

JURISPRUDENCE INTERNATIONALE
INTERESSANT LA BELGIQUE

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

(Nouvelle requête : 1962)

(Belgique c. Espagne)

Deuxième phase

L'ARRET DU 5 FEVRIER 1970
DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

par

Jean-Victor LOUIS

Agrégé de l'Enseignement supérieur

Secrétaire de l'Institut d'Etudes européennes de l'Université de Bruxelles

1. Le 5 février 1970, la Cour internationale de Justice a rejeté, par quinze voix contre une, la demande introduite par le gouvernement belge contre le gouvernement espagnol dans l'affaire de la *Barcelona Traction*.

Le professeur Riphagen, juge *ad hoc* désigné par la Belgique a joint à l'arrêt l'exposé de son opinion dissidente. Huit juges, dont le président de la Cour, M. Bustamante y Rivero, ont rédigé une opinion individuelle¹. Trois juges ont fait des déclarations annexées à l'arrêt. Il s'agit de MM. Petrán, Onyeama et Lachs. Ces éléments témoignent des débats auxquels a donné lieu le délibéré.

2. Depuis la date du premier arrêt (24 juillet 1964) portant sur les exceptions préliminaires, près de six ans se sont écoulés. La procédure écrite s'est achevée le 1^{er} juillet 1968, soit un peu moins de quatre ans après le prononcé de l'arrêt de 1964.

La Cour « a constaté avec regret que les délais initialement fixés par elle

¹ Il s'agit en outre, de Sir Gerald Fitzmaurice, et de MM. Tanaka, Jessup, Morelli, Padilla Nervo, Gros et Ammoun.

pour le dépôt des pièces de la procédure écrite n'avaient pas été observés et que cette procédure avait été par là considérablement allongée »². Elle a souligné que « pour préserver l'autorité de la justice internationale et dans l'intérêt de son bon fonctionnement, les affaires devraient être réglées sans retard injustifié »³. La Cour a voulu rejeter ainsi sur les gouvernements la responsabilité de la longueur des délais. On ne peut certes lui donner tort même si l'on relève, par comparaison, le temps pris par la procédure orale et par le délibéré. Les plaidoiries se sont étalées au cours de soixante-quatre audiences entre le 15 avril et le 22 juillet 1969 et le délibéré a duré six mois et demi, en ce compris les vacances d'été. Il n'est pas douteux que la longueur relative du délibéré peut s'expliquer par l'importance des problèmes en discussion et la masse des documents produits par les parties. Il n'empêche que l'étalement même du dépôt des pièces de la procédure écrite et, comme nous le verrons, la décision de la Cour de limiter son arrêt à un seul point, auraient pu permettre une accélération du rythme des travaux de la Cour, dont le rôle n'était pas, d'ailleurs, bien chargé. On ne saurait cependant perdre de vue la minutie et, dès lors, la lourdeur avec lesquelles le délibéré est organisé en vue d'aboutir à une concertation optimale des points de vue de tous les juges⁴.

3. Les faits de la cause sont connus de nos lecteurs⁵. Ils savent que le gouvernement belge a pris fait et cause pour ses ressortissants, actionnaires de la Barcelona Traction et de ses filiales mises en faillite, par la justice espagnole, dans des conditions qu'il prétend irrégulières.

Par son arrêt de 1964, la Cour avait rejeté la première et la deuxième exception portant respectivement sur la portée du désistement de la Belgique en 1961 et sur la compétence de la Cour. Elle avait joint au fond la troisième et la quatrième exception qui étaient relatives l'une au droit de la Belgique d'exercer la protection d'actionnaires d'une société étrangère, en l'espèce, canadienne et l'autre au défaut d'épuisement par la Barcelona des recours internes offerts par le système juridictionnel espagnol.

Nous avons souligné l'importance pour le développement du droit procédural de la Cour de l'arrêt de 1964, en ce qui concerne la portée du désistement et la jonction au fond des exceptions préliminaires⁶.

² C.I.J., *Rec.*, 1970, p. 6, par. 4.

³ C.I.J., *Rec.*, 1970, pp. 30-31, par. 27. Voy. aussi la postface de l'opinion individuelle de Sir Gerald Fitzmaurice, p. 114 et la note figurant à la fin de celle du juge Philip C. Jessup, p. 222.

⁴ Voy. la résolution visant la pratique interne de la Cour en matière judiciaire, adoptée le 5 juillet 1968, en vertu de l'article 30 du règlement.

⁵ Voy. l'arrêt du 24 juillet 1964 de la Cour internationale de Justice, cette *Revue*, 1965, n° 1, pp. 253 et ss.

⁶ Voy. *ibid.*, pp. 255-261 et pp. 268-276. Voy. aussi SUY, E., « Contribution de la jurisprudence internationale récente au développement du droit des gens » (II), *R.B.D.I.*, 1966, n° 1, pp. 68 et ss., spéc. pp. 75-93. DE VISSCHER, Ch., *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de Justice*, Paris, 1966, spéc., pp. 87 et ss. et pp. 106-110.

L'arrêt de 1970 ne se prononce que sur le *ius standi* de la Belgique. Ayant conclu à l'absence du droit d'agir dans le chef de cet Etat, il a rejeté la demande.

4. Nous examinerons l'argumentation qui a conduit la Cour à refuser à la Belgique le droit d'agir contre le gouvernement espagnol en vue de la protection d'actionnaires belges d'une société canadienne et nous nous efforcerons, en outre, de dégager de l'arrêt quelques enseignements relatifs à la procédure devant la Cour.

PREMIERE PARTIE

LE DROIT INTERNATIONAL ET LA PROTECTION DES ACTIONNAIRES

A. LE RAISONNEMENT DE LA COUR

5. Une phrase résume assez bien le point de départ de l'argumentation de la Cour et en explique les limites :

« La Cour a eu... à examiner une série de problèmes résultant d'une relation triangulaire entre l'Etat (Belgique) dont des ressortissants sont actionnaires d'une société constituée conformément aux lois d'un autre Etat sur le territoire duquel elle a son siège, l'Etat (Espagne) dont les organes auraient commis contre la société des actes illicites préjudiciables tant à la société qu'à ses actionnaires et l'Etat (Canada) selon les lois duquel la société s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège⁷. »

La question est circonscrite par la Cour au droit de la Belgique à exercer la protection diplomatique d'actionnaires belges d'une société, personne morale constituée au Canada, alors que les mesures incriminées ont été prises à l'égard non pas de ressortissants belges mais de la société elle-même. Dès lors, on conçoit l'importance attachée, dans cette optique, par la Cour au droit des sociétés auquel sont consacrés treize paragraphes de l'arrêt (pp. 33 à 37). Cela ne signifie pas que la Cour veuille « faire dépendre les règles du droit international de catégories du droit interne »⁸. Elle s'en défend dès l'abord en précisant le sens de son examen du droit interne : « ... le droit international a dû reconnaître dans la société anonyme une institution créée par les Etats en un domaine qui relève essentiellement de leur compétence nationale. » Certes l'examen du droit interne à titre préjudiciel n'est pas en soi un phénomène

⁷ C.I.J., *Rec.*, p. 31.

⁸ *Ibid.*, p. 33. Elle dira plus loin (p. 37) que si « elle devait se prononcer sans tenir compte des institutions de droit interne, elle s'exposerait à des graves difficultés juridiques et cela sans justification. Elle perdrait contact avec le réel, car il n'existe pas en droit international d'institutions correspondantes auxquelles la Cour pourrait faire appel. »

nouveau. On sait qu'il en existe de nombreux exemples dans la pratique judiciaire internationale⁹.

