

OPINION INDIVIDUELLE DE M. WELLINGTON KOO,
VICE-PRÉSIDENT

[Traduction]

1. Je m'associe entièrement aux conclusions de la Cour relatives aux première, deuxième et quatrième exceptions préliminaires ainsi qu'aux motifs sur lesquels ces conclusions sont fondées, sauf sur un point concernant la deuxième exception qui appelle quelques explications de ma part. En ce qui concerne la troisième exception préliminaire, j'ai le regret de ne pas pouvoir m'associer aux conclusions de la Cour en faveur d'une jonction au fond. J'estime que cette exception aurait dû être rejetée. Je me propose d'indiquer les raisons de mon opinion sur ces deux points.

I

2. Après avoir rappelé que le défendeur invoque à l'appui de la deuxième exception préliminaire la décision prise par la Cour dans l'affaire *Israël c. Bulgarie*, l'arrêt énumère un certain nombre de différences entre cette affaire et l'affaire actuelle. Cela est facilement compréhensible dans la mesure où il s'agit de marquer que la présente affaire est abordée de façon indépendante, en elle-même. Toutefois, selon moi, le fait d'appeler l'attention sur ces différences n'implique nullement que l'on justifie la décision prise dans l'affaire précédente ni que les différences en question suffisent à justifier cette décision, à propos de laquelle je maintiens le point de vue exprimé dans l'opinion dissidente collective jointe à l'arrêt rendu dans cette affaire.

3. Les différences indiquées dans la présente décision, à propos de la deuxième exception préliminaire, n'ont selon moi qu'un intérêt accessoire pour la question en cause. La situation résultant du jeu de l'article 36, paragraphe 5, du Statut par rapport à la déclaration d'acceptation faite par la Bulgarie en application de l'article 36 et la situation qui découle du jeu de l'article 17, paragraphe 4, du traité hispano-belge de 1927 par rapport à l'article 37 sont fondamentalement similaires, sinon identiques, dans la mesure où il s'agit du transfert de la juridiction obligatoire de l'ancienne Cour à la nouvelle. Dans les deux cas, le facteur du maintien en vigueur a une importance essentielle, indépendamment de la disparition de la Cour permanente, tenue pour acquise. L'expression « still in force » qui, s'agissant des déclarations d'acceptation mentionnées à l'article 36, paragraphe 5, a été rédigée à l'origine en anglais et traduite en français par les mots « pour une durée qui n'est pas encore expirée », correspond à la seule condition mise audit transfert. En ce qui concerne l'article 37, la condition, en fait, est la même, car elle exige « un traité ou une convention en vigueur [qui] prévoit le renvoi à une juridiction que

devait instituer la Société des Nations ou à la Cour permanente de Justice internationale ». La dissolution future, tant de la Société des Nations que de la Cour, était connue, et l'on savait qu'elles allaient disparaître. L'article 37 et l'article 36, paragraphe 5, ont le même but, à savoir conserver dans toute la mesure possible les arrangements en vigueur intéressant la juridiction obligatoire, indépendamment de la dissolution attendue de la Société des Nations et de la Cour. Peu importe la forme de l'instrument qui comporte une clause de juridiction obligatoire. Que cette clause constitue le seul objet dudit instrument, ou qu'elle ne soit que l'une des dispositions d'un traité ou d'une convention pour le règlement pacifique des différends par des organes déterminés, ou encore qu'il s'agisse d'une disposition spéciale d'un traité ou d'une convention de caractère général concernant d'autres questions, cela n'a pas d'importance décisive pour le transfert de la juridiction en vertu de l'article 37. Ce qui importe, c'est qu'en pareil cas le traité ou la convention demeure en vigueur. Ce maintien en vigueur s'applique à l'instrument dans son ensemble ; tant que l'instrument lui-même demeure en vigueur, la clause de juridiction obligatoire demeure en vigueur elle aussi, de même que les déclarations d'acceptation faites en application de l'article 36 de l'ancien Statut sont considérées aux fins de l'article 36, paragraphe 5, du nouveau Statut comme demeurant en vigueur pour la durée restant à courir. L'article 17 (4) du traité de 1927 de même que la déclaration d'acceptation de la Bulgarie peuvent avoir été temporairement inopérants en raison de la dissolution de la Cour permanente de Justice internationale mais ce facteur transitoire d'inapplicabilité allait de soi ; il était la raison d'être de l'article 37 comme il était la raison d'être de l'article 36, paragraphe 5, à l'égard des déclarations d'acceptation faites en application de l'article 36. En d'autres termes, le but même de ces deux dispositions était d'écartier l'effet que pourrait avoir la dissolution de l'ancienne Cour et de rendre possible le transfert effectif de sa compétence obligatoire à la nouvelle Cour.

