

M. PAUL REUTER

Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Paris

REFLEXION SUR LA COMPETENCE DU CENTRE
CREE PAR LA CONVENTION POUR LE REGLEMENT
DES DIFFERENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS
ENTRE ETATS ET RESSORTISSANTS D'AUTRES ETATS

Les problèmes posés par le contentieux international de l'investissement et par l'arbitrage international ont déjà fait l'objet d'une longue suite de projets et de conventions, parmi lesquels la convention placée sous les auspices de la B.I.R.D. et instituant un *Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements*, tient une place originale. Comme toutes ces conventions et tous ces projets elle s'efforce d'assurer la sécurité dans le fonctionnement des mécanismes de conciliation et d'arbitrage qu'elle institue, tant en ce qui concerne l'institution des organes compétents que l'exécution des recommandations, décisions et sentences. Comme toutes ces conventions et projets elle est obligée de ménager la souplesse de fonctionnement de la Convention et la liberté du consentement des Parties : jamais il n'est apparu plus clairement que de nos jours le développement des modes de solution des différends doit s'opérer dans la confiance et la pleine liberté de ceux qui, dans les relations internationales, y recourent. La Banque mondiale se trouvait mieux que tout autre, capable de créer l'atmosphère qui serait propice à l'épanouissement de cette confiance qui ne constitue pas — il faut le reconnaître dès le départ — le trait dominant des relations économiques internationales actuelles. Mais c'est sans doute à propos de la compétence du Centre qu'apparaissent les problèmes les plus originaux et peut-être les plus intéressants.

En effet, la Convention et le Centre se situent au départ dans un contexte de droit international public¹ et cependant les mécanismes institués introduisent comme élément essentiel — le titre de la Convention en fait foi — les ressortissants d'autres Etats : ce sont les différends qui les opposent aux Etats qu'il s'agit de régler. L'apparition des particuliers dans un contentieux international n'est certes pas chose nouvelle,

(1) Le choix opéré par les organisateurs de la réunion à laquelle cette communication est présentée le montre au premier abord.

depuis les Tribunaux mixtes jusqu'à la Convention européenne des droits de l'homme², les exemples en sont nombreux. Mais ce qu'il ne faut jamais oublier, c'est que l'introduction des particuliers dans un contentieux international a toujours des caractères révolutionnaires par rapport aux structures traditionnelles du droit international. Comme l'avait si bien montré L. Cavaré dans une étude attachante³ il n'est pas si simple de dire ce qu'est un « tribunal international » et, comme le rappelle la Cour internationale de Justice à propos des tribunaux administratifs internationaux, tous les raisonnements juridiques que l'on peut valablement faire pour un tribunal appelé à trancher des litiges entre Etats, ne sont pas admissibles quand une partie n'est plus un Etat et l'autre est une organisation internationale⁴.

Il ne saurait s'agir d'une querelle de terminologie, voire même d'une querelle doctrinale, mais bien de problèmes juridiques très précis; les droits des étrangers s'insèrent en droit international public dans un réseau précis de règles et de mécanismes; la Convention de 1965 a prévu pour une certaine part les relations entre ses propres dispositions et ces règles et mécanismes, mais pour une part elle se montre très discrète.

Cette discrétion constitue bien un des caractères fondamentaux de la Convention; ses auteurs ont manifestement voulu couvrir des hypothèses très nombreuses et fort différentes; une lecture superficielle donne l'impression qu'ils ont voulu instituer avant tout des formes juridiques ou, si l'on préfère, des mécanismes présentant le maximum d'abstraction et susceptibles de fonctionner quel que soit le contenu d'un différend. Sans doute le pari ne peut être tenu jusqu'au bout, et la Convention a dû, sur certains points, prendre position sur des règles de fond; on en relèvera plus loin les exemples les plus intéressants. Mais l'on voudrait encore faire une dernière observation générale sur l'état d'esprit latent derrière de telles options.

Toute convention répond à un besoin et la question se pose de savoir quelles sont les sources exactes des inquiétudes et des refus qui paralysent le développement des investissements internationaux. Si c'est vraiment l'absence d'un « tiers » impartial, expérimenté et accueillant, les options prises par la Convention de 1965 se justifient pleinement et les questions de fond peuvent être laissées en dehors de la Convention. Dans la mesure où cette hypothèse est exacte la Convention couvrira son objet; mais dans la mesure où il n'en serait pas ainsi son mérite ne serait qu'indirect, elle vaudrait alors, si l'on peut dire, surtout par son fonctionnement, c'est-à-dire par l'occasion qu'elle donnerait à une juris-

(2) On hésiterait à citer les Communautés européennes ou au moins à les placer sur le même rang que les autres exemples parce que les traités qui les instituent ne permettent pas un recours direct d'un « particulier » contre un Etat, mais seulement des recours indirects par la voie du recours en carence, et bien entendu des recours contre les organisations.