La Cour analyse la nature et l'interaction des droits de la société anonyme et des droits des actionnaires dans l'ordre interne. Elle se réfère, dira-t-elle plus loin, « à des règles généralement acceptées par les systèmes de droit interne reconnaissant la société anonyme, dont le capital est représenté par des actions... »¹⁰. Elle décrit d'abord les traits essentiels de la société anonyme, tant au point de vue de sa situation juridique que de sa structure, par rapport aux droits des actionnaires. Elle conclut qu'*en droit interne* ceux-ci ne peuvent se voir reconnaître un droit de recours que s'il est porté atteinte à l'un de leurs droits propres¹¹ et non à un droit de la société ou à un simple intérêt. Or la Cour constate que le gouvernement belge ne fondait pas sa requête sur une atteinte à des droits propres des actionnaires.

6. Y a-t-il d'autres motifs qui permettraient de justifier la demande formulée par le gouvernement belge en faveur des actionnaires de la Barcelona Traction ? La Cour se réfère, ici aussi, au droit interne. Elle constate qu'il y a des circonstances où il est permis, en droit interne, de « lever le voile social » ou de « faire abstraction de la personnalité juridique », le plus souvent dans l'intérêt des tiers, mais exceptionnellement aussi en faveur des actionnaires¹². Elle conclut de cet examen que, dans l'ordre international également, il peut y avoir en principe des circonstances spéciales qui justifient la levée du voile dans l'intérêt des actionnaires.

La Cour écarte les précédents qui auraient pu être tirés du traitement des biens ennemis après les deux guerres mondiales et de celui des biens étrangers à la suite des nationalisations, où elle voit autant de cas particuliers. Elle refuse aussi de reconnaître une quelconque pertinence à la jurisprudence arbitrale générale où les décisions sont, dans la majorité des cas, fondées sur les instruments constitutifs de ces juridictions.

Elle ne retient que deux situations particulières : « le cas où la société n'aurait cessé d'exister, le cas où l'Etat national n'aurait pas qualité pour agir en faveur de celle-ci »¹³. Or ni l'une ni l'autre de ces conditions ne sont remplies en l'espèce. La société continue d'exister et le Canada, Etat national de la société a fait, à partir de 1948, de nombreuses démarches auprès du gouvernement espagnol. S'il a cessé en 1955 d'agir pour le compte de la Barcelona, c'est pour des motifs qui ne sont pas pleinement connus, mais qui, en tout cas, ne lui

⁹ Voy. STOLL, J.A., *L'application et l'interprétation du droit interne par les juridictions internationales*, Bruxelles, 1962, pp. 153 et ss.

¹⁰ C.I.J., *Rec.*, p. 37.

¹¹ C.I.J., *Rec.*, p. 36.

¹² C.I.J., *Rec.*, p. 40.

¹³ *Ibid.*

ont pas fait perdre qualité pour exercer la protection diplomatique. Et la Cour rappelle qu'il appartient à l'Etat de décider s'il accorde ou non sa protection, sans que l'on puisse l'y contraindre. Telle est la situation sur le plan du droit international. La Cour ajoute que « ce n'est pas un pouvoir hypothétique qui a été conféré au Canada car il n'y a pas d'obstacle juridique empêchant le gouvernement canadien de protéger la Barcelona Traction »¹⁴. Certes il n'existe pas de lien de juridiction obligatoire entre l'Espagne et le Canada mais « l'action judiciaire n'est qu'un des moyens dont disposent les Etats quand ils invoquent leur droit d'exercer la protection diplomatique ».

7. Si le gouvernement belge ne peut agir en vue de la protection des actionnaires on devrait considérer qu'il aurait qualité pour agir « s'il pouvait établir qu'un de ses droits a été lésé et que les actes incriminés ont entraîné la violation d'une obligation internationale née d'un traité ou d'une règle générale de droit »¹⁵. Il a été soutenu qu'un droit propre de l'Etat aurait été lésé par le préjudice causé à des investissements faits à l'étranger par des Belges. Ces investissements font, en effet, partie des ressources économiques de la nation. Le préjudice qui les frappe atteint directement les intérêts économiques de l'Etat.

La Cour répond à ces arguments que l'Etat admettant des investissements sur son territoire ne devient pas l'assureur de la partie des ressources de l'autre Etat que ces investissements représentent. « Tous les placements de cette nature comportent des risques¹⁶. » La Cour s'en tient donc à son point de vue selon lequel l'Etat ne peut agir que si un *droit* a été violé. Ce droit de l'Etat est en l'espèce celui de voir ses ressortissants bénéficier d'un certain traitement garanti par le droit international.

La Cour souligne ensuite les difficultés que pourrait rencontrer l'application d'un autre critère : l'appartenance effective de certains investissements à une économie doit être prouvée. « Cette preuve... est parfois très difficile à faire, en particulier quand des entreprises complexes sont en jeu¹⁷. » Et l'arrêt ajoute : « le critère concret actuel serait remplacé par un critère pouvant mener à une situation où aucune protection diplomatique ne pourrait être exercée... »¹⁸. Le rapprochement de ces considérations avec un passage de l'opinion individuelle de M. Gros peut paraître éclairer l'un des motifs pour lesquels la Cour a écarté le critère de la « nationalité » de l'investissement : « ... la preuve n'a pas été fournie de manière satisfaisante pour le juge que, de façon continue,

¹⁴ C.I.J., *Rec.*, p. 45.

¹⁵ C.I.J., *Rec.*, p. 46.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

la Barcelona Traction constituait principalement, ou même de façon importante, un investissement de l'économie belge »¹⁹.

La Cour peut donc conclure que « s'agissant d'actes illicites, dirigés contre une société à capitaux étrangers, la règle générale du droit international n'autorise que l'Etat national de cette société à formuler une réclamation »²⁰.

Il en serait autrement si un accord spécial avait été conclu entre l'investisseur privé ou l'Etat d'où émane l'investissement et l'Etat où celui-ci est effectué. Dans le souci d'être complète, la Cour ajoute que la Convention européenne des droits de l'homme autorise un Etat à engager une action à l'occasion de la violation de ces droits sans égard à la nationalité des victimes. Mais cette possibilité résulte d'un accord déterminé et sa mise en œuvre doit être poursuivie devant les organes créés par cet accord.

8. Si le droit est impuissant, des considérations d'équité peuvent-elles conduire à admettre la recevabilité de la demande du gouvernement belge ? La Cour ne le pense pas pour différents motifs.

D'abord, on ne se trouve pas en présence d'une situation évoquée souvent par la doctrine et où il s'agit d'une action dirigée contre l'Etat national de la société.

Ensuite, introduire la possibilité d'un recours en faveur des actionnaires pourrait avoir l'inconvénient sur le plan pratique, de provoquer des actions diplomatiques concurrentes. On ne peut, en effet, dans un raisonnement fondé sur l'équité, limiter les recours à ceux qui seraient introduits en faveur des actionnaires majoritaires.

D'autre part, l'initiative des actionnaires étrangers pourrait aller à l'encontre d'un accord conclu entre l'Etat national de la société — seul juge de l'opportunité qu'il y a à accorder ou à refuser sa protection — et l'Etat où a lieu l'investissement. Une telle situation serait de nature « à introduire dans la négociation de ce genre d'accords une insécurité contraire à la stabilité que le droit international a pour objet d'établir dans les relations internationales »²¹.

Enfin, la Cour se fonde une fois de plus sur la conception selon laquelle les risques courus par les actionnaires, sont des contreparties des avantages recherchés lors de la fondation d'une société à l'étranger. Un de ces risques réside dans le fait qu'il appartient à l'Etat national de la société d'exercer la protection diplomatique de celle-ci et donc de ses actionnaires. La Barcelona n'était pas réduite à une impuissance telle qu'elle n'ait pu s'adresser à son Etat national, le Canada, et celui-ci pouvait exercer la protection diplomatique de cette société : « Rien n'aurait empêché le Canada de continuer à accorder sa

¹⁹ C.I.J., *Rec.*, p. 282.

²⁰ C.I.J., *Rec.*, p. 47.

