

OPINION INDIVIDUELLE DE M. BUSTAMANTE

INTRODUCTION

Cette opinion exprime certaines vues qui diffèrent de celles de la Cour en ce qui concerne la première exception préliminaire. Elle contient aussi des vues individuelles à l'égard de la troisième exception, bien qu'elles arrivent à la conclusion adoptée, quant à cette dernière, par la majorité de la Cour.

PREMIÈRE EXCEPTION

Bien que je partage les vues de la Cour en ce qui concerne certains aspects de doctrine visant la première exception préliminaire, il n'en va pas de même quant aux faits et conclusions. Ceci m'amène à faire état séparément des motifs de mon dissentiment.

Il ne semble pas douteux que les articles 68 et 69 du Règlement de la Cour, en conformité avec l'article 30 du Statut, ne visent que des aspects procéduraux du désistement. Suivant sa mission, le Règlement ne statue pas sur des droits substantiels ; on n'y trouve, par conséquent, aucune norme relative à la nature du désistement qui caractérise et distingue le désistement substantiel ou renonciation au droit, et le désistement d'instance ou renonciation à poursuivre la procédure. Face à cette méthode légale, il faudra qu'une investigation soit faite, pour chaque cas particulier, des motifs et circonstances du désistement soumis au tribunal afin d'établir sa vraie portée et de définir ses conséquences juridiques.

Dans le cas d'espèce, les motifs de la Belgique pour se désister de la première requête de 1958 ont eu leur origine dans une démarche du groupe belge d'actionnaires de la Barcelona Traction Light and Power Company, Limited, auprès du Gouvernement belge, ce désistement étant la condition préalable posée par M. Juan March, tête du groupe espagnol des actionnaires et des obligataires de ladite compagnie, pour entamer des négociations privées tendant à trancher le litige par la voie extrajudiciaire. Le groupe belge savait bien que l'exigence de M. March était d'obtenir un désistement définitif, irrévocable, dont l'intention manifeste était que l'affaire ne soit plus soumise à la justice internationale.

On avait certes omis de prévoir ce qui se passerait en cas d'échec des négociations. De la part de M. March, la seule condition envisagée était de ne plus saisir la Cour. Néanmoins, rien n'empêche de concevoir que, en cas d'échec, une autre solution aurait pu être adoptée, par exemple un jugement arbitral.

Cela appartenait au domaine des pourparlers privés. Mais il est hors de doute qu'à partir de l'instant où la controverse privée entre les deux groupes de la Barcelona Traction a été portée dans le domaine du droit international par le fait de l'intervention des Etats belge et espagnol c'était aux Etats et non pas aux groupes privés d'assumer la qualité de vraies parties intéressées. C'était à eux, par conséquent, qu'incombait le rôle de délimiter selon leur propre critère la portée du désistement, soit en acceptant, soit en modifiant les bases suggérées par les groupes privés.

Les versions de chaque Etat Partie sont en l'espèce réciproquement opposées. La Belgique soutient qu'il n'a jamais été dans son intention, en se désistant de l'instance déjà introduite, de renoncer au droit de réintroduire une nouvelle instance au cas où les négociations privées ne réussiraient pas. L'Espagne affirme — de son côté — qu'elle se serait opposée à un désistement qui ne fût pas définitif, car une réintroduction de l'instance, outre qu'elle n'aurait pas concordé avec la formule March, aurait mis le Gouvernement espagnol dans une position morale et juridiquement défavorable.

Mais, face à ces versions des Parties, nombre de questions se posent, lesquelles démontrent la complexité de l'affaire.

- a) Si la Belgique a repoussé la condition de M. March, pourquoi s'est-elle formellement désistée au lieu de négocier officiellement au préalable avec le Gouvernement espagnol un amendement de la condition ?
- b) Bien que la Belgique ait employé pour opérer son désistement la formule procédurale de routine appliquée aux désistements unilatéraux par l'article 69, alinéa 2, du Règlement, le fait que ce procédé n'ait pas été accompagné d'une réserve officielle quant à la portée du désistement a-t-il amené l'Espagne à présumer erronément que la condition de M. March était purement et simplement acceptée ?
- c) D'autre part, les réticences montrées par la Belgique au cours des démarches préalables au désistement (par exemple : la proposition tendant à une simple suspension de la procédure, la suggestion que l'Espagne n'exprime sa « non-opposition » au désistement qu'à la fin du délai de six semaines à fixer par la Cour, le fait que la lettre officielle de désistement ne parle que d'un désistement *d'instance*), ces réticences, je le répète, auraient-elles dû mener l'Espagne à demander au préalable à la Belgique des précisions explicites au sujet de la vraie portée du désistement ?
- d) L'omission de cette démarche impliquait-elle de la part de l'Espagne une certitude de bonne foi que la Belgique, malgré ses précautions, s'en tenait aux accords passés entre les groupes privés ? Impliquait-elle, au contraire, une négligence coupable ou bien l'acceptation par le Gouvernement espagnol d'un désistement simplement procédural de l'instance déjà introduite ?

