe de biens et de droits » — mais laisserait intact « le cadre juridique de la société », ce qui, dans le langage de la *Réplique* veut dire qu'il ne toucherait pas aux actions et que par conséquent les rapports entre les actionnaires et la société demeurerait intacts.

Le Gouvernement belge établit un parallèle entre cette hypothèse et celle où l'Etat laisserait intact le rapport entre la société et son entreprise; ce serait le cas où l'on ne toucherait pas aux biens et aux droits de la société, mais où, par contre, on priverait les actionnaires de leurs actions, l'Etat se transformant lui-même en actionnaire unique. Dans les deux cas, dit le Gouvernement belge, le résultat est le même pour l'actionnaire, alors que, selon la thèse espagnole, « il bénéficierait d'un droit à réparation » seulement dans le deuxième cas et il « n'aurait droit à rien » dans le premier cas. La thèse espagnole mènerait donc à des conclusions « déraisonnables ».

Ce qu'il y a de « déraisonnable » — n'en déplaise au Gouvernement belge — c'est sa manière de présenter les choses.

La question qui se pose, dans les deux cas, ce n'est pas de savoir si un droit à réparation existe ou n'existe pas; c'est de savoir à qui, s'il existe, il doit appartenir. Le droit à être indemnisé pour la perte d'un bien ne peut revenir qu'à celui qui a été lésé dans son droit de propriété. Et le droit d'exiger une réparation lorsque l'indemnisation a été refusée, en violation d'une obligation internationale, ne peut revenir qu'à l'Etat national de cette même personne.

Si le Gouvernement belge s'était donné la peine de considérer la question avec plus d'attention, il se serait rendu compte que le rapprochement des deux hypothèses, loin d'apporter de l'eau à son moulin, fournit une occasion excellente pour vérifier l'exactitude de l'argumentation espagnole et reconnaître la nécessité de confirmer ses conclusions.

Quand l'Etat confisque les biens et les droits qui constituent l'entreprise appartenant à une société, c'est cette dernière qui se voit privée de son droit de propriété. C'est donc elle qui, s'il y a lieu à une indemnisation adéquate, a le droit de la recevoir. Cette indemnité pourra lui être attribuée par l'Etat spontanément, ou bien comme conséquence d'une action judiciaire ou autre intentée par la société sur le plan interne. A défaut, elle pourra être finalement obtenue sous la forme d'une réparation accordée à l'Etat national de la société, à la suite d'une action exercée par lui sur le plan international. Une fois l'indemnité reçue, ce sera à la société de décider soit d'en employer le montant pour créer ou acquérir une nouvelle entreprise, soit de procéder à sa propre liquidation et à la répartition de la somme en question entre les actionnaires. Quoique l'on en fasse, il est clair que la situation des actionnaires et leurs droits restent inchangés.

Dans le cas où, par contre, l'Etat laisse subsister intact le droit de propriété de la société sur son entreprise, c'est-à-dire sur ses biens et ses droits, mais où il confisque les actions en se substituant, comme actionnaire unique, aux actionnaires préexistants, ceux qui sont directement atteints dans leurs droits sont les actionnaires eux-mêmes.

<sup>1</sup> *Réplique*, V, par. 649.

La société comme telle n'a rien perdu de ce qui lui appartenait et n'a donc droit à aucune indemnité et à aucun recours. L'Etat dont elle relève, si elle est étrangère, n'a aucun titre à présenter une réclamation internationale. Les actionnaires, et non pas la société, ont perdu les biens qui leur appartenaient, à savoir les actions qui leur ont été confisquées. Ils ont donc seuls le droit d'être indemnisés d'une manière adéquate, et peuvent seuls introduire des recours dans le cadre de l'ordre juridique interne, pour que l'indemnité leur soit accordée. Et c'est finalement leur Etat national qui peut agir sur le plan international pour obtenir réparation si l'indemnité est illicitement refusée.

Le rapprochement entre les deux hypothèses permet aussi une autre remarque. Le choix entre les deux voies ouvertes à un Etat pour réaliser une nationalisation devra normalement se porter, dans le cas d'une société étrangère, sur la confiscation de l'entreprise appartenant à la société, à cause des difficultés évidentes de réalisation que présenterait le second procédé. Lorsque, au contraire, la société est nationale, encore qu'elle ait des actionnaires étrangers, l'Etat peut choisir librement, car alors l'opération consistant à confisquer ou à annuler les actions et à se substituer aux actionnaires comme actionnaire unique devient réalisable en pratique. Cet exemple apporte justement une confirmation de l'exactitude de ce que l'on avait observé à la fin du paragraphe précédent : à savoir que, pratiquement, il est très difficilement concevable que des cas d'atteinte aux droits des actionnaires se produisent lorsque la société elle-même est étrangère par rapport à l'Etat qui a recours à des mesures lésionnaires. Telle est la vraie raison — répétons-le, car l'importance d'une telle remarque saute aux yeux — du fait que les juridictions internationales n'ont eu l'occasion d'accueillir des réclamations internationales que dans des cas où la société était nationale de l'Etat auteur de telles mesures.

Pour en revenir au point de départ, l'on peut donc conclure que, si le titulaire du ou des droits auxquels il a été porté atteinte est la société et non pas l'actionnaire, il est hors de doute que l'on se trouve entièrement hors du domaine dans lequel une protection diplomatique d'actionnaires par leur Etat national peut être admissible, voire même concevable. L'Etat national de l'actionnaire n'a ici aucun droit propre à faire valoir, puisque la personne à propos de laquelle on peut se plaindre d'une atteinte illicite à sa situation juridique est non pas l'actionnaire, mais la société elle-même. Or celle-ci a la nationalité d'un autre Etat. Si donc un droit subjectif international a pu être violé, ce ne peut être qu'un droit de cet autre Etat. Toute intervention de l'Etat national de l'actionnaire dans une hypothèse de ce genre ne reviendrait pas en fait à une protection diplomatique de l'actionnaire lui-même, mais à une tentative plus ou moins déguisée de protection diplomatique de la société par un Etat autre que son Etat national, c'est-à-dire à l'usurpation d'un droit propre et exclusif de ce dernier. C'est là le point essentiel sur lequel le Gouvernement espagnol a, depuis le début, attiré l'attention du Gouvernement belge, sans autre résultat que de voir ce dernier faire obstinément la sourde oreille.

§ 7 : *L'hypothèse d'atteintes parallèles aux droits de la société et aux droits de l'actionnaire*

13. Soucieux de prévoir toutes les hypothèses possibles, le Gouvernement espagnol avait aussi envisagé<sup>1</sup> celle où, dans un même cas concret, le comportement reproché à un Etat donné comprendrait une pluralité d'actes préjudiciables commis soit à l'égard de la société en tant que telle, soit à l'égard des actionnaires eux-mêmes, les premiers constituant une violation d'une obligation internationale de l'Etat auteur des actes incriminés.

<sup>1</sup> *Contre-mémoire*, IV, pp. 643 et 719.

minés envers l'Etat national de la société, et les seconds une violation d'une obligation internationale du même Etat envers l'Etat national des actionnaires en question.

On peut imaginer, en effet, qu'à la révocation illicite d'une concession accordée à une société étrangère fasse suite un comportement discriminatoire visant à empêcher une partie des actionnaires, d'une nationalité tierce, de participer à une assemblée convoquée pour réagir contre les dirigeants de la société coupables de ne pas s'être opposés efficacement à la révocation. D'autres exemples aussi pourraient être envisagés.

Ce ne sont certes pas des hypothèses susceptibles de se réaliser fréquemment en pratique. Mais même si elles paraissent plutôt théoriques, leur intérêt tient au fait que ce sont les seules où l'on pourrait justifier une *intervention parallèle* de l'Etat national de la société et de l'Etat national de certains actionnaires. Les deux interventions seraient, en effet, fondées sur des griefs différents: elles auraient pour origine deux faits illicites internationaux distincts. Toutefois, toute tentative de l'un des deux Etats de faire valoir dans sa réclamation les griefs de l'autre serait manifestement inacceptable.

A ce propos, le Gouvernement espagnol avait aussi rappelé l'enseignement donné par la Cour dans son Avis consultatif du 11 avril 1949 relatif à la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*<sup>1</sup>.

L'hypothèse envisagée dans cet avis — comme le Gouvernement espagnol, réagissant contre la confusion faite par le Gouvernement belge l'avait souligné par la même occasion — n'est pas celle où deux Etats interviennent en faveur de deux sujets différents à propos d'une même situation concrète comportant une pluralité de faits préjudiciables. Il s'agit du cas où deux sujets différents du droit international (Etat national et Nations Unies) exerceraient, dans le même cas concret mais à des titres différents, la protection de la même personne.

Toutefois, même par rapport à cette hypothèse toute spéciale, la Cour a tenu à souligner d'une manière indiscutable que chacune des deux parties réclamantes doit fonder sa réclamation « sur un manquement à des obligations envers elle ».

La signification du principe posé par la Cour est évidente et ne saurait être obscurcie par les efforts déployés par la Partie adverse afin de « le lire avec soin et de l'interpréter correctement ». La Cour sait d'ailleurs mieux que quiconque ce qu'elle a voulu dire: l'on ne voit donc pas bien l'utilité de tels exercices. L'Etat auteur des mesures préjudiciables était lié envers l'Etat national de la personne lésée par les obligations internationales relatives au traitement des ressortissants dudit Etat. Il était lié envers les Nations Unies par les obligations internationales concernant le traitement à réserver aux fonctionnaires de cette Organisation. La Cour a indiqué que les deux réclamations pouvaient coexister à la condition toutefois que chacun des réclamants se base, spécifiquement et exclusivement, sur un manquement à une obligation que l'Etat accusé avait envers lui. C'est très clair et très net.

Si donc la Cour a admis, par rapport à la même situation concrète, la possibilité de deux actions internationales distinctes, c'est que dans cette même situation on faisait grief à l'Etat destinataire de ces actions d'avoir manqué à deux obligations internationales distinctes, qui existaient parallèlement envers deux sujets différents. Et c'est en vain que

<sup>1</sup> *Contre-mémoire*, IV, pp. 719 et ss.

le Gouvernement belge croit pouvoir sortir de cette impasse en prétendant qu'il s'agissait de deux interventions à propos d'un même *fait*. L'on se trouve sur le plan du droit : quand on parle de faits, on entend donc des *faits juridiques*. Une action, un comportement, un événement peuvent être matériellement uniques, mais si leur réalisation a entraîné le manquement à deux obligations internationales distinctes envers deux sujets différents, l'on est en présence de deux faits juridiques, de deux faits illicites internationaux distincts.

Au surplus, s'il est concevable que le fait qui est à l'origine d'une réclamation soit, non pas juridiquement mais matériellement, le même dans un cas où deux sujets différents interviennent en faveur de la même personne, il est par contre beaucoup plus difficile de prévoir que ce fait puisse être matériellement le même lorsque les personnes atteintes sont différentes. Le cas d'espèce, la situation d'ensemble seront les mêmes, mais il y aura généralement une pluralité de faits préjudiciables. L'accident d'avion, que la *Réplique belge* voudrait donner comme exemple <sup>1</sup>, constitue certes un événement unique. Mais les décès qu'il provoque, et qui peuvent donner lieu à toute une série de réclamations distinctes, compte tenu des nationalités différentes des victimes, sont chacun un fait distinct, aussi bien du point de vue matériel que du point de vue juridique.

Quoi qu'il en soit, il est bien certain — et la Cour l'a confirmé dans des termes qui ne laissent place à aucun doute — que pour avoir, sur le plan international, deux réclamations également recevables à propos de la même espèce, il faut que chacun des deux réclamants invoque un fait illicite international distinct : la violation à *son égard*, et non pas à l'égard d'un autre sujet du droit international, d'une obligation internationale. Et c'est sciemment que l'on parle d'« obligations » et non pas de « règles » ; en effet, il se peut fort bien que la règle à laquelle on se réfère soit la même, mais les obligations qui en découlent, tout en pouvant avoir un contenu similaire, sont des *obligations distinctes* à l'égard de chacun des sujets envers lesquels elles existent et leur violation donne naissance à des *faits illicites distincts*.

Selon la thèse du Gouvernement belge, si l'Etat national de la société et celui des actionnaires « ont tous deux un grief à faire valoir, il n'existe pas de règle de droit qui attribue une priorité à l'un ou à l'autre, ou qui oblige soit l'un soit l'autre à s'abstenir de présenter une réclamation internationale » <sup>2</sup>. Le Gouvernement espagnol pourrait aller jusqu'à souscrire à cette thèse, à la condition qu'on ne joue pas sur les mots et que l'on soit d'accord pour reconnaître qu'un Etat n'a de grief invocable sur le plan international que s'il peut alléguer un manquement, à son égard, à une obligation internationale, et non pas le manquement à une obligation envers un autre Etat. L'Etat national de la société et l'Etat national des actionnaires pourraient même intervenir parallèlement, mais dans le seul cas où les deux Etats feraient valoir chacun *son propre grief*, à savoir un manquement spécifique envers lui-même à une obligation internationale.

Ce que l'on ne saurait admettre, c'est précisément que l'un des deux Etats fasse valoir le grief de l'autre, un manquement, non pas envers lui-même mais envers l'autre Etat, à une obligation internationale. Ce serait, en effet, revenir à l'hypothèse où un Etat prétendrait abusivement se substituer à un autre dans l'exercice du droit de ce dernier. C'est exactement ce que fait le Gouvernement belge qui, dès le commencement, n'a été capable d'avancer, à l'égard de l'Espagne, d'autre grief international que celui du prétendu

<sup>1</sup> *Réplique*, V, p. 654.

<sup>2</sup> *Ibid.*

manquement à une obligation internationale concernant le traitement réservé, en matière d'administration de la justice, à une société canadienne; un grief, donc, que le Gouvernement canadien et lui seul aurait le droit de faire valoir.

§ 8: *La distinction entre les droits de la société et ceux de l'actionnaire et son application au cas d'espèce*

14. Ayant ainsi précisé, une fois de plus, soit dans le domaine des principes, soit dans celui des situations concrètes, la distinction claire sur laquelle il fonde sa thèse, le Gouvernement espagnol ose espérer que le Gouvernement belge voudra lui faire grâce de la déformer. Il ose espérer aussi que le Gouvernement belge voudra lui faire grâce de certaines tentatives, comme celle d'aller rechercher l'origine de la thèse espagnole dans une notion avancée dans la doctrine du droit commercial de certains pays, à savoir celle des droits dits « individuels » ou encore « propres » des actionnaires, exprimés par laquelle cette doctrine désigne les « prérogatives qui ne peuvent être supprimées par le jeu de la loi de la majorité ». <sup>1</sup> D'où la remarque, présentée sur un ton triomphal assez ingénu, que le Gouvernement espagnol aurait fait subir à cette « théorie » une « complète distorsion », puisque « la question des droits propres des actionnaires n'apparaît que dans les rapports des associés entre eux ». Ainsi, d'une construction destinée à protéger les actionnaires minoritaires contre les actionnaires majoritaires et ne concernant donc que les conflits d'intérêts à l'intérieur de la société, le Gouvernement espagnol aurait abusivement fait une notion « qui définit les seuls droits que les actionnaires pourraient invoquer à l'égard des tiers » <sup>2</sup>

Le Gouvernement espagnol tient à rassurer le Gouvernement belge. Sa thèse, qui est la plus simple du monde, revient seulement à dire que l'on ne peut protéger un sujet quelconque qu'en raison d'atteintes infligées aux droits qui appartiennent à lui-même. Il n'a pas été un instant question de rechercher le fondement de cette thèse dans la théorie d'origine allemande ou italienne des « *Sonderrechte der Aktionäre* », ou des « *diritti individuali degli azionisti* », ce qui est rendu par la doctrine française, comme on l'a indiqué, par les termes de « droits réservés » ou « droits propres » ou « individuels » et en Espagne par « *derechos individuales* » ou « *independientes* » <sup>3</sup>

En opposant les droits propres de la société à ceux des actionnaires, le Gouvernement espagnol a tout simplement employé l'adjectif « propre » dans son acception commune, qui n'indique qu'une appartenance. Il a voulu désigner d'un côté les droits que les systèmes juridiques nationaux attribuent normalement au sujet « société », et de l'autre les droits que les mêmes systèmes attribuent au sujet « actionnaire », que ce soit une personne physique ou une personne morale. Si, pour ce faire, il avait eu besoin de s'inspirer d'un exemple, plutôt que dans les ouvrages des excellents commercialistes français que sont M.M. Thaller ou Escarra, il l'aurait cherché dans les décisions de la Cour permanente de Justice internationale qui a qualifié de « droit propre » de l'Etat le droit que ce dernier possède et fait valoir sur le plan international, par opposition à celui qui est propre à la personne victime d'une lésion sur le plan interne.

<sup>1</sup> *Réplique*, V, pp. 647 et ss.  
<sup>2</sup> *Ibid.*, pp. 648-649.

<sup>3</sup> La *Réplique* belge (p. 647) contient une référence au tome II du volume d'Escarra, *Les sociétés commerciales*, Paris, 1955, pp. 263 et ss. Il peut être intéressant de voir aussi l'étude de droit comparé de MESSAN, *Les droits des actionnaires et des autres porteurs de titres dans les sociétés anonymes*, Paris, 1962, pp. 81 et ss.

Il est donc évident que quand il parle des droits de l'actionnaire, le Gouvernement espagnol entend désigner tous les droits qui appartiennent à cette personne en tant qu'actionnaire d'une société commerciale, que ce soit des droits envers la société ou bien des droits envers des tiers. Il est concevable que tous ces droits puissent être lésés; et si l'actionnaire est étranger il se peut, par hypothèse, que cette lésion soit matériellement à la base ou constitue l'occasion d'une autre lésion: celle d'un droit subjectif international de l'Etat national de l'actionnaire. C'est ce qui se produit, par exemple, si la lésion subie par l'actionnaire a été commise elle-même en violation d'une obligation internationale précise, ou encore si les organes judiciaires de l'Etat ont empêché l'actionnaire en question, par un déni de justice qui lui a été infligé à lui-même, de recourir aux moyens de procédure appropriés pour obtenir réparation du préjudice causé à ses propres droits.

On ne peut donc que regretter que la *Réplique* belge ait consacré plusieurs pages à l'effort inutile de démontrer que la théorie commercialiste des « droits propres » n'aurait pas de rapport avec ce que le Gouvernement espagnol aurait « imaginé ». On se demande encore comment il a pu être possible d'interpréter d'une manière aussi tortueuse une formule aussi courante et aussi claire que celle employée par le Gouvernement espagnol<sup>1</sup>.

Le Gouvernement belge fait d'ailleurs preuve d'une bien mauvaise mémoire. Il semble oublier qu'il s'est servi lui-même<sup>2</sup> de l'opposition entre les « droits propres » d'une société et le « droit propre » de l'actionnaire. Il est vrai que, ce faisant, il persistait à prétendre que « le droit international moderne » admettrait la protection diplomatique des actionnaires aussi bien dans le cas où « un acte internationalement illicite d'un Etat étranger... affecte directement les droits sociaux qu'ils possèdent *ut singuli* en leur qualité d'actionnaires » que dans le cas où « ses effets se répercutent sur eux par suite du dommage causé à la société elle-même ». On aura l'occasion de reparler par la suite de cette extension juridiquement et logiquement inadmissible. Ce que l'on veut souligner ici, c'est que le Gouvernement belge avait alors très clairement à l'esprit la distinction entre les droits des actionnaires *ut singuli* et ceux de la société; et qu'il mentionnait lui-même avant tout les premiers en tant que droits dont une lésion internationalement illicite pourrait donner lieu à protection diplomatique. Par la même occasion le Gouvernement belge fournissait aussi la liste des « droits fondamentaux » appartenant aux actionnaires dont, dans le cas d'espèce, ces derniers auraient prétendument été privés *immédiatement et directement*.

Or, abstraction faite de certaines erreurs de définition volontairement introduites dans le contexte par le Gouvernement belge, les droits dont il faisait mention étaient toujours précisément ce droit de participer aux assemblées et notamment d'y élire ou d'y révoquer les organes de gestion et d'y nommer les contrôleurs; ce droit de participer aux profits éventuels de la gestion sociale; ce droit de participer à une répartition du reliquat éventuel de l'actif social au moment de la dissolution de la société; en un mot ces droits qui sont, en quelque sorte, les corollaires de la propriété d'une action et que la doctrine du droit commercial a clairement définis depuis longtemps.

A cet égard, le Gouvernement espagnol s'était borné à suivre les indications de la Partie adverse lors des plaidoiries orales; et plus récemment le Gouvernement belge a pu

<sup>1</sup> Paul DE VISSCHER (*La protection*, *op. cit.*, p. 463) indique que l'actionnaire « conserve ses droits propres », en comprenant par là « ses droits de personne privée, quand bien même ces droits seraient nés à l'occasion de sa participation à la vie d'une personne morale ».

<sup>2</sup> *Observations et Conclusions*, I, p. 180.

retrouver une fois de plus dans le *Contre-Mémoire* espagnol la mention des mêmes droits <sup>1</sup>. Quel sens cela a-t-il donc d'affecter de ne pouvoir « se faire une idée précise de ce que le Gouvernement espagnol place sous l'expression générale de droits propres des actionnaires » et de prétendre que « tout est obscur » ?

Les choses sont si peu obscures pour le Gouvernement belge et il est tellement conscient du fondement et de la force de la position espagnole que, en dépit de toutes ses dénégations, il croit nécessaire de réitérer, et ce à deux reprises, une manœuvre déjà tentée dans son *Mémoire* de 1962 et dans ses *Observations et Conclusions*, dans le but de faire passer la présente affaire comme une affaire de protection d'actionnaires et non pas d'une société <sup>2</sup>. Il avance de nouveau la prétention que, dans la présente affaire, les droits des actionnaires en tant que tels auraient été « directement atteints » par l'action des organes de l'Etat espagnol. Non seulement pour répondre à l'argumentation espagnole à propos du défaut de qualité pour agir du Gouvernement belge, mais déjà dans une section particulière du premier chapitre, la *Réplique* consacre tous ses efforts à la description d'une prétendue « atteinte première et illicite aux droits des actionnaires » de la *Barcelona Traction* <sup>3</sup>.

Le Gouvernement espagnol a déjà fait largement justice de cette prétention. Il est contraint de le faire ici une fois de plus.

La *Réplique* insiste surtout sur la prétendue perte de droits et prérogatives « dans la gestion de la société ». Précisons avant tout que l'actionnaire n'a en aucune manière un droit « dans la gestion de la société », ni un droit « de participer à la gestion de la société par l'intermédiaire des organes élus ». Il a uniquement le droit de participer en assemblée à l'élection des administrateurs, ou à leur révocation si leur gestion n'est pas satisfaisante. Mais le pouvoir de gestion appartient aux administrateurs et à eux seuls.

Cette précision faite, le Gouvernement espagnol se doit de réagir une fois de plus contre la désinvolture avec laquelle le Gouvernement belge joue avec les faits et, par leur présentation, essaie de créer une confusion entre des situations bien distinctes.

Le Conseil d'administration de *Barcelona Traction* n'a jamais été ôté de sa place par des mesures émanant des autorités espagnoles. Si, à un moment donné, les autorités judiciaires canadiennes ont jugé nécessaire de nommer un receiver de *Barcelona Traction*, cette mesure particulière n'est certes pas imputable aux autorités espagnoles.

En réalité, tout en n'osant pas le dire ouvertement, ce que le Gouvernement belge aimerait pouvoir faire passer pour une atteinte aux droits des « actionnaires belges » de *Barcelona Traction*, ce sont tout bonnement les mesures qui, en conséquence de la déclaration de faillite de cette société, ont été prises à l'égard des conseils d'administration d'*Ebro* et des autres sociétés du groupe dépendant de la *Barcelona Traction*. Or, sans comp-

<sup>1</sup> « . . . neither the shareholders nor their creditors have any right to the corporate assets other than to receive during the existence of the company, a share of the profits, the distribution of which has been decided by a majority of the shareholders, and, after its winding up, a proportional share of the assets ». (Les actionnaires et leurs créanciers n'ont, à l'égard des avoirs de la société, d'autre droit que de recevoir, pendant que la société existe, une part des bénéfices dont la répartition a été décidée par la majorité des actionnaires et, après sa dissolution, une part proportionnelle de l'actif.) (Décision du Tribunal arbitral dans l'affaire des *Pétroliers de la D.A.P.G., R.S.A.N.U.*, vol. II, p. 787.)

<sup>2</sup> *Mémoire* 1962, I, p. 182; *Observations et Conclusions*, I, pp. 181 et ss.

<sup>3</sup> *Réplique*, V, pp. 127 et ss.; p. 650.

ter que ce sont les conseils d'administration élus par les actionnaires des sociétés dites filiales et non pas les actionnaires eux-mêmes qui ont été l'objet de ces mesures, le fait essentiel est que l'actionnaire unique d'*Ebro* et unique ou presque unique des autres sociétés dépendantes était la société canadienne *Barcelona Traction*. Il n'y avait pas un seul actionnaire belge dans *Ebro* ou dans les autres sociétés dépendantes!

Si, donc, parmi les faits allégués par le Gouvernement belge, l'on pouvait déceler une atteinte « première et illicite aux droits des actionnaires », les droits mis en question ne seraient finalement que ceux de la *Barcelona Traction*. Une fois de plus, l'on doit reconnaître que, même sous cet aspect, le Gouvernement belge confirme et aggrave sa tentative inadmissible d'usurper un droit de protection qui n'appartient et ne saurait appartenir qu'au Canada.

Quant aux autres droits, à savoir ceux de participer aux profits éventuels de la gestion sociale et à une répartition du reliquat éventuel de l'actif social au moment de la dissolution de la société, le Gouvernement belge, tout en se servant, pour les décrire, de termes toujours aussi peu appropriés, n'ose en fait les mentionner en quelque sorte qu'en passant.

Le Gouvernement espagnol a déjà fait observer au Gouvernement belge que le droit de recevoir une part des profits éventuels, ou du reliquat d'actif final également éventuel, n'est certainement pas l'équivalent d'un droit à ce qu'il y ait, en tout cas, des profits à distribuer ou un reliquat d'actif à partager<sup>1</sup>. L'existence ou la non-existence de ces profits ou de ce reliquat peut dépendre de plusieurs causes: elle est, avant tout, fonction de la manière dont la société est gérée par ses administrateurs et, en remontant plus loin en arrière, de l'apport réel ou seulement fictif des actionnaires au capital social, dont dépend la structure foncièrement saine ou malade de la société.

Dans le cas d'espèce, il est presque comique de parler d'une « perte » du droit à la distribution des bénéfices à la suite de la faillite d'une société qui, depuis 1936, n'était plus à même de donner des dividendes. Et l'on peut en dire autant à propos de l'allégation d'une prétendue « perte » du droit de figurer à la liquidation de l'actif. Si un résidu d'actif avait existé, les actionnaires belges ou non belges de la *Barcelona Traction* n'auraient certes pas perdu leur droit à recevoir leur quote-part lors d'une liquidation. Mais ce n'est pas de la faute des autorités judiciaires espagnoles si la société se trouvait être endettée au point que le passif égalait et même dépassait l'actif et s'il a fallu, aux vrais responsables d'une telle situation, inventer un procès international absurde pour faire miroiter artificiellement aux yeux de certains malheureux actionnaires l'espoir d'un reliquat final à distribuer.

§ 9: *L'impossibilité de présenter comme une atteinte internationalement illicite aux droits des actionnaires les éventuelles répercussions d'une atteinte aux droits de la société*

15: Il est donc bien établi que, dans le cas d'espèce, le Gouvernement belge ne peut en aucune manière alléguer la lésion d'un droit quelconque des prétendus « actionnaires belges » de *Barcelona Traction*, sans dire que, pour pouvoir fonder une réclamation internationale, cette lésion devrait avoir été commise en violation d'une obligation internationale de l'Espagne envers la Belgique.

<sup>1</sup> *Procédure orale*, II, p. 200.



Cela étant, le Gouvernement belge disposerait-il d'autres moyens d'établir la qualité pour agir qu'il voudrait s'arroger dans la présente affaire?

Compte tenu des précisions apportées et des détails fournis à propos des conséquences d'une application correcte, au cas particulier de la protection d'une personne actionnaire d'une société commerciale, des principes généraux relatifs au droit des étrangers et à la protection diplomatique, le Gouvernement espagnol se considère en droit de l'exclure une fois de plus et de la manière la plus catégorique.

Dans une situation comme celle du cas d'espèce, ces conséquences peuvent se résumer dans les deux points suivants:

- a) il est inadmissible qu'un Etat puisse demander réparation en faveur d'un ressortissant qui se plaint d'un préjudice prétendument subi en tant qu'actionnaire d'une société commerciale, s'il n'est pas établi que cette personne a été vraiment lésée dans ses droits d'actionnaire et que l'Etat auquel il adresse sa réclamation était internationalement obligé envers l'Etat réclamant d'assurer que son ressortissant ne subirait pas le préjudice invoqué ;
- b) il est par conséquent inadmissible que, faute de pouvoir remplir les conditions précitées, l'Etat en question essaie de justifier sa demande en invoquant une atteinte prétendument causée à un droit de la société commerciale elle-même, laquelle est d'une nationalité différente ; une atteinte, donc, à un droit d'une autre personne, au respect duquel l'Etat accusé du préjudice n'était internationalement tenu qu'envers l'Etat national de cette autre personne.

Ces deux points paraissent tellement évidents qu'en réalité leur énoncé devrait être suffisant pour clore définitivement le débat. Mais le Gouvernement belge persiste à faire la sourde oreille.

Ainsi il affecte de ne pas comprendre que le Gouvernement espagnol ait tenu à souligner que l'on ne saurait présenter comme constituant en lui-même un préjudice « internationalement illicite » au regard des obligations prévues par le droit international général le fait que des actionnaires étrangers subissent éventuellement des répercussions économiques défavorables comme conséquence indirecte de la lésion d'un droit appartenant à une société d'une autre nationalité <sup>1</sup>.

Bien entendu, le Gouvernement belge reconnaît lui aussi qu'il est clair que des 'répercussions', directes ou indirectes, ne peuvent présenter, en elles-mêmes, quoi que ce soit d'illicite » <sup>2</sup>. Il y est bien forcé. Mais, l'ayant reconnu, il croit — le croit-il vraiment? —

<sup>1</sup> Ce n'est certes pas aux quelques règles très limitées et très prudentes du droit international général qui concernent le traitement des étrangers que l'on pourrait avoir recours pour établir une conclusion pareille. Ces règles visent à protéger les étrangers contre certaines hypothèses bien déterminées d'atteintes directes et arbitraires à leurs droits, telles une arrestation non justifiée, la soumission de leur personne à des procédés illégaux et discriminatoires, l'adoption à l'égard de leurs biens de certaines mesures arbitraires de réquisition, confiscation ou expropriation, le refus du droit d'accès aux tribunaux ou un autre déni de justice qualifié. Mais elles n'entendent certes pas garantir les étrangers à l'égard de l'Etat local contre toute sorte de dommages directs ou indirects et contre toute perte possible. Cela est universellement admis et ressort clairement même des exposés des auteurs qui sont les plus favorables à la condition des étrangers. Voir, par ex., VERDROSS, *Les règles internationales concernant le traitement des étrangers, Recueil des Cours*, 1931, III, pp. 327 et ss.; GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, I, Genève, 1953, pp. 330 et ss.

<sup>2</sup> *Réplique*, V, p. 642.

pouvoir éviter l'application de cette constatation au cas d'espèce en ayant recours au raisonnement qui suit :

« La question est bien, en effet, de savoir quelles sont les conséquences d'un *acte illicite* — en l'espèce le déni de justice dont a souffert la Barcelona TrACTION. A-t-il ou non causé un dommage aux actionnaires belges de cette société et quelle est la nature de ce dommage ? S'il y a dommage, y a-t-il des raisons de droit qui empêcheraient qu'il en soit demandé réparation ? »<sup>1</sup>

Le Gouvernement belge sait pourtant très bien que l'on ne peut pas parler, en droit international, d'« acte illicite » tout court, d'« acte illicite » dans un sens absolu. La notion d'acte ou de fait illicite est essentiellement relative ; est illicite un manquement à une obligation internationale commis par un Etat *envers un autre Etat*.

Or, on a de la peine à comprendre comment le Gouvernement belge peut avoir pensé opposer un argument valable à cette constatation en indiquant que, dans la présente affaire, il n'a jamais invoqué la violation d'un traité quelconque le liant à l'Espagne, mais seulement celle de règles du droit international<sup>2</sup>. En quoi pense-t-il que cela puisse changer les choses ?

Les règles du droit international général en question sont celles qui mettent à la charge des Etats certaines obligations relatives à l'administration de la justice à l'égard des étrangers. Un manquement à ces obligations est qualifié spécifiquement de déni de justice. Tout Etat a certainement le droit d'exiger des autres Etats qu'ils administrent la justice à l'égard de ses propres nationaux d'une manière conforme aux obligations en question. L'obligation internationale qui lie un Etat à un autre concerne le traitement à réserver aux nationaux de ce dernier et à eux seuls. Mais aucun Etat n'a le droit de prétendre que l'on s'abstienne d'infliger un déni de justice aux nationaux d'autres Etats, ni de réclamer si cela se produit, comme si le déni de justice était en quelque sorte un crime d'action publique internationale.

En particulier, l'Etat national d'une société qui aurait subi, du fait d'un autre Etat, un déni de justice, pourrait valablement invoquer comme grief que cet autre Etat aurait enfreint l'obligation qu'il avait envers lui d'administrer correctement la justice à l'égard de ses nationaux. Mais l'Etat national d'actionnaires qui, eux, n'auraient été soumis à aucun déni de justice, n'a certes pas qualité pour prétendre que l'on a violé envers lui la même obligation. Le Gouvernement espagnol ne peut que s'inscrire en faux, une fois de plus, à cet égard, contre l'assertion extravagante de la Partie adverse selon laquelle un déni de justice commis à l'égard d'une société, du moins au cas où il aboutirait à lui faire perdre ses biens, serait un déni de justice « commis également contre les actionnaires »<sup>3</sup>. Et il en va de même de la prétention avancée dernièrement, lorsque, tout en se servant d'une formule différente, la Partie adverse confirme et aggrave son erreur en affirmant qu'un manquement par un Etat, *à l'égard d'une société*, aux obligations prévues par les règles du droit international concernant le traitement des étrangers constituerait « un acte illicite tant à l'égard de l'Etat national des actionnaires qu'à l'égard de l'Etat national de la société »<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> *Ibid.* (Italiques ajoutés.)

<sup>2</sup> *Réplique*, p. 652.

<sup>3</sup> Voir pour les références et pour le commentaire y afférent, *Contre-Mémoire*, IV, p. 645.

<sup>4</sup> *Réplique*, p. 644.

En admettant donc, par hypothèse et contrairement à tout ce qui a été largement prouvé, que le traitement réservé par l'Espagne à *Barcelona Traction* aurait réuni les éléments constitutifs d'un « déni de justice », il est clair que ce « déni » aurait constitué une conduite internationalement illicite de l'Espagne à l'égard de l'Etat national de *Barcelona Traction*, c'est-à-dire du Canada, et non pas à l'égard de la Belgique. Le prétendu refus d'accorder à la *Barcelona Traction* les garanties d'une administration correcte et non discriminatoire de la justice, s'il avait existé, aurait été une atteinte à un droit de *Barcelona Traction*, un dommage causé *directement* à cette société et à elle seule.

Ce n'est donc pas en raison d'un tel dommage que le Gouvernement belge aurait qualité pour demander réparation. Et si un dommage ultérieur avait pu éventuellement en découler indirectement et par contrecoup dans la sphère patrimoniale d'actionnaires belges éventuels, il n'aurait pu constituer qu'une de ces *répercussions indirectes* dont le Gouvernement belge lui-même reconnaît qu'elles « ne peuvent présenter en elles-mêmes rien d'internationalement illicite ». Il est, partant, indiscutable qu'il y a là précisément des raisons et même des raisons *impératives* de droit « qui empêchent qu'il en soit demandé réparation ».