4. En outre, si l'on y regarde de plus près, on s'aperçoit que l'argument fondé sur la différenciation entre l'affaire de l'*Incident aérien* et la présente affaire n'explique pas suffisamment la décision prise dans le premier cas. Du point de vue juridique, il n'existe vraiment aucune distinction en ce qui concerne le principe du transfert de l'ancienne Cour à la nouvelle Cour. Seules diffèrent les deux sources d'obligation de se soumettre à la juridiction obligatoire. Dans le cas des déclarations d'acceptation souscrites en vertu de l'article 36, paragraphe 2, de l'ancien Statut, comme dans le cas des déclarations similaires faites en vertu de la disposition qui porte le même numéro dans le nouveau Statut, l'efficacité dépend du degré de concordance des termes de deux acceptations données, compte tenu des réserves et des limitations liées au principe de la réciprocité ; en revanche, les clauses juridictionnelles auxquelles l'article 37 est applicable découlent du consentement et de l'accord mutuel des parties contractantes ayant conclu des instruments bilatéraux.

téraux ou multilatéraux. Mais le processus du transfert lui-même et l'effet juridique du transfert réalisé sont les mêmes dans les deux situations, tout comme le but des deux dispositions du Statut est identique. La seule différence est qu'en l'espèce, comme l'arrêt le souligne à juste titre, l'obligation fondamentale de se soumettre à un règlement judiciaire est nettement stipulée à l'article 2 et à l'article 17 (1) du traité de 1927 de même qu'à l'article 23 qui vise « les contestations qui surgiraient au sujet de l'interprétation ou de l'exécution du présent traité », tandis que les dispositions de l'article 17 (4) ont un caractère plutôt fonctionnel, en ce qui concerne le tribunal appelé à statuer, et il en est de même des articles 21 et 22 où un tribunal chargé de régler certaines affaires est mentionné.

5. Etant donné la situation en l'espèce, la différence quant à l'effet juridique, si elle existe, n'est pas une question de nature — ce n'est qu'une affaire de degré et cela concerne la validité de la source de l'obligation. C'est pourquoi la validité du transfert de la juridiction obligatoire se justifie mieux encore en vertu de l'article 37 qu'en vertu de l'article 36, paragraphe 5. Ceci ne veut pas dire que la décision rendue en l'affaire de l'*Incident aérien* se justifiait également en droit.

II

6. La troisième exception préliminaire soulève indubitablement d'importants problèmes de droit et de fait. En principe, j'estime qu'il est bon en matière judiciaire d'adopter une politique de prudence qui facilite la bonne administration de la justice et la Cour a certainement le pouvoir discrétionnaire de décider la jonction au fond pour des motifs valables comme elle le fait dans le présent arrêt.

7. En l'espèce, toutefois, je suis d'avis que la Cour aurait pu et dû statuer sur cette exception. Les divers problèmes en cause et l'argumentation fouillée encore que contradictoire des deux Parties ont été clairement exposés de façon presque exhaustive dans les écritures, fort détaillées, et lors de la longue procédure orale. Le demandeur prie subsidiairement la Cour, au cas où la troisième exception préliminaire ne serait pas rejetée, de la joindre au fond ; le défendeur soutient, de son côté, que la question soulevée par cette exception est « absolument mûre pour être tranchée » et que la demande subsidiaire de jonction au fond présentée par la Belgique n'est pas justifiée.

8. Quand on considère les conclusions des Parties sur la troisième exception préliminaire, deux questions principales se posent d'emblée, à savoir *a)* une question de droit et *b)* une question de fait, la solution des autres problèmes soulevés étant subordonnée à la réponse donnée à ces deux questions. La question de droit peut être énoncée dans les termes suivants : le droit international reconnaît-il à un Etat le droit

de protéger ses ressortissants, personnes physiques ou morales, qui sont actionnaires d'une société étrangère et qui ont subi un dommage ou un préjudice du fait d'un acte internationalement illicite commis par un Etat tiers à l'encontre de la société? Quant à la question de fait, elle porte sur les deux points essentiels suivants : premièrement, les actions de la Barcelona Traction inscrites au nom de *nominees* de nationalité américaine dans la comptabilité de la société et appartenant, selon le demandeur, à des personnes physiques et morales de nationalité belge sont-elles *prima facie* la propriété de ces ressortissants? Deuxièmement, ces personnes ont-elles été lésées à raison du préjudice causé à ladite société par des actes, mesures ou omissions internationalement illicites des organes du Gouvernement défendeur?