²¹ C.I.J., *Rec.*, p. 50.

protection diplomatique à la Barcelona Traction s'il avait estimé devoir le faire²². »

9. La Cour mentionne ensuite que l'absence de qualité pour agir du gouvernement belge l'empêche de se prononcer sur le fond. Elle signale cependant au passage qu'à supposer fondés les griefs formulés de part et d'autre, les torts de la Barcelona Traction envers la législation et de l'économie espagnoles ne sauraient justifier les actes illicites perpétrés contre cette société. On est très loin, dans ce passage²³, de la théorie des *clean hands* qu'un des conseils de l'Espagne eût voulu voir consacrer lors des débats de 1964²⁴. En fait, la Cour a entendu rappeler qu'un Etat ne saurait se faire justice à lui-même, alors surtout qu'existe entre les Etats en cause un lien de juridiction obligatoire.

B. LE RECOURS AU DROIT INTERNE ET LA PROTECTION DIPLOMATIQUE DES ACTIONNAIRES

10. Le recours aux règles du droit interne pour déterminer les droits des actionnaires à la protection diplomatique a été discuté et parfois contesté dans son fondement par plusieurs juges dans leurs opinions individuelles. Nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire pour notre analyse de l'arrêt d'examiner tous ces arguments. Nous nous limiterons à quelques extraits, parmi les plus caractéristiques.

11. Le juge Fitzmaurice se situe, sur ce point, dans la ligne du raisonnement de la Cour, mais il déplore les conséquences qu'il convient d'en déduire en l'état actuel du droit international. Il affirme que celui-ci doit tirer toutes les conséquences qui découlent de la personnalité de la société, distincte de

²² *Ibid.*

²³ « Au cours de la procédure, les Parties ont présenté un grand nombre de documents et autres moyens de preuve pour étayer leurs conclusions respectives. La Cour en a pris connaissance. D'un côté, il a été soutenu que les autorités administratives et judiciaires espagnoles ont commis des actes illicites et que ces actes engagent la responsabilité internationale de l'Espagne. De l'autre, on a affirmé que, dans la poursuite de leur activité, la Barcelona et ses filiales ont violé la loi espagnole et causé un préjudice à l'économie espagnole. A supposer que les faits soient établis dans les deux cas, les derniers ne sauraient en aucune façon légitimer les premiers. La Cour a pu apprécier toute l'importance des problèmes juridiques soulevés par l'allégation qui est à la base de la demande belge de réparation et qui concerne les dénis de justice qu'auraient commis des organes de l'Etat espagnol. Cependant la possession par le gouvernement belge d'un droit de protection constitue une condition préalable à l'examen de ces problèmes. Attendu que la qualité pour agir devant la Cour n'a pas été démontrée, il n'y a pas lieu que la Cour se prononce dans son arrêt sur tout autre aspect de l'affaire sur lequel elle ne devrait prendre position que si le gouvernement belge avait un droit de protection à l'égard de ses ressortissants, actionnaires de la Barcelona Traction. » C.I.J., *Rec.*, p. 51.

²⁴ Voy. SALMON, J.J.A., « Des mains propres comme condition de recevabilité des réclamations internationales », *A.F.D.I.*, 1964, p. 225.

celle des actionnaires. Il ajoute qu'il convient tout autant de donner effet en droit international aux limitations dont ce principe s'accompagne dans le système de droit interne²⁵. Il considère cependant que le droit international ne s'inspire que partiellement de cette nécessité. En effet, le seul type de situation où l'Etat national des actionnaires peut agir est celui où la société a la nationalité de l'Etat responsable des actes reprochés *et* que ces actes ont mis la société *de facto* dans l'impossibilité de protéger ses intérêts et partant, ceux de ses actionnaires²⁶. Consacrer, dans tous les autres cas, le droit *exclusif* de l'Etat national de la société, c'est pratiquer une sorte de « politique de l'autruche », lorsque le gouvernement qui aurait la possibilité d'agir s'abstient de le faire, privant ainsi les autres Etats du droit d'exercer la protection à sa place²⁷. Cette situation est cependant décrite par Sir Gerald Fitzmaurice comme l'état du droit international existant, considéré sur ce point comme « imparfait et sous-développé ».

Le juge Jessup sans contester fondamentalement le recours au droit interne affirme cependant que « les droits... que l'on fait respecter par la procédure internationale de la protection diplomatique ne sont pas identiques à ceux qui découlent du droit interne applicable; ils se situent sur des plans différents »²⁸. La Cour internationale de Justice, écrit-il encore, paraphrasant une observation exprimée par la Cour suprême des Etats-Unis, « n'est pas liée par des notions formelles » du droit des sociétés²⁹.

Les juges Tanaka et Gros mettent en cause expressément les postulats admis par la Cour.

Pour M. Tanaka, « ... la personnalité morale, créée pour répondre aux exigences du droit privé ou commercial, ne saurait constituer un obstacle à la protection des actionnaires en droit international »³⁰.

Pour M. Gros, « le renvoi au droit interne aboutit en l'espèce à établir une supériorité du droit interne sur le droit international, ce qui est une véritable négation de celui-ci »... « La Cour n'a pas à appliquer les règles du droit interne, comme le ferait le juge national de dernier ressort, aux rapports société-actionnaire »³¹.

²⁵ C.I.J., *Rec.*, p. 72.

²⁶ On sait que la réunion de ces deux conditions : appartenance de la société à l'Etat défendeur et disparition en fait ou en droit de la société n'est pas exigée par l'ensemble de la jurisprudence arbitrale, de la pratique des Etats et de la doctrine, ainsi que le démontre CAFLISCH, L., *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, La Haye, 1969, pp. 154-217.

²⁷ C.I.J., *Rec.*, p. 78.

²⁸ C.I.J., *Rec.*, p. 168.

²⁹ C.I.J., *Rec.*, p. 169.

³⁰ C.I.J., *Rec.*, p. 121.

³¹ C.I.J., *Rec.*, p. 272. Dans le même sens, voy l'opinion dissidente du juge *ad hoc* Riphagen, *ibid.*, p. 335. Voy. *contra*, l'opinion individuelle du juge Morelli, *ibid.*, p. 234.

12. Que faut-il penser des affirmations de l'autonomie du droit international de la protection diplomatique par rapport aux catégories du droit interne et quels sont les éléments supplémentaires qu'il convient de retenir dans les opinions individuelles ?

Nous ne croyons pas que la Cour aurait dû écarter toute référence au droit interne et adopter la théorie de la protection de l'investissement national telle que l'a exposée avec talent le juge Gros.

La justification économique de cette doctrine ne saurait être admise sans réserve. Il est quelque peu paradoxal de lire à propos d'une affaire qui met en cause un investissement belge en Espagne par le biais de la création d'une « holding » canadienne que « la formule selon laquelle, en défendant ses ressortissants, l'Etat fait valoir sur le plan international « son droit propre », a pris une réalité qui dépasse la justification procédurale de son origine »³². La fuite des capitaux n'est pas nécessairement un phénomène bénéfique qu'il appartient à l'Etat d'encourager. Dans cette affaire, comme dans bien d'autres, on doit admettre, sans que cela implique de jugement de valeur, que l'Etat demandeur est venu à la rescousse d'intérêts privés. Les mécanismes d'assurance-crédit, auxquels M. Gros se réfère à juste titre, ont un rôle important à jouer mais il y est surtout fait appel en faveur des investissements dans les pays en voie de développement et ils servent alors la politique de l'Etat à l'égard de ces pays³³. On ne saurait perdre de vue que l'on se trouve ici en présence de relations entre pays développés, partageant la même conception juridique, en ce qui concerne en tout cas le rôle des investissements — et celui de la propriété — privés³⁴. En d'autres termes, le sort de la société Barcelona Traction et le fait que c'est à l'Etat national de celle-ci qu'il appartient normalement d'agir ne sauraient être négligés.

