

## C. LA BELGIQUE ET LES JURIDICTIONS INTERNATIONALES

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

(Nouvelle requête : 1962)

(Belgique c. Espagne)

*Exceptions préliminaires*

L'ARRET DU 24 JUILLET 1964  
DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

par

Jean-Victor LOUIS

Aspirant au Fonds national de la Recherche scientifique

#### INTRODUCTION

1. Une étape importante a été franchie dans le règlement du différend qui oppose la Belgique à l'Espagne suite à la mise en faillite, le 12 février 1948, par le tribunal de Reus (province de Tarragone) de la société de droit canadien *Barcelona Traction Light and Power Cy Ltd* et aux diverses décisions judiciaires ou administratives qui ont conduit à l'adjudication des avoirs de la société.

La Cour internationale de Justice vient, en effet, le 24 juillet 1964, de rejeter deux des exceptions préliminaires soulevées par l'Espagne à l'encontre de la requête belge et de joindre au fond les deux autres.

Cet arrêt consacré exclusivement à des questions de compétence et de procédure fera l'objet de notre analyse.

2. La requête a été déposée, au nom du Gouvernement belge, le 19 juin 1962, au Greffe de la Cour.

La Belgique et l'Espagne, dont aucun national ne siège à la Cour, ont fait alors usage du droit que leur donne l'article 31, paragraphe 3 du Statut, de désigner un juge *ad hoc*. Le gouvernement belge désigne M. W.J. Ganshof van der Meersch, professeur à la Faculté de droit de Bruxelles et avocat général à la Cour de cassation; le gouvernement espagnol, M. Enrique C. Armand-

Ugon, ancien président de la Cour suprême de justice de l'Uruguay et ancien membre de la Cour internationale <sup>1</sup>.

La présentation d'exceptions préliminaires par l'Espagne, dans le délai fixé pour le dépôt du contre-mémoire, a fait suspendre la procédure sur le fond (ordonnance du 16 mars 1963).

Après le dépôt des observations en réponse du gouvernement belge, la procédure orale a pu commencer. Des audiences ont été tenues du 11 mars au 19 mai 1964 <sup>2</sup>. La Cour a ensuite délibéré pendant plus de deux mois avant de rendre son arrêt le 24 juillet. C'est le texte anglais de l'arrêt qui fait foi.

### 3. *La requête belge et les exceptions espagnoles*

Une première requête introduite, le 15 septembre 1958, par le gouvernement belge avait eu pour objet la réparation du préjudice subi par la *Barcelona Traction*. La Belgique défendait alors les intérêts de la société elle-même parce que les intérêts de ses nationaux y étaient prépondérants. Ce n'est que subsidiairement que son action visait à la réparation du préjudice causé aux actionnaires de la *Barcelona*.

Dans l'espoir d'un règlement négocié entre les groupes privés intéressés, le Gouvernement belge se désista unilatéralement de cette première requête. Le Gouvernement espagnol déclara ne pas s'opposer à cette volonté et la Cour radia l'affaire du rôle par ordonnance le 10 avril 1961.

La « nouvelle requête : 1962 » a pour objet exclusif la réparation du préjudice causé aux actionnaires belges de la *Barcelona Traction* <sup>3</sup>.

L'Espagne opposait quatre exceptions principales à la requête belge :

- Le désistement de la Belgique lui avait fait perdre le droit d'introduire une nouvelle requête.
- La Cour n'était pas compétente parce qu'il n'y avait pas de traité en vigueur permettant à la Belgique de la saisir unilatéralement. Subsidiairement, l'Espagne prétendait que *ratione temporis*, la Cour devait, de toute façon, se déclarer incompétente.
- La Belgique ne pouvait exercer la protection d'actionnaires d'une société étrangère.

<sup>1</sup> Non compris les juges *ad hoc.*, quatorze juges ont pris part à la décision de la Cour : Sir Percy Spender, Président; M. Wellington Koo, Vice-Président; MM. Winiarski, Badawi, Spiropoulos, Sir Gerald Fitzmaurice, Koretsky, Tanaka, Bustamante y Rivero, Jessup, Morelli, Padilla Nervo, Forster, Gros.

<sup>2</sup> Pour le gouvernement espagnol, ont plaidé M. Castro-Rial, Agent; M. Reüter, Sir Humphrey Waldock, MM. Guggenheim, Ago, Malintoppi, Conseils; pour le gouvernement belge, M. Devadder, Agent, MM. Rolin, Van Ryn, Sereni, M<sup>me</sup> Bastid, MM. Lauterpacht, Sausser-Hall, Conseils.

<sup>3</sup> Voir *Arrêt*, p. 9.

— Celle-ci n'avait pas épuisé les recours internes, judiciaires et administratifs qui eussent permis d'effacer le prétendu acte illicite.

Groupant les deux dernières questions, la Cour a, dans son arrêt, examiné trois problèmes :

- le désistement;
- la compétence de la Cour;
- la jonction au fond et son application aux troisième et quatrième exceptions.

Notre but est d'analyser brièvement sous ces trois rubriques les solutions apportées par la Cour sur ces points confrontées avec les avis des Parties et eu égard aux *Opinions individuelles et dissidentes*.

#### I. LE DESISTEMENT DE LA BELGIQUE

Le désistement du Gouvernement belge n'était pas, en soi, chose nouvelle pour la Cour. Dans plusieurs affaires, tant la Cour permanente que la Cour internationale ou leur Président ont rendu des ordonnances prenant acte de la décision du demandeur ou des parties de mettre fin à l'instance et ordonnant la radiation de l'affaire<sup>4</sup>. En effet, sous le titre *Des arrangements amiables et des désistements*, les articles 68 et 69 du Règlement de la Cour organisent le désistement<sup>5</sup>.

Ce qui ne s'était jamais produit, c'est qu'un Etat demandeur, après avoir fait part à la Cour de son intention de renoncer à l'instance et après l'ordonnance de la Cour en prenant acte, introduise une nouvelle requête au sujet du même litige contre le même défendeur.

<sup>4</sup> Cf. « Affaire de la dénonciation du traité sino-belge de 1865 », *C.P.J.I.*, série A, 1929, n<sup>os</sup> 18-19, p. 7, qui constitue le premier exemple de désistement unilatéral avant l'adoption d'un article du règlement consacrant cette possibilité.

« Affaire des eaux territoriales entre l'île de Castellorizzo et les côtes d'Anatolie », *C.P.J.I.*, 1933, série A/B, n<sup>o</sup> 51 et série C, n<sup>o</sup> 61, p. 29.

« Affaire Losinger & Co », *C.P.J.I.*, 1936, A/B, n<sup>o</sup> 69, p. 101.

« Affaire Borchgrave », *C.P.J.I.*, 1938, série A/B, n<sup>o</sup> 73, pp. 4-5.

« Affaire de la Cie du Port, des Quais et des Entrepôts de Beyrouth et de la Société Radio-Orient », *C.I.J.*, *Recueil*, 1960, p. 186.

<sup>5</sup> Article 68 :

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

Article 69 :

« 1. Si, au cours d'une instance introduite par requête, la partie demanderesse fait connaître par écrit à la Cour qu'elle renonce à poursuivre la procédure, et si, à la date de la réception par le greffe de ce désistement, la partie défenderesse n'a pas encore fait acte de procédure, la Cour ou le Président si la Cour ne siège pas, rend une ordonnance prenant

La Cour se trouvait ainsi confrontée avec la question de savoir si le Gouvernement belge était recevable à se présenter de nouveau devant elle.

Pour l'Espagne, la lettre de la Belgique annonçant à la Cour sa décision de se désister, celle de l'Espagne qui renonçait à s'opposer à cette volonté et l'ordonnance de la Cour prenant acte de ces décisions ont mis fin à toute juridiction de la Cour pour connaître de cette affaire<sup>6</sup>. A l'appui de cette prétention, l'Espagne invoquait les arguments suivants<sup>7</sup> :

- le désistement est un acte purement procédural; peu importe qu'il ait été fait sans renonciation expresse à tout droit d'action pour l'avenir. Ce sont les circonstances qui sont déterminantes;
- le désistement emporte renonciation au droit sauf mention expresse d'une volonté contraire. Pour l'Espagne, le règlement de la Cour ignore la distinction existant dans certains droits internes, entre *désistement d'instance* et *désistement d'action*. De toute façon, il n'y a pas de principe général du droit selon lequel, faute d'une réserve expresse, le désistement est présumé ne viser que l'instance;
- les circonstances du désistement montrent l'accord des Parties sur son caractère définitif impliquant la renonciation à l'action.
- même si cette entente n'avait pas existé, la Belgique serait forclosée à se prévaloir de l'équivoque qu'elle a provoquée en faisant croire au défendeur, par son comportement, à un désistement définitif; cette attitude du Gouvernement belge a causé un préjudice à l'Espagne.
- enfin, le demandeur ne pouvait en vertu du traité hispano-belge de 1927 saisir deux fois la Cour d'une nouvelle instance pour les mêmes griefs.