9. Si l'on répond négativement à la question de droit et si néanmoins les faits et les circonstances de l'espèce ne paraissent pas dépourvus de poids et de sérieux, la prudence qui s'impose en matière judiciaire et le souci d'une bonne administration de la justice militent en faveur d'une jonction au fond qui permettra de trancher deux questions lors de la seconde phase de la procédure, si celle-ci doit finalement avoir lieu. On devra d'abord déterminer si les faits et les circonstances de l'espèce fournissent une base juridique suffisante pour qu'il soit légitime de reconnaître au demandeur qualité pour agir devant la Cour. Si ce n'est pas le cas, la réclamation du demandeur devra être considérée comme irrecevable et la troisième exception préliminaire devra être retenue. Si c'est au contraire le cas, il faudra alors trancher la seconde question, c'est-à-dire déterminer si les faits et les circonstances de l'espèce revêtent un caractère si particulier que la Cour serait fondée à admettre une autre exception à la règle actuellement reconnue selon laquelle une société ne peut être protégée que par l'Etat dont elle a la nationalité.

10. Si, en revanche, on répond affirmativement à la question de droit et si les faits essentiels allégués par le demandeur fournissent de prime abord une base permettant de reconnaître sa qualité pour agir en l'espèce, cette exception doit être rejetée au stade actuel de la procédure. Une telle conclusion laisserait toutefois au défendeur la possibilité, lors de la phase ultérieure de la procédure au fond, si celle-ci doit finalement avoir lieu, de contester et de réfuter les faits allégués en apportant les preuves nécessaires. Si la Cour estime que le défendeur apporte ces preuves, elle rejettera évidemment la réclamation du demandeur au fond.

11. En résumé, pour trancher la question de droit très importante que soulève la troisième exception préliminaire, il faut déterminer d'abord si le droit international contemporain donne à l'Etat le droit général de protéger ses ressortissants, actionnaires d'une société étrangère, à l'égard d'un Etat tiers, indépendamment de la règle générale d'après laquelle la protection des sociétés est assurée par l'Etat dont elles ont la nationalité et de l'exception à cette règle qui est admise comme il

est dit plus haut. Il s'agit de savoir si le droit international contemporain sanctionne le droit général d'intervention revendiqué par le demandeur au nom des actionnaires belges. Je me propose maintenant d'examiner cette question.

A

12. L'introduction dans le droit international d'entités juridiques privées sous forme de personnes morales est une conséquence naturelle de leur apparition en droit interne. Comme il existe presque autant de types de sociétés qu'il y a de systèmes de droit interne en vertu desquels elles sont constituées et comme les activités de ces sociétés ont gagné en complexité et en vérité, le problème de la protection de leurs intérêts légitimes a pris de plus en plus d'importance, et est devenu infiniment complexe.

13. La notion de protection est fondamentale et paraît admise par les tenants des deux thèses en présence. Leurs divergences de vues ont trait à la forme et à la portée de sa mise en œuvre en droit international. Ce qui importe dans le cas présent, cependant, c'est de déterminer quel est le point de vue le plus raisonnable et le plus pratique à adopter en ce qui concerne la protection des actionnaires d'une société étrangère par leur Etat national. Cette protection doit-elle viser uniquement les actionnaires d'une société étrangère qui possède la nationalité de l'Etat « fautif » ? Doit-elle se limiter au cas où ladite société étrangère a été dissoute ou a en fait cessé d'exister ? Faut-il ajouter une autre condition, à savoir que lesdits actionnaires possèdent la majorité ou tout au moins une part substantielle des actions de la société ? Quel est le critère pour déterminer ce qui constitue une part substantielle ? Quelle est l'influence et quel est l'effet de l'attitude de l'Etat dont la société possède la nationalité sur le droit pour l'Etat national des actionnaires de protéger leurs intérêts ? Est-il intervenu et son intervention a-t-elle été énergique ou non ?

14. Je suis porté à croire que des réponses positives à ces questions, quels que soient leur intérêt et leur utilité, ne constituent pas des éléments essentiels pour ce qui est de la règle générale de la protection des actionnaires ressortissants de l'Etat intervenant et encore moins pour ce qui est du problème particulier à l'examen.

15. Les investissements étrangers représentent une certaine forme de biens, de droits et d'intérêts et comme tels peuvent en principe prétendre à être protégés en droit international. Comme ces investissements se font selon des formules et des méthodes nombreuses et variées et comme le processus d'expansion et de développement n'est pas achevé, il est inévitable, au stade actuel de l'évolution, que la protection de ces droits et intérêts sur le plan international soulève des problèmes nouveaux

et fasse intervenir des notions peu familières. Mais, pour l'essentiel, ces droits et intérêts relèvent tous de la règle générale de la protection diplomatique et judiciaire du droit international. Ce qui compte réellement, c'est le principe fondamental de la protection qui a été si clairement affirmé par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire *Mavrommatis* quand elle a déclaré :

« C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'Etat à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre Etat, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires¹. »