16. Le *Contre-Mémoire* espagnol<sup>1</sup>, en soulignant que le droit international général n'oblige certainement pas l'Etat « à garantir que le ressortissant étranger ne subira pas, par ricochet, les répercussions indirectes d'un acte commis à l'égard d'un ressortissant d'un Etat tiers, acte n'ayant un caractère internationalement illicite qu'envers cet Etat tiers », avait cité à l'appui la décision de juillet 1931 de la Commission des réclamations Etats-Unis-Mexique dans l'affaire *Dickson Car Wheel Company*. La *Réplique* belge juge cette référence « extrêmement intéressante », mais elle ne trouverait « aucune application dans la présente espèce ». La conclusion de la Commission aurait concerné les cas dans lesquels, entre la personne à laquelle l'Etat défendeur a infligé un préjudice et la personne qui a subi un dommage comme corollaire ou conséquence, il y a des rapports de nature contractuelle. Or, selon la *Réplique*, un actionnaire ne se trouverait « en aucune façon dans une relation contractuelle avec la société ». De plus, la Commission *elle-même* aurait « apporté » une exception à la formule générale pour le cas des personnes ayant un « intérêt substantiel et *bona fide* » dans la société victime du dommage. Et la *Réplique* d'en déduire que cela inclut certainement les actionnaires de cette société.

Le Gouvernement espagnol ne peut, tout d'abord, qu'observer avec quelle aisance le Gouvernement belge croit pouvoir se débarrasser d'un précédent très gênant pour lui, en prétendant poser le principe que l'actionnaire ne se trouverait *en aucune façon* dans une relation contractuelle avec la société. Comme si à la base de l'existence même de la société et du régime juridique des rapports entre la société et les associés, il n'y avait pas, précisément, le contrat de société. Sans doute s'agit-il d'un contrat d'un type différent de certains autres contrats, tels les contrats bilatéraux; mais c'est bien un contrat, et les rapports entre les actionnaires et la société sont bien des rapports de nature contractuelle<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> *Contre-mémoire*, IV, p. 645.

<sup>2</sup> Abstraction faite d'une conception dépassée, qui n'a d'ailleurs pas trouvé beaucoup d'écho chez les spécialistes du droit commercial, l'on ne doute pas que l'acte constitutif d'une société soit un contrat et que le rapport entre une société et ses membres soit un rapport *de nature contractuelle*. La portée de cette constatation n'est nullement affaiblie par le fait, commun à tous les contrats, que les différents systèmes juridiques aient considéré nécessaire de faire intervenir dans la matière des normes d'origine législative; ni non plus par le fait que la doctrine la plus autorisée ait mis en lumière que le contrat de société doit être qualifié de contrat plurilatéral, par opposition aux contrats synallagmatiques. ASCA-

Toutefois, le Gouvernement espagnol n'entend pas engager, à ce sujet, une discussion de portée générale. Puisqu'il ne s'agit ici que de juger de la portée d'une formule énoncée dans une décision arbitrale, tout ce qui importe c'est de relever que, selon l'idée de la Commission, la formule qu'elle a employée recouvre indiscutablement l'hypothèse de relations entre une société commerciale et son actionnaire.

Pour bien démontrer que telle est la position adoptée par la Commission américano-mexicaine, le Gouvernement espagnol se voit forcé de reproduire plus longuement le texte des conclusions de cette Commission :

« Pour les raisons indiquées, l'on parvient aux conclusions suivantes :

I. La responsabilité internationale d'un Etat n'est pas engagée par le fait qu'un sujet de l'Etat défendeur a subi un dommage comme corollaire ou conséquence d'un préjudice causé par l'Etat défendeur à l'un de ses nationaux ou à un individu d'une nationalité autre que celle du pays demandeur, auquel le réclamant est uni par des liens de parenté.

II. La responsabilité internationale d'un Etat n'est pas engagée par le fait qu'un individu ou une société ayant la nationalité d'un autre Etat a subi un préjudice pécuniaire comme corollaire ou conséquence d'un préjudice causé par l'Etat défendeur à un individu ou à une société, quelle qu'en soit la nationalité, lorsque les rapports entre le premier et le second sont de nature contractuelle.

Cette deuxième conclusion n'admet qu'une exception aux termes de la Convention du 8 septembre 1923. L'article premier permet d'introduire « toutes les réclamations pour pertes ou dommages subis par des nationaux des deux pays à la suite de pertes ou dommages subis par toute société, compagnie, association ou *'partnership'* dans laquelle ces nationaux possèdent ou ont possédé un intérêt substantiel et *bona fide*, à la condition que soit présentée à la Commission une cession consentie par la société, compagnie, association ou *partnership*, au profit du demandeur, de sa part de la perte ou du dommage subi '... »<sup>1</sup>

RELLI (*Il contratto plurilaterale*, « Studi in tema di contratti », Milan, 1952, pp. 107 et ss.) affirme nettement que « la constitution de la société est un contrat ». « Il y a toutefois une distinction » — ajoute-t-il — « entre la société et les contrats synallagmatiques; cette distinction permet d'identifier, parmi les contrats, la sous-catégorie des contrats plurilatéraux. » Les mêmes idées ont été illustrées par cet auteur dans d'autres études, telles que *Principi e problemi delle società anonime*, « Studi in tema di società », Milano, 1952, pp. 48 et ss.; *Saggi di diritto commerciale*, Milano 1955, p. 130: « En affirmant que la société est un contrat (plurilatéral) l'on énonce une proposition valable aussi bien pour les sociétés dites de personnes que pour les sociétés dites de capitaux ». Pour HAMEL (*Cours de droit commercial, 1952-53*, Paris, p. 235); « la société est un contrat, mais c'est un contrat qui présente certains caractères particuliers ». GOWER (*The Principles of Modern Company Law*, London, 1954, p. 319) indique que « *the memorandum and articles of association constitute a contract of some sort between the company and its members, and it is these documents which directly or indirectly define the rights conferred by the shares* ».

<sup>1</sup> *N.U. Recueil Sent. Arb.*, IV, p. 681: « From the reasons set forth the following conclusions are reached:

I. A State does not incur international responsibility from the fact that a subject of the claimant State suffers damage as a corollary or result of an injury which the defendant State has inflicted upon one of its own nationals or upon an individual of a nationality other than that of the claimant country, with whom the claimant is united by ties of relationship.

II. A State does not incur international responsibility from the fact that an individual or company of the nationality of another State suffers a pecuniary injury as the corollary or result of an injury which the defendant State has inflicted upon an individual or company irrespective of nationality when the relations between the former and the latter are of a contractual nature.

This second conclusion recognises one exception only within the Convention of September 8, 1923. Article I permits the filing of « All claims for losses or damages suffered by citizens of either country by reason of losses or damages suffered by any corporation, company, association or partnership in which such citizens have or have had a substantial and *bona fide* interest, provided and allotment to the claimant by the corporation, company, association or partnership of his proportion of the loss or damage suffered is presented to the Commission » . . . »

Deux points essentiels ressortent donc de l'ensemble de ces conclusions.

a) Le principe énoncé par la Commission revêt, à ses yeux, une valeur générale: on ne répond pas, internationalement, des dommages subis par un étranger lorsqu'ils ne sont que la conséquence d'un préjudice illicitement causé à une personne d'une autre nationalité. Et ce principe vaut quelle que soit la nature (personnelle ou contractuelle) du lien existant entre les deux personnes.

b) Lorsqu'une réclamation est fondée sur le dommage subi par une personne comme conséquence de celui qui a été causé à une société dans laquelle elle a un intérêt substantiel et de bonne foi — à la condition, supplémentaire et nécessaire, que la société consente à son profit une cession d'une part proportionnelle de l'indemnité, la recevabilité de cette réclamation n'est nullement l'effet d'une sorte d'exception de principe que la Commission elle-même aurait cru devoir « apporter » (comme le dit la *Réplique*) à la conclusion adoptée par elle. Cette exception découle seulement de l'application des dispositions de l'article premier de la Convention générale des réclamations américano-mexicaines du 8 septembre 1923, spécifiquement conçue à l'effet de *permettre* que soient soumises à la Commission des réclamations dans certains cas où les principes généraux auraient fait opposition à leur recevabilité.

c) L'article premier de la Convention est considéré par la Commission précisément comme prévoyant une *exception* à sa conclusion N° II, ce qui prouve qu'à ses yeux, en tant que tel, le principe énoncé dans cette conclusion couvre aussi le cas où le rapport dont il s'agit est celui de *l'actionnaire avec la société*.

La Commission est donc nettement de l'avis que *la responsabilité d'un Etat n'est en principe pas engagée* par le fait qu'un actionnaire étranger ait subi un dommage comme conséquence du préjudice causé par cet Etat à une société d'une autre nationalité, et que seule une disposition contraire d'une convention particulière peut permettre de déroger à cette règle générale. Puisqu'il s'agit d'un texte où il est question de *bonne foi*, la *Réplique* belge aurait mieux fait de vérifier plus soigneusement la fidélité de son analyse.

§ 10: *Les tentatives belges de se soustraire aux conséquences des principes généraux en déformant la notion de personne morale*

17. Le Gouvernement belge s'est rendu, en réalité, parfaitement compte de l'impossibilité de se soustraire aux conséquences inéluctables et nettement négatives pour ses thèses d'une application correcte des principes généraux à la situation qui caractérise le cas d'espèce, du moins tant que l'on n'aura pas perdu de vue la distinction, pourtant si simple et si incontestable, entre d'une part une société commerciale et d'autre part les actionnaires de cette société, et la distinction tout aussi claire qui en découle entre les droits de la première et ceux des seconds.

Pour essayer de se soustraire aux conséquences de cette distinction, la *Réplique* a recours, une fois de plus, et comme ultime ressource, à un vieux stratagème: par des raisonnements fondés sur certains pseudo-principes — présentés comme des vérités indiscutables ou comme de prétendues conquêtes de la doctrine moderne — elle essaie de faire paraître vague, artificielle et finalement négligeable la distinction indiquée, de sorte qu'on ne l'ait plus clairement présente à l'esprit lorsqu'il s'agira d'en tirer les consé-

quences. Le but de l'opération n'est que trop apparent. Ce à quoi l'on veut aboutir, c'est créer une confusion d'idées susceptible de faire passer des atteintes éventuelles aux droits d'une société pour des atteintes aux droits des actionnaires, afin d'échafauder sur cette confusion la défense de la prétendue — mais inexistante — qualité de la Belgique pour agir dans le cas d'espèce.

Pour ce faire, la *Réplique*<sup>1</sup> se sert de trois formules qu'elle voudrait logiquement enchaîner l'une à l'autre. Elle affirme d'abord que « les personnes morales sont foncièrement différentes des personnes physiques ». Assertion qui est elle-même déjà équivoque et contestable si, de la constatation banale d'une différence évidente sur le plan des faits, l'on compte tirer comme conséquence une différence de situation par rapport au droit. L'entité collective, tout comme l'individu, est, devant le droit, un centre autonome d'imputation de droits et d'obligations; et c'est à cela que revient la « personnalité » de l'une comme de l'autre, et leur qualité respective de « sujets de droit ».

A cette première proposition on en ajoute une deuxième, dont on serait tenté de demander à ses auteurs ce qu'ils croient qu'elle peut vouloir dire: la personne morale serait, selon eux, une construction juridique « sans valeur absolue ». En principe, on peut se demander si une construction juridique peut apparaître comme dotée d'une valeur absolue; et en tous cas la personnalité juridique des entités collectives n'en aurait ni moins ni plus que les autres.

Finalement, dernier élément du trio, l'on ressort une fois de plus le vieux *leitmotiv* de l'argumentation belge: « La personne morale est... une simple ' création technique ', à la *différence* de la ' personnalité ' que constitue en droit chaque être humain, et qui correspond à une réalité de la nature. »

18. Le Gouvernement belge a vraiment trop usé, et abusé, du recours à des assertions de ce genre, radicalement fausses en dépit de l'apparence de réalisme et d'antiformalisme qu'il se plaît à leur prêter.

Tout d'abord, si l'être humain est sûrement une réalité de fait de la nature, il n'est pas moins vrai que la formation de groupements humains et la mise en commun de moyens pour la poursuite de finalités dépassant le cadre des possibilités individuelles sont aussi, indéniablement, des réalités de fait de la vie sociale.

Mais même abstraction faite de cela, il est surtout important de rappeler encore que ce n'est pas de par la « nature » que l'homme est « sujet », mais de par le « droit »; rappelons pour le prouver, s'il en est besoin, qu'il y a eu, dans l'histoire, de larges catégories d'êtres humains dépourvus de personnalité juridique. Et si l'on veut présenter la personnalité juridique attribuée à une entité collective, sa qualité de « sujet de droit », comme une création de la « technique juridique », la même conclusion s'impose d'une manière absolument identique à propos de la personnalité juridique attribuée à un être humain.

Il est à remarquer, d'ailleurs, que les savants qui en ont le plus approfondi l'étude — et sur l'œuvre desquels le Gouvernement belge semblerait précisément vouloir s'appuyer — n'utilisent pas la notion de « technique juridique » pour minimiser et déprécier, comme le fait ce même Gouvernement en jouant, comme d'habitude, sur les mots lorsqu'il parle

<sup>1</sup> P. 643.

de la *personnalité juridique distincte* de l'entité collective comme d'une « simple création (ou construction) technique » ou d'une « simple particularité technique ». La « technique juridique » est, pour ces savants, l'œuvre entière de la jurisprudence: la formation, le développement et l'application du droit en tant que création humaine y rentrent; et tous les concepts essentiels, de celui de sujet de droit et de personne juridique à celui de droit subjectif et de rapport juridique, jusqu'à celui même de sources du droit, sont une « création » de cette « technique »<sup>1</sup>.

Pour s'en tenir à la « personnalité morale », le Gouvernement espagnol n'entend certainement pas ouvrir ici une controverse théorique à propos des théories qui ont été avancées pour l'expliquer. Il connaît leur pluralité et leur variété et il ne suivra certes pas l'exemple, peu édifiant, que donne le Gouvernement belge lorsque, à l'appui des prétendues vérités « unanimement reconnues » sur lesquelles il voudrait se fonder, il n'hésite pas à citer toute une série d'auteurs dont la plupart ont des vues diamétralement opposées à celles qu'il voudrait accréditer<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> GÉNY (*Science et technique en droit privé positif*, III, Paris, 1921, pp. 12 et ss), se référant d'ailleurs à Savigny et à Jhering, comprend dans la « technique juridique » « tout ce qui fait le métier propre du juriste »; et il lui assigne comme but rien de moins que « la réalisation effective de la justice entre les hommes ».

<sup>2</sup> Ce n'est pas sans le plus grand étonnement, en effet, qu'à la page 643 de la *Réplique* on trouve cités comme étant favorables à l'idée que la personnalité juridique ne serait qu'une « construction qui se superpose aux individus qui forment cette société » et à l'idée de la différence de nature entre la personnalité de l'individu et celle de l'entité collective, les ouvrages de toute une série de juristes.

Le premier d'entre eux, MICHOUX (*La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, 3<sup>e</sup> éd., I, Paris, 1932) est connu pour être le partisan le plus autorisé de la théorie de la réalité de la personne morale. A la page 16 de cet ouvrage, se référant à ces juristes du XIX<sup>e</sup> siècle pour lesquels « le point de départ de la théorie de la personnalité juridique se trouve dans l'axiome que l'homme seul est sujet de droit », il déclare: « Nous allons essayer de montrer tout d'abord que les divers systèmes édifiés sur cette base sont inadmissibles et en désaccord avec la réalité des choses. » Dans les pages qui suivent, l'auteur s'attache à démontrer l'erreur soit du système dit de la *fiction* de la personnalité morale, soit des autres systèmes qui, tout en repoussant l'idée de la fiction, conservent le principe que l'homme seul est une personne. Sa conclusion, exposée à la page 70, est la suivante: « La personne morale n'est pas une personne fictive. Elle n'est pas non plus un simple artifice derrière lequel on trouve, soit des patrimoines sans maître, soit des individus. Il reste qu'elle soit une personne réelle. C'est notre thèse. » Tout le livre de Michoux est ensuite consacré à montrer (v. surtout pp. 115 et ss.) que les groupements humains, en tant que dotés d'intérêts collectifs et permanents « distincts des intérêts individuels, et d'une organisation capable de dégager une volonté collective », se trouvent, face au droit, dans la même situation que les individus, en tant qu'entités auxquelles des droits subjectifs peuvent être attribués et, partant, une personnalité juridique doit être reconnue. A noter que le paragraphe auquel se réfère la citation belge ne concerne nullement la question.

GÉNY (*Science et Technique, op. cit.*, pp. 212 et ss.) exalte l'œuvre de Michoux dans la matière « comme un phare lumineux au milieu des brouillards ». Selon sa conception, déjà indiquée *supra*, les concepts de *sujet de droit*, de *rapport de droit*, de *droit subjectif*, de *personnalité juridique* ressortissent tous à la technique juridique telle qu'il l'entend. La *personnalité*, notion synonyme de celle de *sujet de droit*, est donc une création de la technique juridique pour l'individu au même titre que pour la *personne morale* (association, corporation, fondation). Voir pp. 220 et ss.

CAPITANT (*Introduction à l'étude du droit civil*, N<sup>o</sup> 160) appartient au même courant d'idées que Michoux, en faveur de la théorie de la personnalité réelle.

En ce qui concerne ASCARELLI (*Considerazioni in tema di società e di persona giuridica, « Saggi di diritto commerciale »*, Milano, 1955, pp. 129 et ss.; et *Personalità giuridica e problemi delle società, « Riv. delle società »*, 1957, pp. 981 et ss.), l'on ne peut pas dire que ce juriste partage les vues de Michoux et de Gény puisque, comme Kelsen, il adopte une conception « normative » de la personnalité juridique: de sorte qu'il se refuse à donner à la personnalité morale une réalité « prénormative ». La « personnalité », pour Ascarelli, est donc l'« expression abrégée d'une réglementation normative », celle-ci concernant toujours, en dernière analyse, des relations entre hommes. N'empêche que la personnalité, en tant qu'« hypostase d'une normative » concernant une série d'actes et d'activités, comporte l'imputation de ces actes et activités et de leurs conséquences à un *centre d'imputation* (sujet de droit); et cette conclusion vaut tout autant pour la personne physique que pour la personne morale.

HAMEL et LAGARDE (*Traité de droit commercial*, I, Paris, 1954, p. 512) ne donnent pas une analyse théorique de la personnalité morale et se bornent à une référence aux thèses auxquelles « reste attachée »

Pour sa part, le Gouvernement espagnol est convaincu que la *personnalité juridique distincte* de la personne morale est une conquête extrêmement importante du droit, une donnée que l'on ne saurait rejeter sans aller à l'encontre de toute l'évolution et de tout l'« affinement » progressif du droit<sup>1</sup>. Il croit aussi — n'en déplaise au Gouvernement belge — que l'évolution du droit va dans le sens d'une utilisation toujours plus poussée des possibilités offertes par la technique juridique et non, au contraire, dans celui d'un retour à l'état de nature!

19. Le Gouvernement belge est évidemment libre de penser, sur ces questions de principe, le contraire de ce que pense le Gouvernement espagnol. Mais il faut une fois de plus lui rappeler ici que, quelles que soient ses convictions, et en dépit de tous les artifices auxquels il a recours, il lui est impossible d'échapper à une alternative très claire et logiquement incontestable.

Ou bien le Gouvernement belge se décide à adopter une position nette, qui revient à nier que la société ait, en droit, une existence autonome et distincte de celle des associés. Dans ce cas sa thèse serait que la personne morale, simple expédient du langage juridique, n'existe pas du tout en tant que sujet de droit distinct. La société serait un pur assemblage d'individus, réunis par la poursuite de finalités communes, mais restant les seuls à être dotés, en droit, d'une personnalité. Ce ne serait qu'à tort, ou, si l'on veut, par commodité, que l'on parlerait de droits et d'obligations de la société, car ces droits et ces obligations ne sauraient lui être imputés. Par conséquent, la société ne pourrait subir aucune lésion dans des droits qui ne lui appartiennent pas. Tout devrait se résoudre en une violation de droits appartenant à des personnes physiques. Et comme il ne saurait être question d'une nationalité de la société, il ne saurait non plus être question d'obligations internationales concernant le traitement des sociétés étrangères et d'une protection diplomatique de ces dernières. Comme on l'indiquait à titre de conclusion dans le *Contre-Mémoire*, « il n'y aurait plus qu'une seule institution portant ce nom: la protection diplomatique des personnes physiques ». Mais celui qui se placerait dans une position pareille devrait en accepter les conséquences, ce que le Gouvernement belge n'est — et pour cause — nullement disposé à faire.

Ou bien, en dépit de l'accumulation de postulats qu'il a échafaudée et quelle que soit la conception — l'ancienne théorie de la fiction, la théorie réaliste, la théorie normative ou toute autre — qu'il préfère choisir, le Gouvernement belge préfère ne pas contester l'existence de la personne morale en tant que sujet distinct de droit. Et alors, même s'il attribue la création de ce sujet de droit à la « technique juridique », il est forcé d'en tenir

---

la jurisprudence française. Si, sur cette base, ils indiquent que la personnalité morale des groupes de droit privé est une création de la loi, et dans ce sens un procédé juridique, leur préoccupation de ne pas perdre de vue la réalité n'est inspirée que par le désir de réagir contre les abus de la personne morale, désir bien exprimé par la phrase: « Il ne saurait suffire aux personnes physiques de se grouper pour échapper à leurs obligations ou à leurs responsabilités. »

En conclusion, parmi les ouvrages cités par la *Réplique*, il n'y en a qu'un seul qui soit favorable aux « propositions » belges: tellement favorable qu'il en est manifestement la source. Mais il s'agit d'un ouvrage collectif sur le contenu duquel le Gouvernement espagnol préfère ne pas exprimer un jugement puisque — avec tout le respect dû à ses auteurs — il a toute l'apparence d'une consultation *pro parte* plutôt que d'un ouvrage scientifique.

<sup>1</sup> Dans l'affaire des *Pétroliers de la D.A.P.G. (R.S.A.N.U., vol. II, p. 787)*, le tribunal arbitral a reconnu que la doctrine et la jurisprudence « accordent dans tous les pays à l'entité juridique connue sous le nom de société une personnalité et un patrimoine entièrement distincts de ceux de ses actionnaires ». C'est sur cette base que le tribunal a rejeté la réclamation de la *Standard Oil Co.* actionnaire majoritaire de la *D.A.P.G.*, qui prétendait avoir eu la « *beneficial ownership* » des pétroliers appartenant à la *D.A.P.G.*



compte à tous points de vue. Il doit admettre qu'un pareil « sujet » est un centre autonome d'imputation de situations juridiques subjectives, c'est-à-dire qu'il possède lui-même ses propres obligations et ses propres droits. La personne morale, et elle seule, peut enfreindre les obligations qui lui incombent; elle, et elle seule, peut être victime d'une violation des droits qui lui appartiennent. Et c'est à elle, et à elle seulement, que d'autres droits peuvent être attribués comme conséquence d'une telle violation, notamment le droit de demander une réparation.

Toutes ces conséquences sont liées logiquement et d'une manière indissoluble; l'on ne saurait en garder quelques-unes et en écarter d'autres en traitant la personnalité juridique de la société de « construction commode » dont on pourrait se défaire dès que l'on en apprécierait moins la « commodité ».

Et que l'on ne vienne pas dire encore que le droit international ne serait pas tenu de respecter les constructions de la technique juridique du droit interne<sup>1</sup>. Il est exact que l'existence, dans le cadre de l'ordre juridique étatique, d'un droit subjectif, d'un rapport juridique et, en particulier, d'une personnalité juridique distincte des autres, est prise en considération par l'ordre juridique international en tant que donnée de fait. Mais d'une telle donnée de fait le droit international est quand même obligé de tenir compte pour y baser ses propres constructions, qui ne peuvent pas être fondées sur l'arbitraire. Il ne s'agit donc nullement d'un simple « détail » dont le droit international serait libre de négliger l'existence ou qu'il pourrait, à son gré, passer outre.

Partant, le jour où une entité collective dotée d'une personnalité juridique distincte se plaint d'avoir subi, du fait d'un Etat étranger, une atteinte à ses droits, ce n'est que par référence à cette entité collective et à son appartenance en tant que telle à un Etat déterminé — autrement dit à sa « nationalité » de personne morale —, que le droit international peut apprécier l'éventuelle portée internationale de pareille situation. Ce sera sur cette base qu'il jugera si, par l'atteinte en question, l'on a ou l'on n'a pas aussi manqué à une obligation internationale à l'égard de l'Etat national de la personne en question et si ce dernier — mais, nécessairement ce dernier seul — peut exiger une réparation sur le plan international.

§ 11: *La prétendue solidarité d'intérêts entre la société et ses actionnaires et le caractère aberrant de la conclusion d'ordre général à laquelle aboutit le Gouvernement belge*

20. Sachant bien qu'une fois son choix définitivement fait, dans un sens ou dans l'autre, il lui serait impossible de maintenir ses prétentions, le Gouvernement belge continue de louver et se garde de prendre clairement position.

Il admet néanmoins que « la construction commode de la société — personne juridique — rend possible une activité collective d'une efficacité décuplée ou centuplée, par rapport à ce que serait la simple juxtaposition des activités individuelles des membres du groupe sociétaire »; il prise les « avantages multiples » que cette construction « procure »;

<sup>1</sup> Comme on l'indiquait déjà dans la *Procédure orale sur les Exceptions préliminaires* (III, pp. 852 et ss.) l'on voit mal le Gouvernement d'un pays qui a conclu avec d'autres Etats un réseau important de traités, en ayant soin d'assurer une situation particulière à des entités collectives dont le caractère de ressortissants belges est justement fondé sur leur personnalité juridique distincte, prétendre que la personnalité juridique distincte de l'entité collective n'est qu'une construction purement technique, dans le sens d'une construction dont le droit international ne devrait pratiquement tenir aucun compte.

et il reconnaît qu'« elle comporte assurément une séparation patrimoniale complète entre société et actionnaires ».

« Aussi est-il vrai de dire, poursuit-il <sup>1</sup>, que les actionnaires n'ont pas de droit de propriété sur les biens qui appartiennent à la société. Ils ne peuvent pas non plus se comporter comme s'ils étaient personnellement parties aux contrats passés par la société, ni prétendre exercer en conséquence les actions réservées aux titulaires des droits résultant de ces contrats. »

Tout cela est fort bien. Il est seulement regrettable que le Gouvernement belge oublie d'ajouter à ces constatations un membre de phrase qui en aurait été le complément logiquement nécessaire: *les actionnaires ne peuvent donc pas non plus se comporter comme s'ils étaient personnellement les victimes d'un fait illicite commis à l'égard de la société*. Puisqu'ils ne peuvent pas se comporter comme s'ils étaient parties à un contrat conclu par la société avec un Etat étranger, ils ne peuvent pas non plus prétendre qu'une rescision unilatérale de contrat par ledit Etat soit un fait illicite commis à leur égard, et ils ne peuvent prétendre que le fait que la société ait été illicitement empêchée de recourir contre une telle rescision soit un déni de justice commis envers eux-mêmes. Corrélativement, il est évident que leur Etat national ne peut pas prétendre exercer l'action que le droit international peut accorder en pareil cas à l'Etat national de la société.

Il est, d'autre part, vain d'espérer échapper à cette conclusion irréfutable en invoquant la prétendue « complète solidarité d'intérêts » qui existerait entre la société et ses actionnaires.

L'emploi de cette notion par le Gouvernement belge ne laisse, tout d'abord, de causer une certaine surprise. Juridiquement, le terme « solidarité » indique un lien entre différentes personnes, qui suppose que chacune est engagée pour toutes et pour le tout, en cas de non-paiement de la part des autres. Or la société anonyme est précisément l'exemple typique d'une société dans laquelle les associés ne sont pas « solidaires » de la société, ne sont engagés qu'à concurrence de leur apport à la formation du patrimoine de la société, et ne répondent nullement sur leur propre patrimoine des dettes de la société <sup>2</sup>. Le trait caractéristique de la société anonyme, par rapport à d'autres catégories de sociétés — certaines sociétés de personnes notamment <sup>3</sup> — est justement cette absence totale de responsabilité solidaire.

Le Gouvernement belge renverse donc manifestement le sens du mot solidarité, et il en crée une notion qui lui est toute personnelle et qui, finalement, ne traduit que la constatation banale du fait que les actionnaires sont nécessairement intéressés à ce que l'activité de la société donne des résultats positifs.

<sup>1</sup> Réplique, V, p. 644.

<sup>2</sup> « L'actionnaire qui a intégralement libéré son apport ne peut se voir réclamer quoi que ce soit par le syndic ou par les créanciers sociaux » (ESCARRA et RAULT), *Les Sociétés commerciales*, tome III, Paris, 1955, p. 256). « Dès que l'apport représenté par l'action est intégralement libéré, l'actionnaire peut demeurer inconnu de la société, car il n'encourt aucune responsabilité personnelle du passif social » (HAMEL et LAGARDE, *Traité de droit commercial*, tome I, Paris, 1954, p. 629). « It follows from the fact that a corporation is a separate person that its members are not as such liable for its debts. Hence in the absence of express provision to the contrary the members will be completely free from any personal liability (GOWER, *Modern Company Law*, *op. cit.*, p. 67)

<sup>3</sup> Pour les sociétés en nom collectif, par exemple, HAMEL et LAGARDE (*op. cit.*, p. 532), indiquent comme « caractère spécifique » la « solidarité des associés », dont le sens est que « tous ses membres sont tenus solidairement du passif social ».

Mais alors en quoi, selon le Gouvernement belge, le rapport entre l'actionnaire et la société anonyme se distingue-t-il, de ce point de vue, du rapport qui peut exister entre d'autres personnes? Au sens voulu par le Gouvernement belge, on peut dire qu'il y a aussi « solidarité d'intérêts » entre le fils et le père, entre l'employé et l'employeur, entre le créancier et le débiteur. Quelle différence le Gouvernement belge voit-il, en particulier, toujours sous cet aspect, entre la situation des obligataires et celle des actionnaires? Les premiers, tout autant que les seconds, ont engagé une partie de leurs économies dans la société<sup>1</sup> et sont intéressés au succès de son activité. Tout comme celle des droits des actionnaires, la « valeur des droits » des obligataires est, pour employer l'expression qui figure dans la *Réplique*<sup>2</sup>, « essentiellement fonction de la situation de celle-ci [la société], de ses résultats, de son avenir ».

Une fois de plus, il n'y aurait dans tout ceci que l'une des spéculations théoriques discutables auxquelles se livre si souvent le Gouvernement belge, si cette prétendue « solidarité d'intérêts » entre actionnaires et société ne devait lui servir à dégager la plus étonnante des conséquences; une conséquence qu'il convient de reproduire ici dans les termes mêmes qu'utilise la *Réplique*:

« ... les actionnaires, comme la société elle-même, ont le droit de compter que la société sera traitée par les Etats étrangers comme l'imposent les règles du droit international public. Partant, un manquement à ces règles constitue un acte illicite tant à l'égard de l'Etat national des actionnaires qu'à l'égard de l'Etat national de la société »<sup>3</sup>.

A vrai dire, l'on a peine à en croire ses yeux en lisant des assertions pareilles. Faisons même abstraction du fait que des particuliers — individus ou sociétés — s'y voient octroyer des « droits » que les règles du droit international public n'accordent qu'à des Etats; admettons qu'il ne s'agisse que d'une impropriété de langage qui aurait échappé aux rédacteurs. Ce qui est bien plus important, c'est que l'on aboutit ainsi à affirmer que tout Etat aurait le droit de se mêler du traitement réservé par un Etat étranger à une société qui serait nationale d'un Etat tiers, d'avancer des prétentions en invoquant ce traitement, et cela pour la seule raison que certains de ses nationaux possèdent des actions de la société en question et sont donc intéressés aux résultats de son activité. Une simple convergence<sup>4</sup> d'intérêts suffirait donc pour faire disparaître, du point de vue du droit international, toute distinction entre des personnes diverses, pour bouleverser entièrement l'application des règles de ce droit!

Jusqu'ici le Gouvernement belge n'a jamais encore osé aller jusqu'à de telles aberrations. Acculé par la critique serrée de ses positions menée par le Gouvernement espagnol, il s'est finalement vu forcé de reconnaître ainsi que cette conclusion absurde est bien la conséquence, logiquement inévitable, de ses thèses. Le Gouvernement espagnol n'aurait pu souhaiter preuve plus évidente du fait que les thèses belges sont en contradiction flagrante avec les principes du droit international relatifs au traitement des étrangers et à la responsabilité internationale.

<sup>1</sup> Remarquons, en outre, qu'à l'instar des obligataires, les actionnaires « dans les grandes sociétés de capitaux, sont, en majorité 'épargnants' plutôt qu'associés mus par l'*affectio societatis* » (HAMEL et LAGARDE, *op. cit.*, p. 629), et qu'ils changent avec la même fréquence.

<sup>2</sup> *Réplique, loc. cit.*

<sup>3</sup> Italiques ajoutés.

<sup>4</sup> Ce terme paraît plus exact que celui de « solidarité » pour décrire la situation.

§ 12: *L'idée d'une qualité pour agir de l'Etat national des actionnaires qui, dans certaines circonstances exceptionnelles, serait fondée sur la « projection » en droit international d'une prétendue « réalité » du droit interne*

21. Ayant formulé la conclusion que l'on vient de rappeler, le Gouvernement belge lui-même a craint d'être allé trop loin. Il s'est peut-être rendu compte lui aussi que cet aboutissement logique et nécessaire de ses manipulations des principes du droit international risquait, en dernière analyse, de rendre trop évident le fait que ces principes ne permettent nullement de soutenir ses prétentions.

Aussi, ne craignant pas l'incohérence, il a cherché à minimiser la portée de son assertion : ce ne serait pas toujours, mais seulement par le concours de certaines circonstances exceptionnelles, que l'Etat national des actionnaires serait autorisé à agir au titre de la protection de ces derniers en cas de dommage illicitement causé à la société. Et, semblant oublier son « interprétation » des principes généraux et les conséquences trop impressionnantes qu'elle entraîne, il s'est mis en quête d'une justification plus spécifique de cette autorisation exceptionnelle, presque comme si, à ses yeux aussi, la règle générale était que seul l'Etat national de la société est habilité à présenter une réclamation en raison d'un préjudice illicitement causé à la société en tant que telle.

Pour ce faire, le Gouvernement belge a pensé pouvoir échafauder — lui qui est normalement si empressé de rappeler que le droit international ne doit pas tenir compte des particularités techniques des institutions du droit interne — un parallèle avec le droit des sociétés ou, pour le suivre dans son langage, une « projection sur le plan du droit international de la réalité, telle qu'elle se manifeste en droit interne ».

En droit interne, observe donc la *Réplique*<sup>1</sup>, lorsqu'une société subit un préjudice, elle exerce elle-même, en règle générale, les droits qui lui appartiennent. Ce faisant elle sauvegarderait « simultanément ses propres intérêts et ceux de ses actionnaires », car ces intérêts seraient « indissociables ».

Toutefois, toujours selon la *Réplique*, ce mécanisme ne suffira pas lorsque « la société se voit placée dans l'impossibilité d'agir », ou « lorsque les organes sociaux n'agissent pas (que ce soit par négligence ou d'une manière délibérée) ». Or, dit le Gouvernement belge, « certaines législations reconnaissent explicitement aux actionnaires dans de telles circonstances le droit de se substituer aux organes sociaux et de réclamer pour eux-mêmes la réparation du préjudice qu'ils ont éprouvé à la suite du tort causé à la société ». Le droit allemand est cité particulièrement en exemple.

*A fortiori*, conclut-il donc, devrait-il en être de même sur le plan international. Sur ce plan aussi la protection diplomatique de la société par son Etat national suffit à assurer en même temps la protection des intérêts des actionnaires « lorsque cette société a été victime d'un acte internationalement illicite — de même que, sur le plan du droit interne, c'est la société elle-même qui, par ses organes, exerce les actions en réparation des dommages qui lui ont été causés, ce qui tend à assurer, en même temps, la réparation du préjudice subi par les actionnaires ». Mais de même que le droit interne prévoit des cas exceptionnels où les actionnaires seraient autorisés à « se substituer aux organes sociaux » dans l'exercice de l'action sociale, le droit international ne pourrait que faire de même en faveur de l'Etat national des actionnaires. On devrait donc lui reconnaître le droit de se substituer, dans

<sup>1</sup> Voir pour ces développements, les pp. 644 et ss.

certaines hypothèses, à l'Etat national de la société et de réclamer pour les actionnaires la réparation du dommage qu'ils auraient subi « à la suite d'un acte internationalement illicite commis à l'égard de la société »<sup>1</sup>.