Pour la Belgique, le désistement est un acte de procédure qui n'emporte aucune renonciation au droit invoqué dans l'instance abandonnée. Ce principe consacré dans le droit de la procédure de nombreux pays est confirmé par le règlement de la Cour. Le désistement ne fait donc pas obstacle à l'introduction d'une nouvelle instance.

acte du désistement et prescrivant la radiation de l'affaire sur le rôle. Copie de ladite ordonnance est adressée par le greffier à la partie défenderesse.

2. Si, à la date de réception du désistement, la partie défenderesse a déjà fait acte de procédure, la Cour ou si elle ne siège pas, le Président, fixe un délai dans lequel ladite partie doit déclarer si elle s'oppose au désistement. Si, dans le délai fixé, il n'est pas fait opposition au désistement, celui-ci est réputé acquis et la Cour, ou si elle ne siège pas, le Président, rend une ordonnance en prenant acte et prescrivant la radiation de l'affaire sur le rôle. S'il est fait opposition, l'instance se poursuit. »

<sup>6</sup> Voir *Arrêt*, p. 15; l'Espagne, ayant fait acte de procédure, aurait pu s'opposer au désistement (art. 69, paragraphe 2).

<sup>7</sup> Nous suivons ici l'ordre du résumé qu'en donne l'arrêt aux pages 17 et 18.

Les circonstances du désistement montrent par ailleurs qu'il s'agissait uniquement de mettre un terme à l'instance engagée.

Si une équivoque existait, le Gouvernement espagnol ne pouvait pas garder le silence.

Le traité de 1927 a pour but de régler tous litiges entre les Parties. Aucune de ses dispositions n'interdit la réintroduction d'une demande après désistement.

La Cour a considéré qu'il était nécessaire avant même d'aborder l'examen de l'argumentation de l'Espagne, de traiter de « certaines questions préalables » en vue d'indiquer « la perspective » (*background*) dans laquelle elle étudiera cette argumentation<sup>8</sup>.

L'exposé que fait la Cour sur les effets du désistement est le contraire d'une dissertation dogmatique. Il débute par la constatation que le caractère définitif *en fait* des désistements intervenus dans les affaires antérieures ne préjuge en rien de la nature *en droit* de ces désistements. Il y a des circonstances — et la Cour cite des exemples — où le droit d'introduire une nouvelle requête ne saurait être nié<sup>9</sup>. Cela permet d'affirmer l'impossibilité de déterminer *a priori* la nature d'un désistement et l'importance des circonstances dans lesquelles il intervient<sup>10</sup>.

Aussi ne juge-t-elle pas nécessaire de « présenter une discussion exhaustive de la théorie du désistement tel qu'il est régi par les articles 68 et 69 [du Règlement] ».

Elle n'expose donc, dans l'arrêt, que « certains points... » « relevés à titre d'éclaircissement »<sup>11</sup>.

La Cour note que ces dispositions du Règlement n'ont d'autre objet que « d'organiser le processus de désistement ».

Elle distingue l'article 68 de l'article 69 en opposant le caractère unilatéral de la notification à la Cour du désistement selon la seconde de ces dispositions, au caractère « d'acte commun » à tous égards du désistement dans les cas relevant de la première.

L'entente éventuelle des parties en cas d'application de l'article 69 doit se rechercher en dehors de l'acte de désistement lui-même et le droit d'opposition

<sup>8</sup> Arrêt, pp. 18 et 21.

<sup>9</sup> Un exemple a été cité par le Gouvernement espagnol, c'est le cas de l'erreur de procédure que le demandeur veut corriger; la Cour mentionne aussi l'omission de certains préavis que des traités rendent obligatoires, une erreur du demandeur sur l'épuisement des recours internes, la découverte qu'un témoignage selon lequel le particulier lésé n'a pas la nationalité du Requérent est inexact; ce sont des cas, parmi d'autres, où la Cour considère que le droit de déposer une nouvelle requête est incontestable.

<sup>10</sup> Arrêt, p. 19.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 19.

du défendeur ayant fait acte de procédure s'analyse exclusivement comme une possibilité qui lui est offerte, en vue de la protection de ses intérêts, de faire en sorte qu'intervienne un règlement final de la question <sup>12</sup>.

Le rôle de la Cour se borne à prendre acte et à radier l'affaire de son rôle, sans s'attarder aux motifs qui ont animé les parties.

Le but des articles 68 et 69, selon les travaux préparatoires, est notamment de faciliter le règlement des différends. Si le désistement équivalait à une renonciation, les parties n'y auraient pas recours et la finalité de ces dispositions ne serait pas atteinte.

La Cour examine alors systématiquement les arguments de l'Espagne.

Elle relève qu'il y a une contradiction à soutenir d'une part, que le désistement est un acte « neutre » — ce que la Cour admet — et d'autre part, que le désistement emporte renonciation.

La Cour écarte cette proposition en se basant sur le fait qu'une « attitude raisonnable et légitime » (*reasonable and legitimate circumstances*) peut, comme elle l'a relevé précédemment, motiver le désistement sans que puisse être mis en doute le droit d'action pour l'avenir. Elle ne fait pas appel à un principe général de droit qui se résumerait dans l'adage selon lequel « les renonciations ne se présument pas ». Elle se borne à constater que s'il y avait une présomption, elle jouerait plutôt dans le sens opposé aux prétentions du défendeur <sup>13</sup>.

La Cour applique alors le principe qu'elle a dégagé selon lequel le désistement a toujours le même *effet* : mettre fin à l'instance, et que pour savoir « ce qu'il implique, de quoi il résulte et sur quoi il se fonde », il faut se reporter à des éléments indépendants de l'acte lui-même, sauf si ce dernier contient des éléments concluants.

Dans la présente affaire, les termes de la lettre du Gouvernement belge sont tels que la Cour considère que c'est à l'Espagne à prouver que le désistement emportait renonciation <sup>14</sup>.

Elle examine alors les arguments avancés par l'Espagne pour faire la preuve de ce que le désistement visait « autre chose que la décision de mettre fin à l'instance ».

En ce qui concerne l'existence d'une entente entre les deux parties sur la portée du désistement, la Cour constate que les échanges de vues invoqués ont eu lieu entre les représentants d'intérêts privés. Elle « ne peut trouver au niveau des gouvernements aucune preuve de l'entente dont le défendeur allègue l'existence » <sup>15</sup>.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>13</sup> *Arrêt*, p. 21.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 23.

La Cour se réfère ici à « la règle générale, selon laquelle, s'agissant d'une entente qui existerait entre des Etats parties à un procès porté devant la Cour et qui affecterait leurs droits dans ce procès, elle ne peut tenir compte que des actes et des attitudes des gouvernements ou de leurs agents autorisés »<sup>16</sup>.

Les échanges de vues ne sont d'ailleurs pas concluants. Pour la Cour, les Parties ont volontairement éludé un problème auquel elles ne désiraient pas s'attaquer de peur de compromettre la base même de leurs négociations<sup>16</sup>.

De plus, c'était à l'Espagne, en cas d'ambiguïté, qu'il incombait de préciser la situation. Or, elle a renoncé sans condition<sup>17</sup> au droit que lui donnait l'article 69, paragraphe 2 de s'opposer au désistement.

La Cour examine alors l'argument d'*estoppel* avancé par le Gouvernement espagnol. Elle le résume ainsi :

« Le Gouvernement demandeur a, par son comportement, trompé le défendeur quant à la portée du désistement; sinon, le défendeur n'aurait pas consenti au désistement et, partant, n'aurait pas subi de préjudice. En conséquence, soutient-on, le demandeur ne peut plus contester aujourd'hui que, par ce désistement ou par suite de ce désistement, il a renoncé pour l'avenir à tout droit d'agir<sup>18</sup>. »

La Cour éprouve des doutes sérieux quant à la réunion de deux des conditions d'application de la doctrine de l'*estoppel* au cas présent :

- a) comportement trompeur qui a induit l'autre partie à agir dans la croyance de l'existence d'un état de fait donné;
- b) certitude que la représentation de cette situation a été causée par un comportement du demandeur (en l'espèce le Gouvernement belge et non les personnes privées).

Cependant, elle examinera attentivement si la représentation erronée est de telle nature que le rétablissement de la vérité pourrait causer préjudice au Gouvernement espagnol. La Cour justifie cet examen par l'importance que ce dernier a attachée à cet aspect de la première exception<sup>19</sup>.

Il importe peu que la situation du défendeur soit pire par le seul fait que la nouvelle instance a été engagée. Il faut et il suffit que la situation dans la présente procédure soit plus mauvaise que si la première avait été poursuivie, c'est-à-dire si l'Espagne — au courant des véritables intentions belges — avait fait opposition au désistement de 1961.