C'est dans la ligne indiquée par les formules prudentes et souples des juges Jessup et Fitzmaurice, que nous paraît résider la solution au problème posé. Ne pas reconnaître aux actionnaires le droit d'être protégés par leur Etat national dans certaines circonstances aboutirait à une véritable spoliation. Or, dans les résolutions mêmes des Nations Unies relatives à la souveraineté des Etats sur leurs réserves naturelles, les nationalisations sans indemnisation sont exclues³⁵. On doit, dès lors, admettre le droit de recours de l'Etat national des actionnaires dans des hypothèses de plus en plus larges. Une de ces situations paraît être celle où la société est paralysée en raison même de l'action de l'Etat auteur des actes prétendument contraires au droit international. Sir Gerald Fitzmaurice

³² C.I.J., *Rec.*, p. 269.

³³ Voy. GLIBERT, F., « Place et politique des assureurs-crédit dans l'aide au développement », *La Communauté et le Tiers Monde*, Bruxelles, 1970, pp. 49 et ss.

³⁴ Voy. les réflexions des juges Gros, C.I.J., *Rec.*, p. 274, et Jessup, *ibid.*, pp. 164-165.

³⁵ Voy. à ce sujet, FISCHER, G., « La souveraineté sur les ressources naturelles », *A.F.D.I.*, 1962, pp. 516 et ss., spéc. pp. 525-526.

considère que telle *devrait* être la solution mais que le droit positif ne permet pas cette conclusion. Il suggère qu'en définitive « le gouvernement belge eût été en bien meilleure posture, quant à la recevabilité de sa demande, si la société avait été espagnole au lieu d'être canadienne »³⁶. Aux yeux du juge britannique il ne serait possible que *de lege ferenda* de concevoir un double système de protection : l'un, primaire, de la société, et l'autre, secondaire (ou latent) des actionnaires³⁷.

Les juges Tanaka et Jessup — et, à titre subsidiaire, le juge Gros — considèrent que telle est déjà la règle de droit international en vigueur et ils admettent que cette solution puisse entraîner une pluralité de recours³⁸.

13. Or ne se trouvait-on pas dans l'une des situations où l'on aurait pu admettre une demande introduite en faveur d'actionnaires ? La Barcelona était, en effet, dans l'incapacité d'agir pour assurer sa protection.

Le juge Fitzmaurice donne de la situation de la Barcelona Traction une description qui paraît correcte :

« ... la société Barcelona Traction, qui tout en continuant officiellement d'exister, a été, en ce qui concerne ses opérations *en Espagne*, entièrement paralysée et mise dans l'impossibilité de poursuivre la moindre activité utile... En effet, la société a été réduite à une telle impuissance que, privée de tous ses avoirs et de toutes ses sources de revenus en Espagne, elle ne pouvait plus se procurer les moyens financiers d'assurer sa défense; et ce sont les actionnaires qui ont dû les lui fournir... »³⁹.

M. Gros affirme avec force dans son opinion individuelle qu'« après 1952 l'objet social du groupe n'a plus eu de sens »⁴⁰.

Comme l'a fait Sir Gerald Fitzmaurice, nous citerons le professeur P. De Visscher qui, dans son cours fait à l'Académie de droit international, soulignait qu' :

« En définitive, pour apprécier la recevabilité de la protection des actionnaires, il faut s'attacher essentiellement à l'idée de l'effectivité de la personne morale. Il importe peu que, selon les critères du droit interne, la personne subsiste ou non. Même lorsqu'elle subsiste, le juge international peut admettre la protection diplomatique des actionnaires, dès l'instant où il constate en fait que le dommage causé à la personne morale a eu pour effet de paralyser ou de stériliser l'effet utile que la technique de la personnalité morale devait normalement produire au profit des actionnaires.

³⁶ Voy. C.I.J., *Rec.*, p. 75. Il est vrai que dans la suite de son opinion, Sir Gerald Fitzmaurice met en doute le caractère *effectif* de la nationalité canadienne de la société.

³⁷ C.I.J., *Rec.*, p. 78.

³⁸ C.I.J., *Rec.*, pp. 129-130 et p. 200. Voy. *a contrario* arrêt 96, p. 49.

³⁹ C.I.J., *Rec.*, p. 75.

⁴⁰ C.I.J., *Rec.*, p. 276.

Dans ce cas, dit-on, le juge international, qui n'est pas lié par les critères du droit interne, « perce le voile corporatif ». Il serait plus exact de dire qu'il constate l'absence de toute personnalité effective, l'absence de tout intermédiaire valable entre les actionnaires et les droits lésés⁴¹.

Cette conception repose autant sur un raisonnement d'effectivité que sur des considérations d'équité et l'on peut regretter que la Cour n'ait pas admis que « dans les circonstances particulières de la présente affaire, des considérations d'équité soient de nature à conférer qualité pour agir au gouvernement belge »⁴².

C. PROTECTION DES ACTIONNAIRES ET PROTECTION DE LA SOCIÉTÉ

14. On sait l'importance attachée par la Cour, dans sa motivation, au fait que le Canada, Etat national de la société, aurait pu et pouvait encore assurer la protection de la Barcelona Traction.

Le juge M. Lachs a souligné l'importance de cet élément de la motivation, dans une déclaration jointe à l'arrêt⁴³.

En examinant le droit du Canada d'exercer la protection diplomatique de la Barcelona Traction, la Cour a estimé qu'il ne saurait y avoir d'analogie avec les questions soulevées ou la décision prise dans l'affaire *Nottebohm*⁴⁴.

Elle a pris soin de préciser que si elle écartait l'analogie tirée de l'arrêt *Nottebohm* c'était en considération des « aspects de droit et de fait que présente la protection *en l'espèce* »⁴⁵.

Pour les juges Petré et Onyema, la référence à cet arrêt n'est pas pertinente parce que tant le gouvernement belge que le gouvernement espagnol n'ont pas contesté la nationalité canadienne de la société⁴⁶. Cet accord apparent⁴⁷ des parties n'a pas empêché plusieurs membres de la Cour — Sir Gerald Fitzmaurice, MM. Jessup et Gros — de mettre en doute, voire de nier le droit du Canada d'exercer la protection diplomatique en faveur de la société pour défaut de rattachement effectif entre celle-ci et le Canada⁴⁸.

⁴¹ DE VISSCHER, P., « La protection diplomatique des personnes morales », *R.C.A.D.I.*, 1961, t. 102, p. 465, spéc. p. 477.

⁴² C.I.J., *Rec.*, p. 50.

⁴³ C.I.J., *Rec.*, pp. 52-53.

⁴⁴ C.I.J., *Rec.*, p. 42.

⁴⁵ C'est nous qui soulignons, C.I.J., *Rec.*, *ibid.*

⁴⁶ C.I.J., *Rec.*, p. 52.

⁴⁷ On peut se demander si le gouvernement belge qui, certes, ne contestait pas la nationalité canadienne de la société, était prêt à admettre que l'exercice de la protection diplomatique par le Canada en faveur de la société ne posait pas de problème. Voy. à ce sujet le passage d'une plaidoirie d'un conseil de la Belgique, cité par M. Jessup, C.I.J., *Rec.*, p. 184.

⁴⁸ Voy. Sir Gerald Fitzmaurice, C.I.J., *Rec.*, p. 79 et ss., M. Jessup, p. 186 et ss., p. 205, M. Gros, p. 280 et ss. *Contra*, M. Ammoun, p. 295.

La Cour ne se prononce pas explicitement sur la nécessité d'un lien de rattachement effectif entre une personne morale et l'Etat qui veut assurer la protection. Elle relève que la « règle traditionnelle » reconnaît le droit de protection diplomatique à l'Etat sous les lois duquel la société s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège. Elle note ensuite que des « liens plus étroits ou différents » sont parfois considérés comme nécessaires. Mais après avoir cité des exemples, elle relève qu'« aucun critère absolu applicable au lien effectif n'a été accepté de manière générale ⁴⁹ et, en tout cas, après un bref examen, fait à titre subsidiaire, la Cour conclut que « les rapports entre la Barcelona Traction et le Canada sont... multiples » ⁵⁰.