(3) La notion de juridiction internationale, AFDI 1956, p. 496.

(4) Jugements du Tribunal administratif de l'O.I.T. sur requêtes contre l'U.N.E.S.C.O. Recueil 1956, p. 97.

prudence d'élaborer et de préciser les règles de fond sur lesquelles elle garde un silence relatif.

La question qui est ainsi posée ne fait que souligner toute la différence qu'il peut y avoir à ce point de vue entre l'arbitrage commercial international et le contentieux de l'investissement. L'arbitrage commercial international est déjà une réalité consacrée par de longues pratiques et plusieurs conventions qui ont commencé à porter leurs fruits⁵, mais il met en cause des opérations de courte durée, existant à de très nombreux exemplaires ou conclues suivant des modèles qui ont fait l'objet de nombreuses discussions et quelquefois d'une élaboration quasi-législative dans un milieu international; le domaine des investissements était jusqu'à présent différent. Ce n'est pas que dans son indétermination la notion d'« investissement » ne puisse rejoindre celle d'opération commerciale: la vente d'une usine, assortie de la charge de la faire fonctionner pendant une durée de temps notable peut apparaître suivant les circonstances et suivant les clauses précises du contrat comme une opération commerciale ou comme un investissement. Mais c'est que la plus grande part des investissements, tels qu'ils sont pratiqués par les pays les plus intéressés à l'activité de la B.I.R.D., sont encore en général de longue durée et d'un type qui évoque davantage le mécanisme de la concession que celui de la vente.

Encore que de telles considérations soient relatives plutôt aux arrières-plans de la Convention qu'à son texte même, elles sont indispensables quand on veut en apprécier les silences autant que les formules les plus précises.

Sans prétendre que ces remarques soient exhaustives, ni encore moins qu'elles expriment une critique à l'égard de la Convention et de ses auteurs, elles forment une toile de fond aux remarques et réflexions que l'on voudrait maintenant présenter, assez librement et même capricieusement, sur le chapitre II, intitulé « De la Compétence du Centre », ainsi que sur certaines dispositions qui se trouvent dans d'autres chapitres, mais qui présentent avec la compétence un lien étroit.

*
**

Les investisseurs privés hésitent aujourd'hui à investir dans les pays qui auraient précisément le plus grand besoin d'investissements privés. Le recours au Centre apparaît ainsi d'abord comme une garantie donnée aux particuliers contre des mesures irrégulières prises par les autorités publiques de l'Etat hôte. Cet aspect est manifestement celui qui prédomine dans la Convention.

(5) Ainsi la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961; cf. l'étude de L. Kopelmanas, AFDI 1961, p. 331.

Cependant il ne serait pas exact de ne garder présente à l'esprit que cette hypothèse du particulier demandeur, mettant en œuvre une procédure qui, dans une mesure que l'on précisera plus tard, apparaîtrait comme un substitut de la protection diplomatique.

La Convention couvre en effet deux autres hypothèses.

Tout d'abord le différend peut opposer l'investisseur non seulement à un Etat, mais encore à « telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre » (art. 25-1 et 3). Dans ce cas, formellement le litige n'est même plus un différend entre un particulier et un Etat, mais bien un litige entre deux « particuliers », au moins au sens du droit international; peut-être convient-il de ne point trop se hâter de définir les procédures du Centre *par rapport* au droit international public; il y a là un sujet qui mériterait sans doute une investigation plus approfondie.

Ensuite il résulte, notamment des articles 28-1 ou 36-1, que non seulement le ressortissant, mais l'Etat hôte lui-même peut être demandeur dans les procédures du Centre. Au premier abord, on se trouve fort loin d'une substitution à la protection diplomatique et l'hypothèse est même surprenante. En effet, l'autorité publique a compétence en matière administrative et fiscale pour prendre les mesures d'application des lois et en cas de besoin saisir les tribunaux nationaux. Autrement dit, il semble qu'en saisissant le Centre un Etat renonce immédiatement à des privilèges de souveraineté auxquels il devrait être fortement attaché.

En réalité de telles réflexions ne tiendraient pas compte de deux données fondamentales.