Bien entendu le Gouvernement belge s'empresse de préciser que l'Etat national des actionnaires ne fera usage de ce droit qu'avec beaucoup de « modération ». Mais son intervention serait « certainement justifiée » lorsque certaines circonstances exceptionnelles se trouveraient réunies.

22. Telles sont donc les dernières thèses du Gouvernement belge. Fort ingénieuses, elles n'en seraient pas pour autant moins osées, même dans l'hypothèse où la description donnée par le Gouvernement belge de l'état de certaines législations nationales serait exacte. L'on ne voit pas, en effet, sur quelle base l'on pourrait soutenir que le droit international général devrait prévoir pour les Etats certaines situations juridiques subjectives, spéciales et exceptionnelles, pour l'unique motif que, sur un plan tout différent, des situations très lointainement comparables seraient reconnues en faveur des particuliers par quelque législation nationale.

Mais ce n'est pas tout. Malheureusement pour lui, le Gouvernement belge n'a guère de chance lorsqu'il tente de puiser ses arguments dans ces principes du droit interne pour lesquels il affiche, par ailleurs, tant de mépris.

Une fois de plus, en effet, il s'est mépris complètement sur des institutions auxquelles il s'est référé, ainsi que sur les législations et la doctrine où il est allé chercher leur définition.

S'il avait examiné les choses plus attentivement, il aurait constaté qu'en effet certains systèmes juridiques nationaux — assez rares d'ailleurs — reconnaissent aux actionnaires d'une société anonyme, dans des circonstances précises, le droit d'exercer eux-mêmes l'action sociale en cas de préjudice causé à la société *par ses propres administrateurs*. Abstraction faite des limites et des conditions dans lesquelles cette action peut être exercée, et qui varient de système à système, l'objectif commun à ces quelques législations nationales est de permettre aux actionnaires minoritaires qui s'estiment lésés par la mauvaise gestion des administrateurs d'exercer *ut singuli*, contre ces derniers, l'action sociale qui serait normalement du ressort des organes sociaux, mais que ces derniers, dominés par la majorité dont les administrateurs sont l'expression, refusent illicitement d'exercer<sup>2</sup>. La doctrine la plus autorisée met en relief que la justification de l'exercice

<sup>1</sup> Il est caractéristique de noter combien le Gouvernement belge craint — et pour cause — de pousser la comparaison jusqu'à son terme logique et d'avouer ainsi qu'il s'agirait bien d'une substitution à l'Etat national de la société de l'Etat national des actionnaires dans l'exercice du droit de réclamation pour le préjudice causé à la société. C'est pourtant bien de cela qu'il s'agit, car seul l'Etat national de la société peut alléguer que, par le traitement infligé à l'un de ses ressortissants, une obligation internationale a été enfreinte à son égard. Ce n'est donc que cet Etat qui a le droit de réclamer pour une telle violation. On a déjà eu l'occasion de faire justice de la tentative, si fréquemment réitérée par le Gouvernement belge, de parler génériquement d'un comportement « contraire au droit international » qui devrait faire naître un droit de réclamation non seulement pour l'Etat dont un droit subjectif international aurait été lésé, mais encore pour n'importe quel autre Etat dont des ressortissants auraient ressenti les répercussions d'un tel fait.

<sup>2</sup> On se sert ici de la terminologie française qui distingue utilement l'*action sociale*, exercée contre les administrateurs par certains actionnaires *ut singuli* pour poursuivre le préjudice causé à la société, à la fois de la même action sociale exercée *ut universi* par les organes sociaux, et de l'*action individuelle* exercée par des actionnaires, toujours contre les administrateurs, à la suite d'un préjudice personnel pouvant coexister avec un préjudice collectif mais indépendant de celui-ci. Voir HAMEL et LAGARDE, *Traité, op. cit.*, tome I, pp. 790 et s.; MEYSSAN, *Les droits des actionnaires, op. cit.*, pp. 126 et s.

*ut singuli* de l'action sociale par l'actionnaire minoritaire se trouve dans le fait que ce dernier représente la société et agit en tant qu'organe de cette dernière <sup>1</sup>. Sur cette même base la plupart des systèmes juridiques en question prévoient expressément que l'indemnité obtenue à la suite d'une telle action doit être versée non pas à l'actionnaire, mais à la société.

Quoi qu'il en soit, il s'agit manifestement d'une institution très spéciale et conçue pour un but très précis, à savoir la *protection des actionnaires minoritaires contre la mauvaise gestion des administrateurs nommés par la majorité*. Pour imaginer une possibilité de « projection sur le plan international » d'une telle réalité de droit interne, il faudrait formuler l'hypothèse, par exemple, d'un déni de justice infligé par les tribunaux de l'Etat national de la société aux actionnaires minoritaires étrangers qui voudraient exercer leur action en responsabilité contre les administrateurs. On ne voit pas en quoi tout cela pourrait intéresser le Gouvernement belge, dont on ne sait pas, au surplus, que les ressortissants se présentent en tant qu'actionnaires *minoritaires* de *Barcelona Traction*.

Ce qui, par contre, est tout aussi certain, c'est que les législations nationales dont il est ici question ne généralisent nullement cette possibilité exceptionnelle d'exercice de l'action sociale par des actionnaires minoritaires. Le droit allemand, en particulier, dans lequel la *Réplique* belge pense, bien témérairement, trouver un appui tout particulier, est le dernier à vouloir admettre que les actionnaires aient une possibilité de portée générale d'agir contre quiconque, en se substituant aux organes sociaux, comme la *Réplique* voudrait le laisser entendre par la référence qu'elle y fait. L'idée d'accorder à ces actionnaires une *action contre des tiers* qui auraient causé un préjudice à la société n'a été prise en considération dans la doctrine allemande citée par la *Réplique* que pour l'écartier de la manière la plus nette et la plus ferme <sup>2</sup>. Il est même particulièrement intéressant de voir de quelle manière il a été répondu à la question de savoir si « l'actionnaire d'une

<sup>1</sup> Pour cette raison la doctrine française citée critique sévèrement l'incohérence de la jurisprudence qui, ayant reconnu, dans les circonstances indiquées, à l'actionnaire minoritaire, le droit d'exercer l'action sociale, ne lui permet de réclamer que la quote-part de l'indemnité correspondant à sa participation dans le capital. Cette question n'est pas résolue par l'article 4 du décret-loi du 31 août 1937 qui régit la matière.

Par contre, selon le Code fédéral suisse des obligations, révisé par la loi du 18 décembre 1936, l'émolument de l'action sociale exercée par des actionnaires minoritaires doit revenir à la société. Il en est de même en droit espagnol. Voir J. GARRIGUES, *Comentario a la ley de sociedades anónimas*, tome II, p. 148.

Pour d'autres renseignements de droit comparé au sujet de l'exercice de l'action sociale *ut singuli* par des actionnaires minoritaires, et de ses modalités, voir les auteurs français cités à la note précédente.

<sup>2</sup> A l'appui de l'assertion que les actionnaires se verraient reconnaître, « notamment en droit allemand », des droits tels que les Belges voudraient les décrire, la *Réplique* (p. 645) cite, en premier lieu, SCHILLING, *Verfassung der Aktiengesellschaft*, dans le *Grosskommentar des Aktiengesetzes*, § 84, « Remarque » 74. Or le titre du § 84 de la loi sur les sociétés anonymes de 1937 commenté dans cet ouvrage, et remplacé ensuite par le § 93 de la nouvelle loi du 6 septembre 1965 (voir BAUMBACH-HUECK, *Aktiengesetz*, 13. Aufl., München, 1968, pp. 287 et s.), est le suivant : « Devoir de diligence et responsabilité des membres du conseil d'administration (*Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder*). Le 74<sup>e</sup> des 78 « Remarques » du Commentaire se réfère à la question de savoir si les administrateurs sont responsables non seulement vis-à-vis de la société mais aussi vis-à-vis des actionnaires. Par conséquent, la possibilité pour l'actionnaire d'exercer une action directe, sur laquelle porte cette « Remarque » 74, ne concerne qu'une action *contre les administrateurs*.

Mais le Commentaire cité fait plus encore. La question de savoir si l'actionnaire pourrait aussi, ou non, exercer une action en réparation contre un tiers qui aurait porté préjudice à la société (*die Frage, ob dem Aktionär ein Schadensersatzanspruch gegen einen Dritten zusteht, der die Gesellschaft geschädigt hat*) ayant été posée dans la doctrine allemande, SCHILLING (p. 571) renvoie à ce sujet à cette doctrine, et notamment à l'article de von GODIN publié dans *Archiv für die zivilistische Praxis*, tome 1941, p. 212, dont on reproduit ci-dessous en ses propres termes et avec ses motifs, la réponse radicalement négative qu'il apporte à cette question.

société anonyme, qui a été intentionnellement lésée par l'acte illicite d'un tiers, pourrait agir directement contre l'auteur du préjudice pour obtenir l'indemnisation de la perte patrimoniale résultant de la dépréciation de ses actions »<sup>1</sup>. La réponse, fondée sur une analyse de la *totalité de la jurisprudence* existante<sup>2</sup>, a été la suivante :

« Là où l'auteur du préjudice est un tiers étranger à la société, la seule conclusion possible est que seule la société peut faire valoir le dommage qui lui a été causé, et qu'il est exclu que l'actionnaire puisse faire valoir ce dommage, même s'il a eu des répercussions sur son patrimoine par la dépréciation de ses actions. La solution contraire... se heurterait au droit des sociétés en vigueur et aurait pour résultat que, par l'exercice de l'action en réparation des dommages subis par les actionnaires, la personnalité juridique de la société anonyme serait dissoute et aurait cessé d'exister »<sup>3</sup>.

Parti en quête d'une justification pour un prétendu droit de réclamation de l'Etat national des actionnaires en cas de dommage causé à la société, le Gouvernement belge n'a donc finalement trouvé, dans la doctrine examinée, qu'un appui pour le principe qu'il abhorre de la « *qualité exclusive de l'Etat national de la société pour agir en cas de préjudice causé à la société par un Etat étranger* ». Et un appui donné en des termes et pour des raisons qui rappellent singulièrement ceux qu'emploie le Gouvernement espagnol depuis le début du présent procès!

§ 13: *Les prétendues « circonstances exceptionnelles » dont la réunion devrait justifier l'intervention de l'Etat national des actionnaires.*

23. Cela étant, il convient de prendre aussi en considération, brièvement, les prétendues « *circonstances exceptionnelles* » dont le concours, selon le Gouvernement belge, devrait justifier, sur le plan international — et à la lumière du parallélisme établi, on a vu avec quel succès, avec le plan interne — l'intervention de l'Etat national des actionnaires se substituant à l'Etat national de la société.

Il est intéressant de voir comment ces circonstances sont décelées et « *présentées* » dans la *Réplique*, car l'on y retrouve un certain écho des idées exposées par cette partie de la doctrine qui, tout en refusant en principe l'idée d'une protection diplomatique des actionnaires en cas de préjudice internationalement illicite causé à la société, pense,

<sup>1</sup> La question posée en ces termes est la traduction du titre même de l'article de von GODIN: *Bestitz der Aktionär einer vorsätzlich durch unerlaubte Handlung eines Dritten geschädigten Aktiengesellschaft einen unmittelbaren Schadenersatzanspruch gegen den Schädiger auf Ersatz des durch die Entwertung seiner Aktien entstandenen Vermögensverlustes.*

<sup>2</sup> « Toute la jurisprudence existante, qui reconnaît à l'actionnaire une action propre en réparation du dommage subi par la société, a trait à des faits illicites d'organes de la société anonyme (*um unerlaubte Handlungen der Organe der Aktiengesellschaft gehandelt hat*) » dit von GODIN (pp. 222 et s.); et il justifie cette attitude en notant qu'« il s'agit d'une responsabilité interne qui s'impose aux organes... et que dans ce domaine intérieur à la société, la séparation nette entre la société et l'associé ne paraît pas aussi strictement nécessaire et évidente que dans les rapports avec l'extérieur (*« nicht so zwingend notwendig oder selbst begründet erscheint wie im Verhältnis nach aussen »*).

<sup>3</sup> « *Wo aber der Schädiger ein aussenstehender Dritter ist, da kann es nicht anders sein, als dass die Gesellschaft allein den ihr entstandenen Schaden geltend machen kann, und das der Aktionär von der Geltendmachung dieses Schadens, mag er sich auch in seinem Vermögen durch die Entwertung seiner Aktie mit ausdrücken, ausgeschlossen ist. Die entgegenstehende Auffassung würde meiner Meinung nach gegen das geltende Aktienrecht verstossen und dahin führen, dass sich die juristische Rechtspersönlichkeit der Aktiengesellschaft bei der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wegen Schädigung der Aktionäre der Gesellschaft auflöst und zerfällt.* »

toutefois, sur la base d'une analyse de la jurisprudence, devoir admettre quelques *exceptions* à l'application dudit principe. Un écho, toutefois, singulièrement infidèle et déformé.

Ces « circonstances exceptionnelles » seraient donc au nombre de trois. Elles sont formulées de la manière suivante :

- « 1<sup>o</sup> la société est mise dans l'impossibilité d'obtenir réparation par les voies du droit interne;
- » 2<sup>o</sup> elle ne bénéficie pas de la protection de son Etat national;
- » 3<sup>o</sup> par l'effet des actes internationalement illicites perpétrés contre elle, elle est privée définitivement et irrémédiablement de tous ses biens, de telle sorte que la réalisation de son activité sociale est désormais complètement impossible. »

a) *La prétendue impossibilité d'obtenir réparation par les voies du droit interne*

24. La première de ces conditions n'est accompagnée, dans la *Réplique*, d'aucun commentaire. Aussi, l'on ne voit pas bien ce que le Gouvernement belge a pu vouloir exprimer par la formule dont il s'est servi.

Si son intention est de rappeler que la société doit avoir préalablement épuisé les moyens de recours internes et doit avoir échoué dans ses tentatives d'obtenir par cette voie réparation pour la lésion causée à son droit, c'est manifestement une condition qui affecte de toute manière la recevabilité de la réclamation, indépendamment de la qualité pour agir de l'Etat qui la présente. S'il n'y a pas eu utilisation appropriée des recours internes par la société qui prétend avoir subi un préjudice indu, l'Etat national de cette dernière n'a pas, lui non plus, le droit d'intervenir sur le plan international. Il ne l'a pas plus — toute autre considération mise à part — que ne l'aurait l'Etat national des actionnaires.

Ajoutons que, toujours si telle est bien son intention, il est quelque peu surprenant que le Gouvernement belge mentionne lui-même cet aspect de la question, étant donné que *Barcelona Traction*, comme on l'a vu, a omis complètement de se servir des voies de recours que le droit espagnol lui offrait pour s'opposer aux mesures incriminées, et que, si elle a introduit une quantité d'instances auprès des tribunaux espagnols pour édifier le château de cartes du prétendu déni de justice, elle s'est par contre soigneusement abstenue de former les recours qui auraient été appropriés.

Toutefois, le Gouvernement belge peut aussi vouloir dire autre chose, à savoir que, à son avis, l'une des conditions spécifiques qui doivent être réunies pour qu'une intervention sur le plan international de l'Etat national des actionnaires soit justifiée, est que l'acte préjudiciable accompli à l'égard de la société ait mis celle-ci, juridiquement ou matériellement, dans l'impossibilité d'exercer elle-même l'action sociale sur le plan interne. Dans ce cas, la condition indiquée au point 1 rejoindrait celle qui, comme on le verra, est à l'origine de la formule équivoque employée au point 3. Point n'est besoin d'ajouter que parler de la réalisation d'une situation de ce genre dans le cas d'espèce serait de la fantaisie pure.

b) *La prétendue absence de protection par l'Etat national de la société*

25. Par la définition, fort synthétique, de la deuxième condition, le Gouvernement belge reprend à son compte, en même temps qu'il en déforme la signification et la portée,



une considération qui a été avancée par une partie de la doctrine à propos de la situation qui se produit dans l'hypothèse où la société lésée a elle-même la nationalité de l'Etat auteur des mesures préjudiciables. Ayant constaté que, dans cette hypothèse, l'on a parfois reconnu comme légitime une protection diplomatique des *socii* par leur Etat national, certains auteurs ont cru, en effet, devoir décrire un tel fait comme constituant une « exception » par rapport aux principes; comme représentant une dérogation à la règle générale qui veut qu'un préjudice causé à une personne en violation d'une obligation internationale ne puisse donner lieu à réclamation que de la part de l'Etat national de cette personne. Et ces mêmes auteurs ont indiqué qu'à leurs yeux cette « dérogation » se justifierait par la circonstance que la société, lorsqu'elle est nationale de l'Etat auteur du préjudice, se trouve dans l'impossibilité de bénéficier de la protection diplomatique de cet Etat <sup>1</sup>.

26. Selon le Gouvernement espagnol, cette description de la situation de fait et de droit qui caractérise le cas — c'est ainsi qu'on le décrit parfois — d'une société « opprimée » par son propre Etat national, et les conséquences que l'on en tire, inspirées de considérations qui se veulent essentiellement pratiques, ne sont pas le résultat d'une analyse assez approfondie et ne sauraient être considérées comme satisfaisantes du point de vue juridique. On a déjà eu plus d'une fois l'occasion de le relever au cours du présent procès <sup>2</sup> et l'on y reviendra encore dans les pages qui suivent.

Mais sans vouloir entamer ici une discussion sur ce point, il importe pour le moment de relever les cas dans lesquels la doctrine dont on parle a cru pouvoir « justifier », pour les raisons indiquées, une protection diplomatique d'actionnaires par leur Etat national.

La quasi-totalité des auteurs, et en particulier les britanniques, s'en tiennent rigoureusement à la seule hypothèse où la société a la nationalité de l'Etat auteur des mesures préjudiciables et où partant, observent-ils, il est inconcevable que cet Etat intervienne contre soi-même <sup>3</sup>. Ils excluent la possibilité d'étendre à d'autres hypothèses l'« exception » ainsi admise en faveur d'une protection diplomatique des actionnaires <sup>4</sup>. Un autre auteur, belge, tout en ayant reconnu que dans la jurisprudence existante « on ne peut citer aucun exemple de protection des actionnaires indirectement lésés par un dommage causé à une société revêtue de la nationalité d'un Etat tiers » et en ayant affirmé que « dans ce cas, c'est à l'Etat national de la société qu'il appartient de faire valoir la réclamation de la société comme telle », a cru pouvoir rapprocher de l'hypothèse envisagée, d'un point de vue théo-

<sup>1</sup> Pour éviter des répétitions inutiles, l'on se borne à renvoyer ici à l'exposé de cette doctrine déjà fait par le Gouvernement espagnol dans ses *Exceptions préliminaires* de 1963, pp. 222 et ss.

<sup>2</sup> *Exceptions préliminaires*, 1960, p. 385; *Procédure orale*, II, pp. 255 et ss.; III, p. 861; *Contre-Mémoire*, IV, pp. 736 et s.

<sup>3</sup> Voir BECKETT, « *Diplomatic claims in respect of injuries to companies* », *Trans. of the Grotius Society*, vol. 17, London, 1932, p. 191, et JONES, *Claims on behalf of nationals who are shareholders in foreign companies*, B.Y.B.I.L., 1949, pp. 256 et 257. La position du premier de ces auteurs est particulièrement intéressante car il avance d'une manière évidemment plus admissible que celle que voudrait le Gouvernement belge (*supra*, § 12), l'idée d'un rapprochement avec la situation qui se produit en droit interne lorsque la minorité des actionnaires est autorisée à agir contre les administrateurs si ceux-ci, au lieu de protéger dûment les intérêts de la société, sont eux-mêmes à l'origine du préjudice subi par elle. Par analogie, suggère Beckett (p. 193), si c'est l'Etat national de la société qui lui cause le préjudice, l'Etat national des actionnaires devrait être autorisé, dans certaines circonstances, à intervenir sur le plan diplomatique en faveur de ces derniers.

<sup>4</sup> *Diplomatic claims*, *op. cit.*, pp. 190 et ss.; et JONES, *Claims*, *op. cit.*, *loc. cit.*: « A notre avis, ... la situation actuelle du droit international ne justifie pas la conclusion que, indépendamment d'un traité, le principe puisse être établi dans des termes plus étendus que ceux qu'on a indiqués. » (« *It is submitted ... that the present condition of international law does not justify the proposition that, independently of treaty, the rule can be stated more widely than it has been put above.* »)

rique, une autre hypothèse spéciale, où précisément la société posséderait la nationalité d'un Etat tiers. Mais lui aussi ne l'a fait que par rapport au cas spécifique où l'Etat national de la société se trouverait forclos, la nationalité de la société ayant été reconnue au préalable comme non effective, soit à la suite d'une décision judiciaire, soit en vertu d'un accord entre les différents Etats intéressés <sup>1</sup>.

Tout autre commentaire mis à part, il est donc certain que ces auteurs croient pouvoir justifier exceptionnellement, et par dérogation à la règle générale, une protection diplomatique d'actionnaires, exclusivement dans des cas où la protection de la société par son Etat national est, juridiquement et pratiquement, impossible. C'est cette « impossibilité » qui, à leurs yeux, constitue le fondement de la « justification » en question. Ce serait donc la déformer de la manière la plus inacceptable que de prétendre la faire jouer dans des cas où une pareille « impossibilité » ne subsiste nullement. Ce n'est certes pas un cas d'« impossibilité » de la protection diplomatique que celui qui se présente lorsqu'un Etat, ayant examiné une affaire soumise à son appréciation, conclut à l'inopportunité de présenter une réclamation à son égard. L'exercice de la protection diplomatique est un pouvoir discrétionnaire de l'Etat. Il n'existe aucun « droit » du particulier à « être protégé »; et si, dans un cas donné, l'Etat juge qu'il n'a pas à intervenir, il ne commet par là aucune infraction à ses obligations qui puissent justifier que d'autres se substituent à lui et agissent à sa place.

27. Cela étant, il est aussi évident qu'il n'y a aucune raison de s'attarder davantage sur des hypothèses de ce genre, puisqu'elles sont sans le moindre rapport avec la situation du cas d'espèce.

Non seulement le Gouvernement canadien ne s'est jamais trouvé dans l'impossibilité d'exercer la protection diplomatique de la société canadienne *Barcelona Traction*, ni à la suite d'une décision judiciaire ou d'un accord entre les différents Etats intéressés, ni pour une aucune autre raison. Non seulement son droit à ce propos n'a jamais été contesté par personne et, en particulier, ni par le Gouvernement espagnol ni par le Gouvernement belge. Non seulement, enfin, il n'a pas du tout refusé d'accorder à cette société sa protection diplomatique pour les griefs qu'elle avançait à l'égard des autorités espagnoles à la suite de sa mise en faillite en Espagne. Bien au contraire, il a simplement épousé les griefs des sociétés de sa nationalité et il a présenté en leur faveur les réclamations les plus fermes et les plus pressantes, appuyé en cela par le Gouvernement britannique; et il a obtenu, par ses interventions, que le Gouvernement espagnol accepte qu'une enquête internationale soit menée dans cette affaire.

Une fois connus les résultats de cette enquête, et la déclaration conjointe des trois Gouvernements du 11 juillet 1951 qui, en réalité, auraient suffi pour clore définitivement

<sup>1</sup> P. DE VISSCHER, *La protection*, op. cit., pp. 473 et 476. Le rapprochement fait par ce dernier auteur ne fait, de l'avis du Gouvernement espagnol, que rendre plus évidente l'erreur de base de la solution pragmatique proposée par la doctrine ici considérée. Celle-ci ne tient manifestement pas compte du fait que, dans les cas où un Etat n'a pas le droit d'introduire une réclamation en faveur de l'un de ses ressortissants parce que ce dernier ne peut pas alléguer avoir subi dans ses propres droits un préjudice internationalement illicite, ce droit ne peut pas naître tout à coup, du seul fait qu'un autre Etat n'a pas ou se voit dénier la possibilité d'intervenir en faveur d'une autre personne, ayant sa nationalité. Le fait qu'un tribunal international reconnaisse comme non-effective la nationalité juridiquement possédée par une personne déterminée ne peut ni autoriser cette personne à se prétendre doté d'une nationalité différente, ni non plus autoriser une autre personne à faire valoir par son Etat national les griefs de la première. Il ne saurait en être autrement que dans le cas où une conclusion différente s'imposerait en vertu d'un accord entre tous les Etats intéressés; mais alors ce serait la règle spéciale représentée par l'accord qui, de par sa nature, primerait sur la règle générale du droit coutumier et donnerait à l'Etat réclamant cette qualité pour agir qu'il ne possédait pas en vertu des principes généraux.

l'affaire, le Gouvernement canadien s'est bien rendu compte de la nécessité de modifier l'attitude précédemment prise dans ses notes de 1948 et de 1949 où il avait accepté — évidemment sans trop les soumettre à un examen critique — les prétentions des très actifs dirigeants de *Barcelona Traction*, et avait fondé sa réclamation sur les prétendus dénis de justice commis par les autorités administratives et judiciaires espagnoles à l'égard de cette société.<sup>1</sup>

28. En fait, dans sa note du 28 septembre 1951<sup>2</sup>, le Gouvernement canadien formulait nouvellement sa position en reconnaissant avant tout que le grief précédemment avancé au sujet du refus d'autoriser le transfert de devises était sans fondement<sup>3</sup>. En même temps le Gouvernement canadien laisse entièrement tomber, devant les objections de l'Espagne, l'accusation, précédemment formulée à l'encontre des autorités judiciaires espagnoles, d'avoir commis un déni de justice par la procédure suivie en Espagne lors de la faillite de *Barcelona Traction*<sup>4</sup>; et à dater de ce moment il ne s'appuie plus sur une prétendue violation, par l'Espagne, d'une obligation de droit international général et n'invoque comme grief que le fait que la saisie des biens de la société canadienne *Ebro* et la vente des actions et obligations de cette société constituaient une violation des dispositions du Traité de commerce et de navigation conclu à Madrid le 31 octobre 1922 entre le Royaume-Uni et l'Espagne, et du Traité entre les mêmes puissances du 27 juin 1924 concernant le traitement des sociétés, traités auxquels le Canada avait adhéré le 1<sup>er</sup> août 1928<sup>5</sup>. Il ne sera plus question, désormais, que de cette prétendue violation de dispositions du droit international conventionnel dans les échanges de notes entre le Canada et l'Espagne en 1951 et en 1952 et ce sera l'unique question dont le Gouvernement canadien demandera qu'elle soit soumise à un arbitrage. Ce point mis à part, le Gouvernement canadien montre bien qu'à son avis il n'y a pas d'autre contestation entre les deux pays sur le plan international et exprime désormais l'espoir que le différend entre les parties privées intéressées puisse être résolu grâce à un accord satisfaisant entre elles.

*Par la suite — et sans doute en conséquence des représentations énergiques et détaillées faites par le Gouvernement espagnol dans sa note du 3 janvier 1952 au sujet des allégations*

<sup>1</sup> Voir en particulier les points 5, 6 et 7 de la note du 27 mars 1948, reproduite au vol. III des *Annexes aux Exceptions préliminaires*, 1960, pp. 196 et s., et au vol. IX des *Annexes au Contre-Mémoire*, pp. 353 et s. Le texte du point 5 montre que les dirigeants de *Barcelona Traction* avaient même réussi à faire croire au Gouvernement canadien — en jouant, évidemment, sur les différences entre la procédure de faillite en Espagne et au Canada — que la société avait été victime d'un refus d'audience de la part du Tribunal de Reus. Le Gouvernement belge, connaissant mieux la situation, car la procédure belge s'apparente, en la matière, à la procédure espagnole, ne reprenait pas cette accusation dans sa note de même date. Voir aussi le point 5 de la note du 21 juillet 1949, *Annexes aux Exceptions préliminaires*, 1960, III, p. 203.

<sup>2</sup> Voir le texte de cette note au vol. III des *Annexes aux Exceptions préliminaires*, 1960, III, pp. 226 et ss.

<sup>3</sup> Voir le point 3: « Dans la déclaration signée à Madrid, le Gouvernement canadien a reconnu que le refus du Gouvernement espagnol d'autoriser, dans les années récentes, les transferts de devises étrangères demandés était pleinement justifié et que les divergences d'opinion quant au caractère adéquat des informations fournies par les sociétés dans le passé peuvent maintenant être considérées comme résolues en faveur de l'attitude du Gouvernement espagnol. »

<sup>4</sup> Voir point 5: « Le Gouvernement du Canada a précédemment exprimé l'opinion que la procédure suivie devant les tribunaux espagnols pour la faillite de la société canadienne *Barcelona Traction* constitue un déni de justice. Le Gouvernement espagnol a contesté cette opinion et a affirmé qu'il y a là des matières qui sont du ressort de l'autorité judiciaire espagnole, dans lesquelles le Gouvernement espagnol n'est pas compétent pour intervenir tant qu'elles restent *sub judice*. Le Gouvernement du Canada ne demande aucune intervention du Gouvernement espagnol qui ne soit pas prévue par la loi espagnole... » Il est à remarquer que dans sa note du 27 mars 1948, le Gouvernement canadien avait demandé au Gouvernement espagnol de prendre des mesures en vue d'une annulation complète de l'ordonnance de faillite et de tout ce qui l'avait suivie.

<sup>5</sup> Voir le point 6 de la note, *loc. cit.*, p. 227.

canadiennes relatives aux prétendues infractions aux Traités de 1922 et 1924 — le Gouvernement canadien, dans sa note du 21 avril 1952, tout en maintenant pour la forme son point de vue précédent et en exprimant le regret que le Gouvernement espagnol n'ait pas accepté de soumettre à un arbitrage le différend relatif à ce point précis, n'y insiste pas davantage et concentre son attention sur la recherche d'une « solution amiable » de la question entre les parties intéressées.

Etant désormais en possession d'éléments de jugement beaucoup plus approfondis, le Gouvernement canadien a maintenant acquis la conviction que, dans le cas d'espèce, il n'y a pas de base permettant de continuer à mettre en cause la responsabilité internationale de l'Etat espagnol en raison d'une prétendue violation d'obligations de droit international général, ni en raison de violations de dispositions conventionnelles. C'est donc un cas où la protection diplomatique de ses nationaux doit désormais se limiter à un appui aux intéressés en vue de la solution amiable d'un différend qui n'oppose que des particuliers. Et c'est de ce critère que s'inspireront, en 1954 et en 1955, ses interventions, notamment à l'occasion de la démarche verbale de l'ambassadeur du Canada auprès du Ministre espagnol des affaires étrangères en juillet 1954 et de la lettre du même personnage du 21 mars 1955<sup>1</sup>.

29. Le Gouvernement belge a une tendance marquée à oublier ce dernier document<sup>2</sup>. Il le gêne évidemment à un double titre, *et* parce qu'il dément formellement son assertion que le Canada aurait « renoncé à s'occuper de l'affaire » en 1952<sup>3</sup>, *et* parce qu'il témoigne de la nouvelle optique sous laquelle cette affaire lui est apparue après plus mûre réflexion. Pourtant la lettre du 21 mars 1955 réaffirme nettement le « profond intérêt » du Gouvernement canadien dans l'*Affaire Barcelona Traction*, indique sa préoccupation devant le fait que les parties n'ont pas encore réalisé un règlement amiable et demande au Gouvernement espagnol de prêter ses bons offices pour faciliter ce règlement. Une action de ce genre est, n'en déplaise au Gouvernement belge, *un exemple bien précis et incontestable d'exercice de la protection diplomatique*, car il n'est pas dit du tout que la protection diplomatique doive nécessairement prendre la forme de réclamations contentieuses et d'actions en justice. La vérité est que le Gouvernement canadien a continué à s'intéresser à l'*Affaire Barcelona Traction* de la manière que, ayant reconsidéré la question, il a jugé appropriée. Et si, par la suite, il n'a pas insisté dans ses démarches, c'est simplement parce que les dirigeants de *Barcelona Traction* n'y portaient plus d'intérêt, et commençaient même à trouver gênante la protection canadienne, ayant envisagé, dès 1956, de changer de

<sup>1</sup> *Annexes aux Exceptions préliminaires*, 1960, p. 244.

<sup>2</sup> Aucune mention n'en est faite dans l'*Appendice* consacré, aux pp. 741 et ss. de la *Réplique*, à cette question. Au lieu de rappeler cette lettre, l'*Appendice* mentionne à nouveau la lettre adressée quelques mois plus tard par le Ministre canadien des affaires étrangères à M. Dean, en réponse aux suggestions de ce dernier à propos d'une démarche conjointe et vigoureuse des ambassadeurs américain, canadien et belge auprès du Gouvernement espagnol. Manifestement, le Gouvernement canadien n'aimait pas les démarches « communes » avec des Gouvernements qu'il estimait moins qualifiés que lui. Il l'avait déjà montré clairement lors des pressions belges pour l'inclusion d'un Belge dans la Commission d'experts: il l'avait prouvé à nouveau lorsque, en février 1955, M. Dean avait fait une proposition analogue: le Gouvernement canadien avait décliné l'offre et choisi d'intervenir à titre individuel par la lettre du 21 mars. De plus, il n'approuvait pas la forme quelque peu « coloniale » des démarches qu'on lui proposait d'effectuer et n'estimait pas qu'elles fussent appropriées en l'espèce. C'est pourquoi il indique qu'à son avis la voie à suivre est celle de la recherche d'un règlement satisfaisant de l'affaire par des conversations privées entre les groupes intéressés. Le Gouvernement belge prend donc pour une marque de manque d'intérêt une attitude évidemment inspirée par de toutes autres raisons.

<sup>3</sup> Cette assertion objectivement fautive est d'ailleurs en contradiction avec les considérations exposées lors de la *Procédure orale* (III, p. 935) par le conseil du Gouvernement belge.

drapeau et de s'aventurer, grâce à l'aide du Gouvernement belge, sur la voie du procès international.

Si le Gouvernement belge, au lieu de bâtir son petit château en Espagne sur la base, combien fragile, du rapport de l'Ambassadeur de Belgique à Madrid à propos d'une entrevue avec le Ministre des affaires étrangères d'Espagne et d'une phrase qui y est attribuée à ce dernier <sup>1</sup>, s'était consacré à une relecture attentive de la correspondance hispano-canadienne, il se serait peut-être rendu mieux compte des vraies raisons de l'évolution de l'attitude canadienne dans l'affaire. Et il aurait peut-être compris que le silence du Gouvernement canadien devant la communication belge relative à l'introduction de la *Requête* devant la Cour — si silence il y a eu — n'était vraisemblablement pas inspiré par un manque d'intérêt tardif pour le sort d'une personne morale canadienne qui lui avait coûté des démarches répétées pendant huit ans, mais plutôt par une appréciation fort différente de toutes les circonstances de l'affaire <sup>2</sup>.

En tout cas, ce n'est certes qu'en niant l'évidence des faits et en faisant violence à la bonne foi que l'on pourrait prétendre présenter, dans ces conditions, *Barcelona Traction* comme une société qui n'aurait pas pu « bénéficier de la protection de son Etat national ». Et le Gouvernement belge, en tant que gouvernement « national » des prétendus actionnaires, n'a le droit ni de présenter des réclamations contre le Gouvernement canadien parce que ce dernier, à un moment donné, a jugé ne plus devoir donner à l'affaire un caractère contentieux, ni de se substituer à lui pour faire valoir contre le Gouvernement espagnol, au nom et pour le compte desdits « actionnaires » le déni de justice qu'il prétend — et qu'il est désormais seul à prétendre — avoir été illicitement infligé à la société canadienne.

c) *La prétendue impossibilité d'exercer l'activité (ou l'action?) sociale*

30. Reste la troisième circonstance, sur laquelle la *Réplique* pense qu'il faudrait insister tout particulièrement.

Cette condition relève elle aussi — bien qu'elle soit déformée au point d'être méconnaissable — d'une certaine élaboration doctrinale de considérations parfois énoncées dans la pratique diplomatique et arbitrale.

<sup>1</sup> Il faut, toutefois, donner acte au Gouvernement belge du fait qu'il n'a plus invoqué, dans la *Réplique*, la force probante de ce « document », que son conseil avait au contraire largement commenté lors de la *Procédure orale* (III, p. 934). Il préfère s'appuyer, cette fois-ci (p. 743 de la *Réplique*, V) sur une autre conversation : celle qui aurait eu lieu au début de 1952 entre le Ministre des affaires étrangères du Canada et le Consul d'Espagne à Ottawa.