- e) En résumé, a-t-on affaire à une interprétation erronée de l'Espagne sur la portée du désistement ? Dans l'affirmative, cette erreur, ce malentendu ont-ils été dus aux actes propres de la Belgique qui a gardé le silence sur la vraie signification de son désistement, en désaccord avec celui que proposait M. March ? L'éventuelle erreur de l'Espagne était-elle due au contraire à la faute de son propre gouvernement, à l'interprétation contraire aux termes qui a été donnée au texte du désistement de la Belgique ?

Des éléments suffisants et tangibles de preuve pour élucider ces incon- nues manquent à mon avis dans la procédure. Contrairement à ce que la Cour a décidé, je ne me sens pas en mesure d'exprimer un jugement catégorique au sujet de cette exception. J'admets qu'on pourrait peut-être arriver à une conclusion sur la seule base d'inférences ou de déductions faisant partie d'un processus logique, mais non pas sur la base de faits dûment démontrés. Les entretiens entre l'ambassadeur de Belgique et le ministre des Affaires étrangères d'Espagne, à la veille du désistement, n'ont laissé que des traces vagues et incomplètes. Il ne serait pas surprenant que des pièces documentaires plus explicites n'aient pas encore été présentées à la Cour. En outre, il est raisonnable de concevoir que des contacts plus concrets sur tous ces propos aient pu avoir lieu entre les deux gouvernements. Il ne me semble donc pas invraisemblable que si la Cour, en exerçant ses pouvoirs, demande d'office aux Parties de fournir tout document ou renseignement pertinent — un questionnaire adéquat serait libellé à ces fins — la possibilité pourrait être trouvée d'éclaircir une ou plusieurs des questions soulevées plus haut. Certes, j'admets que, dans chaque cas, la charge de la preuve appartient à une des Parties ; mais il est aussi vrai que les intérêts supérieurs de la justice donnent à la Cour la faculté de faire tout son possible pour amener les Parties à préciser les faits non suffisamment éclaircis.

Etant donné qu'en vertu d'autres motifs que j'expose par ailleurs, la première exception ne peut pas à mon avis être tranchée à ce stade préliminaire de la procédure sans comporter le danger de s'immiscer au fond même de l'affaire, j'avais pensé que si la Cour l'avait bien voulu, elle pouvait profiter de cette circonstance du renvoi de l'exception au fond pour entreprendre d'office, au second stade du procès, la recherche de nouveaux éléments de jugement au sujet des circonstances qui entourèrent la négociation du désistement entre Parties. Ainsi, une meilleure chance existerait peut-être — au moment de l'arrêt final — pour résoudre en pleine connaissance de cause la première exception formulée par la Partie défenderesse.

* * *

Au cours de son argumentation, le Gouvernement espagnol a fait étar du fait que le Gouvernement belge s'est prévalu du désistement pout

introduire dans le texte de la deuxième requête diverses modifications par rapport à la première requête, dans le dessein d'améliorer sa position juridique après avoir pris connaissance des exceptions préliminaires soulevées par l'Espagne dans le premier procès ; ce procédé aurait eu pour conséquence une rupture de l'équilibre entre les Parties au détriment de la position espagnole, puisque aucun avertissement au préalable n'avait été donné par la Belgique pour signaler que son désistement comportait en lui-même une réserve : son droit de réintroduire ultérieurement l'instance (exceptions préliminaires, première exception, n° 107).

Durant les plaidoiries, le conseil de l'Espagne sir Humphrey Waldock, répondant à la question posée par un des juges de la Cour (audience du 27 avril) a signalé les préjudices moraux et matériels que l'Etat espagnol croit avoir souffert du fait de la réintroduction de la requête après le désistement (audience du 4 mai).