Le raisonnement de la Cour peut se résumer comme suit :

- 1° Pour qu'un Etat puisse assurer la protection d'une société, il faut que celle-ci soit constituée selon les lois de cet Etat et ait son siège sur son territoire (*registered office*) ⁵¹.
- 2° Des éléments supplémentaires sont parfois exigés.
- 3° Même si l'on considère que les critères mentionnés *sub* 1° ne suffisent pas, on ne doit pas retenir comme critère nécessaire, celui de l'appartenance des actions ⁵². Ce dernier point est implicite mais certain dans le raisonnement de la Cour.

En bref, il suffit à la Cour de constater que l'allégeance de la Barcelona à l'Etat canadien n'est pas purement fictive, pour qu'elle ne doive pas s'interroger plus en profondeur sur l'effectivité des liens existant entre le Canada et la société.

Si l'on considère que la possibilité d'une protection par le Canada est un élément fondamental de la motivation de la Cour, on peut regretter que celle-ci

⁴⁹ Parmi les autorités qui se prononcèrent en faveur de l'application de ce critère aux personnes morales, en se référant soit au contrôle de la société, soit à la provenance des capitaux, voy. DE VISSCHER, P., *op. cit.*, R.C.A.D.I., p. 45, et les auteurs cités par CAFLISCH, L., *op. cit.*, p. 136, n. 205.

⁵⁰ Outre la constitution et le siège au Canada, la Cour mentionne que la société est restée régie par le droit canadien pendant plus de cinquante ans, qu'elle a conservé dans ce pays son siège, sa comptabilité et le registre de ses actionnaires, que les réunions du conseil d'administration s'y sont tenues pendant de nombreuses années, que la société figure dans les dossiers du fisc canadien. Cet ensemble d'éléments montre que s'est créé entre le Canada et la société, un « lien étroit et permanent », C.I.J., *Rec.*, p. 42.

⁵¹ Le siège auquel la Cour se réfère n'est pas le siège social ou administratif réel visé par exemple cumulativement avec la loi de constitution, dans le point 1 du projet du comité d'experts de la S.D.N. pour la codification progressive du droit international, Doc. S.D.N., C.207, M.81. 1927.V, cité par CAFLISCH, L., « La nationalité des sociétés commerciales en droit international privé », *A.S.D.I.*, 1967, pp. 119 et ss., spéc. p. 159.

⁵² Voy. dans le même sens, CAFLISCH, L., *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, *op. cit.*, p. 139.

n'ait pas été plus explicite, en ce qui concerne une question aussi importante que l'exercice de la protection diplomatique en faveur des personnes morales.

15. Nous avons mentionné que des juges ont critiqué la référence faite par la Cour à l'arrêt *Nottebohm*. D'autres, au contraire, ont considéré qu'elle aurait dû examiner plus attentivement l'application à l'espèce des critères dégagés dans cet arrêt à propos de la nationalité des réclamations internationales.

La Cour ne s'arrête pas au critère proposé par M. Gros, qui se fondait sur l'appartenance de l'investissement à une économie déterminée. Son point de vue est différent de celui qu'expose M. Jessup selon qui « l'existence d'un lien de rattachement d'une société dotée d'un "statut de complaisance" et l'Etat lui ayant accordé ce statut constitue la clé du problème de la protection diplomatique des intérêts de sociétés multinationales »⁵³.

Pour le juge Jessup, en effet, il y a des « statuts de complaisance » comme il y a des « pavillons de complaisance ». La doctrine du lien effectif dégagée par l'arrêt de *Nottebohm*, à la suite d'une pratique arbitrale concordante, s'applique aux navires comme aux sociétés⁵⁴. Or, en l'espèce, non seulement les actions de la Barcelona étaient étrangères, mais le contrôle et la gestion de la société n'étaient pas canadiens. Londres, et non Toronto, était le centre financier. Les instructions émanaient rarement, voire jamais, du Canada et les assemblées d'actionnaires qui s'y sont tenues semblent avoir été de pure forme⁵⁵. Sur ces points, la Cour porte, on le sait, une appréciation différente⁵⁶.

Il est manifeste que la Cour n'a pas voulu suivre l'œuvre prétorienne qu'elle avait entamée dans l'arrêt *Nottebohm*⁵⁷. Certes, le Canada n'était pas partie à l'instance et c'est peut-être l'un des motifs de la réserve de la Cour. Cet Etat eût, cependant, pu être invité à intervenir au titre de l'article 62 du statut⁵⁸.

16. Si l'on songe à l'importance du mouvement doctrinal de contestation qui s'est développé en matière de protection des personnes morales⁵⁹ l'on ne peut

⁵³ C.I.J., *Rec.*, p. 185.

⁵⁴ C.I.J., *Rec.*, p. 184.

⁵⁵ C.I.J., *Rec.*, p. 190.

⁵⁶ Voy. *supra*, n. 50.

⁵⁷ Sans d'ailleurs que l'on doive considérer que la notion de « rattachement » ou de « lien effectif » trouve son origine exclusive dans cet arrêt. Voy. à ce sujet, les références citées par le juge Jessup, *Rec.*, p. 186. Sur l'œuvre prétorienne de la Cour, voy. SALMON, J.J.A., « Quelques observations sur les lacunes en droit international public », cette *Revue*, 1967, pp. 440 et ss., et en particulier pp. 457-458.

⁵⁸ Voy. Sir Gerald Fitzmaurice, C.I.J., *Rec.*, p. 80.

⁵⁹ Voy. l'ouvrage le plus caractéristique à ce sujet, *La personnalité morale et ses limites*, Paris, Centre français de droit comparé, 1960, et en particulier le rapport général de M^{me} Bastid et de M. F. Luchaire, ainsi que le rapport de M. Kiss.

manquer d'être frappé par la timidité et le caractère traditionaliste des solutions dégagées par la Cour. Certes, ni les adversaires des investissements privés et du néo-colonialisme ni les partisans de la libre entreprise ne trouvent des motifs de satisfaction dans cet arrêt. Nous ne sommes pas certain que le droit international soit bien servi par cette regrettable indifférence aux réalités.

DEUXIEME PARTIE

QUELQUES ASPECTS PROCEDURAUX DE L'ARRET

17. L'apport de l'arrêt au développement du droit de la procédure n'est pas plus important que sa contribution au droit de la protection diplomatique. Nous voudrions cependant signaler trois questions : le mécanisme de la jonction au fond, l'exhaustivité de la motivation et l'ordre d'examen des exceptions et enfin, le rôle et la portée des opinions individuelles.

A. LE MECANISME DE LA JONCTION AU FOND

18. Le gouvernement espagnol soutenait que le gouvernement belge n'avait « qualité pour agir dans la présente affaire, ni au titre de la protection de la société canadienne Barcelona Traction, ni au titre de la protection de prétendus "actionnaires" belges de ladite société »^{60 61}.

La Cour considérait d'une part que la question soulevée posait en réalité un problème de fond (« ... dire que le gouvernement demandeur n'a pas qualité pour agir équivaldrait de la part de la Cour à conclure que ces droits n'existent pas et que la demande est pour ce motif injustifiée quant au fond ») et que, d'autre part, en l'examinant elle risquait de ne pouvoir éviter de se prononcer sur le fond de la demande présentée par le gouvernement belge, ce qui ne pouvait être fait au stade des exceptions préliminaires⁶². La jonction devait lui permettre de « statuer en meilleure connaissance de cause »⁶³.