En outre, le droit international qui est fondé au premier chef sur les principes généralement reconnus de droit et de justice attache moins d'importance à la forme et à l'apparence que le droit interne. Lorsqu'il s'agit de la protection des biens, droits et intérêts, le droit international a pour fonction de déterminer où et dans quelle mesure ces biens, droits et intérêts existent et de tenir compte des réalités plutôt que des formes et des apparences. Comme la Cour l'a déclaré dans son avis consultatif relatif à la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, « Le développement du droit international, au cours de son histoire, a été influencé par les exigences de la vie internationale...² » Max Huber, rapporteur dans l'affaire des réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc, qui opposait la Grande-Bretagne et l'Espagne, a fait observer ce qui suit :

« ... malgré le fait que beaucoup de systèmes de droit admettent l'existence indépendante de sociétés en nom collectif, la jurisprudence prépondérante des tribunaux reconnaît la possibilité de distinguer entre les parts contributives des sociétaires, d'un côté, et la société même de l'autre. Le droit international qui, dans ce domaine, s'inspire essentiellement des principes de l'équité, n'a établi aucun critère formel pour accorder ou refuser la protection diplomatique à des intérêts appartenant à des personnes de nationalité différente...³ »

16. Le droit international reconnaît généralement le droit qu'a un Etat de protéger une société qui possède sa nationalité par une intervention diplomatique ou par un recours à un règlement judiciaire international à l'encontre d'un autre Etat ayant commis contre cette société des actes illicites engageant sa responsabilité internationale. Cette règle découle évidemment par analogie du principe selon lequel :

¹ C.P.J.I. *série A* n° 2, p. 12.

² C.I.J. *Recueil* 1949, p. 178.

³ Cité par John Thomas Miller Jr., *Du traitement par les gouvernements des intérêts étrangers dits substantiels des sociétés*, 1950, p. 82.

« En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international¹. »

Cependant, en raison de la nature même de la personnalité morale, cette analogie n'est qu'approximative et ne peut être poussée trop loin. Elle a été acceptée car elle facilite la protection à l'étranger par ce qu'on appelle l'Etat national. On n'a pas pu avoir et l'on n'a évidemment pas eu l'intention d'en faire une règle généralement applicable à la protection des droits et intérêts de différentes catégories groupés dans une entité sociale dont les propriétaires ont souvent des nationalités différentes. En outre, le droit interne lui-même, dans certaines circonstances, habilite en fait les actionnaires à agir en leur propre nom à raison de préjudices causés à la personne morale. Ce principe se retrouve non seulement dans les décisions des tribunaux anglais et américains, mais aussi dans la jurisprudence et le droit des sociétés du système continental².

17. Du fait que la notion de personnalité morale est devenue plus complexe et que les activités des diverses catégories de sociétés privées contemporaines ont rapidement gagné en variété et en importance — elles s'exercent souvent sur le territoire de nombreux Etats ayant des systèmes de droit interne différents —, la structure de ces sociétés s'est beaucoup diversifiée et le nombre des éléments constitutifs et associés a augmenté. Ces sociétés ont souvent des filiales qu'elles possèdent dans une mesure plus ou moins large et où différentes catégories d'actionnaires possèdent des droits divers en matière de vote et de répartition des bénéfices et des dividendes. Vu la croissance et le développement rapides des sociétés par actions et des sociétés anonymes à l'époque moderne, le problème de leur protection est devenu plus complexe.

18. A mon avis, il est utile d'avoir à l'esprit les considérations générales qui précèdent lorsqu'on examine la question soulevée dans la troisième exception préliminaire.

19. Il est possible, comme le soutient le conseil du défendeur, que la jurisprudence internationale ne fournisse aucun précédent à l'appui de la thèse du demandeur selon laquelle il a le droit de protéger les intérêts de ressortissants actionnaires d'une société étrangère contre les actes illicites commis par un Etat tiers au préjudice de cette société. Il convient toutefois de remarquer que les sentences arbitrales examinées

¹ *C.P.J.I. série A n° 2*, p. 12.

² J. Mervyn Jones, "Claims on Behalf of Nationals who Are Shareholders in Foreign Companies", *British Yearbook of International Law*, 1949, vol. XXVI, p. 232-234.

par les Parties, remontent pour la plupart à plusieurs dizaines d'années, que l'organisation et les activités des sociétés sur le plan du commerce et des finances internationales ont évolué au point de les rendre inapplicables et ont créé des conditions nouvelles et sans précédent qui à leur tour ne cessent de susciter des problèmes jusqu'alors inconnus en droit international, et auxquels il faut trouver une solution juste et équitable.