En premier lieu, la convention prévoit le recours à la conciliation et à l'arbitrage et d'après le texte des articles pertinents il n'est guère mis en doute que les Etats intéressés peuvent accepter la conciliation seule, l'arbitrage seul, ou la conciliation suivie d'arbitrage. Or, il est bien clair que la conciliation internationale présente des caractères absolument originaux par rapport à toute voie contraignante, soit unilatérale soit judiciaire, purement nationale. Un Etat peut avoir intérêt, notamment si ses prétentions sont sujettes à controverse, à recourir à la conciliation internationale.

En second lieu, il faut tenir compte du droit applicable et notamment des règles de fond qui sont en cause dans le litige. Comme on le dira plus loin, on ne peut pas exclure que les règles juridiques applicables à l'investissement soient pour une part et même peut-être totalement autres que des règles nationales de l'Etat hôte; dans ces conditions il apparaît également normal, même dans le cadre de l'arbitrage, que l'Etat recherche dès le départ une instance internationale. Mais il y a une autre remarque qui est plus importante encore.

Il n'est pas rare que les accords d'investissement⁶ se réfèrent à des obligations de comportement définies en termes assez vagues, notam-

(6) Il faut entendre sous ce terme l'ensemble des accords, explicites ou non, définissant les obligations et les droits de l'investisseur.

ment en ce qui concerne les rapports entre l'entreprise de l'investisseur et les « directives », « programmes » ou autres « indications » qui sont reliées à la planification nationale. Il est souvent difficile d'ajuster les désirs des autorités de l'Etat hôte et les exigences économiques de l'entreprise; bien souvent les représentants des services économiques nationaux présentent des exigences qui ne sont pas satisfaites et ne sont guère justiciables des tribunaux ordinaires⁷; ne pourrait-on imaginer qu'un Etat soit heureux de prendre la position du demandeur devant l'un des organes du Centre pour faire préciser d'une manière inattaquable des obligations dont l'existence en droit est certaine, bien que leur contenu juridique soit parfois difficile à établir d'une manière qui n'ouvre pas la porte aux controverses et même aux accusations ?

*
**

La Convention a mis à la compétence du Centre plusieurs conditions qui appellent des commentaires plus ou moins étendus; on examinera celles qui sont relatives au consentement des parties, à l'objet du différend et à la nationalité des particuliers⁸.

A. — Le consentement des parties

« Le consentement des parties » constitue suivant le *Rapport des administrateurs de la Banque (ICSID 2, p. 8)* « la pierre angulaire de la compétence du Centre ». Les auteurs de la Convention ont eu l'espoir d'éviter les inconvénients qui résultent d'une acceptation de la conciliation et de l'arbitrage donnée dans la hâte et parfois l'euphorie, puis combattue par la suite par des interprétations extrêmement restrictives; on a donc organisé une procédure qui ne peut manquer d'attirer l'attention des Etats sur la nature et la portée des engagements qu'ils vont souscrire.

En ce qui concerne le « consentement », la première condition, sans produire encore l'effet d'engager quiconque, est en quelque sorte une formalité préalable; il faut que l'Etat ait la qualité d'Etat contractant. Autrement dit, il faut pour que le consentement des parties puisse être en état d'être donné, qu'il y ait eu au préalable ratification de la Convention (ou toute autre formalité ayant mis la Convention en vigueur au regard des Etats intéressés) par deux Etats, l'Etat hôte et l'Etat dont le particulier est le ressortissant. Cette condition étant réalisée il n'y a encore aucun engagement à recourir à l'arbitrage ou à la conciliation mais seulement une aptitude à ce que les engagements soient pris.

(7) C'est bien à tort que l'on prétend que ces obligations de comportement ne pourraient être prises en considération que si l'arbitre avait reçu conformément à l'article 42-8 le droit de statuer *ex aequo et bono*; des règles juridiques peuvent se référer à des notions d'équité et l'arbitre ne sort pas de son rôle purement juridique en déterminant le contenu des obligations des parties.

(8) Il y a d'autres conditions de territorialité (art. 70) ou de temps (art. 72) que l'on laisse ici de côté, sauf à y faire, à l'occasion, allusion.

Le Centre ne devient effectivement compétent que par un consentement écrit engageant d'une part un Etat contractant et d'autre part le ressortissant d'un autre Etat contractant.

Ce double consentement doit être certain; une simple déclaration d'intention ne saurait valoir consentement⁹, mais il n'y est assujéti à aucune autre forme que celle d'être écrit, qui n'est évidemment requise que pour des motifs de certitude¹⁰.