La Cour n'indiquait pas quels étaient les points particuliers sur lesquels elle considérait que l'examen du fond lui fournirait des éclaircissements et en quoi

⁶⁰ Conclusions finales, 22 juillet 1969, C.I.J., *Rec.*, p. 30.

⁶¹ L'Espagne a toujours feint de considérer que la requête de 1962 visait de façon déguisée le même objet que celle de 1958, c'est-à-dire, la protection de la société et non celle des actionnaires. La Cour a refusé de suivre l'Espagne sur ce terrain. *Ibid.*, p. 31.

⁶² Voy. sur ces points, Sux, E., *loc. cit.*, pp. 82-83. La Cour cite à ce sujet son arrêt rendu dans l'affaire *Pajzs, Csáky, Esterházy* (C.P.J.I., série A/B n° 66, p. 9). Voy. aussi les observations du juge Sir Gerald Fitzmaurice, dans son opinion individuelle, C.I.J., *Rec.*, pp. 110 et ss., par. 84 à 90.

⁶³ C.I.J., *Rec.*, 1964, p. 45.

cet examen était susceptible d'éclairer la Cour⁶⁴. Force est de reconnaître que l'arrêt de 1970 ne confirme pas les justifications apportées par la Cour à l'appui de la jonction au fond de ladite exception.

La Cour devait se référer au fond pour déterminer si l'on ne se trouvait pas en présence d'une situation où le droit international permettait à un Etat d'agir en faveur d'actionnaires d'une société commerciale ou si des circonstances spéciales à la cause ne justifiaient pas un tel recours fondé non pas en droit strict mais sur des considérations d'équité. En fait, elle ne s'est livrée qu'à un rapide examen sur base d'éléments dont elle disposait déjà en 1964 et elle a conclu d'une part que la Barcelona « n'a jamais été réduite à une impuissance telle qu'elle n'ait pu s'adresser à son Etat national, le Canada, pour demander sa protection diplomatique » et d'autre part que « rien n'aurait empêché le Canada de continuer à accorder sa protection diplomatique à la Barcelona Traction s'il avait estimé devoir le faire »⁶⁵.

La Cour n'a pas jugé nécessaire de consacrer de longs développements à des points auxquels les parties avaient pourtant attaché une certaine importance. Ainsi la Cour écarte sans s'y attarder les analogies éventuelles entre la situation de la Barcelona Traction et celle du sieur Nottebohm dans l'affaire opposant le Liechtenstein au Guatemala, alors que la Cour le note : « ... les parties (l'affaire *Nottebohm*) l'ont fréquemment mentionnée au cours de la procédure ». De même le problème de l'existence ou de la disparition de la Barcelona Traction ne suscite que de brèves remarques et cependant la Cour constate « que les Parties ont donné des interprétations opposées de la situation actuelle de la Barcelona Traction »⁶⁶.

On peut, dès lors, se demander si la Cour a retiré tout le bénéfice de la jonction au fond en vue de se prononcer « en meilleure connaissance de cause »⁶⁷. En 1964, la Cour avait, à juste titre, écarté la thèse qui soulignait le caractère exceptionnel de la jonction⁶⁸. On ne saurait trouver, semble-t-il, de justification supplémentaire à cette jurisprudence dans l'arrêt de 1970. Tout se passe comme si la Cour avait voulu, à se stade aussi, éviter dans toute la mesure du possible d'effleurer le fond...

B. LA MOTIVATION ET L'ORDRE D'EXAMEN DES EXCEPTIONS

19. Parce qu'elle a considéré qu'elle devait examiner, comme nous l'avons rappelé plus haut, « une série de problèmes résultant d'une relation triangulaire » entre trois Etats (Belgique, Canada, Espagne) la Cour a jugé « logique » de

⁶⁴ *R.B.D.I.*, 1965, p. 274. La Cour s'en est justifiée. *Voy. C.I.J., Rec.*, 1964, p. 46.

⁶⁵ *C.I.J., Rec.*, 1970, p. 50.

⁶⁶ *C.I.J., Rec.*, pp. 40 et 42.

⁶⁷ *C.I.J., Rec.*, 1964, p. 46.

⁶⁸ Dans ce sens, *voy. ABI-SAAB, G., Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale de Justice*, Paris, 1967, p. 198.

commencer par « traiter ce qui a été originairement présenté comme l'objet de la troisième exception préliminaire »⁶⁹.

Elle a rejeté la demande belge après cet examen pour le motif que ce gouvernement n'avait pas qualité pour agir. Elle n'a pas examiné les autres exceptions soulevées par l'Espagne. Elle ne s'est prononcée sur aucun autre élément de l'affaire.

20. Nous croyons que l'on peut approuver la décision de la Cour de limiter son examen aux questions posées par la troisième exception. Cette position de la Cour a cependant été critiquée par le juge Jessup, — suivi en cela par Sir Gerald Fitzmaurice —, qui a regretté que « la Cour n'ait pas jugé bon, dans son arrêt, de donner à ses considérations juridiques un registre plus étendu »⁷⁰. M. Jessup comme M. Gros et Sir Gerald Fitzmaurice ont examiné le caractère « belge » de la propriété des actions, dans le cadre de la troisième exception et ont consacré des développements au problème de l'épuisement des recours internes évoqué dans la quatrième exception.

Sir Gerald Fitzmaurice cite de nombreux précédents tirés de la jurisprudence de la Cour — arrêts et opinions individuelles et dissidentes — et qui militent en faveur du « caractère entièrement exhaustif des prises de position judiciaires des tribunaux internationaux »⁷¹. Les considérations invoquées par Lauterpacht tiennent aux caractères de la justice internationale et au développement du droit international : l'arrêt doit refléter « aussi exactement que possible les aspects fondamentaux de la position juridique prise par cette partie »⁷². Cette position trouve un certain appui dans la jurisprudence de la Cour elle-même. Dans l'affaire de l'*Interhandel*, elle a examiné les quatre exceptions préliminaires soulevées par les Etats-Unis, alors qu'elle avait accueilli la troisième exception, ce qui aurait pu rendre superflu l'examen des autres. Toutefois, dans son arrêt rendu dans l'affaire du *Temple de Préah Vihear*, la Cour a indiqué dans son arrêt qu'étant donné les raisons pour lesquelles elle se déclarait compétente, il devenait inutile de procéder à un examen de l'autre motif de compétence invoqué par le Cambodge ou de l'exception soulevée par la Thaïlande à cet égard⁷³.

21. Sir Gerald Fitzmaurice admet que dans la présente affaire la Cour « irait trop loin si elle prenait judiciairement position sur la question fondamentale

⁶⁹ C.I.J., *Rec.*, 1970, p. 32.

⁷⁰ C.I.J., *Rec.*, p. 161.

⁷¹ LAUTERPACHT, H., *The Development of International Law by the International Court*, p. 37, cité au *Rec.*, p. 161.

⁷² LAUTERPACHT, H., opinion individuelle dans l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*, *Rec.*, 1957, p. 36, cité *ibid.*

⁷³ C.I.J., *Rec.*, p. 162.

d'un déni de justice — dont, selon la décision adoptée, la Belgique n'a pas le droit de saisir la Cour »⁷⁴.

Dans son opinion individuelle, le juge Morelli donne raison à la Cour d'avoir :

« ... donné la priorité à l'examen du problème de pur droit international relatif à la protection diplomatique des actionnaires d'une société par leur Etat national par rapport à des mesures prises à l'égard de la société. Ce choix était en soi le plus opportun; ce qui a été par la suite confirmé par le résultat même auquel il a abouti⁷⁵ ».

En écartant le problème de savoir si les particuliers que :

« ... la Belgique prétend protéger sont ou non actionnaires de la société, et, en même temps, ressortissants belges. De cette façon, bien des questions très délicates de fait et de droit interne, dont la solution n'était pas nécessaire aux fins du règlement de l'affaire, ont été évitées ».