20. C'est pour cette raison que la règle de la protection d'une société par son Etat national, simple à l'origine, a été jugée insuffisante et que la pratique des Etats, les dispositions conventionnelles et les décisions arbitrales internationales en sont arrivées à reconnaître à un Etat le droit d'intervenir en faveur de ses ressortissants, actionnaires d'une société qui a été lésée par l'Etat dont elle possède la nationalité, autrement dit l'Etat où cette société a été constituée conformément à la législation locale et dont elle est en conséquence censée avoir pris la nationalité.

21. Que cette reconnaissance puisse être considérée comme une exception à la règle de la protection d'une société par son Etat national ou comme une règle supplémentaire de protection des actionnaires d'une société, cela n'a pas d'importance ; et il importe peu, à mon avis, que cette reconnaissance fasse parfois l'objet d'une réserve, en vertu de laquelle la protection serait subordonnée à la dissolution de la société en question ou au fait qu'elle a quasiment cessé d'exister. Ce qu'il importe de noter, c'est que l'on reconnaît à l'Etat national des actionnaires le droit de protéger ces actionnaires, qu'ils soient à considérer simplement comme des *beneficial owners* des droits, biens et intérêts de la société ou comme des successeurs virtuels de la société qui est dissoute ou qui a en fait cessé d'exister.

22. Il est vrai, comme l'a soutenu le défendeur, que ce droit de protection a été reconnu parce que, sans cela, l'Etat fautif étant l'Etat national de la société en question, il n'y aurait aucune possibilité de réparation en droit international. Il est toutefois non moins vrai que la raison d'être de cette reconnaissance est d'assurer la réparation du dommage infligé aux actionnaires et que la règle particulière selon laquelle seul l'Etat national de la société pourrait exercer la protection cesse de s'appliquer précisément et principalement lorsqu'il s'agit de protéger efficacement les intérêts légitimes des actionnaires d'une société qui sont ressortissants de l'Etat intervenant. S'il en est bien ainsi, il s'ensuit que la règle primitive autorisant uniquement l'Etat national de la société à exercer la protection diplomatique des biens, droits et intérêts de cette société a plutôt le caractère d'une règle particulière pour la protection de la société en tant que telle que celui d'une règle générale applicable à la protection des droits et intérêts, individuels ou sociaux, de toutes catégories, groupés dans le cadre de l'entité juridique qu'est la société. Dans ces conditions, l'Etat national des actionnaires d'une société

étrangère est à fortiori habilité à exercer un droit de protection en leur faveur.

23. Pour des raisons de commodité ou de principe, l'Etat national des actionnaires d'une société étrangère peut laisser à l'Etat national de la société étrangère le soin d'exercer en premier lieu le droit de protection en faveur de la société. Mais ce droit n'est ni un droit exclusif ni un droit préférentiel. Il n'y a pas de raison majeure pour refuser à l'Etat national des actionnaires de la société le droit de les protéger à l'égard d'un Etat tiers qui a causé un préjudice à la société et en conséquence à ses actionnaires. Cette protection aux fins d'obtenir réparation peut être assumée soit conjointement avec l'Etat national de la société soit indépendamment de cet Etat mais en même temps que lui. C'est à l'Etat national des actionnaires qu'il appartient de déterminer, sur le plan du principe, quelles mesures il convient de prendre à cette fin et quand il convient de les prendre. Il est possible que l'action entreprise par l'Etat national de la société permette d'obtenir une réparation en faveur de la société et par conséquent en faveur des actionnaires de la part de l'Etat qui a causé un préjudice à la société ; dans ce cas, l'Etat national des actionnaires ne verra pas la nécessité d'intervenir en leur nom. Mais si l'action de l'Etat national de la société ne donne aucun résultat ou si cet Etat n'est pas disposé à prendre des mesures pour protéger la société ou s'il met un terme à son intervention avant d'avoir obtenu le résultat désiré, il n'y a aucune raison valable d'empêcher l'Etat national des actionnaires d'exercer son propre droit d'intervenir en leur faveur de façon à leur assurer une protection efficace.

24. Peut-être existe-t-il un cas où les intérêts des actionnaires pourraient ne pas être protégés en droit international ; c'est lorsque les actionnaires d'une société étrangère ayant subi le dommage sont des ressortissants de l'Etat fautif. Dans ce cas, non seulement il est impossible de concevoir une réclamation internationale visant la protection des intérêts des actionnaires comme tels contre leur propre Etat, s'ils possèdent toutes les actions de la société, mais encore ledit Etat peut à juste titre dégager sa responsabilité internationale à l'égard de l'Etat national de la société lésée en affirmant, comme le fait l'Etat national d'une société dans le cas où il est lui-même l'auteur du dommage, qu'en droit international un Etat ne peut, du moins théoriquement, se porter préjudice à lui-même ou présenter une réclamation contre lui-même. La protection des intérêts des actionnaires dépendra donc de l'attitude de l'Etat national de la société et de l'action menée par lui pour faire valoir son droit à intervenir diplomatiquement au nom de la société en tant que telle. En effet, conformément au principe énoncé par la Cour permanente dans l'affaire *Mavrommatis* selon lequel, en demandant réparation d'un dommage causé à ses ressortissants par un Etat étranger, un Etat fait valoir son droit propre, le droit de faire respecter par l'Etat étranger en la personne de ses ressortissants le droit international, l'Etat national de la société en question pourrait peut-être insister pour