<sup>16</sup> *Arrêt*, p. 23.

<sup>17</sup> « Sauf la condition implicite à laquelle répondait déjà la lettre de désistement, à savoir qu'il devait être mis fin à la procédure introduite par la requête belge de septembre 1958, ce qui a été fait », *Arrêt*, p. 24.

<sup>18</sup> *Arrêt*, p. 24.

<sup>19</sup> *Arrêt*, p. 24.

La Cour constate alors que l'Espagne conservait le droit de faire valoir ses exceptions même en cas d'échec des négociations entreprises sur la base d'un désistement d'instance et que l'avantage pour le Gouvernement demandeur, au courant désormais des arguments adverses et dans la possibilité de modifier la présentation de sa demande, est compensé par l'organisation de la procédure devant la Cour. Chaque partie peut modifier ses conclusions au vu des arguments de l'autre au cours de la procédure. Il n'y a donc pas de préjudice effectif <sup>20</sup>.

Ainsi, la Cour a considéré que pour qu'il y ait forclusion ou *estoppel*, il était nécessaire que soient réunis les éléments fondamentaux qui caractérisent cette notion en droit anglo-saxon et notamment l'existence d'un préjudice qu'entraînerait le rétablissement de la vérité, pour la partie induite en erreur par le comportement de la personne « *estopped* ».

Dans l'affaire *Tinoco* (Grande-Bretagne c. Costa Rica), l'arbitre constatait déjà que *l'equitable estoppel* « must rest on previous conduct of the person to be estopped, which has led the person claiming the estoppel into a position in which the truth will injure him » <sup>21</sup>.

La Cour permanente de Justice internationale a fait une application aussi claire et aussi stricte du principe dans l'*Affaire des emprunts serbes* <sup>22</sup>. Mais depuis 1929, la Cour internationale ne s'était plus prononcée avec autant de netteté.

L'arrêt de la Cour contribuera à déterminer le rôle en droit international de la doctrine de *l'estoppel* par rapport aux notions voisines d'acquiescement et de reconnaissance.

La Cour répond ensuite à l'argument tiré du traité de 1927. Selon ce dernier, certaines démarches préliminaires à la requête judiciaire doivent être faites. Pour l'Espagne, le traité ne permettait pas à la Belgique de recommencer après le désistement à propos de la même demande des démarches qu'elle avait déjà accomplies avant la première requête. La Cour considère que la procédure antérieure n'aurait pu « épuiser » les recours prévus dans le traité que s'il avait été mis fin à l'instance dans des conditions impliquant une renonciation définitive à agir. Or, la Cour a conclu que le désistement n'avait pas cet effet. Elle écarte en conséquence cet argument de l'Espagne <sup>23</sup>.

Pour tous ces motifs, la Cour, par douze voix contre quatre, rejette la première exception.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>21</sup> *Recueil des sentences arbitrales*. vol. 1, pp. 382-383.

<sup>22</sup> Série A/B, n° 20-21.

<sup>23</sup> *Arrêt*, p. 26.

Des opinions individuelles et dissidentes jointes à l'arrêt<sup>24</sup>, on retiendra particulièrement les vues du juge Morelli sur la portée des articles 68 et 69 du Règlement. L'opinion étudie d'une façon systématique et exhaustive l'effet propre et unique du désistement; d'autres actes parallèles et indépendants peuvent exister; leur portée devra être interprétée selon le droit international général.

M. Morelli arrive à la conclusion, par l'étude de la présentation faite par l'Espagne des arguments à l'appui de la première exception, qu'en fait, le problème invoqué concernait la façon dont le fond de l'affaire devrait être jugé par la Cour. Suivant l'argumentation espagnole, la Belgique aurait, en effet, renoncé à son argumentation en défense contre des exceptions dont l'une au moins — celle relative au défaut de qualité — mettait en cause l'existence même de son droit<sup>25</sup>.

L'exception aurait dû être déclarée irrecevable en tant qu'exception préliminaire.

Après avoir rejeté la première exception, la Cour peut aborder l'examen de la seconde.

## II. LA COMPÉTENCE DE LA COUR EN VERTU DU TRAITE DE 1927 ET DE L'ARTICLE 37 DU STATUT DE LA COUR

Pour établir la compétence de la Cour, le Gouvernement belge se base sur l'effet combiné de l'article 37 du Statut de la Cour et du quatrième alinéa de l'article 17 du *traité hispano-belge de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage*, signé le 19 juillet 1927 et maintenu en vigueur par l'effet de renouvellements tacites décennaux<sup>26</sup>.

L'alinéa 4 de l'article 17 prévoit la compétence obligatoire de la juridiction internationale — à l'époque, la Cour permanente de justice internationale — si la conciliation échoue et que la rédaction d'un compromis est impossible.

Le Gouvernement demandeur considère que le traité de 1927 est « un traité en vigueur » au sens de l'article 37 du Statut. La Cour internationale a donc

<sup>24</sup> Voir p. 48, la déclaration du juge Koretsky; p. 78, l'opinion individuelle du juge Bustamante; p. 85 et p. 116, les opinions dissidentes du juge Morelli et du juge *ad hoc* Armand-Ugon.

<sup>25</sup> *Arrêt*, p. 109.

<sup>26</sup> *Article 37* : « Lorsqu'un traité ou une convention *en vigueur* prévoit le renvoi à une juridiction que devait instituer la Société des Nations ou à la Cour permanente de Justice internationale, la Cour internationale de Justice constituera cette juridiction *entre les parties au présent Statut* » (c'est nous qui soulignons).

*Article 17, al. 4 du Traité de 1927* : ... « chaque Partie pourra, après préavis d'un mois, porter directement, par voie de requête, la contestation devant la Cour permanente de Justice internationale ».

remplacé la Cour permanente. Les délais prévus ayant expiré, la Belgique a le droit de saisir la Cour unilatéralement <sup>27</sup>.

Pour le Gouvernement espagnol, même si le traité de 1927 dans son ensemble est en vigueur, l'alinéa 4 de l'article 17 est devenu caduc suite à la dissolution de la Cour permanente, le 18 avril 1946. La substitution de la nouvelle Cour à l'ancienne n'a pas pu avoir lieu pour l'Espagne qui, à cette date, n'était pas membre des Nations Unies, ni partie au Statut de la Cour. Son entrée à l'Organisation et l'acceptation des dispositions de la Charte et du Statut qui en résulta nécessairement n'ont pas eu pour effet de rendre vie à une clause caduque.

Pour que joue l'article 37, cette dernière aurait dû être en vigueur.

L'article 37 ne lie, d'ailleurs, que les membres originaires des Nations Unies, les seuls qui ont pu donner un consentement véritable au processus de substitution. Pour les autres Etats, il s'agit d'une *res inter alios acta*.

Résumant en quelques mots la thèse espagnole, la Cour s'exprime ainsi : « la dissolution de la Cour permanente a entraîné l'extinction définitive de toutes les clauses juridictionnelles prévoyant un renvoi à cette Cour, à moins que lesdites clauses aient été déjà transformées avant la dissolution, par le jeu de l'article 37 du Statut, en clauses prévoyant le renvoi à la Cour actuelle » <sup>28</sup>. Suivant l'Etat défendeur, ce système aurait été définitivement consacré par l'arrêt de la Cour relatif à l'*Incident aérien* du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie) <sup>29</sup>.

Le raisonnement de la Cour en réponse à l'argumentation des Parties peut se diviser en quatre grands points :

- a) il y a des différences essentielles entre l'article 36, paragraphe 5 visé dans l'arrêt précité de la Cour et l'article 37 du Statut;
- b) il n'y a pas de précédent valable en ce qui concerne l'interprétation de l'article 37;
- c) il faut donc interpréter de façon indépendante l'article 37, en tenant compte de son but et de ses motifs d'une part, de son texte d'autre part;
- d) certains traits particuliers au traité de 1927 viennent renforcer les conclusions auxquelles est parvenue la Cour.

Après avoir noté que le défendeur n'a pas soulevé l'objection tirée de la dissolution de la Cour permanente dans la correspondance diplomatique poursuivie avec le demandeur mais seulement, pour la première fois, dans ses Excep-

<sup>27</sup> Arrêt, p. 27.

<sup>28</sup> Arrêt, p. 28.

<sup>29</sup> C.I.J., *Recueil*, 1959, p. 127. Cet arrêt limitait aux Etats signataires du Statut l'application de l'article 36, paragraphe 5 et reconnaissait, en conséquence, l'incompétence de la Cour en ce qui concerne la requête dirigée contre la Bulgarie, partie au Statut depuis 1955.

tions Préliminaires opposées à la première requête belge, soit après la décision de la Cour dans l'affaire relative à l'*Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie)*, la Cour se considère obligée, en raison de la similarité des arguments invoqués par le Gouvernement espagnol avec ceux présentés au nom de la Bulgarie dans cette affaire, d'examiner si le rapprochement entre les deux situations est possible.