La grande liberté donnée par la Convention permet d'envisager toutes sortes de consentements. La plus simple serait une clause compromissoire dans un « accord d'investissement »; mais il peut y en avoir bien d'autres; par exemple un Etat promulgue dans une loi la règle suivant laquelle certains accords d'investissements ou certaines autorisations d'investissement comporteront de plein droit compétence du Centre pour connaître de certains ou de tous les litiges qui en dériveraient : le jour où un particulier ressortissant d'un Etat contractant conclut un tel accord ou demande une telle autorisation il donne son consentement qui va rejoindre celui que l'Etat a donné auparavant. En modifiant légèrement le précédent exemple, on peut imaginer un traité bilatéral par lequel deux Etats donnent leur consentement à l'avance à la compétence du Centre à l'égard de leurs nationaux; le consentement des nationaux sera donné comme dans l'exemple précédent¹¹.

La souplesse de la Convention est très grande : elle permet toutes les combinaisons possibles soit que le consentement soit donné avant le différend, soit qu'il soit donné après, soit qu'il soit donné par catégories limitées, soit qu'il soit donné pour tous les litiges.

La Convention reste cependant assez prudente sur la nature juridique du consentement; il peut être conventionnel et relever du droit national ou du droit international public; mais rien n'exclut a priori que dans un système juridique national déterminé, il ne présente aucun caractère conventionnel et résulte d'un acte condition d'une part et d'un statut légal de l'autre. Il se pourrait que ces distinctions ne soient cependant pas sans importance, notamment dans le cas où la validité du consentement serait mise en cause : la détermination du droit applicable et des causes d'invalidité pourrait varier d'un cas à un autre.

(9) Ceci résulte clairement de la règle posée à l'article 25, § 4 : « Tout Etat contractant peut... faire connaître au Centre la ou les catégories de différends qu'il considérerait comme pouvant être soumis ou non à la compétence du Centre... Ladite notification ne constitue pas le consentement requis aux termes de l'alinéa 1 ».

(10) Il serait normal que comme dans la pratique arbitrale et juridictionnelle générale les télégrammes, et autres instruments de télécommunications soient assimilés à un acte écrit.

(11) D'un point de vue purement théorique on pourrait soulever la question de savoir si les Etats peuvent rendre le recours de leurs ressortissants au mécanisme du Centre obligatoire, c'est-à-dire les priver de donner ou de refuser leur consentement : cela reviendrait à les priver de la protection diplomatique. Il semble que l'on pourrait répondre affirmativement dans la mesure où rien n'interdit de renoncer à la protection diplomatique et où un traité bilatéral pourrait renforcer le mécanisme de la Convention.

X Il est en tout cas assez remarquable que le système normal de la Convention (cf. note précédente) soit bâti sur la réciprocité des consentements : celui du particulier est tout aussi nécessaire que celui de l'Etat. Cela se comprend très bien à partir du moment où les mécanismes institués par la Convention peuvent jouer d'une manière qui avantage l'Etat investisseur, ce qui serait le cas si les explications qui ont été données plus haut sont exactes, et notamment si la conciliation permettait de vivifier les obligations de comportement qui pèsent parfois sur les investisseurs.

Mais il n'y a pas — semble-t-il — de raison d'aller plus loin et de rechercher si, lorsque les consentements se sont rencontrés, l'investisseur a un « droit subjectif ». On a plutôt l'impression que la Convention a voulu éviter les querelles doctrinales sur cette matière (d'ailleurs comment pourraient-elles être poursuivies à travers la multitude des systèmes juridiques intéressés, dans des termes uniformes?) en stipulant (art. 25-1) :

« Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement. » On aura encore l'occasion de revenir sur cette disposition capitale; pour le moment il suffit de noter que les situations respectives des Etats et des particuliers sont par cette règle, fondées directement sur la Convention elle-même et qu'il est inutile de leur chercher un autre fondement doctrinal¹².

Le caractère libéral et ouvert que présente la Convention en ce qui concerne le consentement conduit à une conclusion générale.