22. Deux problèmes connexes se posent donc : celui de l'ordre d'examen des exceptions et celui de l'opportunité ou de la nécessité d'un examen de toutes les exceptions présentées par les parties.

En ce qui concerne l'ordre d'examen des exceptions, on ne peut que constater l'échec des tentatives faites pour dégager de la pratique un ordre logique généralement suivi et qui s'imposerait à la Cour⁷⁶. Comme l'a écrit le président Ch. De Visscher, « la question est affaire d'espèce et de coup d'œil judiciaire »⁷⁷. La Cour peut être guidée par des considérations qui relèvent de la politique jurisprudentielle. Elle peut être tentée de résoudre d'abord les questions les plus faciles, ou celles qui lui permettent d'éviter au maximum d'effleurer le fond, ou celles qui, pour des raisons d'opportunité, peuvent être tranchées de préférence à d'autres, sans devoir se prononcer sur les questions controversées ou chargées d'un certain potentiel explosif.

Il n'est pas douteux que, dans cette affaire, la Cour a choisi l'exception la plus importante et a traité, dans ce cadre, le problème essentiel posé par la demande belge. Elle a pu ainsi éviter de trancher de délicats problèmes de

⁷⁴ C.I.J., *Rec.*, p. 164.

⁷⁵ C.I.J., *Rec.*, p. 229.

⁷⁶ Dans ce sens, voy. MABROUK, M., *Les exceptions de procédure devant les juridictions internationales*, Paris, 1966, p. 270. Voy. cependant ABI-SAAB, G., *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, Paris, 1967, pp. 236-241 et surtout GRISEL, E., *Les exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité dans la procédure de la Cour internationale de Justice*, Berne, 1966, pp. 212-222. Celui-ci dégage trois critères utilisés par la Cour, dont le premier découlerait du statut : exceptions d'incompétence avant exceptions de recevabilité, relations des diverses exceptions avec le fond, exceptions péremptoires ou dilatoires. Chaque auteur qui propose un ordre déterminé d'examen des exceptions trouve d'ailleurs dans la jurisprudence de la Cour une confirmation du principe de classement qu'il établit.

⁷⁷ DE VISSCHER, Ch., *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de Justice*, Paris, 1966, p. 105.

fait et de droit interne. Nous partageons l'opinion précitée de M. Morelli à ce sujet.

23. Devait-elle, en outre, examiner d'autres aspects de l'argumentation des parties ? Eût-il été souhaitable qu'elle se prononçât sur la quatrième exception relative au défaut d'épuisement des recours internes ?

Nous ne le pensons pas bien que l'on puisse citer des précédents dans lesquels la Cour a examiné plusieurs exceptions alors qu'elle avait accueilli l'une d'entre elles.

Ici encore, tout est affaire d'espèce. Une fois tranchée par la négative la question de la qualité pour agir, peu importe que les recours internes aient été ou non épuisés. La logique tout autant que le principe de la prudence et de l'économie judiciaire ⁷⁸ l'emportent sur le souci de ménager les Etats souverains qui se sont volontairement soumis à la décision de la Cour.

C. LA PORTEE DES OPINIONS INDIVIDUELLES

24. En vertu des articles 57 du statut et 74 du règlement de la Cour, tout juge peut joindre à l'arrêt l'exposé de son opinion individuelle ou dissidente, « si l'arrêt n'exprime pas en tout ou en partie l'opinion unanime des juges » (art. 57).

L'importance des opinions individuelles et les questions que se sont posées à ce sujet quelques-uns des juges, auteurs de ces opinions, amènent à s'interroger sur leur rôle et leurs limites.

M. Bustamante y Rivero, président de la Cour écrit que « certains aspects très particuliers de cette affaire [lui] inspirent quelques réflexions complémentaires touchant le problème du droit applicable » et s'il croit devoir les exposer c'est « en tant qu'éléments intéressant la doctrine » ⁷⁹.

Pour Sir Gerald Fitzmaurice, l'opinion individuelle, en tant qu'émanant d'une instance judiciaire constitue comme les arrêts « le principal moyen de préciser et de développer le droit de façon quelque peu concrète » ⁸⁰.

M. Gros croit nécessaire de rédiger une opinion individuelle « en raison de l'importance de l'affaire du point de vue de ses conséquences sur le droit applicable aux relations économiques internationales » ⁸¹.

Le souci fondamental affirmé par plusieurs des juges qui ont présenté des opinions individuelles est ainsi de contribuer au développement du droit et,

⁷⁸ ABI-SAAB, G., *op. cit.*, p. 238.

⁷⁹ C.I.J., *Rec.*, p. 54.

⁸⁰ C.I.J., *Rec.*, p. 64.

⁸¹ C.I.J., *Rec.*, p. 267.

sur ce plan, on ne peut qu'apprécier la qualité des exposés auxquels nous nous sommes référé à plusieurs reprises.

Pourtant nous ne sommes pas certain que l'autorité de la décision de la Cour gagne beaucoup à cette avalanche d'opinions individuelles. Parmi les quinze juges composant la majorité, huit ont cru devoir compléter ou préciser la motivation voire substituer leurs motifs à ceux de la Cour. L'arrêt trouve ainsi dans ses annexes les éléments de sa propre contestation. Nous ne croyons pas que les raisons invoquées en faveur de la possibilité d'émettre des avis individuels ou dissidents trouvent ici leur confirmation ⁸².

25. Une autre question est aussi posée : celle de la portée des opinions individuelles.

Deux conceptions s'affrontent : la thèse libérale exposée par le juge Tanaka et la thèse restrictive adoptée par le juge Gros.

Pour M. Tanaka, qui confirme ainsi une vue exprimée déjà en une autre occasion ⁸³ il convient d'adopter une « attitude libérale qui ne tende à imposer aux déclarations des juges d'autres limites que celles de la modération ». Le juge ne doit, dès lors, pas nécessairement « rester dans les limites fixées par la position de la majorité ». Il lui faut suivre « le cheminement logique » qui lui est propre et « qu'en conscience » il croit juste ⁸⁴. En vertu de ces principes, M. Tanaka examine le fond et rejette la demande belge après avoir conclu au rejet des deux exceptions soulevées par l'Espagne.

M. Gros considère, au contraire, s'inspirant de précédents tirés de la jurisprudence de la Cour permanente, que « lorsqu'un point de droit n'a pas été retenu, en application de l'article 4 de la résolution visant la pratique interne, comme devant être tranché par la Cour, les indications d'un juge ne peuvent avoir le caractère de prononcé judiciaire » ⁸⁵.

La thèse restrictive est la seule compatible avec la conception de la Cour, comme collège juridictionnel et elle atténue quelque peu les inconvénients, signalés plus haut, de la possibilité pour le juge de joindre à l'arrêt l'exposé de son opinion individuelle. Cette thèse nous paraît, pour ces motifs, la seule admissible.

⁸² Voy. à ce sujet, ZWEIFERT, K., Est-il à recommander d'amender les règles concernant la protection juridique ? in *Dix ans de jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, Cologne, 1965, pp. 385-386.

⁸³ Voy. affaire du *Sud-Ouest africain* (deuxième phase), arrêt, C.I.J., *Rec.*, 1966, pp. 262-263.

⁸⁴ C.I.J., *Rec.*, 1970, p. 114. On sait que, lors du premier arrêt, le juge W. Koo avait conclu au rejet de la troisième exception. C.I.J., *Rec.*, 1964, p. 64.

⁸⁵ C.I.J., *Rec.*, p. 284, n. 1.