<sup>2</sup> Cela ne vaut pas la peine de s'arrêter à relever particulièrement les assertions gratuites et malveillantes qui figurent à l'*Appendice* déjà mentionné de la *Réplique* (p. 741), selon lesquelles le Gouvernement espagnol se serait dérobé à la tâche de répondre aux questions posées par le Juge Jessup et de commenter les « nouvelles pièces » produites en réponse auxdites questions par le Gouvernement belge, ou encore aurait « déformé » la II<sup>e</sup> question posée par ce Juge.

Lors de la *Procédure orale* (III, pp. 822 à 825), le Gouvernement espagnol a clairement fait savoir, en réponse à cette question, qu'à sa connaissance il n'y avait pas eu d'autres démarches canadiennes après celle du 21 mars 1955; et il a aussi indiqué quelles étaient, à son avis, les raisons de ce fait. Par la même occasion il fait des commentaires à propos des nouvelles pièces belges.

Quant au Gouvernement belge, s'il a produit ces « pièces », dont il continue de faire état, peut-être pour se convaincre qu'elles ont de l'intérêt, il n'a par contre produit aucun élément nouveau à l'égard du grave point d'interrogation qui subsistait à propos de la réaction canadienne à l'annonce belge de l'introduction de la *Requête*. Il ne fait que répéter aujourd'hui ce qu'il avait déjà dit, c'est-à-dire que le Gouvernement canadien aurait simplement gardé le silence. Le Gouvernement espagnol n'a, donc, qu'à reprendre à son tour le commentaire qu'il avait fait à ce propos dans la *Procédure orale* (III, p. 825).

La pratique, à vrai dire, a été loin d'établir, sur ce point, un principe ferme et positif. On y trouve avant tout des prises de position qui soulignent négativement que les actionnaires (et, donc leur Etat national) n'ont aucun titre à présenter une réclamation en invoquant une atteinte aux biens de la société, parce qu'ils n'ont sur ces biens aucun droit, du moins tant que la société n'a pas encore été dissoute et liquidée et donc que n'a pas pris naissance le droit des actionnaires sur leur part respective du résidu d'actif, à supposer qu'il y en ait. C'est tout particulièrement dans l'*affaire Kunhardt*<sup>1</sup> que les arbitres — qui, tout en étant d'accord sur le rejet de la réclamation, étaient en désaccord sur le point de fait de savoir si la société vénézuélienne avait ou non été dissoute en droit — ont exprimé des vues très nettes à cet égard<sup>2</sup>. Le commissaire vénézuélien, qui répondait négativement à cette question, soulignait que, la société n'ayant pas été dissoute, les actionnaires n'étaient aucunement habilités à exercer ses droits en se substituant aux organes sociaux; alors que le commissaire américain, qui était de l'avis contraire, soulignait le fait que la dissolution de la société fait naître, après paiement des dettes, les droits des actionnaires sur des quote-parts proportionnelles des biens sociaux.

Cette argumentation négative, selon laquelle, tant que la société est en existence, l'actionnaire n'a aucun droit sur les biens de la société et, partant, aucun *status* pour présenter une réclamation motivée par des préjudices causés aux biens sociaux de sorte qu'il est inadmissible que l'on intervienne pour leur compte, se retrouvera dans les objections opposées par la note britannique du 5 juillet 1928 aux prétentions américaines, dans l'*affaire Romano-Americana*<sup>3</sup> et dans celles formulées par le Gouvernement mexicain dans l'*affaire de la Mexican Eagle Co.*<sup>4</sup>.

La doctrine ne s'est montrée que modérément favorable à l'idée qu'une protection diplomatique d'actionnaires pour un préjudice causé aux droits de la société en tant que telle — toujours, bien entendu, du fait de l'Etat national de la société — d'illégitime puisse devenir légitime parce que la société a été dissoute et parce que ses droits ont ainsi, en quelque sorte, passé aux actionnaires. Certains auteurs ont formulé des doutes sérieux quant au bien-fondé de cette idée<sup>5</sup>. On peut reconnaître, d'un côté, que l'idée même

<sup>1</sup> N.U., *R.S.A.*, vol. IX, pp. 171 et ss. Une analyse de ce cas a été déjà fournie par le Gouvernement espagnol dans ses *Exceptions préliminaires*, 1963, I, pp. 207 et ss.; et dans son *Contre-Mémoire*, IV, p. 724. Une réfutation de la présentation tendancieuse de cette affaire faite dans la *Réplique* (p. 689) figure à l'*Annexe 201*. Pour ne pas alourdir à l'excès le texte de cette *Duplique*, le Gouvernement espagnol répond plus en détail dans l'Annexe indiquée aux nouveaux efforts de déformation de la pratique auxquels s'est consacré le Gouvernement belge aux pp. 663 et ss. de la *Réplique*.

<sup>2</sup> On a parfois cité, à cet égard, aussi l'*affaire Baasch and Römer* (N.U., *R.S.A.*, vol. X, pp. 723 et ss.). Mais pour ce qui est du point ici considéré, l'arbitre, qui a repoussé la réclamation, s'est borné à dire (p. 726) que la société vénézuélienne était en existence. Dans l'*affaire des Navires pétroliers de la D.A.P.G.* (N.U., *R.S.A.*, vol. II, pp. 777 et ss.), le Tribunal arbitral, qui a aussi rejeté la réclamation, a rappelé que, relativement au patrimoine de la société, les actionnaires n'ont d'autre droit que celui de recevoir « pendant l'existence de la société », une part des bénéfices que la majorité a décidé de distribuer et, « après sa dissolution », une part proportionnelle des biens (p. 787). Pour des détails sur cette affaire, v. *Annexe 201*.

<sup>3</sup> Voir HACKWORTH, *Digest of International Law*, vol. V., pp. 842 et ss. Voir à l'égard de ce cas, ce qui a été dit aux *Exceptions préliminaires*, 1963, pp. 218 et ss.; et dans la *Procédure orale*, vol. I, pp. 241 et ss. Pour une mise au point à propos de certains « commentaires » belges récents, v. *Annexe 201*.

<sup>4</sup> Dans sa note du 26 avril 1938, le Gouvernement mexicain rappelait que l'actionnaire n'a droit qu'à recevoir une part du résidu d'actif à la dissolution ou à la liquidation de la société; et que jusqu'à ce moment il n'est pas possible d'établir que l'actionnaire a subi un préjudice distinct de celui subi par la société. Voir JONES, *Claims, op. cit.*, p. 241.

<sup>5</sup> BECKETT (*Diplomatic claims, op. cit.*, p. 191) trouve cet argument peu solide, du point de vue du bon sens aussi bien que de celui du droit. JONES (*Claims, op. cit.*, p. 257) est lui aussi critique à cet égard. Tous deux considèrent comme décisive seulement la double circonstance que le préjudice ait été infligé à la société par son Etat national et qu'il n'y ait pas de moyens de recours sur place.

paraît correcte en ce qu'elle se réclame du respect du principe fondamental selon lequel l'on ne peut intervenir internationalement en faveur d'une personne, même si elle est actionnaire d'une société, que si elle-même a été illicitement atteinte dans ses propres droits par l'acte préjudiciable<sup>1</sup>. On se demande, toutefois, si l'on peut vraiment dire qu'un préjudice causé aux droits de la société et qui en provoque la dissolution peut être présenté d'emblée comme un préjudice infligé à des droits qui ne reviennent aux actionnaires qu'après que la dissolution ait été réalisée. Il serait peut-être plus exact de dire que, après la dissolution de la société, les actionnaires se présenteraient en quelque sorte comme les cessionnaires ou les successeurs de la société. Cette solution aussi poserait, toutefois, quelques problèmes difficiles à résoudre<sup>2</sup>.

Quoi qu'il en soit, cet aspect de la question est manifestement dépourvu d'intérêt par rapport à l'espèce. Toutes les descriptions imagées auxquelles la Partie adverse nous a habitués, qui présentent *Barcelona Traction* comme n'étant plus qu'un « fantôme » ou une « coquille vide », ou un « organisme pratiquement défunt » ne peuvent certes pas masquer la réalité: *Barcelona Traction* n'a jamais été dissoute; elle a gardé son existence en tant que personne morale distincte des actionnaires et, partant, ses droits sur le patrimoine social, qui n'est jamais devenu la propriété des actionnaires, ni au moment de la faillite ni ultérieurement<sup>3</sup>.

31. Il y a, toutefois, un autre aspect de la question, qui semble ressortir en quelque manière d'une partie de la pratique et de la doctrine, et dont il faut encore tenir compte, car c'est cet autre aspect que la *Réplique* a vraisemblablement pris comme point de départ pour définir sa « troisième circonstance exceptionnelle », même si entre le point de départ et le point d'arrivée il n'y a plus aucun rapport.

Cet autre aspect, comme on l'a déjà signalé au début de ce paragraphe, sous la lettre a), est lié à la possibilité, pour la société elle-même, d'exercer l'action sociale sur le plan interne.

Dans l'affaire *Delagoa Bay*, par exemple, l'allégation que la société portugaise *Lourenço Marques* avait « cessé d'exister à toute fin utile » ou était « pratiquement défunte »<sup>4</sup>, semble avoir été avancée par le Gouvernement britannique surtout en vue de deux buts.

<sup>1</sup> C'est ce que faisait justement la note britannique déjà citée à propos de l'affaire *Romano-Americana* (HACKWORTH, *loc. cit.*, p. 843) en soulignant qu'il y avait là non pas « une exception à la règle générale mais en fait un exemple de son application; car ce n'est qu'après qu'une société a cessé d'avoir une existence active ou bien a été mise en liquidation que l'intérêt de ses actionnaires cesse de n'être que le droit à une part des bénéfices de la société et devient un droit à une part du résidu d'actif effectif ».

<sup>2</sup> P. de VISSCHER (*La protection, op. cit.*, p. 474) estime que se pose en la matière un problème quant à l'exigence de la continuité de la nationalité de la réclamation. Il croit précisément pouvoir le résoudre en observant que, quand l'acte dommageable met juridiquement fin à la société, le dommage et la dissolution ont lieu simultanément, de sorte que les droits auxquels il a été porté atteinte seraient dès l'origine les droits des actionnaires sur leurs parts du résidu d'actif et la réclamation n'aurait jamais pu acquérir la nationalité de la société dissoute. L'argument est ingénieux, mais reste quelque peu artificiel et ne convainc qu'à demi.

<sup>3</sup> Comme le Gouvernement espagnol l'indiquait déjà dans la *Procédure orale* (III, p. 862), la faillite d'une société ne comporte nullement sa dissolution, et ce dans tous les systèmes juridiques du monde. Une prémisses indispensable de la dissolution est l'ouverture de la procédure de liquidation selon les formes légales. Jamais il n'a été question d'une ouverture de cette procédure par le *receiver* canadien de la société; les actions de cette dernière continuent, d'ailleurs, d'être cotées aux bourses les plus importantes.

<sup>4</sup> Cette double assertion figurait dans la lettre du 10 septembre 1889 adressée par le Représentant britannique à Lisbonne, le Marquis de Salisbry, au Ministre portugais des affaires étrangères M. Petre (v. PARRY, *B.D.I.L.*, VI, vol. 5, pp. 540 et s.). Ce fait suffit à la *Réplique* (p. 646) pour affirmer que la formule « *practically defunct* » se retrouve « dans la jurisprudence ».

Le premier était d'indiquer que ladite société était devenue, à un moment donné, une pure fiction et que la concession du chemin de fer ne continuait de lui appartenir que pour la forme, tandis qu'en fait elle était la propriété de la société britannique<sup>1</sup>. C'est dans ce sens que l'argument a été repris par la sentence arbitrale<sup>2</sup>. Le deuxième objectif était de montrer que la société portugaise avait été placée par son Gouvernement national dans une situation où elle n'avait plus la possibilité d'exercer une action quelconque pour la défense de ses droits lésés<sup>3</sup>. C'est de la même finalité que s'inspirait le Gouvernement britannique, dans la note citée au paragraphe précédent à propos de l'*affaire Romano-Americana*.

Se basant évidemment sur ces quelques prises de position, un auteur belge dont on a déjà rappelé les conceptions en la matière<sup>4</sup> a essayé de bâtir une théorie en vertu de laquelle l'Etat national des actionnaires d'une société étrangère serait autorisé à réclamer dans les cas où cette société aurait été placée dans une situation de droit ou de fait telle que l'actionnaire ne pourrait plus compter sur l'exercice par la société de l'*action sociale* devant les tribunaux internes. Cela se produirait soit dans l'hypothèse où la société serait nationalisée, soit lorsqu'elle serait elle-même dissoute ou que son objet social serait supprimé par une décision législative ou administrative. Dans ces hypothèses l'actionnaire étranger, privé sur le plan interne de la possibilité de *bénéficier de l'effet utile de l'action sociale* normalement exercée par la société elle-même, devrait, dit-on, pouvoir bénéficier de la protection de son Etat national<sup>5</sup>.

Or, il est évident que si l'on voulait comparer la situation du cas d'espèce avec les hypothèses envisagées dans cette théorie — que l'on ne s'arrêtera pas à critiquer ici, même si son fondement paraît fort contestable —, l'on ne pourrait que conclure qu'il n'y a pas entre elles le moindre rapport. *Barcelona Traction* n'a jamais été dissoute par l'action de l'Etat espagnol: il aurait d'ailleurs été difficile qu'elle puisse l'être, n'étant pas une société de nationalité espagnole. Elle n'a pas non plus été soumise à aucune des mesures dont il est question dans la théorie considérée. Et l'on ne saurait certes imaginer exercice plus intensif de l'action sociale que celui qu'elle en a fait, en introduisant une foule de recours judiciaires, même si parmi ces derniers ne figuraient précisément pas ceux qui auraient dû être formés.

Consciente de cela, la *Réplique* a eu recours à un petit stratagème: elle a remplacé, dans la pensée dont elle s'est inspiré, les mots *action sociale* par ceux d'*activité sociale*, ce qui lui a permis de mettre en avant le fait que *Barcelona Traction* ne serait prétendu-

<sup>1</sup> Cette situation ambiguë était due seulement à l'impossibilité de transférer la concession à une société étrangère. V. *ibid.*, *loc. cit.*

<sup>2</sup> Voir le point X de la sentence (LA FONTAINE, *Pasicrisis internationale*, 1794-1900, p. 409): « Au reste, celle-ci [la *Delagoa Bay Co.*] avait, de fait, assumé la tâche incombant à la Compagnie portugaise, demeurée concessionnaire en la forme. »

<sup>3</sup> « For the Portuguese Company, after submitting, under protest, to a decision which it felt itself incapable of resisting, for all practical purposes, ceased to exist. »

Dans l'*Affaire El Triunfo*, c'était la majorité (américaine) des actionnaires qui se plaignait que les mesures des autorités judiciaires et gouvernementales du Salvador avaient privé de tout effet utile l'action sociale qu'ils avaient entreprise pour rétablir, au sein de la société salvadorègne *El Triunfo Co.*, la situation compromise par les procédés frauduleux de certains administrateurs de la société, qui avaient usurpé les fonctions de direction. Sur cette affaire, v. *Annexe 201*.

<sup>4</sup> Voir *supra*, § 13 b), N° 26.

<sup>5</sup> C'est la théorie élaborée par P. DE VISSCHER (*La protection, op. cit.*, pp. 475 et ss) L'auteur voit une justification de sa conclusion dans le fait que les mesures qu'il indique priveraient la société d'une personnalité juridique effective et aboutiraient ainsi à « l'absence de tout intermédiaire valable entre les actionnaires et les droits lésés ».



ment plus à même de reprendre une activité propre<sup>1</sup>. Le Gouvernement belge a malheureusement oublié de nous expliquer pour quelle raison le fait de ne pouvoir éventuellement pas reprendre son activité économique antérieure priverait la société et ses dirigeants de l'action sociale, c'est-à-dire du droit et de la possibilité concrète de faire valoir sur le plan judiciaire les réclamations de la société. Et il a également oublié de nous expliquer pourquoi, après épuisement des moyens de recours internes, l'intervention de l'Etat national de la société ne devrait plus — toujours à cause de la même circonstance — représenter une protection internationale suffisante des intérêts de la société elle-même et, indirectement, de ceux de ses actionnaires, de sorte que l'Etat national des actionnaires devrait être exceptionnellement autorisé à intervenir de façon autonome sur le plan international!

32. L'analyse que l'on vient d'effectuer dans ce paragraphe a donc montré à quel succès est voué le Gouvernement belge lorsque, se rendant compte de l'impossibilité de tenir sa position principale selon laquelle la qualité pour agir en l'espèce lui serait octroyée par les principes généraux du droit international eux-mêmes, il se replie sur une position moins outrée et cherche à justifier cette prétendue qualité pour agir sur la base d'un concours de circonstances spéciales.

Le Gouvernement belge a beau recourir à toutes les ressources de son imagination dans la quête et dans la présentation de ces « circonstances », comme dans la « description » des aspects du cas d'espèce; il ne lui est quand même pas possible de changer la réalité des choses. *Barcelona Traction* est une société qui est sans aucun doute en existence, même aujourd'hui, en tant que personne morale distincte et autonome; une société à laquelle l'action du Gouvernement espagnol n'a certes jamais enlevé la capacité d'exercer l'action sociale à son profit et à celui de ses actionnaires. C'est une société qui, au contraire, fait l'usage le plus intensif, quoique volontairement tardif et inapproprié, de cette capacité. Elle est, enfin, une société qui, loin de se trouver, pour une raison ou pour une autre, dans l'impossibilité d'être protégée par son Etat national au moment où elle se plaint d'avoir été indûment lésée dans ses droits par les autorités espagnoles, bénéficie en l'espèce de l'exercice actif et efficace de cette protection au cours de huit ans d'interventions, qui ne cessent finalement que parce qu'on ne les désire plus. Voilà une situation qu'on aurait bien de la peine à faire passer pour une hypothèse où l'intervention sur le plan international de l'Etat national des actionnaires devrait s'imposer pour combler une lacune grave dans le système de protection interne et international!

§ 14: *La qualité exclusive en droit international général de l'Etat national de la société pour agir en cas de préjudice illicitement causé par un Etat étranger aux droits de la société: caractère abusif de la demande belge.*

33. On a raisonné jusqu'ici par référence aux prétendues « circonstances spéciales » invoquées par le Gouvernement belge, sans prendre pour le moment en considération la

<sup>1</sup> Cette assertion est, d'ailleurs, en elle-même étonnante. Si vraiment, comme la société le prétend, la déclaration de faillite et la procédure qui l'a suivie avaient été entachées de violation de la loi, la société aurait pu le faire valoir en formant à temps, auprès des autorités judiciaires, les recours appropriés, précisément en vue d'obtenir le rétablissement de sa situation antérieure. Et s'il avait été vrai, comme le Gouvernement canadien l'avait à l'origine prétendu, que la faillite n'aurait été que la conséquence d'un refus illégitime d'accorder les devises nécessaires au paiement des créanciers, alors la Commission internationale d'enquête l'aurait constaté et la société aurait été mise, par conséquent, en mesure de reprendre son activité antérieure ou d'en entreprendre une autre. Mais si, par contre, la faillite n'est en réalité que la conséquence inévitable de la situation créée par les administrateurs de la société, alors ce n'est qu'à elle-même et non pas à l'Etat espagnol qu'elle doit se plaindre si elle ne peut plus poursuivre aujourd'hui son activité sociale.

question préalable essentielle: c'est-à-dire la question de savoir avant tout s'il serait vrai que le droit international général prévoirait lui-même que, dans un concours de circonstances déterminées, l'on puisse faire exception à la règle qui se dégage d'une application des principes généraux en la matière et qui veut que ce soit l'Etat national de la société et lui seul qui puisse réclamer pour un préjudice causé par un Etat étranger aux droits d'une société en tant que telle, en violation d'une obligation internationale. Le fait que, de toute manière, les conditions envisagées ne se trouveraient pas réunies dans le cas d'espèce ne nous dispense pas de répondre à cette question fondamentale.

34. Dans ce contexte, le Gouvernement belge n'a fait, cette fois-ci, qu'un appel plus discret que par le passé au principe, qui semblait lui être si cher, du « soulèvement du voile de la personnalité morale ».

On peut s'abstenir de longuement commenter certaines phrases, comme celle où l'on voudrait attribuer au Gouvernement espagnol une « extrême méfiance » pour la personnalité morale des sociétés: idée vraiment curieuse si l'on pense qu'au cours de tout ce procès c'est l'Espagne qui s'est efforcée de convertir la Partie adverse au respect de la personnalité juridique distincte de la société et des conséquences qui en découlent <sup>1</sup>, et c'est la Belgique qui essaie systématiquement de s'y dérober.

Mais le Gouvernement belge, il faut lui en donner acte, n'a plus essayé de contester sérieusement le bien-fondé des considérations que le Gouvernement espagnol avait précédemment exposées à propos de la signification et de la portée du principe du « soulèvement du voile » tel qu'il a été défini dans le domaine où il est né, à savoir celui des rapports de droit privé, et tel qu'il a passé, de là, aux domaines du droit public et du droit international <sup>2</sup>.

Le Gouvernement belge qui, comme on l'a vu, évoque lui-même la « construction commode de la société-personne juridique », sait d'ailleurs très bien que le principe permettant exceptionnellement de passer outre cette « construction » s'est affirmé de pair avec le développement moderne du phénomène corporatif, comme un contrepoids à l'avantage que la « construction » procure à ceux qui s'en servent. Il sait aussi très bien que, dans le cas particulier des sociétés anonymes, c'est le privilège extraordinaire de l'actionnaire (de ne pas engager sa responsabilité et de ne pas comparaître) auquel il faut imposer une limite dès lors qu'il paraît possible que l'on ait fait de ce privilège un usage illicite ou abusif: l'autorisation de soulever dans ces cas le voile de la société constitue précisément cette limite.

Tout cela est tellement clair et tellement incontestable que le Gouvernement belge a préféré, cette fois-ci, s'en tenir au seul droit international, et ce pour dire qu'il existe une différence fondamentale, « en ce qui concerne la défense des droits des actionnaires, entre l'action poursuivie sur le plan du droit interne et l'action au plan du droit international »; et que « les relations entre l'Etat national de la société et l'Etat national des actionnaires, en ce qui concerne l'exercice de la protection diplomatique, ne peuvent pas être réglées dans tous les cas suivant les principes qui définissent les rapports entre l'action de la société et celle de l'actionnaire en droit interne » <sup>3</sup>. Le Gouvernement espagnol peut

<sup>1</sup> Voir à ce propos, *Exceptions préliminaires* de 1963, I, pp. 226 et ss.; *Procédure orale*, II, pp. 255 et ss.; III, pp. 860 et ss.; *Contre-Mémoire*, IV, pp. 723, 744 et ss.

<sup>2</sup> Voir particulièrement *Procédure orale*, III, pp. 855 et ss.; *Contre-Mémoire*, p. 747.

<sup>3</sup> Voir *Réplique*, V, p. 659.

assurer le Gouvernement belge qu'il est convaincu, encore plus que lui, de cette différence fondamentale de plans et de relations. Il est dommage que le Gouvernement belge ne se soit pas souvenu de cette différence lors de sa tentative de « projection » sur le plan du droit international d'une prétendue « réalité » du droit interne <sup>1</sup>.

Cela étant dit, le Gouvernement espagnol tient à préciser une fois de plus qu'en dépit de la différence en question il n'est nullement de l'avis que le principe du soulèvement du voile de la personnalité morale ne trouve pas application aussi dans le domaine des rapports internationaux; et ce qu'il a dit à ce propos en plusieurs occasions prouve combien il est gratuit de lui prêter l'opinion contraire <sup>2</sup>. Mais encore faut-il voir dans quelles situations cette application peut avoir lieu et avec quels objectifs <sup>3</sup>.

En raison, justement, du fait que les systèmes de droit interne d'un côté et le système international de l'autre se situent à des niveaux différents, le Gouvernement espagnol peut être d'accord pour reconnaître qu'« il ne suffirait pas de prouver que, dans une hypothèse donnée, le droit interne n'autorise pas la levée du voile de la personnalité morale, pour qu'on puisse en déduire qu'il en sera de même pour le droit international ». Toutefois, avant d'énoncer cette proposition subordonnée, il faut avoir énoncé préalablement la principale, à savoir qu'il ne suffirait pas de prouver que, dans une hypothèse donnée, le droit interne autorise la levée du voile de la personnalité morale, pour qu'on puisse en déduire qu'il en sera de même en droit international.

Ce qu'il faut fournir, en d'autres termes, c'est la démonstration positive du fait que par rapport à une situation donnée, l'ordre juridique international permettrait exceptionnellement de ne pas tenir compte d'une réalité de droit interne telle que l'existence d'une personne morale <sup>4</sup>. Car il n'est pas possible de présumer, sans plus, que l'ordre international négligerait, en règle générale, l'existence de la personnalité morale des sociétés de droit interne et qu'il faudrait fournir la démonstration du fait que dans des cas exceptionnels il accepterait que l'on en tienne compte!

Au surplus, ce qui est non moins inadmissible c'est que l'on profite de ce que le droit interne et le droit international se situent sur des plans différents pour que, sur ce deuxième plan, l'on fasse passer pour un soulèvement du voile de la personnalité morale ce qui ne le serait pas du tout: une opération, par exemple, qui loin d'être un « soulèvement » visant à dévoiler ce qui se cache derrière le voile, serait un « rejet » du voile par ceux-là mêmes qui l'ont voulu au départ et qui s'en servent de sorte à pouvoir bénéficier de tous les avantages de la « construction commode » et à se soustraire en même temps à ses inconvénients éventuels.

Ce n'est toutefois pas la peine de prolonger cette discussion de principe, car finalement le Gouvernement belge n'appuie ses discours théoriques à cet égard que sur son vieil argument selon lequel le principe du soulèvement du « voile de la personnalité juridique »

<sup>1</sup> Voir, à cet égard, les commentaires faits *supra*, au § 12 de cette Section.

<sup>2</sup> Ce n'est pas par de petits artifices comme celui d'intituler le paragraphe destiné à critiquer la position espagnole à ce sujet: « La prétendue interdiction de lever le voile de la personnalité morale » que l'on contribue à une discussion objective pouvant faciliter la tâche de la Cour.

<sup>3</sup> C'est ce que le Gouvernement espagnol s'est efforcé de déterminer dans la *Procédure orale*, III, p. 856; et dans son *Contre-Mémoire*, IV, pp. 748 et ss.

<sup>4</sup> Il ne faut pas oublier non plus que si une réalité de droit interne peut bien être, aux yeux du droit international, une réalité de fait, elle n'en reste pas moins une réalité que l'on ne peut pas écarter sans dénaturer les circonstances mêmes du cas d'espèce et, par là, les prémisses d'une application correcte du droit international.

aurait été consacré dans la pratique parce que le voile aurait été concrètement levé en faveur d'actionnaires dans ce qu'il prétend être des « précédents ». Dans ces termes concrets, le problème revient donc à celui qu'on a énoncé au commencement de ce paragraphe. Il s'agit de voir si vraiment, dans le droit international général, une règle coutumière spéciale se serait formée; une règle comportant dans certaines conditions une exception à la règle de base, selon laquelle seul l'Etat national d'une société peut avoir qualité pour agir en réparation d'un préjudice subi par la société elle-même dans ses propres droits, en raison du fait, internationalement illicite, d'un Etat étranger<sup>1</sup>.

Cette question n'a certes pas, hélas!, dans le cadre de ce procès, le charme de la nouveauté. Le Gouvernement espagnol s'excuse de devoir y revenir une fois de plus, le Gouvernement belge persistant à ne pas vouloir reconnaître l'évidence des faits qu'on lui a rappelés à tant de reprises<sup>2</sup>.

35. La constatation que le Gouvernement espagnol a pu faire et confirmer chaque fois qu'il a procédé — et si scrupuleusement — à l'analyse de la pratique internationale, a été que cette pratique n'offre aucun précédent dans lequel on aurait admis une réclamation en faveur d'actionnaires pour un préjudice internationalement illicite causé par un Etat aux droits d'une société étrangère. On a vu que cette construction est faite même par quelque auteur qui, développant théoriquement sa thèse tendant à justifier la protection diplomatique des actionnaires par une situation d'« impossibilité juridique » de l'exercice de la protection diplomatique de la société, envisage que cette situation puisse se retrouver aussi dans des hypothèses où un accord spécial ou une sentence judiciaire auraient sanctionné cette « impossibilité » à l'égard de l'Etat national d'une société ayant subi un préjudice du fait d'un Etat étranger<sup>3</sup>. Quoique à contrecoeur, le Gouvernement belge est d'ailleurs forcé lui-même de reconnaître l'exactitude de la constatation faite à ce sujet par le Gouvernement espagnol<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Après les développements fournis au cours de toute cette Section, l'on ne croit pas nécessaire de s'arrêter à préciser ici à nouveau le contenu de cette règle qui est la simple conséquence logique de l'application au domaine ici considéré des principes généraux concernant le traitement des étrangers, la responsabilité internationale et la protection diplomatique.

Le Gouvernement belge (*Réplique*, V, pp. 660 et ss.) n'hésite pas à faire dire au Gouvernement espagnol « non seulement que le Gouvernement national de la société peut, seul, protéger celle-ci en tant que telle, mais encore que ses droits excluraient ceux des autres Etats dont les ressortissants auraient pu subir un préjudice en même temps que la société, notamment en leur qualité d'actionnaires ». Pour couper court une fois pour toutes à ces tentatives réitérées de distorsion et de déformation, l'on se bornera à répéter ici une fois de plus la thèse espagnole qui est que seule une protection diplomatique de la société peut être envisagée lorsque ce ne sont que les droits de la société qui ont été lésés par un Etat étranger, en violation d'une obligation internationale de cet Etat envers l'Etat national de la société. Une protection diplomatique des actionnaires — isolée ou parallèle à celle de la société — peut être admise lorsque ceux-ci peuvent alléguer à leur tour avoir été lésés dans leurs droits d'actionnaires, en violation d'une obligation internationale de l'Etat auteur du préjudice envers leur Etat national. Le Gouvernement espagnol n'a jamais entendu attribuer un monopole à quiconque. Il entend seulement que chacun puisse faire valoir ses propres griefs et non pas ceux des autres: il ne peut pas admettre qu'un Etat présente comme une atteinte internationalement illicite aux droits de ses ressortissants ce qui ne saurait être, à la rigueur, que la répercussion indirecte d'une atteinte aux droits d'un ressortissant d'un autre Etat et dont seul cet autre Etat a titre pour alléguer le caractère illicite.

<sup>2</sup> Voir, pour les résumés, successivement présentés par le Gouvernement espagnol, de l'analyse de la pratique internationale, *Exceptions préliminaires*, 1960, pp. 385 et ss.; *id.*, 1963, I, pp. 225 et ss.; *Procédure orale*, II, pp. 239 et ss.; 246 et ss.; III, pp. 860 et ss.; *Contre-Mémoire*, IV, pp. 721 et ss., 735 et ss.

<sup>3</sup> Voir la référence au cours de Paul DE VISSCHER, *La protection*, *op. cit.*, p. 476, faite *supra* au § 13 b), No 26.

<sup>4</sup> Une fois de plus il essaie (*Réplique*, p. 681) de diminuer la gravité de son aveu en disant, d'une manière équivoque, que les précédents les plus nombreux concernaient des affaires où la société avait la nationalité de l'Etat défendeur. Déjà dans la *Procédure orale*, III, p. 590, il avait dit « la quasi-totalité » à la place de ce qui aurait été exact, à savoir « tous les précédents ».

Le Gouvernement belge, à vrai dire, a essayé parfois, quoique d'une façon très timide et sans insister, de présenter le cas de l'intervention des Etats-Unis à côté de la Grande-Bretagne dans l'affaire *Delagoa Bay* comme un cas de protection d'actionnaires pour un préjudice causé à une société étrangère par un Etat tiers<sup>1</sup>. En réalité, comme le Gouvernement espagnol l'a précisément souligné<sup>2</sup>, le Gouvernement américain, dans ses interventions auprès du Gouvernement portugais à propos de cette affaire a allégué comme grief une prétendue lésion directement subie par un ressortissant américain dans ses droits en tant que titulaire originaire d'une concession<sup>3</sup>. *Jamais*, dans la correspondance entre le Gouvernement américain et le Gouvernement portugais le premier n'a fait état — et pour cause! — de la qualité d'actionnaire de la société britannique *Delagoa Bay* possédée par le ressortissant américain McMurdo ou par sa veuve. Il est vraiment caractéristique, à ce propos, que le Gouvernement belge<sup>4</sup>, dans l'illusion de « démentir » le Gouvernement espagnol, ait cru pouvoir produire utilement une communication adressée par le Gouvernement des Etats-Unis *non pas au Gouvernement portugais, mais au Gouvernement britannique*, et ce simplement pour informer ce dernier et, par son intermédiaire, la société anglaise, de l'indemnisation que demandait la veuve McMurdo<sup>5</sup>. Ce que, par contre, le Gouvernement belge s'abstient, bien entendu, de mentionner, c'est qu'un différend s'engagea alors entre Gouvernement américain et Gouvernement britannique au sujet de la répartition de la réparation que l'on obtiendrait de l'arbitrage, le premier Gouvernement ne pouvant pas accepter que toute la somme fût versée à la société pour être ensuite distribuée par les liquidateurs de celle-ci<sup>6</sup>. Au cours de ce différend, le même Gouvernement américain, dans ses instructions au Ministre des Etats-Unis à Londres, s'empressa de bien préciser qu'il n'entendait pas connaître des affaires de la société anglaise et (...) ses griefs, et qu'il faisait sien celui de McMurdo *en tant que concessionnaire originaire* pour le préjudice que le Gouvernement portugais lui avait causé en cette qualité *par la saisie et la confiscation du chemin de fer*<sup>7</sup>. Il faisait aussi comprendre expressément

<sup>1</sup> Voir *Procédure orale*, III, p. 587; *Réplique*, V, p. 686.

<sup>2</sup> Voir en dernier lieu le *Contre-mémoire*, IV, p. 726.

<sup>3</sup> Le grief avancé par le Gouvernement américain était qu'il ne pouvait pas permettre que « les biens de ressortissants américains soient saisis et confisqués par un autre Gouvernement » (the property of American citizens to be seized and appropriated by any other Government). Voir PARRY, *B.D.I.L.*, vol. 5, p. VI, p. 543. Le Gouvernement américain appuyait son grief sur le fait que le ressortissant américain McMurdo aurait conservé, à l'égard de la construction du chemin de fer, une « responsabilité personnelle » qui ne se confondait pas avec celle de la société (portugaise). Voir les instructions de Mr. Blaine à Mr. Loring dans MOORE, *Digest of I.L.*, vol. VI, p. 643.

<sup>4</sup> *Réplique*, p. 669.

<sup>5</sup> Celle-ci, en fait, demandait une indemnisation avant tout pour certaines obligations hypothécaires de premier rang de la *Delagoa Bay*; ensuite pour certaines obligations hypothécaires de second rang; et finalement aussi pour certaines actions de cette société. Voir PARRY, *Ibid.*, p. 546.

<sup>6</sup> Ce qui, remarquons-le, aurait été parfaitement normal si McMurdo n'avait eu d'autre titre à réparation que celui d'un actionnaire (ou obligataire) de la société, comme les autres. La prétention à un traitement différent ne pouvait être basée que sur un titre différent.

<sup>7</sup> « It is scarcely necessary to say that this Government possesses no knowledge of the affairs of the English Company, and has given it no assistance other than that which may have been incidental to its demands upon the Portuguese Government for the indemnity due to the estate of the Late Colonel McMurdo for the seizure and confiscation of the railway. It pressed the claim of Colonel McMurdo as the original concessionaire, whose interests were involved in and injured by the action of the Portuguese Government... ». Voir PARRY, *B.D.I.L.*, *op. cit.*, p. 547. Le fait même que la société portugaise avait « pratiquement cessé d'exister » n'était rappelé par le Gouvernement américain que pour faire ressortir davantage la position de McMurdo en tant que titulaire originaire de la concession, l'inadmissibilité de toute « interposition » de ladite société dans les rapports entre McMurdo et le Gouvernement portugais, et la justification de l'intervention du Gouvernement américain en l'espèce. On voit par là ce qu'il faut penser de la prétention belge selon laquelle le Gouvernement américain se serait rendu à l'évidence des arguments portugais à propos des droits de McMurdo et se serait replié simplement sur la situation de ce dernier en tant que propriétaire d'actions et d'obligations de la *Delagoa Bay*.

que, au cas où cette position particulière ne lui aurait pas été reconnue, il se serait retiré de l'arbitrage.