Pour la Cour, « la décision rendue en l'affaire *Israël c. Bulgarie* s'est limitée à la seule question de l'applicabilité de l'article 36, paragraphe 5 »<sup>30</sup>.

Elle a manifestement évité toute conclusion ou même toute discussion concernant l'article 37<sup>31</sup>.

Or, la Cour considère qu'il y a des *différences* entre les deux cas « qui exigent que l'affaire actuelle soit traitée de manière indépendante et en elle-même » (*on its merits*).

La catégorie d'instruments n'est pas la même. D'une part, une déclaration unilatérale; de l'autre, une convention.

La condition du maintien en vigueur porte dans un cas sur la clause juridictionnelle (art. 36, par. 5), dans l'autre sur le traité ou la convention même contenant cette clause.

Les circonstances sont tout autres que dans l'affaire *Israël c. Bulgarie* qui était en un sens *sui generis*. D'après certaines opinions individuelles jointes à l'arrêt, constate la Cour, on se rend compte de ce que la motivation eût pu être toute différente même si, en définitive, l'arrêt se prononçait en faveur de la Bulgarie.

Dans le cas de l'article 37, il y a plusieurs traités et conventions qui sont concernés. C'est là encore « une raison de ne pas considérer la décision comme prédéterminée par celle qui a été rendue, dans des circonstances différentes en l'affaire *Israël c. Bulgarie* »<sup>32</sup>.

Si cette dernière n'est pas un précédent, les autres affaires où les articles 36, par. 5 ou 37 ont été invoqués ne présentent pas non plus « un intérêt direct ». Ou bien elles concernent des membres originaires des Nations Unies, ou bien, comme dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*<sup>33</sup>, on se trouve en présence d'une « acceptation directe de la juridiction obligatoire visant la présente Cour ».

<sup>30</sup> Arrêt, p. 29; Article 36, par. 5 : « Les déclarations faites en application de l'article 36 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale pour une durée qui n'est pas encore expirée seront considérées dans les rapports entre parties au présent Statut, comme comportant acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice pour la durée restant à courir d'après ces déclarations et conformément à leurs termes ».

<sup>31</sup> Voir Opinion dissidente de M. Armand-Ugon, p. 135 : « Dans l'arrêt sur l'*Incident aérien*, la Cour n'a fait aucune mention de l'article 37 pour ne pas préjuger en l'affaire de la première requête de la Barcelona Traction alors en cours de procédure ».

<sup>32</sup> Arrêt, p. 30.

<sup>33</sup> C.I.J., *Recueil*, 1961, p. 17.

En d'autres termes, la Cour écarte le recours aussi bien à son arrêt de 1959 invoqué par l'Espagne qu'à l'opinion dissidente collective de Sir Hersch Lauterpacht, M. Wellington Koo et Sir Percy Spender où les deux articles sont examinés.

La Cour apprécie donc de façon indépendante l'exception d'incompétence présentée dans la présente affaire en s'inspirant uniquement des *motifs* et des *buts* de l'article 37.

L'article 37 reflète, suivant elle, le compromis intervenu entre les adversaires et les partisans de la juridiction obligatoire, pour ce qui est des clauses juridictionnelles des traités et conventions. Si la notion de juridiction obligatoire était rejetée, au moins fallait-il conserver ce qui existait : la dissolution de la Cour permanente ne pouvait entraîner l'annulation des clauses juridictionnelles<sup>34</sup>.

La Cour analyse alors le *texte* de l'article 37. Trois conditions sont posées pour que dans un cas la Cour internationale soit compétente : il doit y avoir un *traité en vigueur* prévoyant le renvoi à la *Cour permanente* d'une affaire litigieuse, entre *deux ou plusieurs Etats parties au Statut*. Une fois ces conditions réunies, c'est la Cour internationale de justice qui est la juridiction compétente pour connaître de cette affaire.

Deux questions se posent toutefois au sujet de l'interprétation de ce texte : le sens de l'expression « *en vigueur* » et du verbe « *prévoit* » dans l'article 37.

La proposition « *prévoit le renvoi... à la Cour permanente* » doit être interprétée dit la Cour, au sens figuré et non au sens propre. Au sens littéral, on pourrait soutenir qu'après la dissolution de la Cour permanente, il n'y a plus de convention qui « *prévoit* » puisqu'il n'y a plus de transfert possible de juridiction, ce qui rend la clause caduque. En réalité, répond la Cour, il n'y a pas de « *transfert* » proprement dit. Les mots « *prévoit le renvoi, etc...* » doivent être interprétés comme une manière de définir ou d'identifier une catégorie de différends à l'égard desquels la Cour est compétente<sup>35</sup>.

« L'expression « *en vigueur* » se rapporte uniquement aux traités et conventions en cause en tant que tels<sup>36</sup>. » L'objet de la disposition était exclusivement d'écarter la seule cause d'extinction provenant de la dissolution de la Cour permanente. Si on admettait au contraire que cette dissolution a rendu les clauses juridictionnelles caduques, et que pour ce faire, on distinguât parmi les Etats ceux qui étaient parties au Statut avant cet événement de tous les autres, on ferait une distinction purement arbitraire et que n'autorise pas notamment le texte même du Statut. On empêcherait presque totalement l'article 37 de répondre à son objet<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> *Arrêt*, pp. 31 et 32.

<sup>35</sup> *Arrêt*, p. 33.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 33; cette partie de la motivation trouve son contre-pied dans l'opinion dissidente de M. Morelli, p. 90.

<sup>37</sup> *Arrêt*, pp. 34 et 35.

Le droit international connaît la notion de droits et d'obligations suspendus mais non éteints. La remise en vigueur d'une clause juridictionnelle n'est qu'une application du principe du consentement donné à titre général et par avance à l'égard de certaines clauses juridictionnelles. C'est le cas notamment quand on adhère à une organisation internationale dont la Charte implique une telle obligation.

Enfin, pour couronner son raisonnement en ce qui concerne l'article 37, la Cour fait état de ce qu'au cours des échanges de notes antérieurs à la procédure judiciaire, l'Espagne a implicitement reconnu la compétence de la Cour. Elle n'a pas soulevé d'objection quand le demandeur lui a fait part de son interprétation de l'article 17, alinéa 4 du traité de 1927. Pour elle comme pour la Belgique, la compétence de la Cour n'était pas douteuse. Tout a changé pour l'Espagne après l'arrêt *Israël c. Bulgarie*.

La Cour ne considère pas que, par sa reconnaissance antérieure, l'Espagne soit forclosée à contester la compétence de la Cour, comme la Belgique aurait voulu le lui faire dire. Elle estime sans doute — et cela est suggéré notamment par ce qu'elle a dit sur *l'estoppel* à propos de la première exception — que les conditions d'application de la forclusion (ou *estoppel*) ne sont pas réunies. La reconnaissance intervient comme une preuve supplémentaire de l'exactitude de la thèse de la Cour<sup>38</sup>.

En ce qui concerne l'article 17, alinéa 4 du traité de 1927, la Cour constate qu'il « fait partie intégrante de l'ensemble du traité »<sup>39</sup>. Cette affirmation qui peut paraître évidente s'explique parce que la Cour veut éviter de se prononcer sur la question de la *divisibilité* de la clause par rapport au traité. Elle considère, en effet, que trancher ce problème dépasserait de loin la portée de cette affaire<sup>40</sup>.

Pour elle, l'article 17, alinéa 4 a un « rôle plutôt mécanique ». L'obligation de se soumettre à un règlement judiciaire est énoncée à l'article 2 et au premier alinéa de l'article 17. Dire, comme l'a fait l'Espagne, que la clause est caduque faute d'*objet*, c'est confondre la *fin* qui est le règlement judiciaire, avec le *moyen* qui est le recours à une juridiction déterminée.

Dans cette mesure, on peut concevoir que l'obligation fondamentale « se

<sup>38</sup> La Cour a procédé de la même façon dans de nombreuses affaires antérieures. Ainsi dans l'Avis du 11 juillet 1950 sur le « Statut du Sud-Ouest africain », *Recueil*, 1950, pp. 135-136.

<sup>39</sup> *Arrêt*, p. 37.

<sup>40</sup> Les Parties avaient beaucoup débattu de la question de la divisibilité des traités. Pour la *Belgique*, les clauses formant un tout avec d'autres ne peuvent être extraites de l'ensemble si, ce faisant, on aboutit à démanteler le système entier. Pour l'*Espagne* (voir aussi l'*Opinion dissidente* de M. Armand-Ugon, p. 144) la divisibilité d'un traité en clauses valables et non valables est admise par la jurisprudence internationale.

soumettre à un règlement judiciaire » puisse être pendant un certain temps ou indéfiniment inapplicable par suite de la disparition de toute possibilité d'application effective. Mais l'obligation survit en substance. Un mécanisme automatique peut la rendre de nouveau applicable.