CONCLUSION

26. Nous avons souligné que l'arrêt reflète la volonté de la Cour de ne pas faire œuvre législative. Nous avons analysé le raisonnement de la haute juridiction qui est fondé sur une certaine conception du droit interne des sociétés et non sur l'évolution de la pratique arbitrale et conventionnelle. Bien au contraire, la Cour écarte ces arrangements qui ont, à ses yeux, un caractère *sui generis*. Tous les arguments invoqués pour prouver que le recours en faveur d'actionnaires n'est pas interdit sont considérés par la Cour comme autant de preuves que le droit international ne reconnaît pas expressément la possibilité de tels recours. Certes, la pratique arbitrale et conventionnelle et la doctrine étaient loin d'être unanimes⁸⁶. Mais ce n'eût pas été la première fois que la Cour se serait trouvée devant pareille situation. La conclusion de la Cour s'explique par l'optique dans laquelle elle a examiné cette affaire. L'importance prise par le droit interne dans son raisonnement impliquait nécessairement une attitude restrictive à l'égard d'une dissociation de la situation de la société et de celle des actionnaires.

La distinction entre droits et intérêts sur laquelle la Cour insiste à plusieurs reprises ainsi que l'accent mis sur les risques courus par les actionnaires d'une société agissant à l'étranger s'expliquent de la même façon. On ne peut que renvoyer à ce sujet aux arguments développés par M. le juge Gros, dans son opinion individuelle⁸⁷, qui refuse d'assimiler le risque financier au risque de l'arbitraire.

27. La leçon principale qui découle de l'arrêt vise les investisseurs de capitaux à l'étranger. Ceux-ci sont invités à conclure des accords particuliers de protection des actionnaires. La Cour dit expressément que « dans l'état présent du droit, la protection des actionnaires exige que l'on recoure à des stipulations conventionnelles ou à des accords spéciaux conclus directement entre l'investisseur privé et l'Etat où l'investissement privé est effectué »⁸⁸. Ce faisant, la Cour ne fait que renforcer une évolution que l'on constate dans la pratique.

28. Nous ne croyons pas cependant qu'il y aurait eu un inconvénient à voir reconnaître à l'Etat dont les actionnaires sont les ressortissants un droit — subsidiaire à celui de l'Etat de la société — à agir en faveur des actionnaires. Les problèmes posés par le cumul éventuel d'actions dirigées par plusieurs Etats ne sont ni nouveaux ni insurmontables. Il y aurait eu d'autant plus de raisons de le faire en l'espèce, que l'action du gouvernement défendeur avait

⁸⁶ CAFLISCH, L., *La protection des personnes, op. cit.*, 3^e partie, chapitre II : Les intérêts indirects des membres étrangers de sociétés qui ne relèvent ni de l'Etat défendeur ni de l'Etat demandeur, pp. 218 et ss.

⁸⁷ C.I.J., *Rec.*, pp. 277 et ss.

⁸⁸ C.I.J., *Rec.*, p. 47.

abouti à détruire pratiquement la société. L'utilité d'une telle décision de la Cour comme règle de droit commun applicable en l'absence d'accords particuliers aurait paru évidente. Ce faisant, la Cour aurait contribué à rendre confiance dans son rôle et dans sa mission.

*

**

P.S. — Après avoir terminé cette étude, nous avons pris connaissance du bref mais substantiel commentaire consacré à l'arrêt par M. le professeur Charles De Visscher, cette *Revue*, 1970/2, p. I-IV. L'éminent auteur approuve l'orientation adoptée notamment par le juge Gros au sujet de laquelle nous nous sommes permis de faire quelques réserves (voy. § 12). Celles-ci ne sauraient être interprétées comme un rejet global de la théorie proposée, mais plutôt comme l'expression du sentiment que, en l'espèce, les idées défendues dans l'opinion individuelle de M. Gros trouvaient difficilement à s'appliquer.

INFORMATION

ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE

CENTRE DE RECHERCHE

AOUT-SEPTEMBRE 1971

La treizième session annuelle du Centre de recherche de l'Académie de Droit international de La Haye se tiendra à La Haye du 17 août au 24 septembre 1971.

Le sujet de la recherche sera : « Problèmes de droit intemporel en Droit international privé ».

L'objet du Centre est de permettre à des personnes qui ont déjà atteint un niveau avancé d'études, ou qui travaillent dans la recherche ou dans l'enseignement, dans le domaine du droit international, de passer six semaines à des recherches et des discussions en séminaire. Les larges facilités de la bibliothèque du Palais de la Paix sont à la disposition des participants.

La plus grande partie du coût de la participation est prise en charge par l'Académie, grâce à un don spécial fait par la fondation Rockefeller. Les participants reçoivent une contribution aux frais de voyage de leur domicile à La Haye et une allocation de frais de séjour de 30 florins par jour.

Il n'y a pas de limites d'âge pour la participation, mais le niveau d'âge général va de 25 ans à 45 ans.

Les demandes de formules de candidature doivent être faites au Secrétariat de l'Académie de Droit international de La Haye, Palais de la Paix, La Haye, et les formules remplies doivent parvenir à l'Académie au plus tard le premier mars 1971.

COURS

JUILLET-AOUT 1971

Deux périodes de cours à l'Académie de Droit international de La Haye auront lieu en 1971.

La première période, du 5 au 23 juillet, comprendra les cours suivants :

1. Cours général par M. H. Valladao, professeur de droit international privé des Universités fédérale et catholique de Rio de Janeiro et de l'Institut Rio Branco.
2. Conflits de lois et droit public par M. F.A. Mann, avocat à Londres, professeur honoraire à Bonn.

3. Fonctions des consuls en matière de droit privé par M. A. Maresca, chef du Service du Contentieux diplomatique, min. des Affaires étrangères, Rome.
4. Le droit international privé et les moyens de diffusion audio-visuels (cinéma, télévision et théâtre), par M. G. Nonnenmacher, avocat au barreau de Colmar.
5. L'application par le juge interne des conventions de droit international privé par M. A.E. von Overbeck, professeur à la Faculté de Droit de Fribourg.
6. Lois uniformes et conflits de lois par M. K. Zweigert, directeur de l'Institut Max-Planck à Hambourg.
7. Pouvoir de décision dans les organisations de coopération économique :
 - a) dans les Communautés européennes par M. P.H. Teitgen, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris;
 - b) dans le Conseil d'aide mutuelle économique par M. E. Ustor, Chef du département de droit international des Affaires étrangères, Budapest.

La seconde période, du 26 juillet au 13 août, comprendra les cours suivants :

1. Cours général par Sir Kenneth Bailey, Haut Commissaire d'Australie, Ottawa.
2. Aspects de l'immunité souveraine dans la pratique de certains pays par M. N. Dunbar, doyen de la Faculté de droit de l'Université de la Tasmanie.
3. Droit des traités à la lumière de la convention de Vienne :
 - a) Introduction par M. R. Ago, membre du Curatorium de l'Académie de Droit international de La Haye;
 - b) Problèmes concernant la validité des traités par M. T.O. Elias, Attorney-general of the Federation and Comissioner for Justice, Lagos.
 - c) Extinction et suspension des traités par M. F. Capotorti, professeur à l'Université de Naples.
4. Désarmement et droit international :
 - a) Introduction par M^{me} A. Myrdal, ministre du Désarmement, Stockholm.
 - b) La mise de la guerre hors la loi et désarmement par M. O.V. Bogdanov, professeur à l'Institut des Relations internationales, Moscou.
 - c) La mise de la guerre hors la loi et désarmement par M. A.S. Fisher, doyen du Centre de Droit de l'Université de Georgetown, Washington.
 - d) Mesures de désarmement dans des zones particulières : la dénucléarisation de l'Amérique latine par M. García Robles, sous-secrétaire d'Etat aux relations extérieures, Mexique.
 - e) Aspects sélectionnés de l'impact de la technologie des armes nouvelles sur le droit international par M. E. Stein, professeur à l'Ecole de Droit de l'Université de Michigan, Hutchins Hall, Ann Arbor.

Des formules d'inscriptions, aussi bien que des renseignements sur les bourses d'étude, peuvent être demandés au secrétariat, Académie de Droit international, Palais de la Paix, La Haye.