Il est donc incontestable que l'intervention du Gouvernement américain auprès du Gouvernement portugais dans cette affaire — quel qu'en ait été le fondement — voulait se présenter comme une réclamation d'un ressortissant pour un préjudice causé aux droits propres de ce dernier et non pas pour les dommages indirectement ressentis en tant qu'actionnaire à la suite d'un préjudice infligé aux droits d'une société étrangère.

Les Etats-Unis ayant néanmoins invoqué, plus tard, dans les « conclusions » soumises au Tribunal d'arbitrage, la qualité de propriétaire d'obligations et d'actions de la société anglaise *Delagoa Bay* que M<sup>me</sup> McMurdo disait avoir, ainsi que le « droit de contrôle » qu'elle assurait exercer dans cette société, le Tribunal déclara sans ambages qu'« aucun de ces titres ne saurait lui conférer une action directe contre le Portugal »<sup>1</sup>. Obligé par le compromis arbitral de faire une situation spéciale à M<sup>me</sup> McMurdo, le Tribunal ordonna simplement que la somme correspondante à la dette contractée par la société envers M<sup>me</sup> McMurdo « en sa qualité de créancière obligataire en 1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> rang », lui fût assignée en la versant directement au Gouvernement des Etats-Unis sans passer par l'intermédiaire de la société. Mais ce fut tout et, en particulier, aucun compte ne fut tenu de sa qualité d'« actionnaire » de la société britannique<sup>2</sup>.

36. Dans les autres cas où il a été question d'une protection diplomatique d'actionnaires d'une société ayant subi dans ses droits un préjudice de la part d'un Etat étranger, un insuccès complet a marqué le résultat, soit des efforts faits par les particuliers auprès de leur Etat national pour obtenir la présentation d'une réclamation en leur faveur, soit des tentatives effectuées par ledit Etat pour faire admettre son intervention. Et cela en dépit de l'autorité et de la puissance de l'Etat réclamant.

Ainsi dans l'affaire *Compagnie générale des caoutchoucs*, le Gouvernement britannique refusa de prendre fait et cause pour deux firmes britanniques, actionnaires principaux de la société française ainsi dénommée, laquelle prétendait avoir été privée de ses biens par le jugement d'un tribunal brésilien. Le *Treaty Department* du *Foreign Office* fit valoir comme motif le fait que la Compagnie était une société purement française (*a purely French concern*)<sup>3</sup>.

Dans le cas de la *Romano Americana*, le Gouvernement britannique s'opposa fermement à la prétention du Gouvernement américain de lui soumettre une réclamation pour les dommages causés à une société de nationalité roumaine, dont la *Standard Oil Co. of New Jersey* était l'actionnaire unique. Les Etats-Unis ayant allégué que les intérêts des

<sup>1</sup> Voir LA FONTAINE, *Pasicrisie*, op. cit., p. 410. Quelques lignes plus haut la sentence avait déjà affirmé qu'il était impossible de reconnaître à la partie américaine « un droit direct contre le Portugal, en concurrence avec la Compagnie anglaise et au même titre que celle-ci ». Pour plus de détails v. *Annexe*, N<sup>o</sup> 201.

<sup>2</sup> La sentence décida, en effet, que l'indemnité à payer par le Gouvernement portugais aurait été entièrement affectée au paiement des créanciers obligataires de la société, selon leur rang (*ibid.*, loc. cit.).

<sup>3</sup> Voir PARRY, *British Digest of International Law*, vol. 5, pp. 565 et 566. Il n'est pas clair en l'espace si l'intention du Gouvernement français était de prendre fait et cause pour la société en tant que telle ou seulement pour des actionnaires français de celle-ci, comme le prétendaient curieusement les actionnaires britanniques. Le Ministre de Sa Majesté reçut l'instruction de donner, si vraiment la deuxième hypothèse s'était produite et si le Ministre français n'y voyait pas d'objection, un simple appui « officieux » à son action. On admire la hardiesse avec laquelle le Gouvernement belge, en répondant dans la *Réplique* (p. 666) au *Contre-mémoire* (p. 735), n'hésite pas à dire que cette affaire « confirme entièrement les vues du Gouvernement belge »!

actionnaires américains de la société roumaine étaient de nature à justifier la présentation d'une réclamation en leur faveur contre le Gouvernement britannique, en dépit du fait que les biens détruits appartenaient à une société roumaine, la réponse fut que « le Gouvernement de Sa Majesté ne pouvait admettre qu'une telle prétention fût appuyée par *aucun principe reconnu du droit international* <sup>1</sup>. Le Gouvernement américain fut donc obligé de renoncer à sa réclamation auprès du Gouvernement britannique.

Le résultat a été le même dans une affaire plus récente, que le Gouvernement belge doit connaître parfaitement, car il s'y agissait d'une réclamation contre la Grande-Bretagne, présentée par le Gouvernement des Etats-Unis en faveur d'importants actionnaires américains de la société belge *Armes Automatiques Lewis* <sup>2</sup>. Cette société, qui se plaignait d'avoir subi la « destruction », par le Gouvernement britannique, pendant la première guerre mondiale, de son droit exclusif de vente du fusil automatique Lewis, avait déjà bénéficié, à cet égard, d'une intervention du Gouvernement belge auprès du Gouvernement britannique.

La position prise par le Gouvernement britannique à l'égard de la réclamation américaine mérite d'être considérée dans ses termes très précis, à cause de l'analogie frappante avec la position prise par le Gouvernement espagnol dans la présente affaire :

« La société *Armes Automatiques Lewis* a été constituée en Belgique et y poursuit encore son activité. Partant, toute réclamation faite à propos de préjudices prétendument infligés à la société doit être considérée comme étant une réclamation pour le compte de la société qui est de nationalité belge. En outre, le fait que les actions appartiennent à des individus ou à des sociétés de nationalité américaine, même si cette propriété s'étendait à la totalité des actions, ne justifie pas, de l'avis du Gouvernement de Sa Majesté, la protection diplomatique de cette société belge par le Gouvernement des Etats-Unis. » (Italiques ajoutées) <sup>3</sup>.

La réponse britannique poursuivait en rappelant que le Gouvernement américain avait essayé de trouver une analogie avec l'affaire de la *Delagoa Bay*; et à cet égard elle faisait, entre autres, les remarques suivantes :

« Cette réclamation n'est pas dirigée contre le pays dans lequel la société a été constituée. Dans l'affaire *Delagoa Bay Railway* la réclamation était dirigée contre le Portugal, pays dans lequel la société ayant subi le préjudice avait été constituée; alors que la société *Armes Automatiques Lewis* a été constituée en Belgique, le présente réclamation n'est pas dirigée contre le Gouvernement de la Belgique, pays dans lequel la société *Armes Automatiques Lewis* a été constituée, mais contre le Gouvernement de Sa Majesté dans le Royaume-Uni.

<sup>1</sup> Voir HACKWORTH, *Digest*, op. cit., p. 842. JONES (*Claims*, op. cit., p. 240), met en relief que les précédents invoqués par le Gouvernement américain à l'appui de sa prétention (*Delagoa Bay*, *El Triunfo*) auraient été pertinents si le Gouvernement avait adressé une réclamation au Gouvernement national de la société ayant subi le préjudice; non à un Gouvernement tiers comme le Gouvernement britannique en l'espèce.

<sup>2</sup> Voir U.S., *Foreign Relations*, 1934, vol. I, pp. 802 et ss. Les Etats-Unis durent renoncer, après des propositions répétées, à leur proposition de soumettre la question à un arbitrage.

<sup>3</sup> « *The Armes Automatiques Lewis is a Company incorporated, and still carrying on business, in Belgium. Any claim, therefore, which is made in respect of alleged injuries to the Company must be regarded as a claim on behalf of the Company, which is a Belgian national. Furthermore, the ownership of the shares, even if it extended to the totality thereof, by United States citizens or corporations does not, in the opinion of His Majesty's Government, justify diplomatic protection of this Belgian Company by the United States Government.* » (Note du Jurisconsulte du Foreign Office britannique (Craigie) à l'Ambassadeur américain (Bingham) du 2 août 1933 : *ibid.*, p. 808).

La note à laquelle on fait référence ici faisait état d'une note précédente du 1<sup>er</sup> janvier 1927, dans laquelle le Secrétaire d'Etat du temps avait déjà déclaré ne pas pouvoir admettre que le Gouvernement des Etats-Unis ait un *ius standi* quelconque dans l'affaire.

« ... Le Gouvernement belge, gouvernement dont la société a la nationalité, a fait des représentations au Gouvernement de Sa Majesté, qui a été officiellement en correspondance avec lui à ce propos. L'on ne saurait attendre du Gouvernement de Sa Majesté qu'il reconnaisse le droit de deux gouvernements différents de présenter simultanément la réclamation de la même société. <sup>1</sup> »

L'on ne saurait mieux conclure les considérations faites à propos du point ici examiné qu'en citant les propres paroles du Gouvernement britannique dans cette affaire. La position si claire et si nette que le Gouvernement a prise est ainsi la meilleure réponse à l'assertion, aussi péremptoire que gratuite, de la Partie adverse, qui n'hésite pas à dire que « la pratique du Gouvernement britannique est d'ailleurs bien établie, et dans un sens contraire à ce que voudrait faire croire le *Contre-mémoire* » <sup>2</sup>.

37. Tous les prétendus « précédents » vers lesquels le Gouvernement belge a donc pu se tourner pour essayer d'y puiser un appui pour sa thèse selon laquelle, dans le concours de certaines circonstances, une protection diplomatique des actionnaires pour un préjudice causé à la société devrait être légitime, sont donc représentés par des cas dans lesquels la société avait la nationalité de l'Etat auteur des mesures préjudiciables.

Il s'agit précisément de ces cas à propos desquels, comme on l'a rappelé <sup>3</sup>, une partie de la doctrine a pensé pouvoir justifier l'intervention en faveur des actionnaires sur la base de l'« impossibilité » d'une réclamation pour le compte de la société en tant que telle.

Le Gouvernement espagnol a indiqué en passant, à cet égard, qu'il ne considère pas que la conclusion de la doctrine en question corresponde à une vision exacte de la situation propre aux cas envisagés. Il s'est réservé d'en indiquer les raisons: c'est ce qu'il va donc faire maintenant.

38. Lorsqu'une personne, physique ou morale, est lésée dans ses droits par les organes de l'Etat dont elle relève, cela ne signifie pas que, ayant été la victime d'un préjudice internationalement illicite, elle se trouve être exceptionnellement privée du bénéfice de la protection diplomatique de son Etat national. La personne dont il s'agit est nationale de l'Etat auteur des mesures préjudiciables: or, en principe du moins, on ne viole pas des obligations internationales par le traitement que l'on réserve à ses propres ressortissants. Ce qui fait défaut, dans une telle hypothèse, c'est le caractère « illicite » au regard du droit international » du préjudice dont la personne se plaint. Ce préjudice n'est donc pas de nature à pouvoir être poursuivi sur le plan international, à moins, évidemment, que l'on n'y soit spécialement autorisé par une disposition particulière de droit international conventionnel.

Tant que l'on s'en tient au domaine des règles générales, il est évident que l'on pourra seulement invoquer à bon escient le caractère « internationalement illicite » du comporte-

<sup>1</sup> « *The claim does not lie against the country in which the Company was incorporated. In the Delagoa Bay Railway case the claim was against Portugal, the country in which the injured company was incorporated; while the Armes Automatiques Lewis Company was incorporated in Belgium, the present claim is not against the Government of Belgium in which country the Armes Automatiques Lewis Company is incorporated, but against His Majesty's Government in the United Kingdom.*

... *The Belgian Government, being the government whose national the Company is, have made representations to His Majesty's Government, who have been in official correspondence with them on the subject. His Majesty's Government cannot be expected to acknowledge the right of two different governments simultaneously to present the case of the same company.* »

<sup>2</sup> *Réplique*, V, p. 666.

<sup>3</sup> Voir *supra*, § 13 b), N° 26.



ment de l'Etat, dans le cas d'une société ayant sa nationalité, si l'on a pu constater que le comportement en question a lésé non pas, ou non pas seulement, les droits de la société en tant que telle, mais plutôt ou aussi et directement, les droits de membres « étrangers » de la société « nationale ».

39. Une situation de ce genre peut se présenter plus facilement dans le cas où la société est une société de personnes. Le Gouvernement espagnol a attiré à maintes reprises l'attention sur l'erreur qui consiste à mettre, sous cet aspect, les sociétés anonymes sur le même plan que les sociétés de personnes<sup>1</sup>. Il s'excuse de devoir le faire une fois de plus, étant donné l'attitude belge qui est, comme d'habitude, de faire semblant de ne pas comprendre.

La société de personnes est une société dont la personnalité juridique distincte de celle des associés n'est pas admise par la plupart des systèmes juridiques. Dans les systèmes de *common law*, un « *partnership* » n'est pas une vraie *legal entity* distincte de ses membres; et ces derniers sont eux-mêmes co-propriétaires du patrimoine social<sup>2</sup>. En droit allemand, suisse et italien, la situation est analogue<sup>3</sup>. D'où la conséquence qu'un préjudice causé à ce patrimoine est une lésion directe du droit de propriété des associés. Et même dans les systèmes juridiques qui, comme le français, vont jusqu'à admettre la personnalité morale des sociétés en nom collectif, le caractère labile de la distinction entre le patrimoine de la société et celui des associés est mis en évidence par le fait que les associés répondent sur tout leur patrimoine du passif social<sup>4</sup>. C'est cette solidarité obligatoire des associés d'une société en nom collectif qui fait étendre à chacun d'eux la qualité de commerçant attribuée à la société et qui entraîne leur faillite personnelle en cas de faillite de la société.

On comprend donc les raisons qui font conclure que — quelle que soit la notion de société de personnes que l'on adopte — il est normal de concevoir qu'une atteinte aux droits d'une société de ce genre aille souvent de pair avec une atteinte directe aux droits des associés, alors qu'il est rare qu'une lésion des droits d'une société anonyme soit accompagnée, dans la même espèce, d'une lésion directe des droits des actionnaires, puisque là la distinction entre la sphère patrimoniale de la société et celle des actionnaires est infiniment plus nette<sup>5</sup>.

Surtout, pour en venir aux cas concrets, l'on comprend les raisons pour lesquelles il est absurde de vouloir faire passer pour des précédents en faveur de l'admissibilité d'une

<sup>1</sup> *Exceptions préliminaires*, 1963, I, pp. 221 et ss.; *Procédure orale*, II, p. 246; III, p. 861; *Contre-mémoire*, IV, pp. 738 et ss.

<sup>2</sup> PALMER (*Company Law*, London, 1898, p. 37) a illustré d'une manière devenue classique la distinction entre « *partnership* » et « *company* » sous cet aspect: « *In the case of a partnership the property of the firm belongs to the individual members. They are collectively entitled to it, whereas, in the case of a company, it belongs to the company, and not to the members.* »

<sup>3</sup> Pour le droit allemand, v. SCHNELL, *Die Quotenfrage bei der OMG*, Marburg, 1913, p. 14; REINHARDT, *Aktienrecht und Eigentumsordnung*, « Festschrift für W. Schmidt », Berlin, 1959, pp. 23 et ss.

Pour le droit italien, v. FERRI, *Le società*, « Commentario del codice civile a cura di Scialoja e Branca », Bologna-Roma, 1956, p. 6; GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1961, p. 38.

<sup>4</sup> Ils ne se libèrent pas de cette obligation, même en quittant la société. Voir HAMEL et LAGARDE, *Traité*, cit., I, p. 533.

<sup>5</sup> La *Réplique*, V, p. 682, passe donc entièrement à côté de la question lorsqu'elle observe que le point important en matière de protection diplomatique reste celui de savoir si la société est ou non dotée de la personnalité morale, ce qui impose « une distinction claire entre cette personnalité et celle des associés ». Ce qui n'empêche pas qu'il soit curieux de trouver une telle assertion sous la plume du Gouvernement belge!

réclamation au profit d'actionnaires en cas de préjudice causé aux droits d'une société anonyme. une affaire *Cerruti*, ou *Ziat, Ben Kiran*, ou *Shufeldt*. Non seulement il s'agissait là de sociétés de personnes, mais au surplus: a) dans le premier cas, il s'agissait d'un préjudice causé à un capital qui était statutairement décrit comme étant la *propriété personnelle* de l'associé italien; b) dans le deuxième, où le plaignant invoquait comme grief la destruction de biens *lui appartenant*, et où la réclamation fut repoussée quoique sans examiner la question de la «légitimation active» du Gouvernement réclamant, l'arbitre énonça néanmoins, comme critère décisif pour la détermination de l'Etat auquel revient la qualité pour agir, la recherche, dans chaque cas d'espèce, de la *personne ayant été «immédiatement frappée» par le préjudice allégué*; et c) dans le troisième cas il s'agissait d'un *droit personnel de propriété* sur une concession acquise par un particulier américain, ce dernier ayant seulement accepté par contrat l'obligation de créer une société sans que, vraisemblablement, cette dernière ait jamais existé ni en fait ni en droit, et l'arbitre ayant reconnu d'ailleurs que l'existence de la société était un élément parfaitement indifférent, puisque ce n'était pas ses droits qui étaient en question et qui étaient l'objet de l'arbitrage <sup>1</sup>.

40. En ce qui concerne les sociétés anonymes, le Gouvernement espagnol a longuement décrit, dans les paragraphes qui précèdent, les circonstances dans lesquelles des actionnaires peuvent être directement lésés d'une manière internationalement illicite dans leurs droits d'actionnaires et, par conséquent, les cas où une réclamation en leur faveur peut se justifier sans plus, non pas en dérogation mais en conformité avec les principes du droit international en la matière. Et il a pu souligner aussi que les cas où la société elle-même se trouve avoir la nationalité de l'Etat auteur des mesures préjudiciables sont justement les seuls où il est pratiquement ou parfois même logiquement imaginable que puissent se présenter les circonstances en question <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Une analyse de ces affaires est donnée, avec les références qui les concernent, par le Gouvernement espagnol, dans ses *Exceptions préliminaires* de 1963, pp. 202 et ss.; et dans son *Contre-mémoire*, pp. 739 et ss. Un nouvel examen détaillé et une réutation des distorsions belges à propos de ces affaires figurent à l'*Annexe* 201.

L'élément de la *propriété personnelle* des biens de l'association qui, dans ces affaires, revenait à l'associé étranger, et qui jouait donc comme élément décisif en faveur de la recevabilité de la réclamation, joue logiquement en sens inverse là où elle revient, par contre, à un associé national. C'est sur cette base que la réclamation en faveur d'associés étrangers a été rejetée dans l'*Affaire Brewer, Moller and Co.* (N.U., R.S.A., vol. X, pp. 434 et ss.). L'arbitre précise même que les choses en auraient été autrement si tous les associés — y compris donc le propriétaire à titre personnel des biens de l'association — avaient été tous étrangers. Voir, pour ce cas, l'*Annexe* 201.

La seule affaire où un membre étranger d'une société de personnes — dont la nature paraît mal définie — avait présenté une réclamation en raison d'un préjudice causé à des biens appartenant à la société, l'*affaire Jacob M. Henriquez* (N.U., R.S.A., vol. X, p. 727), a abouti au rejet de la réclamation, et ce en dépit du fait que la société avait été dissoute. Voir *Annexe* 201.

<sup>2</sup> Voir *Supra*, les §§ 5 et 6 de cette Section.

On se demande comment le Gouvernement belge a pu, à la p. 681 de la *Réplique*, attribuer de bonne foi au Gouvernement espagnol l'assertion que la protection des actionnaires, dans les cas où la société lésée a la nationalité de l'Etat tenu pour responsable du dommage, serait «incomparablement plus difficile à admettre que dans les cas de sociétés étrangères». Ce que le Gouvernement espagnol souligne dans le passage de la *Réplique* qui a été reproduit, c'est que la protection diplomatique de la société est, dans une telle hypothèse, non seulement pratiquement, mais logiquement inimaginable. Par contre, toujours dans cette hypothèse, il est sans doute plus facile que puissent se présenter les conditions d'une lésion directe des droits des actionnaires et, partant, pour que puissent être réunies des conditions qui peuvent justifier une réclamation en faveur des actionnaires en tant que tels. En effet, comme le Gouvernement espagnol ne cesse de le répéter depuis les débuts du présent procès, les quelques rares précédents arbitraux dans lesquels on a admis une protection diplomatique d'actionnaires ou même d'associés ne concernent que des cas où la société était nationale de l'Etat auteur des mesures préjudiciables.

Il est curieux de remarquer qu'à la page qui fait suite à celle où il affirme que la protection des actionnaires serait «incomparablement plus difficile à admettre» dans les cas d'une société victime d'agissements de son Etat national, il indique que la doctrine avait recommandé «que la protection des actionnaires soit «tout spécialement admise dans ce cas particulier»!

Or, si l'on considère la pratique arbitrale, l'on peut constater, en effet, que dans les seuls deux cas concrets — *car ils ne sont que deux et ni l'un ni l'autre n'est récent* — où une réclamation en faveur d'actionnaires a été admise, les Etats demandeurs avaient certainement tenu, dans toutes leurs interventions auprès de l'Etat défendeur, à mettre en relief que les griefs invoqués étaient pour des préjudices qu'ils considéraient comme ayant été infligés directement aux droits des actionnaires eux-mêmes<sup>1</sup>. Le fait que, dans l'un de ces cas au moins, le Tribunal arbitral n'ait pas cru pouvoir suivre le Gouvernement demandeur sur cette voie, et qu'il ait fait appel à d'autres motifs — en l'espèce, l'existence de l'accord particulier consacré dans le compromis — pour justifier spécialement une conclusion positive, n'enlève rien à l'importance du fait que le Gouvernement réclamant ait considéré nécessaire de s'appuyer sur la circonstance indiquée, et ce pour tous les griefs adressés au Gouvernement auprès duquel il intervenait, et les efforts de « présentation » de ces cas, accomplis une fois de plus par le Gouvernement belge, ne peuvent en éliminer la réalité.

Là où, en effet, des arbitres ont dû constater explicitement que le préjudice avait été causé à une société en tant que société, même nationale de l'Etat auteur du préjudice, ils ont eux-mêmes nié — n'étant pas tenus à une conclusion différente par les prévisions explicites d'un accord particulier — qu'il y eût dans l'espèce matière pour une réclamation devant une instance internationale comme la leur et ils ont repoussé sur cette base la réclamation présentée au nom d'actionnaires<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Il en était ainsi, sans doute, pour la réclamation britannique dans l'*affaire Delagoa Bay*. Le Gouvernement britannique ne pouvait pas mettre plus clairement en lumière que la société anglaise de ce nom — actionnaire unique de la société portugaise *Lourenço Marques and Transvaal Railway Co.*, maintenue en existence seulement parce qu'on ne pouvait pas transférer une concession à une société étrangère — avait elle-même « fourni les fonds et exécuté les travaux, et avait en totalité la propriété du chemin de fer »; partant, elle avait subi « un grave préjudice à la suite de la confiscation forcée de la ligne et du matériel appartenant à la société britannique et des biens sur la garantie desquels les obligations de la société anglaise ont été émises; et c'est pour ce préjudice que le Gouvernement de Sa Majesté se doit de demander réparation ». (Lettre, déjà citée, du Marquis de Salisbury à M. Petre du 10 septembre 1889, dans PARRY, *B.D.I.L.*, *op. cit.* pp. 540 et ss.). Il est caractéristique que la *Réplique* belge ait gardé le silence le plus complet à propos de la remarque faite à ce sujet par le Gouvernement espagnol depuis longtemps (*Exceptions préliminaires*, 1963, I, pp. 200 et ss.; *Procédure orale*, II, pp. 234 et ss.; *Contre-Mémoire*, IV, p. 726).

Quant au Gouvernement américain, on a déjà eu maintes occasions de rappeler que, au cours de toutes ses interventions auprès du Gouvernement portugais, il a constamment et exclusivement invoqué une lésion prétendument subie à titre personnel par le ressortissant pour lequel il prenait fait et cause (v. *supra*, n. 35). On sait, d'autre part, quel a été l'accueil réservé par le Tribunal arbitral à la réclamation américaine. Voir à ce propos *Annexe* 201.

La circonstance dont on parle dans le texte était également à la base de la réclamation du Gouvernement américain dans l'autre des deux cas ici considérés, c'est-à-dire dans l'*Affaire El Triunfo* (U.S., *Foreign Relations*, 1902, pp. 838 et ss.), où, comme on l'a indiqué *supra* au N° 31 et à l'*Annexe* 201, la majorité (américaine) des actionnaires d'une société salvadoréenne — majorité qui avait entrepris sur le plan judiciaire et sur le plan social une action pour rétablir la situation compromise par une série de procédés illégaux et frauduleux utilisés, en l'absence du président de la société, par le vice-président et par certains administrateurs — alléguait qu'elle s'était vu opposer, soit par les organes judiciaires auxquels elle s'était adressée, soit par les autorités gouvernementales elles-mêmes, des mesures qui avaient aidé les administrateurs coupables à réaliser leurs desseins et avaient privé de tout effet l'action sociale de la majorité. La « conspiration génératrice du dommage », sur laquelle la *Réplique* belge met l'accent (p. 685), était précisément une conspiration entre les autorités locales et certains administrateurs de la société, aux frais de la majorité des actionnaires.

<sup>2</sup> C'est ce qui s'est très clairement passé dans la décision de l'*Affaire Baqsch and Römer* (N.U., *R.S.A.*, vol. X, p. 726), où la Commission mixte, ayant reconnu que « c'est la société dont les biens ont subi un préjudice », a constaté son défaut de juridiction à propos de la réclamation, car la société était vénézuélienne et *non pas étrangère*. Une société vénézuélienne, quand elle se plaint d'un préjudice causé par l'Etat vénézuélien, note l'arbitre, « peut avoir une réclamation fondée à présenter devant un tribunal vénézuélien, mais elle n'a pas qualité pour agir ici », c'est-à-dire devant une instance internationale. « Le fait que les actionnaires soient néerlandais est sans influence sur la juridiction de la Commission » dont on reconnaît ainsi qu'elle est exclue en l'espèce, puisque ce ne sont pas les actionnaires qui ont subi le préjudice.

Cette attitude des juridictions arbitrales trouve d'ailleurs une confirmation dans celle adoptée par les gouvernements, y compris, dans la plupart des cas, ceux des pays investisseurs eux-mêmes. Dans l'*affaire Tlahualilo*, par exemple, le juriconsulte du Gouvernement britannique, chargé de préparer la réponse à la question posée par le Gouvernement américain au sujet de la possibilité d'intervenir diplomatiquement en faveur de ressortissants actionnaires d'une société ayant subi un préjudice du fait de son Etat national, répondait en principe par la négative, sauf pour le cas où les actionnaires auraient personnellement subi un préjudice<sup>1</sup>. Peu avant, avec la plus grande clarté et dans les termes les plus nets, le Gouvernement britannique avait refusé d'intervenir, dans l'*affaire Venezuelan Match and Salt Monopolies*, en faveur de deux sociétés anglaises, propriétaires de la quasi-totalité des actions d'une société vénézuélienne, puisque les concessions qui avaient été révoquées en l'espèce par le Gouvernement vénézuélien étaient la propriété de la société vénézuélienne en tant que telle et non pas des sociétés anglaises actionnaires de cette dernière. Le Gouvernement britannique tenait même à préciser que les sociétés anglaises en question n'auraient pas eu le moindre titre à un appui diplomatique, quand bien même elles auraient épuisé les voies de recours internes<sup>2</sup>. D'autre part, même le Gouvernement des Etats-Unis a, dans des cas connus, illustré en des termes presque classiques le principe selon lequel, pour tout ce qui peut affecter les droits de la société et non ceux de l'actionnaire lui-même (ce qui serait, disait-il, le cas pour la confiscation injustifiée des actions de ce dernier), l'actionnaire n'a aucun titre à solliciter l'intervention de son gouvernement<sup>3</sup>. Et si, plus récemment, le Gouvernement américain, poussé par le souci de la protection d'intérêts privés puissants, semble s'être éloigné de cette attitude juridiquement orthodoxe, et en avoir adopté — sans trop de succès, d'ailleurs — une différente, il n'y a évidemment pas là une raison d'attribuer à la pratique d'un seul Gouvernement plus de valeur qu'à celle, constante et abondante, des autres Gouvernements.

Quant aux pays bénéficiaires d'investissements étrangers, l'on a à peine besoin de rappeler l'attitude ferme et constante adoptée, par exemple, par le Gouvernement mexicain pour réagir contre les diverses tentatives d'intervention au titre de la protection diplomatique en faveur d'actionnaires étrangers de sociétés mexicaines pour des préjudices prétendument subis par ces sociétés; et le Gouvernement mexicain a finalement réussi à imposer son point de vue aux pays investisseurs<sup>4</sup>.

A ce sujet, on ne peut toutefois pas laisser passer sans dûment réagir l'inadmissible assertion de la Partie adverse selon laquelle, dans l'examen de la pratique des Etats, il ne serait pas possible « d'attacher une très grande importance aux arguments parfois opposés par les Gouvernements défenseurs, en cours de négociation, pour contester le droit de protection diplomatique de l'Etat national des actionnaires ».

<sup>1</sup> Dans ce cas, poursuivait le texte, s'ils n'obtenaient pas réparation, « le Gouvernement de S. M. pourrait prendre fait et cause pour eux comme il le ferait pour des réclamants ordinaires ». Voir PARRY, *B.D.I.L.*, *op. cit.*, p. 563. Sur l'ensemble de cette affaire, voir *Annexe* 201.

<sup>2</sup> Voir PARRY, *B.D.I.L.*, *op. cit.*, p. 571. On donne plus de détails sur cette affaire à l'*Annexe* 201.

<sup>3</sup> Voir la lettre du Secrétaire d'Etat Seward au Ministre américain en Colombie dans l'*Affaire Antioquia* (MOORE, *Digest*, VI, pp. 664 et ss.) et les instructions analogues données par les Secrétaire d'Etat Freilinghuisen et Uhl dans d'autres cas, déjà signalés par le Gouvernement espagnol dans ses *Exceptions préliminaires*, 1963, p. 216.

<sup>4</sup> Par exemple, dans l'*affaire Tlahualilo* mentionnée ci-dessus, lorsque, poussés respectivement par les actionnaires anglais et les créanciers américains de cette société mexicaine, les Gouvernements de la Grande-Bretagne et des Etats-Unis se décidèrent finalement à effectuer des démarches, quoique à titre non officiel, auprès du Gouvernement mexicain, ce dernier s'y opposa très énergiquement; et les deux Gouvernements en question durent accepter la thèse mexicaine selon laquelle le différend était d'ordre purement interne et devait être réglé entre le Gouvernement et la société mexicaine. Pour l'attitude du Gouvernement mexicain dans l'*affaire Mexican Eagle*, voir *Exceptions préliminaires*, 1963, pp. 218 et ss. et A. D. N° 201.

Dans « beaucoup de cas », prétend le Gouvernement belge, le Gouvernement défendeur aurait justifié son refus d'indemnisation par des raisons de fond et « non parce qu'il ne voulait pas reconnaître la qualité de l'Etat demandeur ». On se demande où le Gouvernement belge a pu trouver ces cas si nombreux et de quel cas il s'agit!

Dans d'autres, l'Etat défendeur se serait finalement plié après avoir résisté, et aurait accepté, soit la signature d'un accord d'indemnisation, soit celle d'un compromis d'arbitrage. Là aussi on se demande si de tels cas doivent être pris davantage comme preuves d'une acceptation spontanée du principe de la protection diplomatique d'actionnaires ou comme exemples des conséquences d'une politique de pressions économiques et politiques chère à une époque aujourd'hui révolue.

Sans pour cela vouloir généraliser, le Gouvernement espagnol est d'avis — n'en déplaise au Gouvernement belge — que lorsqu'il s'agit de retrouver dans l'attitude des Etats la preuve d'une règle du droit des gens, la résistance, même vaincue, du petit et du faible peut être souvent plus importante que la prétention, même victorieuse, du grand et du puissant.

41. La règle générale, découlant logiquement de l'application des principes généraux, et confirmée nettement par la pratique, est donc que, même dans l'hypothèse d'une société nationale de l'Etat auteur des mesures considérées préjudiciables, l'Etat national des actionnaires de cette société n'a aucune qualité pour présenter des réclamations en invoquant un préjudice causé aux droits de la société, tandis qu'il a, comme c'est normal, qualité pour agir en faveur desdits actionnaires si c'est à leurs droits que le préjudice a été infligé.

Une possibilité de faire échec à cette règle générale n'existe, évidemment, que lorsque la Partie intéressée peut invoquer, par rapport au cas d'espèce, l'existence d'un accord particulier qui *déroge* à la règle en attribuant spécialement à l'Etat national des actionnaires la possibilité de demander réparation, au profit de ces derniers, pour un préjudice causé en réalité non pas à leurs propres droits, mais à ceux de la société.

Un accord de ce genre peut ne se référer qu'à une espèce déterminée et résulter, par exemple, d'un compromis arbitral. On en connaît quelques cas, quoique très rares. Ainsi, dans l'*Affaire Alsop*, un accord spécial avait dû être conclu entre les Etats-Unis et le Chili pour écarter, afin qu'une réparation puisse être accordée *en équité*, l'obstacle qui aurait été insurmontable, représenté par le fait que le préjudice allégué avait été causé à la commandite chilienne Alsop et non pas à ses associés américains<sup>1</sup>. Dans l'*Affaire Delagoa Bay*, les Gouvernements britannique et américain, comme on l'a rappelé, fon-

<sup>1</sup> On sait que, précédemment, la réclamation américaine avait été soumise à la Commission mixte Etats-Unis-Chili, qui l'avait rejetée précisément pour la raison ici indiquée. Les Etats-Unis ayant néanmoins maintenu leur réclamation, le Chili proposa de soumettre à un nouvel arbitrage la question du *ius standi* américain dans l'affaire, ce à quoi les Etats-Unis s'opposèrent, sachant d'avance que si cette question était traitée en droit, même comme un simple moyen de défense au fond, leur prétention aurait été écartée une deuxième fois. Il fallut donc que, sous la menace d'une rupture diplomatique, le Chili accepte que la question soit soumise à une sorte de procédure exceptionnelle de conciliation, le Roi d'Angleterre étant chargé, en qualité d'*amiable compositeur*, de décider *en équité* — et partant en s'écartant du droit — s'il y avait lieu d'accorder une indemnisation éventuelle.

Pour des détails complémentaires et des références à propos des phrases successives de cette affaire, l'on renvoie au *Contre-mémoire*, IV, pp. 740 et ss. Pour une réponse aux commentaires hâtifs de la *Réplique* (V, p. 685), voir *Annexe* 201.

daient leurs réclamations auprès du Gouvernement portugais sur des préjudices qu'ils soutenaient avoir été infligés directement aux droits de leurs ressortissants. Mais le Gouvernement portugais s'y opposait en faisant valoir que la concession rescindée par lui et accordée originellement à McMurdo, avait été transférée par ce dernier à la société portugaise *Lourenço Marques* qui, du moins formellement, l'avait gardée et ne l'avait pas retransférée à la société britannique *Delagoa Bay*, à cause précisément de l'interdiction découlant à cet égard de la loi portugaise. A son avis donc, seuls les droits de la société portugaise avaient été affectés par la rescision de la concession. Pour écarter cette objection, compte tenu du poids qu'elle aurait pu avoir dans le cadre de l'arbitrage international auquel on voulait soumettre le différend, il fallut obtenir du Gouvernement portugais qu'il renonce au préalable à la faire valoir et qu'il admette que la société anglaise fût considérée comme étant le propriétaire effectif de la concession rescindée, aux lieu et place de la société portugaise. Et l'on sait l'importance décisive que le tribunal accorda à cette circonstance aux fins de sa décision<sup>1</sup>; car ce ne fut que sur la base de la dérogation aux principes spécialement consentie par le compromis qu'il accepta de traiter la société anglaise comme ayant été subrogée à la société portugaise dans ses droits et dans sa situation aux fins de la réclamation, et de reléguer à l'arrière-plan la société portugaise comme une pure fiction sans contenu, imposée et maintenue en vie formellement par la loi locale.