qu'une réparation soit accordée à la société lésée de façon à compenser également les pertes infligées aux actionnaires par l'Etat fautif dont ces actionnaires sont ressortissants, mais on lui opposerait l'argument qu'il n'a à cela aucun intérêt véritable, auquel le droit international attache une importance primordiale.

25. Cependant, s'il existe des actionnaires possédant une nationalité ou des nationalités autres que celle de l'Etat fautif, celui-ci ne peut opposer aux réclamations de leurs Etats nationaux le même refus de reconnaître sa responsabilité internationale pour l'acte illicite commis par lui.

26. Ce que je viens de dire montre que la règle de la protection d'une société par son Etat national et la règle de la protection des actionnaires par leur Etat national ne sont pas, et ne peuvent pas être, exclusives l'une de l'autre. Ces deux droits sont fondés sur des concepts différents ; ils sont différents et indépendants l'un de l'autre. Ils coexistent. Ils sont complémentaires et également nécessaires du point de vue du droit international, encore que le droit d'un Etat à protéger une société constituée conformément à sa législation se limite aux seuls besoins nés de la nature de la personne morale¹.

27. La prétendue exception mentionnée ci-dessus en ce qui concerne la protection des actionnaires par leur Etat national, exception à la règle générale de la protection d'une société par son Etat national, n'est pas, à mon avis, une exception. Quand on l'examine, on constate que, vu sa nature, il s'agit d'une règle distincte portant sur la protection des intérêts que des actionnaires possèdent dans une société étrangère par l'Etat national de ces actionnaires. Cette règle est indépendante de la première règle et coexiste avec elle. Si elle a des rapports avec elle, ce n'est qu'incidemment et du fait des circonstances. Elle diffère du droit que possède l'Etat national de la société étrangère. Comme celui-ci, elle découle indirectement du droit général qui appartient à l'Etat de protéger ses ressortissants ainsi que leurs biens, leurs droits et leurs intérêts sur le territoire d'un Etat étranger. Elle est un corollaire naturel des principes de droit international concernant, d'une part, le traitement équitable par un Etat des étrangers se trouvant sur son territoire et, d'autre part, la protection diplomatique exercée par l'Etat national pour obtenir réparation d'actes illicites commis par l'Etat étranger en violation de ses obligations internationales.

28. En effet, si la règle générale prévoyant la protection d'une société par son seul Etat national, même lorsque les intérêts des actionnaires sont en cause, était par nature une règle générale et absolue, il en résulterait qu'au cas où un préjudice serait causé à une société comptant

¹ Voir De Visscher (Ch.), « De la protection diplomatique des actionnaires d'une société contre l'Etat sous la législation duquel cette société s'est constituée », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1934, p. 641-642.

des actionnaires étrangers par l'Etat national de cette société, la question s'arrêterait là, puisqu'on affirme qu'un Etat ne peut encourir de responsabilité internationale envers lui-même. Pourtant le défendeur admet que, dans un tel cas, l'Etat national de la société est responsable sur le plan international pour avoir causé un préjudice aux actionnaires étrangers de la société à travers la personne morale, bien que l'acte illicite ait visé uniquement la société. Cette reconnaissance du droit qu'a l'Etat de protéger diplomatiquement ses ressortissants actionnaires d'une société étrangère, déjà sanctionnée par la pratique des Etats, par des sentences arbitrales internationales et par des dispositions conventionnelles, est en fait une application du principe général de la protection diplomatique des nationaux par leur propre Etat en droit international. Autrement dit, le droit international reconnaît que les intérêts des actionnaires ont droit à la protection de l'Etat national de ceux-ci, tout comme il admet la protection par un Etat des autres biens, droits et intérêts appartenant à des ressortissants de cet Etat.