Il semble que les auteurs de la Convention aient réussi à prendre les dispositions qui pouvaient rassurer les Etats désireux de s'engager à bon escient seulement, ce qui était éminemment souhaitable et d'adapter leur position à toutes les données particulières de leur situation. La contrepartie de cet avantage est qu'il n'est possible d'apprécier la portée pratique de la Convention qu'en fonction, non du fait que certains Etats sont devenus parties contractantes, mais des mesures de consentement concrètes que ceux-ci prendront. Quelle sera leur politique générale par rapport à la Convention? Donneront-ils au contraire un consentement mesuré cas par cas dans le cadre de leurs accords d'investissements? Si l'on peut dénoter déjà quelques initiatives encourageantes,

(12) Il ne faut donc pas attacher une signification théorique à la formule de l'article 72, qui, visant les notifications qui opèrent dénonciation pour tous les territoires ou pour certains seulement dispose : « Aucune notification par un Etat contractant en vertu des articles 70 et 71 ne peut porter atteinte aux droits et obligations dudit Etat, d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant de lui ou d'un de ses ressortissants, aux termes de la présente Convention qui découlent d'un consentement à la compétence du Centre donné par l'un d'eux antérieurement à la réception de ladite notification par le dépositaire : « Le problème de conflit de droits intertemporel que résout cette disposition ne se réfère pas nécessairement à la théorie civiliste des droits acquis, aujourd'hui en recul.

seul le Centre, s'il est informé de tous les engagements pris, pourrait donner sur ce point des renseignements valables¹³.

B. — L'objet du différend

La Convention pose deux conditions relatives à l'objet du différend pour reconnaître la compétence du Centre : il faut qu'il s'agisse d'un différend d'ordre juridique et qu'il soit en relation directe avec un investissement.

a) Le différend d'ordre juridique.

En mentionnant les différends d'ordre juridique pour toute compétence du Centre, qu'il s'agisse d'arbitrage ou de conciliation, la Convention a employé une formule qui ne soulève ni obscurité, ni confusion. Sans revenir sur des querelles aujourd'hui dépassées on peut admettre qu'il s'agit des différends opposant des prétentions fondées sur des motifs juridiques. Ceci n'exclut nullement, on l'a déjà dit, que les organes du Centre n'aient à procéder à de délicates appréciations économiques. En effet, les « accords » d'investissement contiennent des termes, des formules et des directives qui, techniquement parlant, opèrent un renvoi à la science économique. Il s'agira donc — en fait — d'arbitrage et de conciliation présentant des caractères particuliers. Mais il ne semble pas exact de prétendre que la conciliation, ainsi limitée à des litiges d'ordre juridique ait perdu une partie de sa signification¹⁴.

Mais on peut s'interroger sur la nature des règles juridiques qui commandent le différend. La question n'est pas abordée à propos de la conciliation, mais la Convention a cru devoir, à propos de l'arbitrage, poser sur les sources de droit à appliquer une série de principes qui sont l'objet de l'article 42 :

1) Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend — y compris les règles relatives aux conflits de lois — ainsi que les principes du droit international en la matière.

2) Le Tribunal ne peut refuser de juger sous prétexte du silence ou de l'obscurité du droit.

(13) Exemple de clause empruntée à un projet d'accord récent : « Tous différends découlant de la présente convention et de ses annexes seront tranchés définitivement conformément à la Convention... par un ou plusieurs arbitres... »

(14) Non seulement la conciliation garde son originalité à raison de l'absence d'obligation attachée aux actes des conciliateurs (sauf sur la décision constatant leur compétence), mais parce que l'article 34 oriente très nettement la procédure vers la négociation et l'accord des parties.

3) Les dispositions des alinéas précédents ne portent pas atteinte à la faculté pour le Tribunal, si les parties en sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono*.

En se bornant à examiner ce texte sous l'angle de la compétence du Tribunal, on serait tenté de dire qu'il détermine la compétence du Tribunal dans les termes les plus larges possibles. Le Tribunal n'appliquera pas nécessairement un droit national déterminé, sinon l'article 42 n'aurait pas visé « les règles de droit adoptées par les parties », mais le droit national qui constituerait le « proper law » du contrat ; on pourra donc selon les stipulations acceptées par les parties se trouver en présence d'une application d'un droit national « gelé » à une date déterminée, — ou bien des principes généraux du droit, — ou bien des principes du droit international public. L'investissement peut être juridiquement « dénationalisé » ou « internationalisé » ; cette solution déjà admise par la Convention européenne sur l'arbitrage international du 21 avril 1961 ne mettra pas fin à des querelles doctrinales, mais elle aura nécessairement un effet en droit positif dans le droit interne des Etats contractants.

En effet, de même que pour les Etats contractants il devient impossible de prétendre que des arbitrages de droit national sont nuls parce que, en droit national, l'Etat et les collectivités publiques ne peuvent compromettre, de même on ne pourra plus prétendre dans ces Etats que la puissance publique ne peut pas contracter sous un régime autre que la loi nationale, et notamment sous un régime détaché de tout droit national. En effet de même que la Convention pose la règle que « lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement » (art. 25-1), de même la Convention dans l'article 42 précité précise que « Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties ».