Point n'est besoin de s'arrêter à mettre ici en lumière combien fausse est la prétention du Gouvernement belge selon laquelle la signature d'un compromis arbitral, « chaque fois que ce compromis règle la question de la qualité du Gouvernement demandeur à présenter une réclamation », équivaldrait à la reconnaissance d'un droit que ledit gouvernement aurait déjà possédé en vertu des principes généraux. Tout au contraire, le fait que ces compromis aient dû être spécialement conclus et que dans leur rédaction on ait dû spécialement prévoir soit que la décision soit rendue *en équité* et non *en droit*, soit que le défendeur renonce à faire valoir une exception qui autrement, aurait été dirimante quant à la qualité pour agir du demandeur, confirme pleinement la thèse qui est celle du Gouvernement espagnol. En général, d'ailleurs, si les parties éprouvent le besoin de régler expressément la question de la qualité pour agir de l'Etat réclamant et d'indiquer spécifiquement qu'elle doit être admise en l'espèce, c'est que les mêmes parties savent bien que si elles ne prévoyaient pas, à ce sujet, une dérogation conventionnelle aux principes généraux régissant la matière, cette qualité ne saurait être que niée.

<sup>1</sup> Le Tribunal arbitral constitué, sur la demande des Gouvernements intéressés, par le Conseil fédéral suisse, en dépit des termes assez stricts de son mandat, ne manqua pas de se poser la question de savoir à qui appartenait la concession. A cet égard il ne pouvait que parvenir à la conclusion que cette concession — compte tenu de l'impossibilité d'un transfert — appartenait, encore au moment de la rescision, à la Compagnie portugaise. Il en déduisit donc « que la seule personne qui, *en droit strict*, aurait qualité pour se porter demanderesse vis-à-vis du Gouvernement portugais est la Compagnie concessionnaire du chemin de fer. Il jugea, par conséquent, qu'il pouvait passer outre cette objection seulement parce que le Gouvernement défendeur avait « déclaré lui-même ne fonder aucune exception sur le fait que la personne réellement légitimée à l'action n'est pas partie au procès » et qu'il lui fallait donc « prendre acte de ce que *les parties ont convenu d'un commun accord de lui substituer la Delagoa Bay Company* », c'est-à-dire la société anglaise qui « avait, de fait, assumé la tâche incombant à la Compagnie portugaise, demeurée concessionnaire en la forme ».

Il est donc incontestable que c'est seulement à cause de l'accord spécial conclu préalablement par les parties intéressées que le tribunal s'est cru en droit de considérer comme recevable la demande d'indemnisation d'une société étrangère actionnaire de la société nationale qui avait subi le préjudice. C'est ce que le Gouvernement espagnol observait déjà dans le passage de ses *Exceptions préliminaires* (1963, I, p. 220), où la *Réplique* (p. 687) prétend déceler on ne sait quelle contradiction par rapport aux affirmations ultérieures de ce Gouvernement.

42. A part l'hypothèse où un accord spécial permettant de faire échec à la règle fondamentale se trouve consacré dans un compromis arbitral conclu à propos d'un cas d'espèce déterminé, la dérogation à la règle générale peut résulter d'une convention particulière, conclue entre deux pays à propos d'une série de cas ayant en commun le fait d'avoir été provoqués par la même situation de caractère exceptionnel, comme une révolution, une guerre civile et des événements semblables. C'est l'hypothèse que l'on retrouve dans quelques conventions de réclamations bien connues.

A ce propos, l'on ne peut que s'étonner que le Gouvernement belge ait pensé pouvoir tirer parti, au profit de ses thèses, de certaines de ces conventions; et que pour ce faire, il n'ait pas hésité à déformer l'objet, le but, le contenu, les clauses mêmes des conventions mentionnées. L'on ne peut que s'étonner surtout du fait qu'il ait cru pouvoir méconnaître, par de tels moyens, le caractère nettement dérogatoire qu'ont ces conventions par rapport aux règles du droit international en général, pour voir en elles une sorte de continuation des principes qu'il lui plairait de voir consacrés par ce même droit.

Le Gouvernement belge s'est tout particulièrement référé aux conventions de réclamations passées entre 1923 et 1927 par une série d'Etats européens — dont l'Espagne —, ainsi que par les Etats-Unis, avec le Mexique à la suite des événements révolutionnaires dont ce pays avait été le théâtre<sup>1</sup>. A son avis, il serait avant tout « clair qu'aucun des Etats parties à ces accords n'essayait d'imposer au Mexique une catégorie de responsabilité à laquelle il n'était pas soumis précédemment ». En même temps le langage employé par lesdits accords montrerait « que les parties regardaient un dommage à une société dans laquelle un de leurs nationaux était actionnaire comme donnant lieu à une responsabilité directe à l'égard des actionnaires ». La *Réplique* déclare enfin voir difficilement « comment l'Espagne, après avoir cherché en 1925 à bénéficier des dispositions du droit international l'autorisant à exercer une protection au profit des actionnaires espagnols dans des sociétés non espagnoles ayant subi des dommages au Mexique, pourrait aujourd'hui soutenir que des dommages de cette nature ne pourraient faire naître aucun droit à réparation au profit des actionnaires d'après le droit international ».

Quelques commentaires permettront de vérifier la solidité de ce château de cartes.

Le Gouvernement belge présente les conventions passées avec le Mexique comme des exemples typiques d'accords d'indemnisation pour des atteintes causées à des biens étrangers par des mesures d'expropriation ou de nationalisation: des mesures qui, observe-t-il, ont pris tant d'importance depuis vingt ans, que, malgré les affirmations du Gouvernement espagnol, on ne pourrait plus les qualifier « d'anormales ou exceptionnelles »<sup>2</sup>.

Or, si le Gouvernement belge, au lieu de s'arrêter à la reproduction d'un passage isolé de la première phrase de l'article 3 de la convention hispano-mexicaine du

<sup>1</sup> *Réplique*, V, pp. 673 et s.

<sup>2</sup> Dans son zèle, le Gouvernement belge va jusqu'à donner des détails quant aux critères que les accords en question auraient suivis en traitant la matière: ils auraient « pris en considération la nationalité réelle des biens, droits et intérêts touchés par la nationalisation, et non la nationalité formelle des sociétés dont les entreprises ont été expropriées ». Ils n'auraient pas non plus « fait de distinction suivant les modalités techniques de la nationalisation, c'est-à-dire suivant qu'elle avait transféré la propriété des entreprises ou celle des actions des sociétés exploitantes ».

25 novembre 1925<sup>1</sup>, avait poursuivi la lecture de cet article jusqu'au bout, il aurait pu constater que « les pertes ou dommages dont il est question » dans la convention sont ceux causés, au cours des troubles révolutionnaires qui ont eu lieu de 1910 à 1920, par des actes arbitrairement accomplis par des forces armées gouvernementales ou révolutionnaires ou autres: des mesures, donc, dont le caractère anormal et exceptionnel peut être difficilement contesté.

Mais ce n'est pas là l'aspect le plus important.

Toutes ces conventions concordent pour prévoir avant tout que la commission des réclamations créée par chacune d'elles connaîtra des préjudices subis par des individus ou bien par des sociétés, compagnies, associations ou autres personnes morales ayant la nationalité de l'Etat qui est, chaque fois, le cocontractant du Mexique. Elles ajoutent à cela une prévision de caractère exceptionnel, dont la portée est arbitrairement déformée par la double coupure que lui fait subir la *Réplique* en la reproduisant. La possibilité que des ressortissants de l'Etat en question présentent des réclamations pour des dommages causés à leurs « intérêts... dans les sociétés, compagnies, associations ou autres groupements d'intérêts », n'est pas seulement subordonnée à la condition que l'intérêt de la victime soit plus de cinquante pour cent du capital de la société ou association, mais aussi à celle bien plus importante que le réclamant soit porteur d'une « *cession consentie à son profit, de la proportion qui lui revient dans les droits à indemnité dont peut se prévaloir ladite société ou association* ».

Cette condition montre donc que le critère adopté dans tous ces différents instruments est que seule la société possède un droit à être indemnisée pour un préjudice subi par elle-même et, en principe, à réclamer une telle indemnisation; que les actionnaires n'ont, *en tant que tels*, aucun droit à être indemnisés pour les dommages subis en conséquence du préjudice causé à la société; et qu'ils ne sont autorisés à présenter une réclamation, dans une hypothèse pareille, que si cette réclamation est accompagnée de la preuve qu'ils sont titulaires d'une cession à leur profit du droit propre de la société.

Il est plus intéressant encore de noter que la clause à laquelle on se réfère a été insérée dans les conventions ici considérées en suivant le modèle de l'article 1 d'un autre instrument: la Convention générale des réclamations Etats-Unis-Mexique du 8 septembre 1923<sup>2</sup>.

Or, c'est à propos de cette clause que le Gouvernement espagnol a déjà eu l'occasion de rappeler que son caractère manifestement exceptionnel et dérogatoire par rapport aux

<sup>1</sup> Qui est sur ce point plus ou moins identique à l'article III de la Convention américano-mexicaine du 10 septembre 1923 (N.U., *R.S.A.*, vol. IV, p. 780); à l'article 3 de la Convention franco-mexicaine du 25 septembre 1924 (*ibid.*, vol. V, p. 314); à l'article IV de la Convention germano-mexicaine du 16 mars 1925 (N.U., *R.S.A.*, vol. V, pp. 567 et ss.); à l'article 3 des conventions anglo-mexicaines du 18 novembre 1926 (*ibid.*, vol. V, p. 8) et du 5 décembre 1930 (*ibid.*, pp. 10 et ss.); et à l'article II de la Convention italo-mexicaine du 13 janvier 1927 (de MARTENS, *Nouveau recueil général des Traités*, III S., vol. XX, p. 457).

<sup>2</sup> N. U., *R.S.A.*, vol. IV, p. 11. La *Réplique* (*loc. cit.*) fait évidemment une confusion entre ces deux conventions américano-mexicaines là où elle mentionne celle (générale) du 8 septembre 1923 et non pas celle (spéciale) du 10 septembre de la même année, comme étant l'équivalent de celles passées par le Mexique avec divers pays européens.



principes généraux en la matière a été très clairement mis en relief par la commission des réclamations elle-même, qui en a fait application dans l'*Affaire Dickson Car Wheel Co*<sup>1</sup>.

Comme si cela ne devait pas suffire, d'ailleurs, les parties aux conventions dont il s'agit, avant même d'indiquer quelles catégories de réclamations auraient pu être accueillies par la commission, ont tenu à souligner expressément le caractère dérogoire des critères adoptés dans ces conventions par rapport aux principes généraux du droit international. Il y est uniformément prévu, par un article expressément consacré à cet effet, que le Mexique ayant accepté que sa responsabilité ne soit *pas* « établie conformément aux principes généraux du droit international », les dommages prouvés seront « gracieusement » réparés même dans des cas où ces principes généraux n'auraient pas comporté l'obligation d'accorder une réparation<sup>2</sup>. Et finalement, à confirmation ultérieure du caractère tout à fait exceptionnel de l'éloignement conventionnellement établi des principes généraux régissant la matière, et du fait que cet éloignement s'applique aux conditions de recevabilité de la réclamation aussi bien qu'aux conditions de fond, un autre article de ces mêmes conventions établit qu'il est convenu que la commission ne devra écarter ou rejeter aucune réclamation en faisant application du principe général du droit international, qui exige que les recours légaux aient été épuisés pour que la réclamation soit recevable<sup>3</sup>. Même

<sup>1</sup> Voir *supra*, § 9, N° 16, pp. 1022 et ss. de cette Section. Le but de l'attribution exceptionnelle de la qualité pour agir à des ressortissants étrangers lésés dans leurs intérêts dans une société était manifestement d'éviter que la nationalité locale de la société fasse obstacle à l'indemnisation de certains préjudices infligés à des étrangers sous le couvert fictif d'une société nationale, créée seulement pour obéir à une exigence de la loi.

Il est à remarquer que, dans le système qui est prévu à la clause 1 de la Convention générale des réclamations américano-mexicaines et aux clauses similaires des conventions spéciales qui s'en sont inspirées, l'autorisation d'écarter les conséquences, négatives aux fins de la recevabilité d'une réclamation en faveur d'actionnaires ou d'associés, d'une application des principes généraux du droit international en la matière, est donnée à la Commission sur la base d'un double accord: celui réalisé au préalable sur le plan international entre l'Etat réclamant et l'Etat destinataire de la réclamation, et celui réalisé sur le plan interne, par rapport au cas d'espèce particulier, entre la société et les actionnaires étrangers, à l'effet de subroger ces derniers à la société dans la présentation de son grief.

<sup>2</sup> Voir l'article II de la Convention spéciale américano-mexicaine du 10 septembre 1923 (*loc. cit.*, p. 780):

« ... *The Mexican Government desired that the claims shall be so (in accordance with the principles of justice and equity) decided because Mexico wishes that her responsibility shall not be fixed according to the generally accepted rules and principles of international law, but ex gratia feels morally bound to make full indemnification and agrees therefore, that it will be sufficient that it be established that the alleged loss or damage in any case was sustained and was due to any of the causes enumerated in Article III hereof.* »

Voir également l'article 2 de la Convention franco-mexicaine du 25 septembre 1924 (*loc. cit.*, pp. 313 et ss.), où il est dit que la Commission examinera toutes les réclamations présentées « d'après les principes de l'équité... », attendu que le Mexique a la volonté de réparer gracieusement les dommages subis et non de voir sa responsabilité établie conformément aux principes généraux du droit international. Il suffira, par conséquent, de prouver que le dommage allégué a été subi et qu'il est dû à quelque une des causes énumérées à l'article 3 de la présente convention, pour que le Mexique se sente, *ex gratia*, décidé à indemniser ».

L'article II de la Convention hispano-mexicaine du 25 novembre 1925, l'article 2 de la Convention anglo-mexicaine du 19 novembre 1926, et l'article II de la Convention italo-mexicaine du 13 janvier 1927 reproduisent le modèle de l'article correspondant de la Convention américano-mexicaine. L'article 2 de la Convention germano-mexicaine du 16 mars 1925 prévoit une dérogation non seulement par rapport aux principes du droit international général, mais par rapport aux prescriptions du Traité d'amitié, de commerce et de navigation en vigueur entre les deux pays.

<sup>3</sup> Voir Convention spéciale américano-mexicaine, article VI: « The Commission shall not disallow or reject any claim by the application of the general principle of international law that the legal remedies must be exhausted as a condition precedent to the validity or allowance of any claim. » Une disposition identique figure à l'article V de la Convention générale américano-mexicaine, à l'article 6 de la Convention franco-mexicaine, à l'article VII de la Convention germano-mexicaine, à l'article VI de la Convention hispano-mexicaine, à l'article 8 de la Convention anglo-mexicaine, à l'article VI de la Convention italo-mexicaine.

le Gouvernement belge n'osera probablement pas prétendre que cette prescription aussi serait une « confirmation » conventionnelle d'une règle établie du droit international général!

Quant à l'application pratique des dispositions de ces conventions par les différentes commissions de réclamations qu'elles ont instituées, elle n'est pas moins négativement intéressante pour les positions belges. L'on ne connaît pas du tout de cas dans lesquels il y aurait eu une réclamation d'actionnaires nationaux de l'un quelconque des Etats cocontractants du Mexique pour des dommages causés à leurs intérêts dans des sociétés. On cite un cas comme exemple de réclamation d'associés dans un *partnership* : l'*affaire Spillane*, tranchée par la commission de réclamations anglo-mexicaine. Il s'agit d'un cas où deux frères, qui avaient constitué entre eux une association, et qui se plaignaient d'avoir été victimes de contributions et de réquisitions forcées de la part des troupes révolutionnaires, furent invités par la commission à présenter leur réclamation en leur nom personnel et non pas au nom de leur association comme ils l'avaient précédemment fait par erreur<sup>1</sup>. Le Gouvernement belge ne trouve-t-il pas que c'est une base plutôt maigre pour y fonder l'étonnante prétention que l'Espagne aurait perdu le droit de s'opposer aujourd'hui à la demande belge, ayant bénéficié en 1925 envers le Mexique de la possibilité d'exercer une protection au profit des actionnaires espagnols de sociétés non espagnoles?

43. Le Gouvernement espagnol s'excuse d'avoir dû exposer tous ces détails. Il s'y est vu obligé afin de montrer combien le Gouvernement belge est mal inspiré, lorsque déçu dans ses espoirs par la pratique arbitrale et diplomatique, il tourne des regards optimistes vers celle qu'il appelle la « pratique conventionnelle ». Le résultat est certainement négatif s'il poursuit le but, non avoué et même officiellement dénié d'ailleurs<sup>2</sup>, de retrouver dans le droit conventionnel la preuve de la formation d'une règle spéciale coutumière qui, faisant exception aux principes généraux du droit international, autoriserait la protection diplomatique des actionnaires pour des préjudices causés, non pas à leurs droits, mais à ceux de la société étrangère dont ils détiennent des actions<sup>3</sup>. Il est plus que négatif si, comme il le déclare, il recherche dans ce même droit conventionnel la confirmation de règles générales qui n'existent que dans ses aspirations les plus dénuées de fondement.

Contrairement à ce que voudrait la Partie adverse, les quelques conventions bilatérales qui ont admis, dans des circonstances et des conditions spéciales, la possibilité de recevoir des réclamations d'actionnaires ou d'associés pour des préjudices causés à la société ou à l'association, font ressortir d'une manière tellement claire leur intention de déroger à titre tout à fait exceptionnel à des principes bien établis du droit international général, que ces conventions représentent une confirmation ultérieure de la reconnaissance par les Etats de la règle générale, qui découle logiquement des principes régissant la matière, et qui réserve à l'Etat national de la société la faculté de présenter une réclamation pour un préjudice causé à la société dans ses propres droits.

<sup>1</sup> Pour des détails à l'égard de cette affaire voir *Annexe 201*.

<sup>2</sup> *Réplique*, V, p. 671.

<sup>3</sup> On ne comprendrait pas, autrement, l'accent mis — aussi peu pertinemment d'ailleurs — (*ibid.*, p. 670) sur « la place prise par le droit conventionnel dans la formation des règles du droit coutumier ».

A propos de ces prétentions, le commentaire le plus efficace reste celui fait par le Gouvernement britannique dans sa prise de position à propos de l'*Affaire de la Romano-Américana* (HACKWORTH, *Digest*, cit., p. 843), où, se référant aux hypothèses dans lesquelles un accord spécial aurait accordé aux actionnaires le droit à réclamer une indemnisation, il observait que, de cette catégorie de cas, aucun principe de droit international ne saurait être déduit (*no principle of international law can be deduced*).

Il est caractéristique, d'ailleurs, de noter non seulement que ces conventions ne sont nullement nombreuses et variées comme il plairait au Gouvernement belge que ce fût, mais que, au surplus, elles ne sont généralement pas très récentes et sont plutôt l'expression d'un type de relations interétatiques qui a fait son temps. Bien différemment de ce que le Gouvernement belge ne cesse d'affirmer gratuitement, l'évolution des rapports internationaux ne va pas du tout dans le sens qu'il voudrait préconiser. La société internationale d'aujourd'hui ne demande certainement pas un renforcement ultérieur de la protection de certains groupes capitalistes déjà trop puissants et trop capables de se procurer des appuis, renforcement qui se traduirait dans une possibilité de pression accrue sur les pays plus faibles. Une communauté humaine au sein de laquelle les nombreux nouveaux membres s'emploient à rendre plus effective l'indépendance récemment conquise n'est pas une communauté qui aspire à ce que les groupes en question puissent se soustraire encore plus que par le passé à l'observance de la loi de l'Etat où ils agissent; à ce qu'ils réussissent, par exemple, à tourner les prescriptions qui réservent aux nationaux l'exploitation des ressources naturelles du pays en ayant recours à la constitution de sociétés nationales, quitte à en rejeter le manteau au moment choisi.

Voilà pourquoi, en définitive, l'on a même dû renoncer à une tentative comme celle faite par les pays investisseurs avec le projet de l'O.C.D.E. d'une convention générale où, avec beaucoup de sauvegardes, une possibilité de protection diplomatique d'actionnaires aurait été admise dans les limites, très nettement définies, de l'hypothèse d'une société nationale de l'Etat destinataire de la réclamation<sup>1</sup>. Le droit international contemporain est amené à se préoccuper davantage des exigences de protection des pays à économie faible qu'à favoriser, comme le voudrait le Gouvernement belge, « les besoins de financement des grandes entreprises modernes »<sup>2</sup>.

Mais, abstraction faite de ces considérations, ce n'est certes pas seulement par rapport aux conditions actuelles de la société internationale qu'apparaît l'inadmissibilité, totale et évidente, d'une prétention comme celle du Gouvernement belge dans la présente espèce, en vertu de laquelle des groupements financiers internationaux toujours plus vastes, plus complexes et puissants, toujours plus variables dans leur composition, et ayant des attaches lointaines toujours plus insaisissables, seraient autorisés à arborer, à tour de rôle et à leur gré, les drapeaux les plus différents pour exercer dans leur ombre une pression sur le pays choisi comme champ d'exploitation.

La *Barcelona Traction*, complexe financier et industriel de nationalité canadienne, s'est plainte d'avoir été en Espagne la victime d'un ou de plusieurs dénis de justice, prétendument perpétrés par les autorités administratives et judiciaires espagnoles en violation

<sup>1</sup> Le Gouvernement espagnol ne peut que confirmer point par point, à propos de ce projet de convention resté à l'état de projet, ainsi qu'à l'égard de l'autre, devenu convention, de la B.I.R.D., les commentaires et les observations déjà faits lors de la *Procédure orale*, II, pp. 245 et ss.; et au *Contre-mémoire*, IV, pp. 730 et ss. Pour une réponse aux gloses à ces projets contenues dans la *Réplique* (V, pp. 671 et ss.) voir l'*Annexe* 201.

<sup>2</sup> Il est à remarquer, d'ailleurs, que, si vraiment, comme le dit la *Réplique*, ces besoins « exigent le concours de capitaux venant de plusieurs pays, mais investis dans le cadre de la même société », cette constatation milite nécessairement en faveur de la concentration auprès de l'Etat national de la société de la qualité pour agir au titre de la protection des intérêts ainsi réunis. On peut encore comprendre que l'on s'oriente, comme on le fait, vers la recherche d'autres formes entièrement différentes de garantie des investissements; mais l'on ne saurait certes voir un moyen utile dans le fractionnement de la protection diplomatique entre les divers Etats d'où proviennent les capitaux de la société, fractionnement qui ne pourrait être que gravement nuisible à un développement ordonné des rapports économiques internationaux.

d'obligations de droit international général. La société, sans avoir nullement utilisé les moyens de recours offerts par le système judiciaire espagnol, a bénéficié dès le début, sur le plan international, de la protection diplomatique de son Etat national. Grâce à l'exercice très actif de cette protection et à la coopération bienveillante du Gouvernement espagnol, une procédure internationale a été ouverte: à la suite de cette procédure le Gouvernement canadien a abandonné sa prétention originaire quant à de soi-disant infractions, par les autorités espagnoles, à des obligations de droit international général.

Mais en même temps qu'ils obtenaient la protection diplomatique du Gouvernement canadien, la *Barcelona Traction* et les groupes financiers cosmopolites qui sont derrière elle avait réussi à provoquer aussi des réclamations diplomatiques de la part du Gouvernement belge. Très patiemment, mais aussi très clairement, le Gouvernement espagnol s'est employé à faire comprendre au Gouvernement belge son défaut total de *jus standi* dans l'affaire et à lui représenter qu'il ne pouvait pas admettre une intervention belge à côté de celle du seul Gouvernement compétent pour assumer la protection diplomatique de la prétendue victime en l'espèce. Il a attiré l'attention du Gouvernement belge sur ce point avec une fermeté qui n'a certainement pas été moindre que celle avec laquelle le Gouvernement britannique s'est opposé aux réclamations américaines dans l'*affaire des Armes Automatiques Lewis*.

Mais, à la différence de ce que fit alors le Gouvernement américain, le Gouvernement belge n'a pas voulu se rendre à l'évidence. Même après que le Gouvernement canadien ait corrigé son attitude à la suite des résultats de l'enquête conduite sur l'initiative conjointe des Etats compétents, la Belgique a voulu soulever de nouveau les griefs désormais reconnus comme inconsistants par le Gouvernement qui, en tous cas, était le seul à avoir titre à les faire valoir; et il a poussé sa témérité jusqu'à provoquer là-dessus un procès international devant la Cour.

Qu'il ait fait ce qu'il a fait constitue donc de sa part typiquement, un exercice abusif et illégitime de cette prérogative qu'est le droit de protection diplomatique. Le Gouvernement belge n'a pas la moindre qualité pour agir dans le cas d'espèce. Le Gouvernement espagnol demande à la Cour de bien vouloir le sanctionner, dans l'arrêt qu'elle rendra, de la manière la plus explicite.



## Conclusions

PAR LES MOTIFS EXPOSÉS et tous autres moyens de droit qui pourraient être allégués ultérieurement ou que la Cour jugerait opportuns, le Gouvernement espagnol conclut à ce qu'il

PLAISE À LA COUR,

*Dire et juger:*

Que la demande du Gouvernement belge est déclarée irrecevable ou à défaut non fondée.

Le Gouvernement espagnol se réserve le droit de compléter ou modifier ses conclusions à tout stade ultérieur de la procédure.

La Haye, le 30 juin 1968.

*Signé:* J. M. CASTRO-RIAL,  
Agent du Gouvernement espagnol  
près la Cour internationale de Justice.



LISTE DES ANNEXES  
A LA DUPLIQUE DU GOUVERNEMENT  
ESPAGNOL





## VOLUME I

*Annexe N° 1—A*

Rapport des experts du Ministère des Finances sur les investissements et les aspects fiscaux de *Barcelona Traction*.

*Annexe N° 1—B*

Rapport des Experts du Ministère des Finances sur quelques aspects de la *Réplique*.

*Annexe N° 2*

Rapport de Peat, Marwick, Mitchell & Co., du 19 avril 1968 au sujet de l'histoire financière de *Barcelona Traction* et de ses sociétés subsidiaires.

*Annexe N° 3*

Rapport de Peat, Marwick, Mitchell & Co., du 11 avril 1968, sur l'évaluation d'une entreprise et, en particulier, de l'entreprise de la *Barcelona Traction*.

## VOLUME II

*Annexe N° 4 — Document N° 1*

Lettre de M. Lawton à M. Peacock, du 21 juin 1921.

*Annexe N° 4 — Document N° 2*

Télégramme de M. Santasusana à M. McMurtry, du 21 juin 1921.

*Annexe N° 4 — Document N° 3*

Lettre de M. Lawton à M. Peacock, du 22 juin 1921.

*Annexe N° 4 — Document N° 4*

Lettre de M. Lawton à M. Peacock, du 23 juin 1921.

*Annexe N° 4 — Document N° 5*

Lettre de M. McMurtry à M. Hubbard, du 23 juin 1921.

*Annexe N° 4 — Document N° 6*

Lettre de M. Peacock à M. Lawton, du 24 juin 1921.

*Annexe N° 4 — Document N° 7*

Lettre de M. Lawton à M. Peacock, du 27 juin 1921.

*Annexe N° 4 — Document N° 8*

Lettre de M. McMurtry à M. Hubbard, du 27 juin 1921.

*Annexe N° 4 — Document N° 9*

Concession de Camarasa (Chute N° 3) — Délai pour l'achèvement des travaux, 2 mai 1922.

*Annexe N° 4 — Document N° 10*

Résumé des principaux Décrets Royaux et Ordonnances Royales sur les concessions hydrauliques, du 14 février 1925.

*Annexe N° 4 — Document N° 11*

Mémoire de Drumaux, Reid et Lawton, du 1 décembre 1928.

*Annexe N° 4 — Document N° 12*

Lettre de M. Lawton à M. Hubbard, du 18 novembre 1929.

*Annexe N° 4 — Document N° 13*

Lettre de M. Santasusana à M. Strang, du 25 janvier 1930.

*Annexe N° 4 — Document N° 14*

Note de M. Viñas et M. Strang à M. Lawton, du 2 octobre 1930.

*Annexe N° 4 — Document N° 15*

Lettre de M. Lawton à M. Hubbard, du 28 novembre 1930.

*Annexe N° 4 — Document N° 16*

Lettre de M. Strang à M. Lawton, du 1 mars 1932.

*Annexe N° 4 — Document N° 17*

Lettre de M. Marin à M. Santasusana, du 3 juin 1932.

*Annexe N° 4 — Document N° 18*

Mémemorandum de M. Hobbble. — « Sluice, Gates Lerida Dam », du 5 août 1932.

*Annexe N° 4 — Document N° 19*

Lettre de M. Strang à M. Hobbble, du 24 octobre 1932.

*Annexe N° 4 — Document N° 20*

Lettre de M. Strang à M. Lawton, du 25 avril 1933.

*Annexe N° 4 — Document N° 21*

Lettre de M. Spéciael à M. Lawton, du 9 février 1934.

*Annexe N° 4 — Document N° 22*

Note de M. Strang, du 21 juin 1935.

*Annexe N° 4 — Document N° 23*

Lettre de M. Hubbard à M. Strang, du 5 juillet 1935.

*Annexe N° 4 — Document N° 24*

Lettre de M. Hubbard à M. Strang, du 8 juillet 1935.

*Annexe N° 4 — Document N° 24 — Appendice 1*

Lettre de M. Spéciael à M. Hubbard, du 5 juillet 1935.

*Annexe N° 4 — Document N° 25*

Lettre de M. Hubbard à M. Strang, du 12 juillet 1935.

*Annexe N° 4 — Document N° 26*

Lettre de M. Hubbard à M. Strang, du 15 juillet 1935.

*Annexe N° 4 — Document N° 27*

Lettre de M. Hubbard à M. Strang, du 16 juillet 1935.

*Annexe N° 4 — Document N° 28*

Lettre de M. Strang à M. Hubbard, du 19 juillet 1935.

*Annexe N° 4 — Document N° 29*

Lettre de M. Strang à M. McMurtry, du 28 septembre 1935.

*Annexe N° 4 — Document N° 30*

Lettre de M. Lawton à M. Spéciael, du 27 janvier 1936.

*Annexe N° 4 — Document N° 31*

Lettre de M. Spéciael à M. Lawton, du 19 février 1936.

*Annexe N° 4 — Document N° 31 — Appendice 1*

Note du 18 février 1936 intitulée « Importation de matériel en Espagne — SCHÉMA proposé pour la passation des commandes ».

*Annexe N° 5 — Document N° 1*

« Memorandum for Mr. Fraser Lawton », du 10 avril 1929.

*Annexe N° 5 — Document N° 2*

« Memorandum on the resale situation in the Lerida district » signé par Mr. Eddy, du 28 mai 1929.

*Annexe N° 5 — Document N° 3*

Note de M. Bonel du 29 juillet 1929 intitulé: « Notre situation dans la province de Lerida ».

*Annexe N° 5 — Document N° 4*

Note de M. Bonel du 11 juillet 1930 intitulée: « Fuerza y Alumbrado et Anónima Manresana de Electricidad ».

*Annexe N° 5 — Document N° 5*

Lettre de M. Eddy à M. Lawton, du 5 décembre 1930.

*Annexe N° 5 — Document N° 6*

Lettre de M. Eddy à M. Lawton, du 20 mai 1932.

*Annexe N° 5 — Document N° 6 — Appendice 1*

« Memorandum resellers in Lerida district », du 20 mai 1932.

*Annexe N° 5 — Document N° 7*

Lettre de M. Eddy à M. Lawton, du 31 juin 1932.

*Annexe N° 5 — Document N° 8*

Lettre de M. Menschaert à M. Lawton, du 30 août 1932.

*Annexe N° 5 — Document N° 9*

Lettre de M. Eddy à M. Lawton, du 23 juin 1933.

*Annexe N° 5 — Document N° 9 — Appendice 1*

« Memorandum Concerning Commercial Relations with Resellers Gomis Brothers & Esteva ».

*Annexe N° 5 — Document N° 10*

Note: « Intérêt de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* à annuler ou contrecarrer toute l'organisation des coopératives ».

*Annexe N° 5 — Document N° 11*

Mémorandum de M. Bonel du 14 juin 1935 intitulé: « Coopératives ».

*Annexe N° 5 — Document N° 12*

Note de M. Bonel du 6 juillet 1935 intitulée: « Objet: Coopératives », accompagnée de deux annexes.

*Annexe N° 5 — Document N° 13*

Lettre de M. Eddy à M. Lawton, du 1 août 1935.

*Annexe N° 5 — Document N° 13 — Appendice 1*

Note du 31 juillet 1935 intitulée: « Competition with local cooperatives ».

*Annexe N° 5 — Document N° 13 — Appendice 2*

Note du 31 juillet 1935 intitulée: « Relations with Sr. Camps ».

*Annexe N° 5 — Document N° 14*

Convention entre M. Camps, M. Eddy et M. Bonel, datée du 14 août 1935.

*Annexe N° 5 — Document N° 15*

Note de M. Bonel du 4 octobre 1935 intitulée: « Coopératives ».

*Annexe N° 5 — Document N° 15 — Appendice 1*

Note de M. Bonel du 4 octobre 1935 intitulée: « Coopératives ».

*Annexe N° 5 — Document N° 16*

Lettre de M. Eddy à M. Lawton, du 18 janvier 1936.

*Annexe N° 5 — Document N° 17*

Note de M. Bonel du 24 février 1936 intitulée: « A/S. Coopératives locales ».

*Annexe N° 5 — Document N° 18*

Lettre de M. Spéciael à M. Lawton, du 16 mars 1936.

*Annexe N° 5 — Document N° 18 — Appendice 1*

Note intitulée: « Coopératives locales ».

*Annexe N° 5 — Document N° 19*

Note de M. Bonel du 17 avril 1936 intitulée: « A/S. Coopératives locales ».

*Annexe N° 5 — Document N° 20*

Lettre de M. Strang à M. Lawton, du 9 mai 1936.

*Annexe N° 5 — Document N° 21*

Notes du 19 juin 1936 et 20 juin 1936 de M. Eddy et de M. Bonel. I: « Créances de la Banque Marsans — Parés y Massana »; II: « Politique à suivre vis-à-vis des coopératives »; III: « A/S. des coopératives ».

*Annexe N° 5 — Document N° 22*

Lettre de M. Spéciael à M. Lawton, du 30 juin 1936.

*Annexe N° 5 — Document N° 23*

Lettre de M. Eddy à M. Lawton, du 24 février 1939.

*Annexe N° 5 — Document N° 24*

Mémoire re Parés y Massana, du 8 avril 1939.

*Annexe N° 5 — Document N° 24 — Appendice 1*

Lettre de Canadian à Cretchley, du 10 mars 1939.

*Annexe N° 5 — Document N° 24 — Appendice 2*

Lettre de M. Spéciael à M. Lawton, du 8 mars 1939.

*Annexe N° 5 — Document N° 24 — Appendice 3*

Note intitulée: « A/S. Coopératives Reus, Villanueva et Montroig ».

*Annexe N° 5 — Document N° 24 — Appendice 4*

Lettre de M. Spéciael à M. Lawton, du 4 mars 1939.

*Annexe N° 5 — Document N° 24 — Appendice 5*

Télégramme de M. Spéciael à M. Eddy, du 4 mars 1939.

*Annexe N° 5 — Document N° 25*

Lettre de M. Eddy à M. Lawton, du 30 novembre 1939.

*Annexe N° 5 — Document N° 26*

« Memorandum for Mr. Lawton. — Parés y Massana y Camps », signé par M. Eddy, du 21 février 1940

*Annexe N° 5 — Document N° 27*

« Memorandum Mr. F. Fraser Lawton continuation of my note of 21 février 1940 re Parés, Massana, Camps », du 24 février 1940.

*Annexe N° 5 — Document N° 28*

Mémoire Parés y Massana/Banca Marsans, du 17 juillet 1940.

*Annexe N° 5 — Document N° 28 — Appendice 1*

Note du 10 juin 1939 intitulée: « Paiements à M. Camps ».

*Annexe N° 5 — Document N° 29*

« Memorandum Re. Reus Cooperativa », signé par M. Eddy, du 7 mai 1941.

*Annexe N° 6 — Document N° 1*

Lettre du Bureau de Londres à M. Coulson, du 19 février 1915.

*Annexe N° 6 — Document N° 2*

Note du 19 février 1915 sur l'état des comptes de *Barcelona Traction*.

*Annexe N° 6 — Document N° 3*

Lettre de M. Porter à M. Coulson, du 10 septembre 1915.

*Annexe N° 6 — Document N° 4*

Lettre adressée à M. Hubbard, du 22 novembre 1915.

*Annexe N° 6 — Document N° 5*

Lettre de *Ebro Irrigation* à *Riegos y Fuerza del Ebro*, du 31 janvier 1916.

*Annexe N° 6 — Document N° 6*

Lettre à M. Peacock, du 24 mars 1916.