C'est sans doute compte tenu de ces considérations que le Gouvernement espagnol, dans l'attendu n° 14 des conclusions relatives à la première exception, déposées à la suite de l'audience du 8 mai 1964, soutient que

« le désistement du Gouvernement belge dans la procédure ouverte par sa requête du 15 septembre 1958 sans que ce désistement ait été assorti d'aucune réserve touchant son droit de réintroduire la demande qui avait fait l'objet de cette requête, supposait nécessairement qu'il renonçait à son argumentation en défense contre les exceptions préliminaires espagnoles et qu'il acceptait d'arrêter, *in limine litis* la procédure qu'il avait introduite ».

De plus, les attendus nos 15 à 17 des conclusions de l'Espagne sur la même exception contestent qu'une seconde requête soit compatible avec le système de règlement pacifique consacré par le traité hispano-belge de 1927, étant donné que le premier procès — clos en vertu du désistement — a épuisé les recours prévus par ce traité (audience du 4 mai). En réalité, toutes ces allégations impliquent la contestation du droit de la Belgique d'exercer à nouveau, après son désistement, la protection des actionnaires qu'elle considérait comme ses ressortissants ; ce qui vient rapprocher le sujet de cette première exception de celui de la troisième, lequel vise le *jus standi* de la Belgique. (Voir les attendus nos 2 à 6 des conclusions du Gouvernement espagnol à l'égard de la troisième exception, audience du 8 mai.)

Pour que la Cour puisse prendre une décision au sujet de ces points il faudrait inévitablement définir la question de la *nature* du désistement formulé par la Belgique et, de plus, se prononcer sur des matières qui touchent le fond de la requête. En effet, pour conclure que l'application du traité de 1927 doit être tenue comme définitivement close ou épuisée à l'égard de la nouvelle requête, il faudrait qu'une déclaration sur la nature substantielle du désistement fût intervenue au préalable, dans le

sens que le désistement de la Belgique implique une renonciation au droit controversé. Mais une telle déclaration ne saurait être faite, comme je l'ai déjà dit, tant que des éclaircissements additionnels ne seront pas trouvés pour établir la preuve encore insuffisante des faits allégués. D'autre part, la contestation — soutenue par l'Espagne — du droit de l'Etat belge à invoquer le traité de 1927 pour réintroduire l'instance après le désistement ne peut être séparée de la question du *jus standi* de la Belgique, laquelle fait l'objet de la troisième exception. En réalité, dans cette première exception, on conteste le *jus standi* belge pour réintroduire l'action à l'égard de laquelle le désistement avait été formulé. La Cour ne pourrait donc pas se prononcer au sujet de l'applicabilité actuelle de l'article 17 (4) du traité de 1927 si elle ne se prononçait pas auparavant sur la légitimité de l'intervention de la Belgique en tant qu'Etat national de ses actionnaires (*jus standi*). Mais une telle décision exige à la fois que d'autres problèmes contenus dans la troisième exception soient tranchés au préalable, tels que le problème consistant à définir la position du Gouvernement du Canada et celui de savoir si des circonstances exceptionnelles ont privé réellement la société canadienne Barcelona Traction de toute possibilité d'exercer son droit d'ester en justice pour défendre les intérêts des actionnaires belges. Ces problèmes touchant le fond même de la requête, ils ne sauraient être résolus au stade préliminaire de la procédure sans préjuger sur le fond ; et c'est sans doute pour cela que la Cour s'est prononcée en faveur de la jonction de la troisième exception au fond.

Ces liaisons tellement étroites entre la première et la troisième exception m'ont déterminé à me prononcer pour la jonction de la première exception au fond, en réservant son examen, ainsi que la recherche de preuves additionnelles sur les faits, jusqu'au deuxième stade de la procédure, afin de résoudre ladite exception dans l'arrêt final. Par conséquent, j'ai voté contre le rejet de la première exception à ce stade préliminaire de la procédure.

* * *

TROISIÈME EXCEPTION

L'examen de la troisième exception préliminaire a donné à la Cour la certitude qu'une décision ne saurait être prise à son égard durant ce stade préliminaire de la procédure parce que l'existence ou la non-existence du *jus standi* de la Belgique dans cette affaire ne peut pas être dûment considérée sans préjuger en même temps le fond de la requête.