29. Le défendeur a voulu aussi tirer argument des inconvénients et même de la confusion que présenterait sur le plan international une protection double ou multiple exercée par l'Etat national de la société et par l'Etat ou les Etats dont les actionnaires seraient les ressortissants. Il paraît pertinent de rappeler à ce sujet ce que la Cour a dit dans son avis consultatif de 1949 relatif à la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* lorsqu'elle a évoqué la possibilité d'une concurrence entre le droit de protection diplomatique appartenant à l'Etat et le droit de protection fonctionnelle appartenant à l'Organisation. Elle s'est exprimée comme suit :

« En pareil cas, il n'existe pas de règle de droit qui attribue une priorité à l'un ou à l'autre, ou qui oblige soit l'Etat soit l'Organisation à s'abstenir de présenter une réclamation internationale. La Cour ne conçoit pas pourquoi les parties intéressées ne pourraient trouver des solutions inspirées par la bonne volonté et le bon sens...

Bien que les bases des deux réclamations soient différentes, cela ne signifie pas que l'Etat défendeur puisse être contraint à payer deux fois la réparation due à raison du dommage¹. »

A mon avis, l'argument selon lequel la protection multiple aboutirait à la confusion est sans valeur.

30. En l'espèce, il est pertinent aussi de rappeler que, dans les premières années qui ont suivi la mise en faillite de la Barcelona Traction par le tribunal de Reus le 12 février 1948, le Canada, Etat national de la société, est intervenu activement pour la protection de ses intérêts. Toutefois, à mesure que le temps passait, les démarches du Gouverne-

¹ C.I.J. Recueil 1949, p. 185-186.

ment canadien ont révélé un changement d'attitude. Vers la fin de 1951, le secrétaire d'Etat aux Affaires étrangères du Canada a dit au consul d'Espagne au Canada que « les intérêts canadiens dans cette affaire sont si minimes que celle-ci nous intéresse peu »¹. Dans une lettre du 19 juillet 1955 où il répondait à Arthur Dean, avocat de la Sidro, lequel avait souligné qu'une « demande en termes énergiques », émanant de plusieurs ambassadeurs en poste à Madrid, y compris l'ambassadeur du Canada, « contribuerait très utilement à obtenir un résultat favorable », le secrétaire d'Etat aux Affaires étrangères du Canada a décliné la proposition en disant : « Le Gouvernement canadien n'a pas l'intention d'intervenir dans cette affaire ni de faire des représentations au Gouvernement espagnol quant aux mesures qu'il conviendrait de prendre en vue d'arriver à un règlement »². »

31. A propos du droit qu'un Etat aurait, sur le plan international, de protéger des ressortissants actionnaires d'une société étrangère contre un Etat tiers, les parties en l'espèce ont discuté d'une question juridique incidente : ce droit, s'il existe, est-il ou non limité aux actionnaires en droit strict (*legal shareholders*) ou s'étend-il aux *beneficial owners* des actions ? La question a trait au système qui consiste à inscrire les actions d'une société donnée au nom de *nominees* dans la comptabilité de cette société. Cette manière de faire est généralement autorisée par la loi ou par la pratique commerciale dans les pays économiquement plus avancés où l'on dispose de capitaux plus abondants pour les investissements à l'étranger comme pour les investissements à l'intérieur. Techniquement, les personnes inscrites sont les *legal owners* des actions en question, mais compte tenu des intentions et du but du droit interne qui prévoit un système de ce genre et reconnaît le titre du *beneficial owner* au regard de l'*equity* — droit interne qui doit être pris en considération en tant que fait par le droit international — il serait manifestement injuste et inexact de négliger les intérêts des propriétaires réels, des *beneficial owners*, dans l'hypothèse où, une société donnée ayant subi un dommage à raison d'actes illicites commis par un Etat étranger, l'Etat national des propriétaires réels des actions se verrait refuser le droit de les protéger sur le plan international, alors même que l'Etat national des *nominees* — les propriétaires inscrits — déclinerait pour des raisons de principe ou d'opportunité d'intervenir auprès de l'Etat fautif pour protéger ses propres ressortissants, qui se trouvent être les personnes au nom de qui les actions sont inscrites.

32. Le droit international, qui se fonde avant tout sur les principes généraux de droit et de justice, n'est pas lié par des considérations de pure technique et des considérations formalistes auxquelles le droit

¹ Lettre du 12 février 1952 adressée par l'ambassadeur de Belgique à Madrid au ministre du Commerce extérieur de Belgique. Document déposé par le Gouvernement belge le 5 mai 1964.

² Document déposé par le Gouvernement belge le 5 mai 1964.

interne accorde souvent de l'importance. Comme on l'a déjà dit, le droit fondamental qu'a un Etat d'intervenir diplomatiquement pour protéger ses ressortissants contre un autre Etat et chercher à obtenir réparation d'un acte illicite commis par cet autre Etat contre lesdits ressortissants s'applique généralement à la protection des intérêts authentiques de ces ressortissants. La réalité compte plus que l'apparence. C'est l'intérêt au regard de l'*equity* qui importe et non l'intérêt au regard de la *law*. En d'autres termes, c'est le fond qui importe sur le plan international et non la forme.