Ainsi aux articles 2 et 17, comme à d'autres articles du traité, là où il est écrit *Cour permanente*, il faut lire *Cour internationale de Justice* et l'examen fait par la Cour des clauses du traité de 1927 confirme amplement les réponses données à la question générale de l'interprétation de l'article 37 du Statut.

La Cour examine ensuite une deuxième exception d'incompétence soulevée par l'Espagne à titre subsidiaire pour le cas du rejet de son exception principale. Suivant cette exception subsidiaire, l'obligation nouvelle ou révisée d'accepter la compétence de la Cour internationale de Justice naissant après l'entrée de l'Espagne aux Nations Unies ne pouvait s'appliquer qu'aux litiges postérieurs à cette date, limitation que contenait déjà le traité de 1927<sup>41</sup>.

De l'avis de la Cour, et en raison de son argumentation au sujet de l'exception principale, puisque subsiste toujours l'obligation originare de se soumettre à un règlement judiciaire, il n'y a eu ni création nouvelle, ni révision de cette obligation, mais l'obligation est uniquement redevenue applicable<sup>42</sup>, et la date à prendre en considération est celle de l'entrée en vigueur du traité de 1927.

La décision de la Cour sur la deuxième exception fut acquise par dix voix contre six.

Ses considérants relatifs aux différences existant entre l'article 36, par. 5 et l'article 37 et à l'absence de précédent valable ont suscité des réserves et des critiques de la part de certains membres de la Cour.

Pour les uns, la décision de la Cour dans l'affaire *Israël c. Bulgarie* est un précédent valable, car il n'y a pas de différence essentielle entre l'article 36, par. 5 et l'article 37; la Cour eût donc dû accueillir l'exception et se déclarer incompétente<sup>43</sup>.

Pour les autres, qui se réfèrent expressément à l'opinion dissidente collective de Sir Hersch Lauterpacht, M. Wellington Koo et Sir Percy Spender dans l'affaire citée<sup>44</sup>, il n'y a pas sans doute de différence décisive entre les deux articles du Statut, mais pour les raisons développées par les juges minoritaires de 1959, il y avait lieu dans les deux cas d'admettre la compétence de la Cour internationale de justice<sup>44bis</sup>.

<sup>41</sup> *Arrêt*, p. 39.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>43</sup> Déclaration de M. Spiropoulos, p. 48 : Opinion dissidente de M. Armand-Ugon, p. 134.

<sup>44</sup> C.I.J., *Recueil*, 1959, p. 156.

<sup>44bis</sup> Voir déclaration de Sir Percy Spender, p. 47, et Opinions individuelles de MM. Wellington Koo et Tanaka, pp. 51 et suiv. et pp. 66 et suiv.

On ne peut s'empêcher de rapprocher ces prises de positions de ce que certains juges avaient dit à propos de l'arrêt rendu en 1961, dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar (Exceptions)*. On y trouve la même volonté de ne pas accepter la doctrine de l'arrêt de 1959, même si d'aucuns se défendaient de vouloir remettre en question le point tranché par la Cour <sup>45</sup>.

M. Morelli qui conclut à l'accueil de l'exception espagnole présente, en de longs développements, une opinion originale sur l'article 37. Son argumentation qui ne comporte aucune référence à la jurisprudence de la Cour en ce qui concerne l'article 36, par. 5 <sup>46</sup>, repose essentiellement sur une distinction entre la fonction et le but respectifs de l'article 37 du Statut de la Cour internationale et du même article du Statut de la Cour permanente.

Ce dernier était rédigé comme suit :

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

Cette disposition a, pour le juge italien, une portée purement interprétative d'autres dispositions qui, elles, visent le renvoi à une juridiction à établir par la Société des Nations.

Au contraire, l'article 37 du nouveau Statut possède une importance et exerce une fonction autonomes. Il crée, par lui-même, des règles juridictionnelles nouvelles <sup>47</sup>, puisqu'il opère un « transfert » à la Cour internationale de la juridiction de la Cour permanente.

Les mots « en vigueur » s'analysent par rapport à un moment donné, à savoir l'entrée en vigueur du Statut.

Il serait irréalisable d'exiger qu'au moment de l'introduction de la requête à la Cour, la clause prévoyant la juridiction de la Cour permanente soit en vigueur.

Pour M. Morelli, il importe alors uniquement que soit en vigueur la règle juridictionnelle nouvelle concernant la Cour internationale créée par l'opération juridique visée à l'article 37 <sup>48</sup>.

Dans l'application de ces principes au traité de 1927, on retiendra que le juge écarte, en ce qui concerne la clause juridictionnelle, la notion d'impossibilité d'exécution d'une obligation.

« L'article 17, alinéa 4... a créé... non pas une obligation, mais plutôt une situation de soumission à des pouvoirs juridiques donnés... <sup>49</sup> »

<sup>45</sup> Voir : Déclarations de MM. Alfaro, *Recueil*, 1961, p. 35; W. Koo, p. 36; Sir Gerald Fitzmaurice et M. Tanaka, p. 37; Opinion individuelle de Sir Percy Spender, p. 42.

<sup>46</sup> *Opinion dissidente*, pp. 86 à 97.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 86.

<sup>48</sup> *Ibid.*, pp. 91, 93.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 95.

Par la disparition de l'organe détenant ces pouvoirs, la situation correspondante de soumission à ces derniers a disparu. « L'article 17, alinéa 4 du traité hispano-belge était devenu caduc avant l'entrée en vigueur du Statut à l'égard de l'Espagne »<sup>50</sup>.

### III. LA JONCTION AU FOND DES TROISIEME ET QUATRIEME EXCEPTIONS

La troisième exception pouvait être abordée alors par la Cour. Posant le problème du *jus standi* de la Belgique, elle soulevait de graves questions sans que la Cour puisse se reposer sur aucun précédent réellement concluant. Elle décida de joindre au fond cette exception de même que la dernière, qui ne présentait pas tant de difficultés.

Bien que la Cour ait remis à plus tard l'examen du bien-fondé de la troisième exception, il nous paraît nécessaire de rappeler comment les Parties ont posé devant la Cour le problème du *jus standi* de la Belgique. Nous résumerons ensuite brièvement la teneur de la quatrième exception avant d'analyser la décision elle-même.

Le *Gouvernement espagnol* considère que le Gouvernement belge, tout en essayant de faire passer son action comme la défense des intérêts d'actionnaires de la *Barcelona Traction*, en réalité n'a pas cessé, en 1958 comme en 1962, d'exercer la protection d'une société. En effet, le préjudice allégué est le déni de justice commis envers cette dernière. Or, la Belgique n'a pas de titre internationalement reconnu à défendre les intérêts d'une société de nationalité canadienne. Le Canada a d'ailleurs exercé son droit de protection. La Belgique ne peut se substituer à lui.

Même si on n'admet pas cette façon de voir et qu'on reconnaît que la Belgique exerce la protection d'actionnaires, on doit tout de même lui refuser le *jus standi* en l'espèce, ce en raison d'un argument de fait : le principal des ressortissants belges protégés ne peut être considéré comme ayant la qualité d'actionnaire — et d'un argument de droit que l'on peut résumer ainsi : l'Etat national de la société a un droit exclusif à exercer la protection diplomatique de cette dernière, la pratique ne reconnaît d'exception que si la société a la nationalité de l'Etat auteur de l'acte illicite ou si la société dont les actionnaires sont les nationaux de l'Etat réclamant, si la société a été liquidée ou dissoute.

Même en faisant abstraction de ces arguments, l'intervention antérieure, pour les mêmes faits, du Gouvernement canadien en faveur de la société empêcherait la Belgique d'exercer la protection des actionnaires de la *Barcelona*. Aucune information supplémentaire n'était, suivant l'Espagne, nécessaire pour permettre à la Cour d'accueillir la Troisième exception.

<sup>50</sup> *Ibid*, p. 97.

La *Belgique* demandait à la Cour le rejet de l'exception et, subsidiairement, sa jonction au fond.

Dans son argumentation principale, le Gouvernement belge faisait valoir qu'il défendait les intérêts d'actionnaires de sa nationalité possédant plus de 88 % des actions au jour de la faillite comme à la date d'introduction de la requête. On ne pouvait interpréter sa requête comme la protection de la société *Barcelona Traction* que si on se reportait, ce qui ne se peut, aux pièces relatives à la première requête rayée du rôle, dans laquelle la protection des actionnaires n'avait été présentée qu'à titre subsidiaire.

La thèse belge s'appuyait sur le caractère discrétionnaire du droit des Etats d'accorder ou de refuser la protection diplomatique à leurs ressortissants lésés par les actes d'un Etat étranger.

Il n'y a pas de règle de droit international qui limite ce droit en prohibant son exercice en faveur de ressortissants lésés dans leurs intérêts d'actionnaires d'une société ayant la nationalité d'un Etat tiers.