Toutefois, je suis d'avis qu'avant d'ordonner la jonction au fond il aurait fallu s'assurer qu'un autre moyen plus direct existait pour arriver à résoudre d'emblée la troisième exception au stade préliminaire du procès.

Voici mon raisonnement : les deux Parties se sont montrées d'accord sur le fait qu'une règle générale de droit international existe en ce qui concerne la protection diplomatique et judiciaire des sociétés commerciales anonymes lésées par l'Etat dans lequel elles réalisent leurs affaires, cette règle étant que l'exercice du droit de protection appartient de préférence à l'Etat national de la société. Etant donné que dans le cas présent la Barcelona Traction est une société de statut canadien, sa protection devrait être exercée, en principe, par l'Etat du Canada.

Le dossier montre (exceptions préliminaires, troisième exception, points 4 et 8 ; observations belges, n^o 129) que de 1948 à 1955 le Gouvernement canadien a exercé dans une certaine mesure cette protection auprès du Gouvernement espagnol, soit par lui-même, soit par l'intermédiaire du Gouvernement britannique. Mais les interventions officielles du Gouvernement canadien se sont arrêtées à un certain moment et n'ont plus été reprises. Le Canada n'a d'ailleurs eu aucune réaction au moment de la requête belge de 1958 ni au moment de la nouvelle requête de 1962.

Ces circonstances prises en considération, peut-on dire qu'elles suffisent pour conclure que l'intervention du Canada a pris définitivement fin ? A mon avis non parce qu'à aucun moment une déclaration explicite ou officielle du Gouvernement canadien n'est intervenue à ce sujet et parce que la protection de la Barcelona Traction s'est limitée au stade diplomatique sans qu'il ait été fait appel à la voie judiciaire internationale.

Il y a, certes, des motifs pour présumer que le Canada n'aurait peut-être pas eu l'intention de continuer ses démarches auprès de l'Espagne en faveur de la Barcelona Traction ; mais cette simple présomption ne suffit pas, à mon avis, pour abandonner la règle générale de droit international dont il a été fait mention et pour reconnaître à un Etat tiers — la Belgique — un droit de protection supplémentaire au nom des actionnaires de la société.

Il est vrai que pendant la procédure orale une question a été posée aux Parties par un des magistrats de la Cour pour savoir si elles pourraient donner des indications quant à l'attitude observée par le Gouvernement canadien postérieurement à certaines communications qui figurent dans le dossier. Cette enquête, néanmoins, n'a pas eu de résultats appréciables (audience du 27 avril). Il faudrait, je pense, aller plus loin en posant aux Parties des questions concrètes et en leur demandant de fournir tous documents ou renseignements utiles à l'égard de la décision définitive du Canada. Il me semble que les Parties, en tant qu'Etats souverains intéressés, peuvent trouver le moyen de se renseigner plus ou moins directement à ce sujet. L'avantage d'un tel éclaircissement serait de définir une fois pour toutes si l'application de la règle spécifique du droit international sur la protection diplomatique et judiciaire des sociétés est ou non possible en l'espèce. En cas de résultat négatif la jonction de la troisième exception au fond serait inévitable si l'on veut savoir

jusqu'à quel point l'intervention de l'Etat belge, compte tenu des circonstances, peut devenir bien fondée afin de lui reconnaître un *jus standi* pour exercer, soit à titre subsidiaire soit — comme la Belgique le prétend — à titre propre, la protection de ses ressortissants actionnaires de la société étrangère.

Sur la base de ces raisons, j'aurais été d'avis, avant de mettre un terme à ce stade préliminaire de la procédure, que la Cour rende une ordonnance dans laquelle elle aurait soumis certaines questions auxquelles les Parties auraient eu à répondre, et les aurait invitées à fournir tous documents ou renseignements utiles pour aider à définir la position de l'Etat canadien au sujet de la protection diplomatique et judiciaire de la société canadienne Barcelona Traction dans le futur. Mais étant donné que la Cour s'est prononcée à la majorité en faveur de la jonction immédiate au fond et que l'éclaircissement que je viens de décrire sera toujours faisable au cours du second stade de la procédure, je me rallie à la décision du tribunal en ce qui concerne la jonction de la troisième exception au fond afin qu'elle soit résolue dans l'arrêt final puisque je partage l'idée qu'une décision quelconque au sujet de ladite troisième exception, prise en son intégrité, ne peut qu'exiger un prononcé sur le fond même de la controverse.

(Signé) J. L. BUSTAMANTE R.