33. Le nœud de toute la question, du point de vue du droit international, est le droit pour un Etat de protéger les intérêts légitimes de ses ressortissants, actionnaires d'une société étrangère, contre l'Etat tiers auteur du dommage. S'agissant de l'évolution d'une règle de droit international coutumier, des divergences d'opinion sont toujours possibles sur le point de savoir si les faits sont suffisamment uniformes et répétés avec assez de régularité pour que, sur la base de ce raisonnement, on puisse affirmer l'existence d'une telle règle. La raison évidente en est qu'en l'absence d'une norme généralement admise pour l'évaluation de ces facteurs, il faut, pour parvenir à une conclusion, s'en remettre dans une certaine mesure à une appréciation subjective tant de la répétition des mêmes faits que de la rapidité du développement des investissements étrangers dans la communauté internationale¹. A mon sens, les pièces fournies à la Cour n'ont pas établi l'existence d'une règle niant que les actionnaires et les *beneficial owners* d'actions d'une société étrangère aient des intérêts ou interdisant à leur Etat national de les protéger par la voie d'une intervention diplomatique ou d'un recours à un règlement judiciaire international. Au contraire, nombreux sont les éléments tirés de la pratique des Etats², des dispositions conventionnelles³ et des décisions arbitrales⁴ qui justifient l'affirmation selon laquelle il existe une règle implicite reconnaissant à un Etat le droit de protéger ainsi ses ressortissants, actionnaires d'une société étrangère, contre un Etat fautif, que celui-ci soit l'Etat national de la société étrangère ou non, du chef d'un dommage causé par cet Etat aux actionnaires et résultant d'un dommage causé par lui à la société.

¹ Voir De Visscher, *Interprétation judiciaire*, p. 219-251.

² Voir des exemples dans : Alexandre-Charles Kiss, « La protection diplomatique des actionnaires dans la jurisprudence et la pratique internationales », *Travaux et Recherches de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris*, 1960, vol. XVIII, p. 178-210.

³ Pour les dispositions conventionnelles, voir Daniel Vignes, « La protection des actionnaires dans les conventions internationales bilatérales », *ibid.*, p. 211-241.

⁴ Pour un examen des décisions, voir J. Mervyn Jones, "Claims on Behalf of Nationals who Are Shareholders in Foreign Companies", *British Yearbook of International Law*, 1949, vol. XXVI, p. 237-254.

B

34. Ayant déterminé ci-dessus la question générale de droit, reste à examiner à présent la question de fait, qui est de savoir si les preuves présentées à la Cour permettent de conclure que le demandeur a établi son *jus standi* en l'espèce. Les principaux faits allégués par le demandeur sont les suivants : 1) des ressortissants belges possèdent des actions de la Barcelona Traction, et leur participation au capital de la société s'élevait à 88 % tant au 12 février 1948, date de la déclaration de faillite de la Barcelona Traction, qu'au 14 juin 1962, date de la requête introduisant la présente instance qui a été déposée le 19 juin 1962 ; 2) jugement du tribunal de Reus du 12 février 1948 déclarant la Barcelona Traction en faillite ; 3) saisie des biens et avoirs de l'Ebro, de la Barcelonesa et autres filiales de la société ; 4) saisie *mediata y civilissima* des actions des filiales appartenant à la Barcelona Traction et conservées à Toronto ; 5) impression et émission de nouveaux titres en remplacement de ces actions ; 6) réunion d'une assemblée générale d'actionnaires sur la base des titres possédés par les organes de la faillite ; 7) remplacement des personnes nommées antérieurement comme mandataires devant les tribunaux espagnols ; 8) nomination de nouveaux conseils d'administration pour les filiales ; 9) réunion privée de créanciers et nomination des *trustees* pour la liquidation du capital de la Barcelona Traction ; 10) vente des filiales (grâce aux titres nouvellement créés) à la Fecsa, appartenant au groupe March, le 4 janvier 1952.

35. Les faits ci-dessus sont-ils tous véridiques, comme on l'allègue ? Quel est le caractère exact, le montant ou la valeur véritable des intérêts que possèdent les ressortissants belges, personnes physiques ou morales ? Comment le dommage leur a-t-il été causé ? Dans quelle mesure en ont-ils réellement souffert ? Toutes ces questions relèvent essentiellement du fond. Au stade actuel de la procédure, il suffit, selon moi, de noter que les faits allégués par le demandeur n'ont pas été contestés par le défendeur. Puisqu'il en est ainsi, et compte tenu de la question de droit définie ci-dessus, il convient de conclure qu'à première vue le demandeur a établi son *jus standi* et que la troisième exception préliminaire aurait dû être rejetée.

(Signé) WELLINGTON KOO.