La personnalité juridique de la Société ne peut être un obstacle à l'exercice de la protection des actionnaires, parce qu'une règle technique de droit interne ne saurait prévaloir sur un principe de droit international, et parce que la personnalité juridique instituée dans l'intérêt des associés comme des tiers ne pourrait en aucun cas se retourner contre eux en empêchant que les intérêts soient protégés par leur Etat national.

Le Gouvernement belge se réclame de précédents arbitraux qui ont admis la protection des actionnaires, la pratique des gouvernements et les traités internationaux. Cette pratique, en voie de constant développement, est en conformité avec des considérations d'équité et correspond aux exigences actuelles de la communauté internationale.

Sans doute ne révèle-t-elle pas de cas identique à celui soumis à la Cour mais on n'y trouve pas davantage l'indice d'une règle qui refuserait le droit de protection en raison du fait que la société dont les actionnaires sont objet de la protection n'a pas le statut national de l'Etat défendeur ou qu'elle n'est pas dissoute.

D'autre part, reconnaître un droit exclusif à l'Etat de la nationalité de la société, reviendrait, au cas où l'action de cet Etat ne serait pas effective, à laisser les actionnaires sans protection.

Subsidiairement, le Gouvernement belge énumère un certain nombre de circonstances qui lui paraissent de nature à établir, en l'espèce, le *jus standi* de la Belgique au cas où la Cour ne pourrait pas reconnaître de façon générale l'existence du droit à exercer la protection des actionnaires.

Dans cette hypothèse, une jonction au fond serait nécessaire pour l'examen de celles-ci, soit que leur appréciation relève directement du fond, soit dans

l'intérêt d'une bonne administration de la justice en raison de leur connexité aux faits visés dans la demande.

Telles sont réduites à l'essentiel, les conclusions des parties en ce qui concerne la troisième exception.

La quatrième visait le non-épuisement des recours internes par la *Barcelona Traction* alors que le droit international coutumier et l'article 3 du traité de 1927 font de cet épuisement préalable la condition de tout accès à la Cour. Il n'y a pas eu notamment de recours valable en temps utile contre le jugement déclaratif de faillite. Pour que la règle joue il suffit suivant l'Espagne qu'on ait omis d'user sur un point déterminé d'une voie ou d'un moyen spécifique qui aurait conduit en cas de succès à empêcher le déroulement des actes dommageables dénoncés et à en annuler les effets. Or, — toujours suivant l'Espagne —, les intéressés auraient notamment omis d'exercer en temps utile contre le jugement déclaratif de faillite le principal recours qui leur était ouvert, à savoir l'opposition.

Le Gouvernement belge répondait que la règle invoquée n'imposait que l'épuisement des voies de recours normales, accessibles, efficaces et, pendant un délai raisonnable, or il avait été satisfait à cette exigence par un nombre exceptionnellement élevé de recours suivis de 2.736 décisions de tribunaux divers ! Il contestait notamment formellement la tardiveté de l'opposition au jugement de faillite.

Pendant, quoiqu'il fût d'avis que la Cour pouvait dès à présent rejeter l'exception, ici encore il se prononçait subsidiairement pour la jonction au fond au cas où la Cour estimerait ne pouvoir se décider sans examiner le contenu et la valeur des décisions judiciaires espagnoles. Les deux parties ont consacré, au cours des plaidoiries, de longs développements au principe même de la jonction au fond. Elles ont défendu des conceptions notablement différentes.

Alors que pour les Conseils du Gouvernement espagnol, la jonction au fond est exceptionnelle par nature et dans la pratique de la Cour, pour ceux de la Belgique, il y a été fait recours notamment chaque fois que les nécessités d'une bonne administration de la justice et le risque de préjuger le fond paraissent le commander. Le Gouvernement espagnol mettait l'accent sur l'intérêt du défendeur d'empêcher par ses exceptions préliminaires, non seulement que la Cour se prononce sur le fond, mais même que celui-ci fasse l'objet de débats.

Le Gouvernement belge déclarait ne pas nier cet intérêt mais le considérer comme subordonné à l'appréciation souveraine de la Cour laquelle devait non seulement écarter les abus que les Etats défendeurs pouvaient être tentés de faire de la possibilité qui leur était offerte, mais veiller à ne pas se prononcer sur les questions qui lui sont soumises sans être pleinement informée.

Il n'est pas étonnant, dès lors, que la Cour ait considéré qu'il convenait « de

faire d'abord des observations d'ordre général sur la jonction au fond »<sup>51</sup>. Elle procède, à cet effet, à un examen approfondi de la pratique de la Cour permanente et de la sienne propre.

Elle relève les motifs qu'indiquent les arrêts qui ont décidé la jonction au fond.

Ainsi dans l'affaire *Pajzs, Csáky, Esterházy* (Hongrie c. Yougoslavie)<sup>52</sup>, la Cour mentionnait la « connexité trop intime » entre une exception et le fond; la jonction mettrait la Cour à même « de statuer en meilleure connaissance de cause ».

Dans l'affaire *Losinger*<sup>53</sup>, tour à tour furent invoqués le fait que l'exception pouvait apparaître comme un moyen de défense au fond, le risque de trancher des questions appartenant au fond de l'affaire ou d'en préjuger la solution, l'interdépendance, voire la confusion entre les faits et arguments invoqués pour ou contre deux exceptions dont l'une visait la compétence — et avait été jointe au fond — et l'autre visait la recevabilité.

Dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*<sup>54</sup>, la Cour déclarait — et le passage repris dans l'Arrêt que nous étudions vaut la peine d'être cité dans sa totalité en raison de son intérêt dans la présente affaire — : « dans la phase actuelle de la procédure, une décision ne peut être prise ni sur le caractère préliminaire des exceptions, ni sur le bien-fondé de ces mêmes exceptions; qu'en effet, une telle décision soulèverait des questions de fait et des points de droit sur lesquels les Parties sont à plusieurs égards en désaccord et qui sont trop étroitement liés au fond pour que la Cour puisse se prononcer, dès à présent, à leur sujet ».

La Cour relevait aussi d'autres raisons. La première avait déjà été invoquée dans l'affaire *Losinger* : c'est le risque de trancher des questions appartenant au fond ou d'en préjuger la solution. La seconde est originale et est importante en raison même de la généralité de ses termes : « La Cour peut toujours ordonner la jonction des exceptions préliminaires au fond, lorsque les *intérêts de la bonne administration de la justice* lui en font un devoir »<sup>55</sup>.

Après avoir cité trois des quatre affaires, postérieures à l'introduction de la possibilité de la jonction au fond dans le règlement en 1936<sup>56</sup>, où la Cour

<sup>51</sup> *Arrêt*, p. 41. L'article 62, par. 5 du Règlement (identique à l'article correspondant de 1936) se lit comme suit : « 5. La Cour, après avoir entendu les parties, statue sur l'exception ou la joint au fond. Si la Cour rejette l'exception ou la joint au fond, elle fixe de nouveau les délais pour la suite de l'instance ».

<sup>52</sup> *C.P.J.I.*, série A/B, n° 66, p. 9.

<sup>53</sup> *Ibid.*, série A/B, n° 67, pp. 23-24.

<sup>54</sup> *C.P.J.I.*, série A/B, n° 75, p. 42, Arrêt du 30 juin 1938.

<sup>55</sup> C'est nous qui soulignons.

<sup>56</sup> La quatrième est l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, série A/B, n° 77.

permanente s'est prononcée sur la jonction, la Cour examine alors les deux précédents tirés de sa propre jurisprudence.

Dans l'*affaire des emprunts norvégiens*<sup>57</sup>, un accord des Parties était intervenu sur la jonction que la Cour ordonna.

Dans l'*affaire du droit de passage sur le territoire indien*<sup>58</sup>, la Cour a décidé la jonction au fond de deux exceptions en invoquant le risque de préjuger le fond et l'absence d'éléments suffisants pour statuer.

La Cour fait ensuite quelques considérations inspirées par la revue qu'elle vient de faire.

Elle souligne l'importance de l'affirmation contenue dans l'arrêt *Losinger* : « La Cour peut toujours ordonner la jonction des exceptions préliminaires au fond, lorsque les intérêts de la bonne administration de la justice lui en font un devoir ».

Elle relève que la protection des intérêts du défendeur est un élément essentiel de cette « bonne administration ». L'article 62 qui autorise la présentation d'exceptions préliminaires donne à l'Etat défendeur le droit de faire suspendre automatiquement la procédure sur le fond (art. 62, par. 3) en obligeant la Cour à les examiner avant toute décision sur le fond.

Mais « l'attitude de l'Etat défendeur n'est cependant que l'un des éléments que la Cour peut prendre en considération; l'article 62, par. 5, dispose simplement que la Cour, après avoir entendu les parties, statue sur l'exception ou la joint au fond »<sup>59</sup>.