Il y a, par ces articles de la Convention et en cas de besoin, une transformation qui est opérée aux règles valables dans les droits nationaux.

Il était nécessaire de rappeler ces conséquences fondamentales de la Convention. Mais ceci dit, il n'est pas moins évident que l'immense majorité des différends seront tranchés selon le droit national, parce qu'ils seront soulevés à propos d'engagements conclus selon le droit national du pays investisseur ; en pratique seuls certains engagements annexes à une opération d'investissement et notamment des engagements financiers ou bancaires seront soumis au droit d'un pays tiers.

On risque donc de retrouver le conflit classique entre un investisseur invoquant les termes exprès de son contrat à l'encontre d'un Etat hôte qui a donné des garanties dans un contrat, voire dans la législation générale ou dans les « codes d'investissements » et qui au nom de sa souveraineté entend modifier ces engagements. Faut-il considérer que les organes du Centre sont tenus d'appliquer seulement la loi nationale comme le ferait un tribunal de l'Etat hôte ? ou bien peuvent-ils, au minimum, dégager les termes de l'équation financière qui est impliquée

par un tel contrat et condamner l'Etat hôte à indemniser l'investisseur ? La convention n'a pas voulu aborder de front ce problème; tout au plus peut-on remarquer que selon l'article 42 précité, en cas de silence du contrat, l'application des lois du pays hôte est tempérée par celle des « principes de droit international en la matière ».

D'ailleurs il faut aussi reconnaître que, malgré leur intérêt, les remarques qui précèdent ont un caractère passablement théorique. Dans tous les pays l'opération d'investissement est devenue minutieusement conventionnée et c'est au moment de la rédaction des contrats que ces questions seront débattues et réglées soigneusement. Paradoxalement, c'est dans les cas où des pays relativement développés sont pays hôtes que ces questions risquent d'être moins bien réglées. En effet, les investissements étrangers y sont indirectement contrôlés, surveillés et autorisés, mais sans que les diverses procédures préalables fassent naître une situation proprement contractuelle; si un « consentement » à l'arbitrage était donné dans une de ces situations pseudo-conventionnelles il pourrait s'accompagner de plus grandes indéterminations.

Une fois de plus, la Convention ne pourra être l'objet d'une appréciation définitive que si on peut la placer dans le contexte concret de ses applications.

b) *La relation directe avec un investissement.*

On a prétendu que l'exigence d'une relation « directe » ne signifiait rien; on a soutenu aussi que la jurisprudence aurait fort à faire à tracer une limite autour d'une notion aussi floue que celle de l'« investissement ».

Il faut reconnaître qu'en théorie on peut se trouver en présence de beaucoup de difficultés dont certaines risquent d'être totalement imprévues. Comme on aura l'occasion de le redire encore plus loin, il y a des liens entre la Convention et les principes de la protection diplomatique et de la responsabilité internationale. Or, l'idée d'une proximité immédiate, d'une causalité directe joue un rôle non négligeable dans toutes les théories de la responsabilité; il n'est donc pas absurde, ni inutile que les auteurs de la Convention aient opéré cette allusion à un rapport direct. Des quantités d'hypothèses surgissent immédiatement à l'esprit mettant parfois en cause des personnes qui n'ont, à raison de leur qualité, qu'un rapport indirect avec l'investissement, telles que des obligataires, des actionnaires ou des assureurs. Si l'on considère la notion d'investissement on rencontre également la concurrence d'autres notions qui peuvent appeler un régime différent; comme on le faisait remarquer plus haut il peut n'y avoir qu'une différence de degré entre les actes les plus importants du commerce international, par exemple la vente d'une usine, et un investissement, et l'on pourrait se demander si le Centre ne serait pas en situation de rentrer en concurrence avec d'autres institutions d'arbitrage, plus spécialement consacrées au commerce international

Il n'est possible d'établir que de telles questions sont académiques que si l'on peut démontrer la prévoyance complète de tous les contractants. Mais, comme on le sait, il y a et il y aura des contrats d'investissement conclus à la légère; il y a et il y aura des « situations » d'investissement encore moins bien définies pour lesquelles des « consentements » à la compétence du Centre apparaîtront peut-être dans des conditions tardives ou improvisées.