*Annexe N° 6 — Document N° 7*

Lettre de M. Hubbard à *Ebro Irrigation*, du 31 mars 1916.

*Annexe N° 6 — Document N° 8*

Lettre de M. Peacock à *Riegos y Fuerza del Ebro*, du 22 décembre 1916.

*Annexe N° 6 — Document N° 9*

Lettre de M. Porter à *Riegos y Fuerza del Ebro*, du 28 décembre 1916.

*Annexe N° 6 — Document N° 10*

Lettre du Trésorier de *Ebro Irrigation* à *Barcelona Traction*, du 30 décembre 1916.

*Annexe N° 6 — Document N° 11*

Lettre de M. Porter à *Ebro Irrigation*, du 5 janvier 1917.

*Annexe N° 6 — Document N° 12*

Lettre de M. Porter à *Ebro Irrigation* du 21 juin 1918 et tableaux du 17 juin 1918 et du 31 mai 1918.

*Annexe N° 6 — Document N° 13*

Lettre de M. Porter à M. Lawton, du 10 janvier 1919.

*Annexe N° 6 — Document N° 14*

Lettre de M. Porter à *Riegos y Fuerza del Ebro*, du 4 février 1919.

*Annexe N° 6 — Document N° 15*

Lettre de Escher Wyss & Co. à *Barcelona Traction*, du 1<sup>er</sup> avril 1920.

*Annexe N° 6 — Document N° 16*

Lettre de M. McMurtry à M. Hubbard, du 28 février 1922.

*Annexe N° 6 — Document N° 17*

Copie certifiée d'un procès-verbal d'*Ebro Irrigation*, du 12 septembre 1924.

- Annexe N° 6 — Document N° 18*  
Copie certifiée d'un procès-verbal de Catalonian Land, du 3 octobre 1924.
- Annexe N° 6 — Document N° 19*  
Circulaire de M. Lawton aux Chefs de Service, du 29 mai 1925.
- Annexe N° 6 — Document N° 20*  
Circulaire de M. Lawton aux Chefs de Service, du 19 novembre 1925.
- Annexe N° 6 — Document N° 21*  
Lettre de M. Lawton à M. Hubbard, du 6 janvier 1926.
- Annexe N° 6 — Document N° 22*  
Lettre de M. Spécial à M. Lawton, du 1<sup>er</sup> juin 1929.
- Annexe N° 6 — Document N° 23*  
Lettre de M. Spécial à M. Lawton, du 14 novembre 1929.
- Annexe N° 6 — Document N° 24*  
Lettre de M. Spécial à M. Lawton, du 23 janvier 1930.
- Annexe N° 6 — Document N° 25*  
Lettre de M. Spécial à M. Lawton, du 23 avril 1930.
- Annexe N° 6 — Document N° 26*  
Lettre de M. Spécial à M. Hubbard, du 16 mai 1930.
- Annexe N° 6 — Document N° 27*  
Lettre de M. Strang à M. Hubbard, du 10 mars 1931.
- Annexe N° 6 — Document N° 28*  
Lettre de M. Spécial à M. Lawton, du 24 juillet 1931.
- Annexe N° 6 — Document N° 29*  
Lettre de M. Spécial à M. Lawton, du 19 septembre 1931.
- Annexe N° 6 — Document N° 30*  
Lettre de M. Lawton à M. Spécial, du 18 mars 1932.
- Annexe N° 6 — Document N° 31*  
Lettre de M. Lawton à M. Spécial, du 13 décembre 1932.
- Annexe N° 6 — Document N° 32*  
Lettre de M. Spécial à M. Lawton, du 22 janvier 1934.
- Annexe N° 6 — Document N° 33*  
Lettre de M. Strang à M. Lawton du 8 mars 1934, avec un mémorandum du 8 mars 1934.
- Annexe N° 6 — Document N° 34*  
Lettre de M. Strang à M. McMurtry, du 23 avril 1934.
- Annexe N° 6 — Document N° 35*  
Lettre de M. Spécial à M. Lawton, du 11 juin 1934.
- Annexe N° 6 — Document N° 36*  
Lettre de M. Strang à M. McMurtry, du 18 septembre 1934.
- Annexe N° 6 — Document N° 37*  
Lettre de M. Strang à M. Clark, du 19 décembre 1934.



*Annexe N° 6 — Document N° 38*

Lettre de M. Jansen à M. Heineman, du 8 janvier 1935.

*Annexe N° 6 — Document N° 39*

Lettre destinée à *Barcelona Traction* (Barcelone), du 4 mars 1935.

*Annexe N° 6 — Document N° 40*

Police d'assurance contracté par *Barcelona Traction* avec la *British Oak Insurance Company Ltd.*, du 2 janvier 1936.

*Annexe N° 6 — Document N° 41*

Lettre de M. Strang à M. Lawton, du 11 juillet 1936.

*Annexe N° 6 — Document N° 42*

Police d'assurance vie contractée avec *The Sun Life Insurance Society*, du 18 août 1936.

*Annexe N° 6 — Document N° 43*

Lettre de M. Strang à M. Lawton, du 24 avril 1940.

*Annexe N° 6 — Document N° 44*

Lettre de M. Stiévenart à M. Menschaert, du 28 octobre 1947.

*Annexe N° 7*

Extrait de l'Arrêt rendu, le 10 février 1967, par le Tribunal Suprême.

*Annexe N° 8 — Document N° 1*

Lettre de M. Heineman à M. Lawton, du 28 novembre 1939.

*Annexe N° 8 — Document N° 1 — Appendice 1*

Procès-verbal de la réunion de *Barcelona Traction* du 25 novembre 1939.

*Annexe N° 8 — Document N° 2*

Lettre de M. Heineman et de M. Menschaert à M. Lawton du 1<sup>er</sup> février 1940.

*Annexe N° 8 — Document N° 3*

Lettre de SOFINA à M. Lawton, du 18 mars 1940.

*Annexe N° 8 — Document N° 3 — Appendice 1*

Procès-verbaux des réunions des dirigeants de *Barcelona Traction* du 5/7 mars 1940.

*Annexe N° 8 — Document N° 4*

Lettre de SOFINA à M. Lawton, du 8 avril 1940.

*Annexe N° 8 — Document N° 5*

Lettre de M. Spéciael à M. Lawton, du 27 juillet 1940.

*Annexe N° 8 — Document N° 6*

Note d'octobre 1940 sur l'état de la caisse de l'entreprise.

*Annexe N° 8 — Document N° 7*

Etude de M. N. Hiernaux datée en 1944.

*Annexe N° 8 — Document N° 8*

Lettre de M. Pomerol à M. Redonet du 23 janvier 1946.

*Annexe N° 9*

Note sur l'interprétation belge du droit fiscal espagnol.

*Annexe N° 9 — Appendice N° 1*

Avis du Conseil d'Etat du 23 mars 1932 et ordre ministériel du 14 juillet 1932.

*Annexe N° 9 — Appendice 2*

Décision de la Direction Générale des Revenus Publics, du 23 juillet 1932.

*Annexe N° 9 — Appendice 3*

Avis du Conseil d'Etat du 3 octobre 1941.

*Annexe N° 10 — Document 1*

« Present method of operating the Banco Español de Crédito — Coupons accounts », du 27 septembre 1946.

*Annexe N° 10 — Document N° 2*

Extrait du Registre des Contentieux d'Ebro 1919.

*Annexe N° 11*

Procès-verbal du 28 février 1929 dressé par l'inspection des finances, et procès-verbal complémentaire du 2 mars 1929 de l'Inspection des Finances de la Province de Barcelone.

*Annexe N° 12*

Rappel de l'intimation à Ebro de présenter des documents sur la création et l'émission d'obligations, du 20 décembre 1927.

*Annexe N° 13*

Acte de sommation insistant sur la présentation de documents concernant l'émission d'obligations.

*Annexe N° 14*

Document présenté par Ebro par suite de la Requête précédente, contenant: 1° Extrait du procès-verbal de la réunion du Conseil d'Administration d'Ebro, tenue le 27 novembre 1926; 2° Acte complémentaire du « trust deed » entre Ebro et National Trust, en date du 29 novembre 1926; 3° Déclaration du secrétaire d'Ebro, datée du 10 février 1932; 4° Déclaration du secrétaire de National Trust, du 10 février 1932.

*Annexe N° 15*

Rapport des Inspecteurs du Ministère des Finances concernant Riegos y Fuerza del Ebro et annexe, du 21 mars 1932.

*Annexe N° 16*

Acte d'allégations du 12 mai 1932 présenté par Riegos y Fuerza del Ebro en réponse du procès-verbal de l'Inspection concernant l'impôt sur les revenus.

*Annexe N° 17 — Document N° 1*

Télégramme de M. Hubbard à M. Lawton, du 28 mars 1940.

*Annexe N° 17 — Document N° 2*

Télégramme de M. Hubbard à M. Lawton, du 29 mars 1940.

*Annexe N° 18 — Document N° 1*

Lettre du « Centro Oficial de Contratación de Moneda » à Riegos y Fuerza del Ebro, du 23 janvier 1936.

*Annexe N° 18 — Document N° 2*

Lettre de Riegos y Fuerza del Ebro au « Centro Oficial de Contratación de Moneda », du 12 février 1936.

*Annexe N° 18 — Document N° 3*

Lettre du « Centro Oficial de Contratación de Moneda » à *Riegos y Fuerza del Ebro*, du 19 février 1936.

*Annexe N° 19 — Document N° 1*

Message de M. Hubbard à M. Lawton, du 29 janvier 1936.

*Annexe N° 19 — Document N° 2*

Lettre de M. Hubbard à M. Spéciael, du 3 février 1936.

*Annexe N° 19 — Document N° 3*

Lettre de M. McMurtry à M. Lawton, du 7 avril 1936.

*Annexe N° 19 — Document N° 4*

Lettre de M. Lawton à M. Hubbard, du 16 avril 1936.

*Annexe N° 19 — Document N° 5*

Lettre de M. Lawton à M. Hubbard, du 18 avril 1936.

*Annexe N° 20*

Lettre de M. Lawton à M. Hubbard, du 10 novembre 1939.

*Annexe N° 21*

Lettre du « Centro Oficial de Contratación de Moneda », du 5 octobre 1931.

*Annexe N° 22*

Transferts effectués par l'intermédiaire de la Banque Lazard (1924-1931).

*Annexe N° 22 — Appendice*

Pièces justificatives des opérations de mars 1927.

*Annexe N° 22 — Appendice*

Pièces justificatives des opérations de mars 1931.

*Annexe N° 23*

Sommaire des informations obtenues de l'*Ebro* en 1931-1932 concernant ses transactions et ses besoins financiers extérieurs.

*Annexe N° 23 — Appendice*

Liste des documents remis à M. Botas, du 23 juin 1932.

*Annexe N° 23 — Appendice*

Lettre de *Riegos y Fuerza del Ebro* du 7 juillet 1932 au « Centro Oficial de Contratación de Moneda ».

*Annexe N° 24 — Document N° 1*

Lettre du Trésorier de l'*Ebro* à M. Strang et document annexe, du 14 juin 1932.

*Annexe N° 24 — Document N° 2*

Note du 17 juin 1932.

*Annexe N° 25 — Document N° 1*

Lettre de M. Strang à M. Tornos, du 5 novembre 1940.

*Annexe N° 25 — Document N° 2*

Lettre de M. Tornos à M. Strang, du 25 novembre 1940.

*Annexe N° 25 — Document N° 3*

Pièce de confirmation de paiements de *Riegos y Fuerza del Ebro* N° 2558, du 28 décembre 1940.

*Annexe N° 25 — Document N° 4*

Lettre de M. Arnús-Garí à Riegos y Fuerza del Ebro, du 30 décembre 1940.

*Annexe N° 25 — Document N° 5*

Pièce de confirmation de paiements de Riegos y Fuerza del Ebro N° 2560, du 28 décembre 1940

*Annexe N° 25 — Document N° 6*

Lettre de M. Arnús-Garí à *Riegos y Fuerza del Ebro*, du 30 décembre 1940.

*Annexe N° 25 — Document N° 7*

Inscription du livre journal de *Riegos y Fuerza del Ebro* N° 3242, de décembre 1940.

*Annexe N° 26*

Comptes ouverts à Barcelone au nom d'*International Utilities*, du 23 octobre 1944.

*Annexe N° 27*

Lettre de M. Spéciael à M. McMurtry (Canadian and General Finance Company), du 18 février 1947.

*Annexe N° 28 — Document N° 1*

Mémorandum de *National Trust Co.*, du 7 décembre 1945.

*Annexe N° 28 — Document N° 2*

Procès-verbal de la réunion du Comité de *National Trust*, du 13 décembre 1945.

*Annexe N° 28 — Document N° 3*

Lettre de M. Ellis à M. Hubbard, du 15 janvier 1946.

*Annexe N° 28 — Document N° 4*

Lettre de M. Binder à *National Trust Co.*, du 30 janvier 1946.

*Annexe N° 28 — Document N° 5*

Câble de M. Heineman à M. Binder, du 31 janvier 1946.

*Annexe N° 28 — Document N° 6*

Télégramme de M. Hubbard à M. Lawton, du 30 janvier 1946.

*Annexe N° 28 — Document N° 7*

Lettre de M. Heineman à *National Trust Co.*, du 11 février 1946.

*Annexe N° 28 — Document N° 8*

Procès-verbal d'une réunion du Comité de *National Trust Co.*, du 26 février 1946.

*Annexe N° 28 — Document N° 9*

Câble de M. McKelcan à M. Binder, du 27 février 1946.

*Annexe N° 28 — Document N° 10*

Lettre de M. Graydon à *National Trust Co.*, du 24 avril 1946.

*Annexe N° 28 — Document N° 11*

Mémorandum du Comité de *National Trust Co.*, du 25 avril 1946.

*Annexe N° 28 — Document N° 12*

Procès-verbal d'une réunion du Comité de *National Trust Co.*, du 29 avril 1946.

*Annexe N° 28 — Document N° 13*

Procès-verbal d'une réunion du Comité de *National Trust Co.*, du 2 novembre 1946.

*Annexe N° 28 — Document N° 14*

Lettre de *National Trust Co.* à M. Duncan, du 30 octobre 1946.

*Annexe N° 28 — Document N° 15*

Lettre de *National Trust Co.* à M. Wilmers, du 30 octobre 1946.

*Annexe N° 28 — Document N° 16*

Lettre du Trésor britannique à *Fenchurch Nominees*, du 20 novembre 1946.

*Annexe N° 29*

Lettre du 29 septembre 1967 de l'Association Nationale des Porteurs Français de Valeurs Mobilières à l'Agent du Gouvernement espagnol.

(I)

Lettre de l'Association Nationale des Porteurs Français de Valeurs Mobilières à *National Trust Co.*, du 28 septembre 1945.

(II)

Télégramme de *National Trust* à l'Association Nationale des Poeteurs Français de Valeurs Mobilières, du 2 octobre 1945.

(III)

Circulaire de l'Association Nationale des Porteurs Français de Valeurs Mobilières, du 12 mai 1948.

(IV)

Circulaire de l'Association Nationale des Porteurs Français de Valeurs Mobilières, du 23 mai 1952.

(V)

Circulaire de l'Association Nationale des Porteurs Français de Valeurs Mobilières, du 5 décembre 1952.

*Annexe N° 30*

Télégrammes de M. March au « Receiver » du 2 janvier 1952 et du 16 janvier 1952.

*Annexe N° 31*

Lettre de *National Trust* à *Fenchurch Nominees*, du 21 janvier 1947.

*Annexe N° 32*

Lettre de M. Settle à M. Welsford, du 19 août 1947.

*Annexe N° 33 — Document N° 1*

Affidavit de M. Hillgarth, du 3 mai 1968.

*Annexe N° 33 — Document N° 1 — Appendice 1*

Lettre de M. Hillgarth à M. McFadyean, du 11 juin 1951.

*Annexe N° 33 — Document N° 2*

Affidavit de M. L. Steljes.

*Annexe N° 34 — Document N° 1*

Télégramme de M. Foronda à M. Spéciael, du 25 avril 1947.

*Annexe N° 34 — Document N° 2*

Télégramme de M. Foronda à M. Heineman, du 25 avril 1947.

*Annexe N° 35*

Allocution de M. Heineman à l'Assemblée de *Chade*, le 18 novembre 1947.

*Annexe N° 36 — Document N° 1*

Lettre de M. Steljes à M. March, du 17 décembre 1947.

*Annexe N° 36 — Document N° 2*

Lettre de M. Steljes à M. March, du 18 décembre 1947.

*Annexe N° 36 — Document N° 3*

Lettre de M. Steljes à M. March, du 22 décembre 1947.

*Annexe N° 36 — Document N° 4*

Télégramme de M. Steljes à M. March, du 5 janvier 1948.

*Annexe N° 37 — Document N° 1*

Projet de lettre de M. Duncan à M. March, du 6 mai 1948.

*Annexe N° 37 — Document N° 2*

Projet de lettre de M. Duncan au Ministre, du 6 mai 1948.

*Annexe N° 37 — Document N° 3*

Lettre de M. Duncan à M. March, du 13 mai 1948.

*Annexe N° 38*

Opinions émises par des gouvernements à l'occasion de la Conférence pour la Codification du Droit international de La Haye de 1930 au sujet des conditions que doit réunir une décision judiciaire pour que celle-ci engage la responsabilité internationale de l'Etat.

*Annexe N° 39*

Résumé de la position du Gouvernement britannique dans le procès *Ambatielos* (Grèce contre Royaume-Uni): Tribunal arbitral.

*Annexe N° 40*

Résumé succinct de doctrine internationale au sujet de la « nature du contrôle de la justice internationale dans l'application du droit interne ».

*Annexe N° 41*

Au sujet de la présomption de conformité des décisions judiciaires internes avec le droit international.

*Annexe N° 42*

Le « Forum Conveniens » dans la faillite de *Barcelona Traction*.

*Annexe N° 43*

Résolution de l'Institut de Droit International adoptée lors de la session de Varsovie, du mois de septembre 1965, concernant « Les Sociétés Anonymes en Droit International Privé ».

*Annexe N° 44*

Le « situs » des actions.

*Annexe N° 45*

Considérations au sujet des accusations formulées dans la *Réplique* sous le titre « Décisions ajournant l'examen des recours » (II<sup>e</sup> Partie, Chap. II, Section VI, Sous-section 1): ces décisions ne constituent pas un déni de justice au sens propre du terme.

*Annexe N° 46*

Critique des arguments formulés par la *Réplique*, pour ce qui est de la question de la compétence des tribunaux espagnols.

*Annexe N° 47*

Opinion de l'auteur José A. Ramírez sur la juridiction des tribunaux espagnols pour déclarer un commerçant étranger en faillite.

*Annexe N° 48*

Sens et portée de l'article 70 du Code de procédure civile. Le déclinatoire en tant que moyen de dénoncer le défaut de juridiction des tribunaux espagnols, et l'effet suspensif de sa formation.

*Annexe N° 49*

Interprétation doctrinale et jurisprudentielle de l'article 15 du Code de commerce.

*Annexe N° 50*

Arrêt, du 17 janvier 1912, rendu par le Tribunal Suprême dans l'affaire Moncayo, et interprétation de la doctrine contenue dans ledit arrêt.

*Annexe N° 50 — Appendice 1*

Texte de l'arrêt rendu par le Tribunal Suprême le 17 janvier 1912.

*Annexe N° 51*

La doctrine espagnole démontre qu'il n'existe pas de « condition nécessaire » pour que les tribunaux puissent déclarer un étranger en faillite.

*Annexe N° 51 — Document N° 1*

Constatation de la dénaturation que la *Réplique* apporte (par. 489, p. 339) au sens du texte d'Arjona Colomo, concernant la juridiction des tribunaux espagnols.

*Annexe N° 52*

La possession des biens en Espagne en tant que point de rattachement; c'était là le cas dans l'affaire de la *Barcelona Traction*; appréciation du cas par les tribunaux espagnols.

*Annexe N° 53*

L'article 21 du Code de commerce imposait à la *Barcelona Traction* l'obligation de s'immatriculer au Registre du commerce d'Espagne, même au cas où elle n'aurait réalisé que des opérations de financement des filiales.

*Annexe N° 54*

Preuve du fait qu'en 1912 les dirigeants d'autres entreprises productrices d'énergie électrique estimaient que la *Barcelona Traction* réalisait ses opérations en Espagne et qu'elle avait l'obligation de s'inscrire au Registre du commerce.

*Annexe N° 54 — Document N° 1*

Note pour *Energía Eléctrica de Cataluña*.

*Annexe N° 54 — Document N° 2*

Lettre de M. Bigot à M. Angel Ossorio du 12 novembre 1912.

*Annexe N° 54 — Document N° 3*

Note sur les affaires Pearson en Espagne.

*Annexe N° 55*

Silence de la *Réplique* belge au sujet de la valeur de la soumission en tant que titre de juridiction et compétence des tribunaux espagnols.

*Annexe N° 56*

Réponse aux objections formulées dans la *Réplique* (par. 486, pp. 334 à 336) en ce qui concerne les fondements du jugement de la faillite par rapport à la juridiction des tribunaux espagnols et à la compétence du Tribunal de Reus.

*Annexe N° 57*

Sur la prétendue fausseté des titres émis à Barcelone par les Conseils d'administration des filiales et sous-filiales de *Barcelona Traction*.

*Annexe N° 58*

Incohérence de la position adoptée par la *Réplique* au sujet des effets extra-territoriaux de la déclaration de faillite. Application à des exemples concrets.

*Annexe N° 59*

Les mesures de saisie du patrimoine de *Barcelona Traction*. Erreur commise par le Gouvernement belge en parlant de leur efficacité territoriale.

*Annexe N° 60*

Commentaire au sujet du par. 579 de la *Réplique* (p. 434) et véritable signification du grief d'usurpation de compétence du fait de l'extension des effets de la faillite à un débiteur et à des biens sis hors du territoire espagnol.

*Annexe N° 61*

La *Réplique* (p. 344) affirme que le Gouvernement espagnol n'a rien répondu aux objections formulées au par. 83 du *Mémoire*.

*Annexe N° 62*

Rapports des juges doyens de Première instance de Madrid et Barcelone, constatant que dans la pratique usuelle des tribunaux, le Commissaire et le séquestre-dépositaire des faillites acceptent leurs emplois le jour même de leur désignation et que les témoins ayant déposé au cours de l'enquête préalable ne sont pas convoqués, et le Secrétaire du tribunal répond de leur identité.

*Annexe N° 62 — Document N° 1*

Rapport, du 6 avril 1968, du Juge Doyen de première instance de Madrid.

*Annexe N° 62 — Document N° 2*

Rapport, du 6 mai 1968, du Juge Doyen de première instance de Barcelone.

*Annexe N° 63*

Considérations autour des soi-disant institutions espagnoles analogues au « Trustee » (*Réplique*, p. 346).

*Annexe N° 64*

L'exposé des motifs du Code de commerce espagnol dit littéralement le contraire de ce que prétend lui faire dire le Gouvernement belge au sujet de la cessation de paiements.

*Annexe N° 65*

La cessation de paiements comme conditions de la déclaration de faillite dans l'ordre juridique espagnol.

*Annexe N° 66*

Il n'est pas vrai que le Gouvernement espagnol a changé de thèse, depuis les *Exceptions préliminaires* de 1960, au sujet de la publication du jugement déclaratif de faillite.



*Annexe N° 67*

Communication des autorités belges relative à la publication du jugement déclaratif de faillite de la société « Niel-on-Rupell ».

*Annexe N° 68*

Pouvoirs faits par la *National Trust*, le 23 novembre 1948.

*Annexe N° 69*

La notion du titre-valeur n'est pas, dans l'ordre juridique espagnol, une catégorie légale typique avec un régime uniforme et les actions d'une société anonyme sont des titres-valeurs « sui generis », possédant des caractères spéciaux.

*Annexe N° 70*

Dans les actions de la société anonyme, le droit ne s'identifie pas avec le titre, ni ne devient un bien meuble.

*Annexe N° 71*

La remise (*traditio*) des biens faisant l'objet de la vente judiciaire, selon les dispositions de la loi espagnole.

*Annexe N° 72*

La saisie (*embargo*) et la vente judiciaire des actions selon la jurisprudence du Tribunal Suprême d'Espagne.

*Annexe N° 72 — Appendice 1*

Exposé et commentaire du cas de fait et de la doctrine de l'arrêt du 17 avril 1917.

*Annexe N° 72 — Appendice 2*

Exposé et commentaire du cas de fait et de la doctrine de l'arrêt du 26 juin 1946 (« Jur. civ. », N° 33, pp. 455 ss.).

*Annexe N° 72 — Appendice 3*

Exposé du cas de fait et de la doctrine contenus dans l'arrêt du 22 mars 1946 (« Jur. civ. », N° 19, pp. 253 ss.).

*Annexe N° 73*

Les auteurs espagnols invoqués par la *Réplique* ne prétendent point que la saisie des actions ne peut se faire qu'au moyen de la saisie matérielle des titres.

*Annexe N° 73 — Appendice 1*

Textes de l'ouvrage de José Antonio Ramírez qui font connaître sa véritable position au sujet des effets du jugement déclaratif de faillite et de la vente des biens atteints par le dessaisissement du failli, dessaisissement provoqué par la faillite.

*Annexe N° 73 — Appendice 2*

Déformations du texte de l'ouvrage de Jorge Carreras dans les citations faites dans la *Réplique*.

*Annexe N° 74*

La société anonyme unipersonnelle en droit espagnol.

*Annexe N° 74 — Appendice 1*

Note relative à la teneur véritable de l'article du professeur Joaquín Garrigues, « Formas sociales de uniones de empresas », *Revista de Derecho mercantil*, III (1947), pp. 66 à 75.

*Annexe N° 74 — Appendice 2 — Document N° 1*

Décision de la Direction Générale des Registres et du Notariat, du 11 avril 1945.

*Annexe N° 74 — Appendice 2 — Document N° 2*

Décision de la Direction Générale des Registres et du Notariat, du 22 novembre 1957.

*Annexe N° 75*

Les droits de l'actionnaire unique.

*Annexe N° 76*

Note concernant la doctrine des « pertenencias » et son application en droit espagnol.

*Annexe N° 77*

Les effets de la déclaration de la faillite sur la personne du failli. Déchéance (*inhabilitación*) du failli et nullité de ses actes d'administration et de disposition.

*Annexe N° 78*

Réfutation du paragraphe 550 de la *Réplique* (pp. 406 et 407) qui nie la dépossession du failli sur la base de diverses règles de l'ordre juridique espagnol.

*Annexe N° 79*

La saisie (*embargo*) dans l'exécution singulière et la saisie (*ocupación*) dans la faillite.

*Annexe N° 80*

Opinions des auteurs au sujet de l'exercice des droits d'actionnaire par l'administrateur judiciaire ou par les organes de la faillite lorsque les actions dont le débiteur est propriétaire ont fait l'objet d'une saisie (« embargo » ou « ocupación »).

*Annexe N° 81*

Saisie des actions de Productora de Fuerzas Motrices, S.A. et exercice des droits saisis.

*Annexe N° 82*

Saisie des actions de Carbones de Berga, S.A. et exercice des droits saisis.

*Annexe N° 82 — Document N° 1*

Procès-verbal de la réunion du Conseil d'administration d'Energía Eléctrica de Cataluña, S.A., tenue le 9 avril 1948.

*Annexe N° 82 — Document N° 2*

Procès-verbal de l'assemblée générale ordinaire de Carbones de Berga, S.A., tenue le 12 avril 1948.

*Annexe N° 82 — Document N° 3*

Procès-verbal de la réunion du Conseil d'administration d'Energía Eléctrica de Cataluña, S.A., tenue le 19 avril 1948.

*Annexe N° 82 — Document N° 4*

Procès-verbal de la réunion du Conseil d'administration de *Carbonos de Berga, S.A.*, tenue le 10 mai 1948.

*Annexe N° 82 — Document N° 5*

Procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire de *Carbonos de Berga, S.A.*, tenue le 24 mai 1948.

*Annexe N° 83*

Caractère exceptionnel de la règle contenue dans l'article 918 du Code de commerce espagnol en vigueur.

*Annexe N° 84*

Actions intentées par *National Trust Co.* devant les tribunaux espagnols et motifs de ses comparutions.

*Annexe N° 85*

Recel d'actif commis par les administrateurs de *Barcelona Traction*. — Assignations (*requerimientos*) adressées par le Commissaire à la faillite à *Barcelona Traction* et à *National Trust*, le 8 octobre 1949.

*Annexe N° 85 — Document N° 1*

Note relative aux personnes ayant requis le notaire, M. Caminal, d'après les actes énumérés ci-après où indication est faite de la qualité de ces personnes.

*Annexe N° 85 — Document N° 2*

Procès-verbal notarié, dressé le 22 août 1949, constatant que l'avoué de *Barcelona Traction* remet au commissaire un écrit pour citation des créanciers étrangers.

*Annexe N° 86 — Document N° 1*

Procès-verbal de l'assemblée générale ordinaire de *Unión Eléctrica de Cataluña, S.A.*, tenue le 27 mai 1947.

*Annexe N° 86 — Document N° 2*

Procès-verbal de l'assemblée générale ordinaire de *Salts del Segre, S.A.*, tenue le 27 mai 1947.

*Annexe N° 86 — Document N° 3*

Procès-verbal de l'assemblée générale ordinaire de *Compañía Barcelonesa de Electricidad, S.A.*, tenue le 27 mai 1947.

*Annexe N° 86 — Document N° 4*

Procès-verbal de l'assemblée générale de *Electricista Catalana, S.A.*, tenue le 27 mai 1947.

*Annexe N° 87*

Destitution et nomination d'administrateurs de diverses sociétés auxiliaires.

*Annexe N° 87 — Appendice 1*

Procès-verbaux des réunions de Conseils d'administration et des assemblées au cours desquelles ont été nommés des administrateurs pour remplacer ceux qui avaient été destitués.

*Annexe N° 88*

Révocation des pouvoirs donnés par diverses sociétés à certains employés supérieurs et octroi de nouveaux pouvoirs.

*Annexe N° 89*

Certification du Registre du commerce relative à l'inscription des pouvoirs octroyés par M. Menschaert postérieurement à sa destitution.

*Annexe N° 90*

Destitution par le Commissaire et nouvelle nomination par le Conseil d'administration de l'Administrateur d'*Energía Eléctrica de Cataluña, S.A.*, le Comte de Figols.

*Annexe N° 91*

Questions qui figurent dans le livre des procès-verbaux du Conseil d'administration d'*Energía Eléctrica de Cataluña, S.A.*, relatifs au contrat signé le 14 février 1948 entre M. Puig Doménech, en sa qualité de représentant de cette société, et l'*Electro Metalúrgica del Ebro, S.A.*

*Annexe N° 92 — Document N° 1*

Acte notarié du 30 avril 1968.

*Annexe N° 92 — Document N° 2*

Acte de pouvoir passé le 26 octobre 1949 par M. Juan Alegre Marcet, en représentation d'*Unión Eléctrica de Cataluña, S.A.*

*Annexe N° 92 — Document N° 3*

Acte de pouvoir passé le 31 octobre 1950 par M. Juan Alegre Marcet, en représentation de *Energía Eléctrica de Cataluña, S.A.*

*Annexe N° 92 — Document N° 4*

Communication du Commissaire du 3 octobre 1949.

*Annexe N° 92 — Document N° 5*

Lettre de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* à *Soler y Torra Hnos.*, du 1<sup>er</sup> août 1949.

*Annexe N° 92 — Document N° 6*

Lettre de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* au *Banco Exterior de España (Barcelone)*, du 3 octobre 1949.

*Annexe N° 92 — Document N° 7*

Lettre du *Banco Urquijo (Madrid)* à *Riegos y Ferza del Ebro, S.A.*, du 7 octobre 1949.

*Annexe N° 92 — Document N° 8*

Lettre adressée au *Banco Zaragozano (Barcelone)*, le 14 octobre 1949.

*Annexe N° 92 — Document N° 9*

Lettre de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* au *Banco Urquijo (Madrid)*, du 18 octobre 1949.

*Annexe N° 92 — Document N° 10*

Lettre du *Banco de España (Bilbao)* à la *Sociedad Española Hidráulica del Freser, S.A.*, du 17 janvier 1950.

*Annexe N° 92 — Document N° 11*

Lettre de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* au *Banco de Santander (Barcelone)*, du 4 février 1952.

*Annexe N° 92 — Document N° 12*

Lettre de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* au *Banco Central (Lérida)*, du 24 mars 1950.

*Annexe N° 92 — Document N° 13*

Lettre de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* au *Banco de Aragón (Madrid)*, du 13 juin 1951.

*Annexe N° 92 — Document N° 14*

Lettre adressée au *Banco Pastor (Madrid)* par *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.*, le 28 novembre 1951.

*Annexe N° 92 — Document N° 15*

Lettre de *Compañía Barcelonesa de Electricidad, S.A.* au président du Comité des travaux du Port (Barcelone), du 16 mai 1949.

*Annexe N° 92 — Document N° 16*

Lettre de *Compañía Barcelonesa de Electricidad, S.A.* au Président du Conseil Général de la Province de Barcelone, du 16 mai 1949.

*Annexe N° 92 — Document N° 17*

Extraits des procès-verbaux des séances du Conseil d'administration de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* tenues à des dates différentes.

*Annexe N° 92 — Document N° 18*

Attestation notariale du 23 avril 1968.

*Annexe N° 92 — Document N° 19*

Témoignage notarial dressé le 2 mai 1968.

*Annexe N° 92 — Document N° 20*

Convention du 17 décembre 1948 entre la *Sociedad Española Hidráulica del Freser, S.A.* et M. Pablo de Mas y Bach et autres.

*Annexe N° 92 — Document N° 21*

Convention souscrite le 26 octobre 1948 par les entreprises Trinchet et la *Sociedad Española Hidráulica del Freser, S.A.*

*Annexe N° 92 — Document N° 22*

Contrat passé le 1<sup>er</sup> janvier 1949, entre *Manufacturas Sedó, S.A.* et *Compañía Barcelonesa de Electricidad, S.A.*

*Annexe N° 92 — Document N° 23*

Convention, du 17 juillet 1948, entre *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* et la *Société Canal de Urgel, S.A.*

*Annexe N° 92 — Document N° 24*

Contrats, des 11 août 1948 et 15 septembre 1948, passés entre le *Réseau national des chemins de fer espagnols (RENFE)* et *Energía Eléctrica de Cataluña, S.A.*

*Annexe N° 92 — Document N° 25*

Convention, du 8 mai 1951, entre *Salto del Segre, S.A.* et *Productora Eléctrica Urgelense, S.A.*

*Annexe N° 92 — Document N° 26*

Lettre de *Sociedad Productora de Fuerzas Motrices, S.A.* à *Energía Eléctrica de Cataluña, S.A.*, du 26 juin 1948, au sujet de la chute de Viella.

*Annexe N° 92 — Document N° 27*

Documents d'acceptation de paiements, établis par *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.*, à des dates diverses.

*Annexe N° 92 — Document N° 28*

Lettre de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* au *Banco Exterior de España (Barcelone)*, du 16 avril 1948.

*Annexe N° 92 — Document N° 29*

Lettre de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* au *Banco Aragón (Barcelone)*, du 16 avril 1948.

*Annexe N° 92 — Document N° 30*

Lettre de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* au *Banco de Aragón (Saragosse)*, du 16 avril 1948.

*Annexe N° 92 — Document N° 31*

Lettre de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* au *Banco de Bilbao (Barcelone)*, du 16 avril 1948.

*Annexe N° 92 — Document N° 32*

Lettre de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* au *Banco Central (Barcelone)*, du 16 avril 1948.

*Annexe N° 92 — Document N° 33*

Lettre de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* au *Banco de España (Barcelone)*, du 16 avril 1948.

*Annexe N° 92 — Document N° 34*

Lettre de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* au *Banco Central (Barcelone)*, du 16 avril 1948.

*Annexe N° 92 — Document N° 35*

Lettre de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* à *Banco Hispano-Americano (Barcelone)*, du 16 avril 1948.

*Annexe N° 92 — Document N° 36*

Lettre de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* à *Banco Hispano Colonial (Barcelone)*, du 16 avril 1948.

*Annexe N° 92 — Document N° 37*

Lettre de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* à la *Bank of London and South America Ltd. (Barcelone)*, du 16 avril 1948.

*Annexe N° 92 — Document N° 38*

Lettre de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* à *Banco Urquijo (Madrid)*, du 16 avril 1948.