Ainsi, la Cour rejette la thèse selon laquelle l'accord du défendeur serait nécessaire pour qu'il y ait jonction au fond si celle-ci ne s'impose pas de façon impérieuse.

Elle énumère ensuite les diverses possibilités qui s'offrent à elle en présence d'exceptions dites préliminaires soulevées par le défendeur.

Ou l'exception n'a pas, en fait, un caractère préliminaire, la Cour ne peut alors la traiter comme telle. Ce faisant, elle ne préjuge pas du droit de l'Etat défendeur de soulever la même question à un autre stade de la procédure.

Ou l'exception est bien une exception préliminaire, elle en dispose alors immédiatement, soit en la retenant, soit en la rejetant. Dans d'autres cas, « la Cour peut juger que l'exception est tellement liée au fond ou à des points de fait ou de droit touchant au fond qu'on ne saurait l'examiner séparément sans aborder le fond, ce que la Cour ne saurait faire tant que la procédure au fond est suspendue aux termes de l'article 62, ou sans préjuger le fond avant que

<sup>57</sup> C.I.J., *Recueil*, 1956, p. 74.

<sup>58</sup> C.I.J., *Recueil*, 1957, pp. 150-152.

<sup>59</sup> *Arrêt*, p. 43.

celui-ci ait fait l'objet d'une discussion exhaustive. Dans de tels cas, la Cour joindra l'exception préliminaire au fond »<sup>60</sup>.

Ainsi, la Cour admet, d'une part, que le défendeur est absolument libre de présenter une exception qui n'ait pas de caractère préliminaire et, d'autre part, que la jonction au fond ne peut être ordonnée que si l'exception présente de quelque façon ce caractère. Les intérêts du défendeur seront pris en considération. Ce n'est que pour des motifs sérieux que la Cour décidera la jonction parce que l'objet d'une exception est « éviter non seulement une décision mais aussi toute discussion du fond ». D'autre part, décider la jonction, n'est pas perdre de vue l'exception, comme le montre l'arrêt dans l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens* où la Cour a retenu, au stade du fond, une exception d'incompétence.

La Cour examinera les troisième et quatrième exceptions en tenant compte de ces considérations.

Pour ce qui concerne la mise en cause par le gouvernement espagnol du *jus standi* de la Belgique, la Cour relève que l'exception peut être formulée de deux façons : ou c'est la qualité du Gouvernement belge pour agir qui est contestée parce que seul l'Etat national de la société a le droit d'exercer la protection diplomatique en faveur de la *Barcelona Traction*, — sous cet aspect l'exception a « évidemment un caractère ou un aspect préliminaire »<sup>61</sup> —, ou sans soulever le problème de la qualité pour agir, on peut se demander si le droit international reconnaît aux actionnaires d'une société « un droit ou un intérêt distincts et indépendants et, s'il en est ainsi, dans quelle mesure et dans quelles circonstances »<sup>62</sup>. Se pose alors la question de savoir si *in casu* les conditions sont réunies. Ainsi posée « la question se réfère non pas seulement à la recevabilité de la demande, mais à des droits substantiels touchant au fond ».

La Cour penche manifestement pour ce deuxième point de vue.

La question de la qualité d'un Gouvernement pour agir en faveur d'actionnaires de sa nationalité en tant que tels suppose résolue la question de la situation juridique des actionnaires en droit international. Il faut déterminer si les droits que le Gouvernement demandeur invoque en faveur de ses ressortissants lui sont conférés par le droit international. Conclure au défaut de qualité pour agir revient à nier l'existence des droits invoqués<sup>63</sup>.

Si la Cour ne conclut pas à l'irrecevabilité de l'exception parce qu'elle relèverait purement et simplement du fond, c'est qu'elle est d'avis qu'à certains égards, l'exception a un caractère préliminaire<sup>64</sup>. C'est pourquoi elle se bornera

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>61</sup> *Arrêt*, p. 44.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>64</sup> « Ou qu'elle comporte des éléments que l'on a été porté jusqu'à présent à envisager sous ce jour », *Arrêt*, p. 45.

à la joindre au fond. Elle évoque alors le précédent de l'arrêt dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys - Saldutiskis* où la Cour permanente a déclaré qu'au stade préliminaire elle ne pourrait même pas prendre une décision « sur le caractère préliminaire des exceptions ».

Or, précisément, le caractère de la troisième exception est loin d'être clair. Il y a « a number of closely interwoven strands of mixed law, fact and status », de telle sorte que la Cour n'est pas certaine d'avoir, à ce stade, tous les éléments pour statuer. Les parties ont d'ailleurs elles-mêmes abordé déjà des points de fond reconnaissant ainsi les rapports entre ce dernier et les troisième et quatrième exceptions.

La Cour n'indiquera pas quels sont les points particuliers sur lesquels elle considère que l'examen du fond lui fournira des éclaircissements. Elle n'indique pas non plus pourquoi il y aurait éclaircissement. Pour justifier sa décision, la Cour renvoie à l'arrêt de la Cour permanente en l'affaire *Pajzs*, etc., déjà citée, qui constate simplement que la jonction au fond lui permettra de statuer en meilleure connaissance de cause et qu'elle se justifie par la connexité entre les questions soulevées par le fond et les exceptions.

L'examen de la quatrième exception visant le non-épuisement des recours internes sera également reporté au stade ultérieur de la procédure<sup>65</sup>.

L'allégation du gouvernement espagnol est « inextricablement liée aux questions de déni de justice qui constituent la plus grande partie du fond ». La Cour considère que tout exposé ou commentaire sur ce point peuvent être reportés jusqu'à la phase de l'examen au fond, car les écritures et les plaidoiries sont suffisamment démonstratives en elles-mêmes.

La décision de la Cour sur la jonction de la troisième exception a été acquise par 9 voix contre 7; celle concernant la quatrième exception par 10 voix contre 6.

Quatre juges ont présenté dans leurs opinions individuelles ou dissidentes, des observations, soit en ce qui concerne les principes gouvernant la jonction, soit pour ce qui est de leur application aux deux exceptions<sup>66</sup>.

Les règles applicables à la jonction au fond telles que la Cour les a dégagées ne sont mises en cause que dans l'opinion dissidente du juge *ad hoc* M. Armand-Ugon.

Pour ce dernier, comme d'ailleurs pour les Conseils du Gouvernement espagnol, si l'accord du défendeur n'est pas absolument requis pour que puisse être ordonnée par la Cour la jonction au fond, celle-ci ne peut cependant intervenir que si les Parties le demandent ou « lorsque la question soulevée à titre d'except-

<sup>65</sup> Arrêt, p. 46.

<sup>66</sup> *Opinions individuelles* de M. W. Koo, pp. 53 à 64 et de M. Bustamante, pp. 82 à 84; *Opinions dissidentes* de M. Morelli, pp. 97 et 110 et du juge *ad hoc* Armand-Ugon, pp. 163 à 166; voir aussi la déclaration de M. Jessup, pp. 49-50.

tion préliminaire est tellement liée à la question qui constitue le fond de l'affaire qu'il est manifestement impossible de trancher l'une sans trancher l'autre en même temps »<sup>67</sup>. Ainsi l'accent est mis sur le caractère consensuel de la juridiction internationale plutôt que sur les pouvoirs d'office de la Cour, maîtresse de sa procédure.

M. Morelli, qui consacre, lui aussi, des développements aux questions de principe, marque son accord avec les grandes lignes du raisonnement de la Cour. Ainsi, il reconnaît le pouvoir discrétionnaire de celle-ci d'ordonner la jonction sans égard à l'attitude des parties s'il s'agit d'une exception réellement préliminaire. Si, par contre, le défendeur a présenté comme telle un moyen concernant directement le fond même de l'affaire, la procédure sur l'objet du litige étant suspendue par l'effet de l'ordonnance prise en vertu de l'article 62, la Cour ne peut faire autre chose que de déclarer l'exception irrecevable comme exception préliminaire; le droit du défendeur demeure alors intact; il pourra présenter, à un stade ultérieur, la même argumentation<sup>68</sup>.

Mais les avis diffèrent sur l'application des principes, M. Wellington Koo estime que la troisième exception aurait, dès à présent, pu être rejetée. Il examine longuement, dans son opinion individuelle, quelles sont les règles applicables en ce qui concerne la protection diplomatique des actionnaires. *Prima facie*, conclut-il, le demandeur a établi son *jus standi*<sup>69</sup>.

M. Bustamante expose qu'il eût été d'avis que la Cour, par ordonnance, enjoigne aux Parties de la renseigner plus complètement sur l'attitude du Canada, Etat national de la société *Barcelona Traction*. Au vu de ces renseignements, la Cour aurait pu alors décider si l'application de la règle traditionnelle de protection exclusive par l'Etat national est ou non possible. La jonction au fond se serait alors imposée en cas de réponse négative pour déterminer jusqu'à quel point l'action de la Belgique est légitime, compte tenu des circonstances<sup>70</sup>.