Si ces problèmes ne sont pas examinés ici c'est en raison de la brièveté de cette communication; mais il n'est pas inutile d'émettre le vœu que les intéressés règlent non seulement le principe d'un consentement à recourir au Centre, mais l'objet précis de la compétence donnée au Centre. Il faudrait pouvoir en arriver à dire que le Centre sera compétent *pour tous les différends nés des « accords d'investissements » et présentés par ceux qui ont conclu ces accords; ce sera — à coup sûr — la formule la plus générale, mais il peut y en avoir d'autres.*

C. — *La nationalité des particuliers*

L'article 25 pose la condition de la nationalité pour les particuliers parties au différend : il faut qu'ils soient « ressortissants d'un autre Etat contractant ».

En définissant d'une manière précise la signification de ce terme, la Convention a posé des règles spéciales qui, d'un point de vue formel, ne sont valables que pour le Centre et les Etats parties à la Convention. Cependant ces règles sont manifestement inspirées par celles qui existent en matière de protection diplomatique. On est ainsi conduit inévitablement à se poser un double problème d'interprétation : d'une part en cas d'obscurité ou de silence de la Convention peut-on se reporter aux règles générales qui valent en matière de protection diplomatique ? D'autre part et à l'inverse, en présence d'une controverse relative au contenu des règles générales valables en matière de protection diplomatique, peut-on s'appuyer pour les préciser sur les dispositions spéciales de la Convention ? Ces questions préalables se justifient d'autant mieux que comme on le montrera plus tard, le déclenchement de la compétence du Centre par une demande à lui adressée a sur l'exercice de la protection diplomatique des effets que la Convention prévoit expressément.

Peut-être est-il plus prudent d'éviter de répondre à ces questions d'une manière générale pour ne les examiner que dans des cas concrets. Ce que l'on peut cependant penser c'est qu'il faut autant que possible que l'ensemble des règles de la responsabilité internationale et de la Convention fasse un ensemble cohérent; il est notamment difficile d'admettre que l'on a délibérément voulu instituer pour l'action du Centre des règles plus sévères pour les investisseurs que celles qui valent pour la responsabilité internationale en général, car alors l'acceptation de la compétence du Centre serait un piège pour les investisseurs. A un autre point de vue et d'une manière très générale, on devrait être plutôt favorable à une interprétation des règles de la Convention à

la lumière des principes généraux du droit de la responsabilité internationale, car il semble bien que le but général de la Convention soit de remplacer dans la mesure la plus large la protection diplomatique classique par une institution plus perfectionnée et non pas de modifier les règles de fond de la responsabilité internationale, puisque la Convention a évité le plus possible de le faire.

La Convention procède à une distinction suivant qu'il s'agit des particuliers ou des personnes morales.

En ce qui concerne les particuliers, l'article 25 définit la qualité de ressortissant par la double condition de la nationalité à la date du consentement des parties à soumettre le différend au Centre et à la date à laquelle la requête a été enregistrée. Par rapport aux formules les plus communément admises en matière de responsabilité internationale¹⁵ la date du consentement remplace la date du dommage et aucune mention n'est faite du problème de la continuité de la réclamation, dont l'exigence n'est pas généralement admise. Par ailleurs, l'article 25 consacre la perte du droit de déposer une requête au Centre pour toute personne qui, à l'une ou à l'autre des deux dates critiques ci-dessus indiquées, possède également la nationalité de l'Etat contractant partie au différend; cette solution n'est pas toujours admise dans le droit international général bien qu'elle apparaisse comme prédominante. On peut donc en gros admettre que, compte tenu de certaines exigences propres à la Convention, les solutions qu'elle retient sont les mêmes que celles du droit international général en matière de protection diplomatique.

En ce qui concerne les personnes morales, l'article 25 reconnaît deux cas de compétence du Centre. Dans le premier il se réfère à la nationalité de la personne morale et exige qu'elle possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date du consentement à soumettre le différend au Centre; il n'y a plus ici qu'une date critique; cela semble tenir à l'impossibilité pratique pour les personnes morales à changer de nationalité. Le deuxième cas est celui d'une personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à la soumettre au Centre et « que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers ».

(15) Cf. le rapport de H.W. Briggs à l'Institut de droit international, *Ann. Inst. dr. int.* 1965, t. I, p. 1, la discussion, t. II, p. 157 et la résolution, p. 269. La formule de la Convention sur la date du consentement s'explique parfaitement si l'on considère l'importance de ce dernier et la possibilité d'une requête émanant de l'Etat hôte contre le particulier; c'est le consentement de l'Etat et du particulier qui est le fondement essentiel de la compétence du Centre. L'Institut de droit international, peu favorable à exiger la continuité de la nationalité a abordé dans un article spécial la question des changements de nationalité dus à des événements de droit privé ou à une succession d'Etats.