*Annexe N° 92 — Document N° 39*

Document adressé le 30 mars 1951 par le Commissaire à la faillite de la *Barcelona Traction* à la *Banque d'Espagne (Barcelone)*.

## VOLUME III

*Annexe N° 93*

Certificat de « Turquand, Youngs, McAuliffe & Co. » concernant les action de *Barcelonesa*, propriété de *Riegos y Fuerza del Ebro, S. A.*

*Annexe N° 94*

Lettre de la Bank of London & South America, Ltd. (Barcelone) adressée à « Turquand, Youngs, McAuliffe & Co. », le 17 janvier 1949, au sujet d'actions de *Barcelonesa* propriété de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.*

*Annexe N° 95*

Acte notarié, du 26 avril 1968, qui constate, entre autres, que dans la première écriture du livre registre des actions figurent 1000 actions inscrites au nom de *Barcelona Traction*, représentée par les syndics.

*Annexe N° 96*

Extrait du procès-verbal de l'assemblée générale ordinaire des actionnaires de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.*, tenue le 30 novembre 1948.

*Annexe N° 97*

Examen des documents joints en *Annexe N° 29* à la *Réplique*.

*Annexe N° 97 — Appendice N° 1*

Certificat, dressé le 18 juillet 1951, relatif aux actions de *Catalonian Land*, présenté dans le cadre du procès intenté par *National Trust*.

*Annexe N° 98*

Liste de requêtes (*requerimientos*) de *National Trust* et de *Barcelona Traction* adressées aux sociétés filiales pour protester contre l'émission de nouveaux titres et listes des annonces publiées concernant l'échange de ces titres.

*Annexe N° 99*

Réfutation de ce qu'affirme le Gouvernement belge dans le par. 534, p. 390, de la *Réplique*.

*Annexe N° 100*

Jugement (*auto*) du Tribunal Suprême, du 22 juin 1954, transcrit dans la certification délivrée par le Greffier de la Chambre civile du Tribunal Suprême le 1<sup>er</sup> juillet 1954.

*Annexe N° 101*

Les immeubles sis à Plaza de Cataluña, N° 2 et 3, de Barcelone, dans lesquels les filiales de la *Barcelona Traction* avaient établi leur siège, et que la *Barcelona Traction* indiquait comme étant son « adresse en Espagne », n'appartenaient pas au groupe, mais il les possédait en vertu d'un contrat de location.

*Annexe N° 102*

Recours contre les décisions du Commissaire.

*Annexe N° 103*

Ordonnance (*providencia*), du 16 août 1952, décrétant la mainlevée de la saisie des biens et la cessation de l'intervention des organes de la faillite dans les sociétés du groupe.

*Annexe N° 104*

Protestation formulée par *Barcelona Traction* du fait de l'annulation des annotations préventives faites au Registre du commerce à l'égard des sociétés filiales.

*Annexe N° 105*

Sort réservé lors de la faillite de la *Barcelona Traction* à la trésorerie des sociétés filiales dont le chef de file était la société *Ebro*.

*Annexe N° 105 — Document N° 1*

Acte (*escrito*) du séquestre-dépositaire de la faillite de *Barcelona Traction*, en date du 18 mai 1948, accompagnant un rapport détaillé sur les recouvrements et paiements effectués par lui.

*Annexe N° 105 — Document N° 2*

Acte (*escrito*) du Commissaire de la faillite de *Barcelona Traction*, du 18 mai 1948, donnant son opinion sur les comptes fournis par le séquestre-dépositaire.

*Annexe N° 105 — Document N° 3*

Ordonnance (*providencia*), du 29 mai 1948, rendue par le Juge spécial en ce qui concerne les états de comptes et les écrits du Commissaire et du séquestre-dépositaire, du 18 mai 1948.

*Annexe N° 105 — Document N° 4*

Ordonnance (*providencia*), du 2 juin 1948, demandant au séquestre-dépositaire de fournir, avec le rapport du Commissaire, un exposé sur les recouvrements et paiements effectués par les sociétés touchées par la faillite.

*Annexe N° 105 — Document N° 5*

Récépissé du dépôt constitué le 19 janvier 1952 par le Greffier du Tribunal spécial, à la Caisse Générale de Dépôts, succursale de Tarragone, du montant de l'adjudication de la vente aux enchères publiques des biens de la *Barcelona Traction*.

*Annexe N° 105 — Document N° 6*

Ecrit, du 27 octobre 1953, adressé par le liquidateur de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.*, aux syndicats, sollicitant de faire les démarches nécessaires pour obtenir la remise et la livraison à *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.*, de divers dépôts pour une valeur de 81 millions de pesetas.

*Annexe N° 105 — Document N° 7*

Communication du Tribunal spécial des délits monétaires, du 3 octobre 1953, sommant *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* de verser au Trésor Public la somme de 66.635.998 pesetas.

*Annexe N° 105 — Document N° 8*

Ecrit du 28 octobre 1953, adressé par les syndicats au juge spécial sollicitant l'annulation du dépôt de 81 millions de pesetas et la remise de cette somme aux syndicats pour être ensuite remise à *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.*

*Annexe N° 105 — Document N° 9*

Ordonnance (*providencia*) du 30 octobre 1953, rejetant la requête contenue dans l'écrit des syndicats du 28 octobre 1953.

*Annexe N° 105 — Document N° 10*

Ecrit des syndicats en date du 3 novembre 1953, formant opposition contre l'ordonnance (*providencia*) du 30 octobre 1953.

*Annexe N° 105 — Document N° 11*

Jugement (*auto*) du 16 novembre 1953, du juge spécial, refusant de rétracter (*reponer*) l'ordonnance (*providencia*) du 30 octobre 1953.

*Annexe N° 105 — Document N° 11 — Appendice 1*

Acte d'appel des syndicats en date du 21 novembre 1953, contre le jugement (*auto*) du 16 novembre 1953.

*Annexe N° 105 — Document N° 11 — Appendice 2*

Ordonnance (*providencia*) du 24 novembre 1953, décernant acte de l'appel formé par les syndicats le 21 novembre 1953.



*Annexe N° 105 — Document N° 12*

Jugement (*auto*) de la Cour d'appel (*Audiencia*) de Barcelone, du 22 décembre 1954, infirmant le jugement du 16 décembre 1953, et ordonnant l'annulation de dépôt de 81.000.000 de pesetas.

*Annexe N° 105 — Document N° 13*

Arrêt (*auto*) du Tribunal Suprême, du 16 février 1956, déclarant caduc le pourvoi en cassation de *Barcelona Traction* contre le jugement (*auto*) de la Cour d'appel (*Audiencia*) de Barcelone, du 22 décembre 1954, transcrit dans l'attestation délivrée le 20 mars 1956.

*Annexe N° 106*

Actes de procédure auxquels donna lieu la demande des syndic en vue de la levée des mesures de contrôle et de surveillance.

*Annexe N° 106 — Document N° 1*

Acte (*escrito*) des syndic de la faillite de la *Barcelona Traction*, du 8 août 1952.

*Annexe N° 106 — Document N° 2*

Ordonnance (*providencia*) du Juge spécial, du 16 août 1952.

*Annexe N° 106 — Document N° 3*

Jugement (*auto*) du Juge spécial, du 30 août 1952.

*Annexe N° 107*

Non-application au cas de la *Barcelona Traction* des règles spéciales au sujet de la faillite et la saisie des biens des compagnies de chemins de fer et autres travaux publics.

*Annexe N° 107 — Appendice N° 1*

Pourvoi en cassation (11 octobre 1894). Chambre civile, Collocation des créances.

*Annexe N° 107 — Appendice N° 2*

Jugement (*auto*) déclaratif de faillite de la *Compañía General Madrileña de Electricidad*, du 16 décembre 1913.

*Annexe N° 108*

Au sujet de l'*Annexe 93* de la *Réplique* du Gouvernement belge: l'extension à la société filiale de la responsabilité pour dettes de la maison-mère.

*Annexe N° 109*

Examen de l'arrêt rendu dans l'affaire « First National Bank of Memphis v. Towner ».

*Annexe N° 110*

L'erreur commise par le Gouvernement belge dans l'invocation de l'affaire *Berkey v. Third Avenue Railway Company*.

*Annexe N° 111 — Document N° 1*

Procuration du 20 février 1948, donnée par M. Teixidor.

*Annexe N° 111 — Document N° 2*

Lettre de M. Teixidor, du 22 mars 1968, au syndic M. Torrents.

*Annexe N° 112*

Procuration, du 19 février 1948, par M. Pablo Sagnier.

*Annexe N° 113*

Les récusations formées par l'*Ebro Irrigation*.

*Annexe N° 113 — Appendice N° 1*

Jugement (*auto*) de la Cour d'Appel de Barcelone, du 3 juin 1948 (extrait).

*Annexe N° 113 — Appendice N° 2*

Jugement (*auto*) du Tribunal Suprême du 14 mai 1949, transcrit dans le certificat délivré par le greffier de la Chambre Civile du Tribunal Suprême, le 6 juin 1949 (extrait).

*Annexe N° 113 — Appendice N° 3*

Jugement (*auto*) de la Cour d'Appel de Barcelone, du 13 juillet 1948 (extrait).

*Annexe N° 113 — Appendice 4*

Jugement (*auto*) du Tribunal Suprême du 1<sup>er</sup> juin 1949, transcrit dans le certificat délivré par le greffier de la Chambre Civile du Tribunal Suprême, le 4 juin 1949.

*Annexe N° 114*

A propos de l'intervention de tiers dans la faillite.

*Annexe N° 114 — Appendice 1*

Examen de la jurisprudence espagnole citée par la *Réplique* à propos de l'intervention de tiers dans un procès.

*Annexe N° 114 — Appendice 2*

Portée et signification de divers préceptes légaux invoqués par la *Réplique* pour démontrer le droit des filiales à utiliser les recours que la loi concède uniquement à la faillie.

*Annexe N° 114 — Appendice 3*

Commentaire au sujet de l'arrêt du Tribunal Suprême du 12 avril 1913.

*Annexe N° 115*

Acte (*escrito*) de la *Compañía Barcelonesa de Electricidad, S.A.* du 19 février 1948, interjetant un recours en rétractation (*reposición*) contre le jugement (*auto*) de déclaration de faillite de *Barcelona Traction*.

*Annexe N° 116*

Acte (*escrito*) de la *Compañía Barcelonesa de Electricidad, S.A.* (M<sup>e</sup> Creus, avoué) du 23 février 1948, par lequel cette société soulève un incident d'opposition contre le jugement déclaratif de faillite de *Barcelona Traction*.

*Annexe N° 117*

Information sur l'activité judiciaire des filiales et des sous-filiales de *Barcelona Traction* distinctes d'*Ebro* et de *Barcelonesa* entre le 14 février 1948 et le 27 mars 1948.

*Annexe N° 117 — Appendice 1*

Acte (*escrito*) de *Compañía de Aplicaciones Eléctricas, S.A., Sociedad Española Hidráulica del Freser, S.A., Compañía General de Electricidad, S.A., Saltos de Cataluña, S.A., Saltos del Ebro, S.A., Energía Eléctrica de Cataluña, S.A., Unión Eléctrica de Cataluña, S.A. et Saltos del Segre, S.A.* (M<sup>e</sup> Just, avoué), du 2 mars 1948.

*Annexe N° 117 — Appendice 2*

Acte (*escrito*) des sociétés *Unión Eléctrica de Cataluña, S.A., Saltos del Segre, S.A., Energía Eléctrica de Cataluña, S.A., Saltos del Ebro, S.A., Compañía de Aplicaciones Eléctricas, S.A., Sociedad Española Hidráulica del Freser, S.A. et Compañía General de Electricidad, S.A.* (M<sup>e</sup> Just, avoué), du 5 mars 1948.

*Annexe N° 117 — Appendice 3*

Acte (*escrito*) des sociétés *Compañía de Aplicaciones Eléctricas, S.A., Sociedad Española Hidráulica del Freser, S.A., Saltos de Cataluña, S.A., Saltos del Ebro, S.A., Energía Eléctrica de Cataluña, S.A., Saltos del Segre, S.A. et Unión Eléctrica de Cataluña, S.A.* (M<sup>e</sup> Just, avoué), du 10 mars 1948.

*Annexe N° 117 — Appendice 4*

Acte (*escrito*) des sociétés *Compañía de Aplicaciones Eléctricas, S.A., Sociedad Española Hidráulica del Freser, S.A., Saltos de Cataluña, S.A., Saltos del Ebro, S.A. et Energía Eléctrica de Cataluña, S.A.* (M<sup>e</sup> Just, avoué), du 20 mars 1948.

*Annexe N° 118*

Activités du personnel dirigeant des filiales et des sous-filiales de *Barcelona Traction* entre le 14 février 1948 et le 27 mars 1948.

*Annexe N° 118 — Appendice 1*

Procès-verbal de la réunion du Conseil d'Administration de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.*, du 16 mars 1948.

*Annexe N° 118 — Appendice 2.*

Procès-verbal du Conseil d'Administration de la *Compañía Barcelonesa de Electricidad*, du 17 mars 1948.

*Annexe N° 118 — Appendice 3*

Acte (*escrito*) de MM. Menschaert, Clark, Hiernaux, Cretchley et Puig Doménech (M<sup>e</sup> Just, avoué), du 15 avril 1948.

*Annexe N° 119*

Procès-verbal de la réunion du Conseil d'Administration de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.*, tenue le 2 avril 1948.

*Annexe N° 120*

Ordonnance (*providencia*), du 22 mars 1948, tenant pour comparu le nouvel avoué de la *Compañía Barcelonesa de Electricidad, S.A.*

*Annexe N° 121*

Ordonnance (*providencia*), du 23 mars 1948, tenant pour comparu le nouvel avoué de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* et autres sociétés filiales.

*Annexe N° 122*

Analyse des actes de procédure auxquels donnèrent lieu les recours dits « de queja » formés par *Ebro Irrigation, Compañía Barcelonesa* et les autres sociétés filiales et sous-filiales, contre les décisions qui donnèrent lieu à la substitution d'avoués.

*Annexe N° 122 — Appendice 1*

Extrait de la décision (*auto*) rendue par la Cour d'Appel (*Audiencia*) de Barcelone le 22 juin 1948.

*Annexe N° 122 — Appendice 2*

Extrait de la décision (*auto*) rendue par la Cour d'Appel (*Audiencia*) de Barcelone le 3 juillet 1948.

*Annexe N° 122 — Appendice 3*

Extrait de la décision (*auto*) rendue par la Cour d'Appel (*Audiencia*) de Barcelone le 12 juillet 1948.

*Annexe N° 122 — Appendice 4*

Extrait de la décision (*auto*) rendue par la Cour d'Appel (*Audiencia*) de Barcelone le 19 octobre 1949.

*Annexe N° 122 — Appendice 5*

Extrait de la décision (*auto*) rendue par la Cour d'Appel (*Audiencia*) de Barcelone le 13 juillet 1948.

*Annexe N° 122 — Appendice 6*

Extrait de la décision (*auto*) rendue par la Cour d'Appel (*Audiencia*) de Barcelone le 13 juillet 1948.

*Annexe N° 122 — Appendice 7*

Extrait de la décision (*auto*) rendue par la Cour d'Appel (*Audiencia*) de Barcelone le 12 juillet 1948.

*Annexe N° 122 — Appendice 8*

Extrait de la décision (*auto*) rendue par la Cour d'Appel (*Audiencia*) de Barcelone le 20 septembre 1948.

*Annexe N° 122 — Appendice 9*

Extrait de la décision (*auto*) du Tribunal Suprême du 20 octobre 1949.

*Annexe N° 123 — Document N° 1*

Ordonnance (*providencia*) du 3 avril 1948 prescrivant la restitution de l'acte (*escrito*) présenté par l'avoué de la *Compañía Barcelonesa de Electricidad, S.A.* pour avoir été remplacé.

*Annexe N° 123 — Document N° 2*

Ordonnance (*providencia*) du 5 avril 1948, prescrivant la restitution de l'acte (*escrito*) présenté par l'avoué des diverses sociétés filiales de la *Barcelona Traction*, pour avoir été remplacé.

*Annexe N° 123 — Document N° 3*

Ordonnance (*providencia*) du 5 avril 1948, prescrivant la restitution de l'acte (*escrito*) présenté par l'avoué de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* pour avoir été remplacé.

*Annexe N° 124*

Arrêt du Tribunal Suprême, du 14 mai 1949 (*Riegos y Fuerza del Ebro*).

*Annexe N° 125*

Procès-verbal de la réunion du Conseil d'Administration de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* tenue le 23 décembre 1949.

*Annexe N° 126*

Acte (*escrito*) d'*Ebro Irrigation*, du 28 janvier 1950, à la Cour d'Appel (*Audiencia*).

*Annexe N° 127*

Acte (*escrito*) de *Riegos y Fuerza del Ebro* (Avoué Camps), du 5 avril 1950.

*Annexe N° 128*

Acte (*escrito*) de *Riegos y Fuerza del Ebro* (Avoué Camps), du 17 mars 1950.

*Annexe N° 129*

Les références faites par la *Réplique* (p. 500) aux procès d'« Interférence » et « Streit um die Parteirolle » et au Droit belge n'ont pas la signification qu'elle prétend.

*Annexe N° 130*

Fondements de Droit de la demande de *National Trust* du 17 novembre 1950.

*Annexe N° 131*

Jugement (*auto*) du Juge Spécial, du 10 décembre 1948, rejetant le recours de *Barcelona Traction* contre l'Ordonnance (*providencia*) de comparution du comité des obligataires Prior Lien.

*Annexe N° 132 — Document N° 1*

Acte (*escrito*) du 5 mars 1949, du représentant de l'« Association Nationale des Porteurs Français de Valeurs Mobilières » au Juge Spécial.

*Annexe N° 132 — Document N° 2*

Pouvoirs présentés lors de la comparution de l'« Association Nationale des Porteurs Français de Valeurs Mobilières », et faits à Paris, le 25 décembre 1948.

*Annexe N° 132 — Document N° 3*

Ordonnance (*providencia*), du 26 mars 1949, du Juge Spécial.

*Annexe N° 133*

L'Ordonnance du 14 février 1948, décidant la suspension à cause du Déclinatoire García del Cid, n'était pas irrévocable (*firme*) tant que n'était pas écoulé le délai pendant lequel pouvait être formé un recours en rétractation (*reposición*).

*Annexe N° 134*

Acte (*escrito*) de *Riegos y Fuerza del Ebro, S.A.* du 5 mars 1948, par lequel elle forme un recours en rétractation (*reposición*) contre l'ordonnance du 27 février 1948 qui ne donna pas lieu à la suspension des actes de saisie.

*Annexe N° 135*

Acte (*escrito*) de *Riegos y Fuerza del Ebro*, du 24 février 1948, pour protester contre la suspension de la procédure en vertu d'un déclinatoire de compétence et pour demander la suspension des actes de procédure concernant la saisie.

*Annexe N° 136*

Jugement, du 14 avril 1948, accordant le délai extraordinaire de preuve demandé par M. Boter.

*Annexe N° 137*

Jugement (*auto*), du 20 septembre 1948, rejetant le recours formé par les demandeurs à la faillite contre l'ordonnance (*providencia*) du 5 août 1948 qui rejetait la présentation de certaines preuves proposées dans le déclinatoire Boter.

*Annexe N° 138 — Document N° 1*

Acte (*escrito*) de *Barcelona Traction*, du 22 juin 1949, portant interjection d'appel contre le jugement (*auto*) du 18 juin 1949 et demandant de recevoir cet appel avec effet dévolutif seulement (*en un solo efecto*).

*Annexe N° 138 — Document N° 2*

Acte (*escrito*) de *Barcelona Traction*, du 2 août 1949, portant interjection d'appel contre le jugement (*auto*) du 29 juillet 1949 et demandant de recevoir cet appel avec effet dévolutif seulement (*en un solo efecto*).

*Annexe N° 138 — Document N° 3*

Acte (*escrito*) de *Barcelona Traction*, du 8 août 1949, portant interjection d'appel contre le jugement (*auto*) du 4 août 1949 et demandant de recevoir cet appel avec effet dévolutif seulement (*en un solo efecto*).

*Annexe N° 138 — Document N° 4*

Acte (*escrito*) de *Barcelona Traction*, du 21 janvier 1950, portant interjection d'appel contre le jugement (*auto*) du 19 janvier 1950 et demandant de recevoir cet appel avec effet dévolutif seulement (*en un solo efecto*).

*Annexe N° 139*

Acte (*escrito*) de *Barcelona Traction*, du 11 juillet 1949, par laquelle ladite société forme, à propos de l'appel Boter, un incident de nullité des actes de la procédure et sollicite la suspension de l'instruction de l'affaire principale.

*Annexe N° 140*

Acte (*escrito*) de *Barcelona Traction*, du 2 septembre 1949, en réponse à la demande incidente de Genora, dans le recours en appel Boter.

*Annexe N° 141*

Arrêt (*sentencia*) de la Cour d'Appel (*Audiencia*) de Barcelone, du 29 janvier 1951, rejetant la demande incidente, préalable et spéciale, formulée par Genora sur l'appel Boter.

*Annexe N° 142*

Ordonnance (*providencia*), du 5 mars 1948, ordonnant qu'en raison de la non-comparution du failli, soient notifiées par édits affichés les décisions rendues.

*Annexe N° 143*

Suspension du cours des actes de procédure réalisés par MM. Andreu et Lostré pour requérir la destitution M. Burguera, Syndic, du fait de l'instruction d'une procédure criminelle.

*Annexe N° 144 — Document N° 1*

Ecrit du Ministère Public du 3 juin 1959 relatif à l'introduction d'une nouvelle instruction sur les actes imputés à René Lostré.

*Annexe N° 144 — Document N° 2*

Ordonnance du 9 juin 1959, rendue sur l'écrit du Ministère Public du 3 juin 1959.

*Annexe N° 145*

Ordonnance (*providencia*) du 4 août 1949, désignant M. Martorell pour l'élaboration du bilan — Ordonnance du Juge Spécial, M. Garcia Gómez.

*Annexe N° 146 — Document N° 1*

Formalités de procédure (*diligencias*), des 30 août 1949 et 5 septembre 1949, à l'égard de certains créanciers, pour leur convocation à l'Assemblée des Créanciers.

*Annexe N° 146 — Document N° 2*

Liste des journaux nationaux et étrangers où a été publiée la convocation à la première assemblée générale pour la nomination des syndicats, avec indication de ceux-ci.

*Annexe N° 147*

Liste des créanciers dressée le 16 septembre 1949 en vue de participer à la première assemblée pour la nomination de syndicats.

*Annexe N° 148*

Procès-verbal notarié, dressé le 22 août 1949, constatant que l'avoué de *Barcelona Traction* remet au Commissaire un écrit pour citation des créanciers étrangers.

*Annexe N° 149*

Rapport du Commissaire par lequel il justifie une ordonnance prononcée retournant un acte (*escrito*) à *Barcelona Traction* présenté par l'entremise d'un notaire aux fins de citation de créanciers.

*Annexe N° 150*

Jugement (*auto*) du 17 novembre 1949, rejetant un recours de *Barcelona Traction* contre l'ordonnance du Commissaire qui rejeta un acte (*escrito*).

*Annexe N° 151*

Acte (*escrito*) de Genora, du 23 avril 1949, demandant à la chambre de restituer le dossier (*autos*) afin de prendre copie des pièces nécessaires pour résoudre le recours Namel concernant la convocation de l'assemblée des créanciers.

*Annexe N° 152*

Jugement (*auto*) du 17 novembre 1949, rejetant un recours de *Barcelona Traction* contre une ordonnance qui a refusé de délivrer une commission rogatoire pour que la faillite présente un bilan.

*Annexe N° 153 — Document N° 1*

Jugement (*auto*) du juge de Reus, du 28 juillet 1949, recevant le recours formé par Namel au sujet de la convocation de l'Assemblée des Créanciers aux fins de la nomination des syndicats.

*Annexe N° 153 — Document N° 2*

Décision (*auto*) de la Cour d'Appel (*Audiencia*), du 17 juin 1950, confirmant le jugement précédent du 28 juillet 1949.

*Annexe N° 154 — Document N° 1*

Ordre du Ministère de la Justice au Président de la Cour d'Appel (*Audiencia*) de Barcelone, du 7 février 1949, accompagnant une Commission Rogatoire expédiée par le Juge de Reus, ainsi que les actes de procédure (*diligencias*) réalisés, aux fins d'exécution.

*Annexe N° 154 — Document N° 2*

Certification du Consul Général d'Espagne au Canada, du 27 septembre 1948, concernant les actes de procédure (*diligencias*) réalisés en exécution de la Commission Rogatoire du Juge de Reus.

*Annexe N° 154 — Document N° 3*

Acte (*escrito*) du 26 août 1948, signé par le secrétaire de *Barcelona Traction*.

*Annexe N° 154 — Document N° 4*

Déclaration assermentée faite par John David Hilton, le 27 août 1948.

*Annexe N° 155*

Réfutation des griefs formulés par le Gouvernement belge à propos de la vente par *Westminster Bank* des obligations *First Mortgage* qu'elle avait en son pouvoir comme garantie des obligations de troisième rang en pesetas.

*Annexe N° 156*

Acte authentique d'augmentation de capital de la société *Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S.A.*, du 15 novembre 1952.

*Annexe N° 157*

Les sources de la faillite dans l'ordre juridique espagnol.

*Annexe N° 158*

Les articles 1167 du Code de Procédure Civile et 1028 du Code de Commerce de 1829 sont sans pertinence pour en déduire la règle générale selon laquelle la vente des biens du failli n'est possible que quand le jugement déclaratif de faillite est devenu irrévocable (*firme*).

*Annexe N° 159*

Le Juge Spécial lorsqu'il rendit le jugement du 15 septembre 1951, s'en tint aux moyens probatoires qui figurent au dossier judiciaire.

*Annexe N° 160*

Attestation, du 8 mai 1968, concernant les motifs pour lesquels le premier juge spécial demanda d'être relevé de sa charge.

*Annexe N° 161*

Adjudication à la *Fecsa*, le 17 juin 1952, des biens vendus lors des enchères du 4 janvier 1952.

*Annexe N° 161 — Document N° 1*

Copie sous forme d'une attestation délivrée le 12 juillet 1967, de l'acte d'adjudication du 17 juin 1952 à la société *Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S.A.* des droits aliénés lors des enchères publiques du 4 janvier 1952.

*Annexe N° 161 — Document N° 2*

Acte délivré le 17 juin 1952 constatant la remise à la société *Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S.A.* des titres et documents « instruments de preuve » des biens vendus lors de la vente aux enchères du 4 janvier 1952. Copie conforme délivrée le 12 juillet 1967.

*Annexe N° 162*

Réfutation de l'interprétation contenue dans la *Réplique* (paragraphe 732 et 733, paragraphes 539 à 541) sur l'interprétation des textes relatifs à l'estimation et à la vente des « efectos mercantiles ».

*Annexe N° 163*

L'évaluation non contradictoire des biens fut adoptée sur initiative judiciaire par application des articles 1084 et 1086 du Code de Commerce de 1829.

*Annexe N° 163 — Document N° 1*

Acte (*escrito*), du 27 octobre 1951, des syndicats de la faillite, par lequel ils attaquent le recours en rétractation (*reposición*) formé par *Barcelona Traction* contre l'ordonnance du 15 octobre 1951.

*Annexe N° 164 — Document N° 1*

Avis publié dans le journal *ABC* de Madrid, en date du 18 décembre 1951 et concernant la vente aux enchères du 4 janvier 1952 sous l'intitulé: Avis de la *Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd.*

*Annexe N° 164 — Document N° 2*

Coupage de *La Vie Française* (Paris) du 28 décembre 1951, et de *L'Information* (Paris) du 22 décembre 1951, reproduisant l'avis publié par *Barcelona Traction* dans le journal *ABC* de Madrid.

*Annexe N° 164 — Document N° 3*

Coupage de *L'Agence Economique et Financière* (Paris) du 21 décembre 1951, reproduisant l'avis publié par *Barcelona Traction* dans le journal *ABC* de Madrid.

*Annexe N° 164 — Document N° 4*

Acte (*escrito*) de la *Société Internationale d'Energie Hydro-Electrique*, du 27 décembre 1951, adressé au Conseil Supérieur Bancaire en ce qui concerne la vente aux enchères de janvier 1952.

*Annexe N° 165 — Document N° 1*

Requête (*requerimiento*) adressée par *Barcelona Traction* à *Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S.A.*, le 22 décembre 1951, en ce qui concerne les enchères du 4 janvier 1952.

*Annexe N° 165 — Document N° 2*

Requête (*requerimiento*) adressée par la *Société Internationale d'Energie Hydro-Electrique* à *Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S.A.*, le 22 décembre 1951, et relative aux enchères du 4 janvier 1952.

*Annexe N° 165 — Document N° 3*

Requête (*requerimiento*) du 22 décembre 1951, adressée par la *Société Internationale d'Energie Hydro-Electrique* au *Banco Central* — en qualité d'actionnaires de *Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S.A.* — en ce qui concerne les enchères du 4 janvier 1952.

*Annexe N° 166*

Note élaborée par M. Cuesta Garrigós, professeur de politique économique à l'Université de Madrid, intitulée: « La valeur de reconstitution est entièrement inappropriée en matière d'évaluation des entreprises électriques ».

*Annexe N° 167 — Document N° 1*

Le décret du 12 janvier 1951 portant fixation des tarifs de l'électricité n'a été pour rien dans la hausse de la cote en bourses des valeurs d'électricité au cours des années 1951, 1952 et 1953.

*Annexe N° 167 — Document N° 2*

Renseignements extraits de l'« *Agenda Financiera del Banco de Bilbao* », 1959 (pages 57 à 122).

*Annexe N° 168*

Extraits de « *El Economista* » du 3 mai 1952 et du 13 décembre 1952.

*Annexe N° 169*

Considérations sur les objections faites par le Gouvernement belge au sujet de l'évaluation de la *Barcelona Traction* faite par Monsieur Soronellas.



*Annexe N° 170*

Réfutation des imputations de la *Réplique* (pars. 189 et 190 et A.R. N° 40, Vol. I, pp. 168 à 175) concernant la méthode appliquée par l'expert Soronellas, pour évaluer le patrimoine de la société faillite, à partir du prix de revient des effets dont celle-ci était propriétaire.

*Annexe N° 171*

Les obligations en monnaie étrangère dans l'ordre juridique espagnol.

*Annexe N° 172*

Arguments de Droit comparé concernant la conversion d'une monnaie étrangère en monnaie nationale.

*Annexe N° 173*

Requête (*requerimiento*) de *Fecsa* aux syndics, du 28 décembre 1951, sur la portée des obligations de l'adjudicataire dans l'adjudication du 4 janvier 1952 et réponse de l'avoué des syndics de la faillite.

*Annexe N° 174*

Consultation de John Wellington Pickup, en date du 31 août 1951, au sujet de l'obligation qu'a le débiteur de payer des intérêts sur les intérêts.

*Annexe N° 175*

Lettre de *Fecsa* aux syndics du 3 janvier 1952, au sujet de la réponse donnée par ces derniers à la requête faite par *Fecsa* le 28 décembre 1951.

*Annexe N° 176*

Liste des actes notariés qui justifient du paiement des obligations *Prior Lien* et *First Mortgage de Barcelona Traction* pour le compte de *Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S.A.* et du fait que les titres ont été estampillés et conservés dans des sacs.

*Annexe N° 177*

Erreurs commises par la *Réplique* à propos des obligations *Barcelona Traction* prétendument « inscrites au nominatif » au nom d'*Helvetia Finance* et de *National Trust*.

*Annexe N° 178*

*Barcelona Traction* n'a pas formulé par-devant les tribunaux espagnols les accusations faites dans le *Réplique* (par. 782, p. 576) à propos des conventions passées entre *Fecsa* et quelques obligataires.

*Annexe N° 178 — Document N° 1*

Acte (*escrito*) de *Barcelona Traction*, du 25 août 1952.

*Annexe N° 178 — Document N° 2*

Ordonnance du Juge Spécial, du 30 août 1952.

*Annexe N° 178 — Document N° 3*

Acte (*escrito*) des syndics de la faillite, du 4 septembre 1952.

*Annexe N° 178 — Document N° 4*

Signification adressée par *Fecsa* aux syndics, le 11 juin 1952.

*Annexe N° 178 — Document N° 5*

Ordonnance de M. le Juge Spécial, du 6 septembre 1952.

*Annexe N° 178 — Document N° 6*

Acte (*escrito*) de *Barcelona Traction*, du 7 octobre 1952.

*Annexe N° 178 — Document N° 7*

Ordonnance de M. le Juge Spécial, du 14 octobre 1952.

*Annexe N° 178 — Document N° 8*

Acte (*escrito*) des syndics de la faillite, du 14 novembre 1952.

*Annexe N° 178 — Document N° 9*

Ordonnance de M. le Juge Spécial, du 21 novembre 1952.

*Annexe N° 179*

Requête formulée par *National Trust* contre *Catalonian Land* et *Fecsa* en tant que codéfendesse, par-devant la Cour d'Ontario.

*Annexe N° 180*

Arrêt rendu par la Cour d'Ontario, le 14 février 1955, dans le procès *International Utilities* contre *Ebro*.

*Annexe N° 181*

Consultation donnée par le professeur Briggs: « La faillite espagnole et la « Receivership » ».

*Annexe N° 182*

Ventes judiciaires dans la faillite ou « Receivership » de grandes entreprises aux Etats-Unis d'Amérique.

*Annexe N° 183*

La priorité absolue des créanciers par rapport aux actionnaires.

*Annexe N° 184*

Reproduction des articles 1 et 2 du Décret du 21 juillet 1950 au sujet de l'établissement du marché libre des devises à la Bourse de Madrid.

*Annexe N° 185*

Commentaire du « Times » de Londres, du 26 juillet 1951, au sujet des conséquences qui, à son avis, s'ensuivraient pour le Gouvernement britannique du fait d'avoir signé la déclaration conjointe du 11 juin 1951.

*Annexe N° 186*

Extrait de la note parue dans « The Investors Chronicle » de Londres, le 4 août 1951, au sujet de la déclaration faite par le Ministère des Affaires Étrangères Britannique à la suite d'un commentaire du « Times », de Londres, du 26 juillet 1951.

*Annexe N° 187*

Au sujet de la mission de M. López Oliván au Canada.

*Annexe N° 188*

Caractéristiques générales des « Receiverships ».

*Annexe N° 189*

Extrait de l'acte de M<sup>lle</sup> Janetta Byrne et de M. Ch. F. Kennedy, présenté en 1914, dans la « Receivership » de Londres.

*Annexe N° 190*

Consultation donnée, le 5 janvier 1915, par l'avocat canadien N. Geo F. Shepley.

*Annexe N° 191*

Arguments subsidiaires quant à l'existence du moyen de recours hiérarchique contre les actes de l'I.E.M.E.

*Annexe N° 192*

Décision de la Cour Suprême, du 24 octobre 1957.

*Annexe N° 193*

Décision du Ministre du Commerce à propos du recours hiérarchique porté contre des actes de l'I.E.M.E., du 4 février 1951.

*Annexe N° 194*

Décision du Ministre du Commerce à propos du recours hiérarchique porté contre des actes de l'I.E.M.E., du 2 janvier 1952.

*Annexe N° 195*

Décision du Ministre du Commerce à propos du recours hiérarchique porté contre des actes de l'I.E.M.E., du 14 février 1952.

*Annexe N° 196*

Décision du Ministre du Commerce à propos du recours hiérarchique porté contre des actes de l'I.E.M.E., du 31 mars 1952.

*Annexe N° 197*

Décision du Ministre du Commerce à propos du recours hiérarchique porté contre des actes de l'I.E.M.E., du 9 juin 1953.

*Annexe N° 198*

Jugement de la Cour Suprême (3<sup>e</sup> Chambre du Contentieux Administratif), du 2 octobre 1931.

*Annexe N° 199*

Jugement (*auto*) du Tribunal Suprême, du 27 avril 1956, par lequel a été suspendue l'exécution d'une décision (*auto*) rendue par la Cour d'appel (*Audiencia*) de Barcelone, le 8 octobre 1955, contre lequel avait été formé un recours en révision.

*Annexe N° 200*

Omissions commises par *Barcelona Traction* au cours de la procédure de faillite, après sa comparution (réfutation des pars. 835 à 842 de la *Réplique*).

*Annexe N° 201*

La présentation de la pratique des Etats et du droit conventionnel dans la *Réplique* belge.

---

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.

---