M. Morelli considère que les deux exceptions concernant directement le fond.

La protection diplomatique est le droit subjectif d'un Etat de prétendre pour ses ressortissants à un certain traitement de la part d'un autre Etat. Dire qu'un Etat demandeur n'a pas qualité pour exercer le droit de protection diplomatique qu'il invoque revient à déclarer son action mal fondée<sup>71</sup>. Un arrêt sur la qualité pour agir de la Belgique serait donc un arrêt sur le fond. Une obligation internationale n'existe, en effet, pour un Etat que par rapport à un autre Etat<sup>72</sup>. La troisième exception ne peut être tranchée, ni en tout, ni en partie, quel que

<sup>67</sup> *Opinion dissidente*, p. 164.

<sup>68</sup> Voir notamment, p. 100.

<sup>69</sup> *Opinion individuelle*, p. 64.

<sup>70</sup> *Opinion individuelle*, pp. 83 et 84.

<sup>71</sup> *Opinion dissidente*, p. 111.

<sup>72</sup> *Ibid.*

soit par ailleurs l'avis des Parties, à ce stade de la procédure. La Cour doit la déclarer irrecevable.

De même, la règle de l'épuisement des recours internes est, de l'avis de M. Morelli, une règle substantielle et non procédurale : elle fait partie des normes concernant le traitement des étrangers. Le droit international prescrit un résultat final quant à ce traitement, laissant l'Etat libre pour ce qui concerne les moyens à employer. Il n'y a pas de fait illicite international et partant, responsabilité, si existe ou si existait, « pour le ressortissant étranger, la possibilité d'obtenir, par les voies de l'ordre interne, la réalisation du résultat visé par la règle internationale »<sup>73</sup>. Si les voies internes n'ont pas été suivies, la Cour doit prononcer une décision de rejet de la demande au fond. Pour ces motifs, M. Morelli se prononce pour l'irrecevabilité de la quatrième exception comme exception préliminaire.

#### CONCLUSIONS

L'arrêt du 24 juillet 1964 a, sans doute, une grande importance pratique parce que la Cour a décidé d'aborder le second stade de la procédure dans un litige qui oppose la Belgique à l'Espagne, depuis plusieurs années. Les intérêts en cause sont considérables et plus encore peut-être la gravité et l'ampleur des griefs invoqués. L'accusation de déni de justice est parmi les plus sérieuses qu'un Etat puisse faire valoir contre un autre Etat. Le fait même que la Cour ait rendu possible l'exposé et la discussion de cette affaire marquera une date dans les annales de la justice internationale.

Mais le résultat d'une décision judiciaire pour les intérêts en cause n'est pas tout pour le juriste. M. Tanaka a raison, quand il déclare en introduction à son opinion individuelle que « la fonction la plus importante de la Cour en qualité de principal organe judiciaire des Nations Unies consiste non seulement à régler des différends concrets, mais aussi, par son raisonnement, à contribuer au développement du droit international. Il est à peine nécessaire d'ajouter que ce qu'il y a de vraiment vivant dans une décision se trouve dans les motifs et non dans la conclusion »<sup>74</sup>.

A cet égard, l'arrêt présente un double intérêt : par la méthode de la motivation et par l'importance attachée par la Cour à l'analyse de sa jurisprudence.

La discussion de chaque exception est précédée d'un exposé des règles qui, au sens de la Cour, en gouvernent l'examen. Mais cet exposé n'est jamais une dissertation théorique qui aurait pour objet d'épuiser le sujet. Il s'agit d'observations de portée limitée choisies à raison de l'intérêt qu'elles présentent pour la solution à trouver. Et cela que la base du raisonnement se trouve dans des

<sup>73</sup> *Opinion dissidente*, p. 114.

<sup>74</sup> *Opinion individuelle*, p. 65.

remarques de bons sens sur lesquelles elle considère qu'un accord unanime peut être réalisé ou dans les décisions rendues par les deux Cours internationales. Le choix des arguments et l'étendue des développements qui y sont consacrés découlent du souci de répondre complètement au raisonnement des Parties. La Cour considère qu'elle ne peut laisser de côté un point même si elle aurait tendance à le considérer comme secondaire ou à l'écartier *prima facie*, quand une Partie y a attaché une certaine importance. Ainsi en a-t-il été pour l'argument de l'*estoppel* opposé par le Gouvernement espagnol à la préterition de la Belgique de démontrer la portée réelle de son désistement. La Cour examine cette question parce que « la Partie défenderesse [a] peut-être plus insisté sur cet aspect de la première exception préliminaire que sur tout autre »<sup>75</sup>.

Ce souci de répondre de façon complète à l'argumentation des Parties n'est pas absolument nouveau. Ainsi, dans l'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906* (Arrêt 18-XI-60)<sup>76</sup>, la Cour considère qu'elle se devait d'examiner les motifs de nullité invoqués par le Nicaragua contre la sentence en raison de l'accord de Washington, du 21 juillet 1957, où le Nicaragua s'était vu reconnaître le droit de s'opposer à la requête du Honduras « en invoquant les motifs, les actions et les faits et en opposant les exceptions qu'il jugera bon pour contester la validité de la décision arbitrale ». La Cour avait conclu à l'acquiescement du Nicaragua à la sentence et bien qu'elle « incline à penser que la thèse du Honduras (selon lequel la Cour ne devait pas se prononcer sur les motifs de nullité) est bien fondée », elle indiqua pourquoi la sentence devait être considérée comme valable.

Mais rarement, pensons-nous, autant de soin a été apporté à l'examen des divers arguments des parties. L'arrêt est également remarquable spécialement en ce qui concerne la jonction au fond par les nombreuses références qu'il fait à la jurisprudence de la Cour. L'essentiel des observations de la Cour sur ce point consiste en une analyse de ses décisions antérieures ainsi que de celles de la Cour permanente. Au cours de l'examen proprement dit de la troisième exception, la Cour citera son arrêt dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* « afin d'illustrer le genre de situation que la Cour estime rencontrer ici »<sup>77</sup> et elle cherchera de même appui dans sa jurisprudence pour justifier le fait qu'elle n'indique pas sur quels points particuliers elle considère que « les questions de fait ou de droit relatives à la troisième exception pourraient être éclaircies par un examen au fond »<sup>78</sup>.

Même dans l'examen de la deuxième exception, la Cour croit devoir expliquer par les différences qu'elle voit entre l'article 36, par. 5, et l'article 37 du Statut,

<sup>75</sup> Arrêt, p. 24.

<sup>76</sup> Recueil, 1960, p. 214.

<sup>77</sup> Arrêt, p. 45.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 46; ici, ce sera à l'arrêt dans l'affaire *Pajzs, Csáky, Esterházy*, qu'elle se reporte.

le fait qu'elle ne considère pas « la décision comme prédéterminée par celle qui a été rendue, dans des circonstances différentes, en l'affaire *Israël c. Bulgarie* »<sup>79</sup>. Les arrêts rendus sur la question de la compétence dans d'autres affaires sont de même écartés par elle comme non pertinents en raison de la différence de situation. Ce n'est qu'après avoir établi qu'elle devait « trancher la présente affaire d'une manière indépendante et sans autre référence à l'article 36, par. 5, ou aux affaires antérieures » qu'elle aborda l'examen de la portée de l'article 37 du Statut<sup>80</sup>.

Ainsi, la volonté d'assurer la continuité de sa jurisprudence s'affirme une fois de plus comme une constante de la politique juridictionnelle de la Cour. Cette attitude se situe dans la ligne directe de la distinction que la Cour avait faite en 1961 dans l'arrêt sur l'*Affaire du Temple de Préah Vihear* (Exceptions) entre l'arrêt « en tant que décision » et l'arrêt en tant qu'« un énoncé de ce que la Cour a jugé être la solution juridique exacte »... « en ce qui concerne le problème soumis à son appréciation »<sup>81</sup>.

La Cour va même jusqu'à souligner la portée générale de la solution qu'elle a dégagée. Ainsi, elle estime applicable « à toutes les clauses juridictionnelles des traités et conventions visés par l'article 37 » les considérations qu'elle a faites relativement à cet article du Statut<sup>82</sup>.

En résumé, la Cour a apporté sur trois points importants — la portée du désistement, l'interprétation de l'article 37 de son Statut et les principes qui gouvernent la jonction au fond — des solutions que nous nous sommes contenté de décrire en essayant d'en indiquer la portée et d'analyser le processus du raisonnement qui y avait conduit. Ce faisant, nous nous sommes rendu compte que chacune des trois questions traitées méritait un examen approfondi qui dépassait le cadre du présent article, comme, du reste, le temps dont nous disposions.

Août 1964.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>81</sup> *Recueil*, 1961, p. 27.

<sup>82</sup> *Arrêt*, p. 37.