Le premier cas de compétence du Centre relativement à une personne morale est conforme à une règle de droit international public général et admet comme lui la notion de nationalité d'une société. Le second concerne une hypothèse beaucoup plus discutée; la question de savoir si le droit international public admet la protection diplomatique d'une personne morale de la nationalité de l'Etat contre lequel la réclamation est dirigée est encore l'objet d'une controverse. C'est sans doute pourquoi la Convention n'admet le droit de requête, à raison des intérêts qui contrôlent la personne morale que si cette formule a fait l'objet d'une convention expresse entre les parties et que si, à raison des intérêts qui la contrôlent, la personne morale peut être considérée comme un ressortissant d'un autre Etat contractant. Il est certain par conséquent que cette solution n'est pas admise de plein droit; il faut un accord exprès; cet accord a ceci de remarquable qu'il sera conclu (les parties au différend « sont convenues ») par l'Etat hôte et la personne morale partie au différend; bien entendu l'accord pourra établir un certain nombre de conditions pour l'octroi de cette faveur et il est exclu que les intérêts qui exercent le contrôle permettent de rattacher la personne morale à un Etat qui ne serait pas partie à la Convention. Il semble que cette construction réponde à une vision générale très stricte de la protection diplomatique des personnes morales suivant le droit international public général.

On peut se demander si la présentation de ces conditions de nationalité relatives aux personnes morales répondent bien à la pratique des investissements modernes ou, tout au moins, si la présentation du problème n'est pas déformée par un trop grand souci d'abstraction et de généralité.

En effet, quand un investissement est effectué il aboutira presque infailliblement à la constitution d'une personne morale de droit local; mais le problème ne doit pas seulement être posé en termes de personnalité morale, encore qu'il soit indispensable de considérer ce point de vue; il doit être considéré aussi en termes d'accords d'investissement. L'Etat hôte est en effet amené à traiter avec des sociétés étrangères qui apportent les capitaux et ce sont ces sociétés étrangères qui sont parties à l'accord d'investissement; si l'Etat hôte accepte certaines conditions et certaines limites à l'exercice discrétionnaire de sa souveraineté et s'il viole à ce sujet ses engagements il est responsable à l'égard de sociétés étrangères de par leur nationalité sans qu'il soit nécessaire de rechercher s'il a encouru une responsabilité à l'égard d'une société locale qui n'a été créée sous le statut local qu'en exécution des accords d'investissements.

Cette dernière explication est peut-être plus conforme aux faits que celle qui est décrite en termes trop généraux par la Convention. Toutefois les deux explications se rejoignent sur un point, c'est que dans les deux explications le droit de saisir le Centre repose sur une convention expresse en dehors de laquelle la mise en mouvement des procédures protectrices est impossible.

C'est ainsi qu'apparaît avec une remarquable continuité le trait fondamental de la Convention, à savoir le caractère consensuel des mécanismes de protection.

*
**

Il resterait à explorer bien d'autres aspects de la Convention si l'on voulait préciser encore la portée et la physionomie des mécanismes qu'elle institue.

Comme on vient de le voir, le recours au Centre présente une physionomie originale qui emprunte certains de ses traits au droit national de l'Etat hôte, et notamment, pour l'essentiel dans la plupart des cas, l'application de son droit, et il n'est pas étranger aux problèmes de responsabilité internationale. Des institutions de ce genre soulèvent facilement une quantité de problèmes inaperçus au départ¹⁶. Les auteurs de la Convention en ont aperçu plusieurs et se sont efforcés, non sans quelque gaucherie, d'en résoudre quelques-uns qui appellent encore quelques observations, et notamment ceux qui sont l'objet des articles 26 et 27.

Quel est l'effet du déclenchement des mécanismes du Centre sur les mécanismes de droit commun, soit internes soit internationaux ? Autrement dit et pour ne retenir que les hypothèses essentielles, qu'advient-il quand le Centre est saisi des recours devant les tribunaux de l'Etat hôte et de la protection diplomatique ? Faut-il distinguer, quand on répond à cette question, entre la conciliation et l'arbitrage ?

A première lecture, les articles 26 et 27 ne visent que le cas d'arbitrage et ignorent celui de la conciliation ; ils énoncent des effets à la fois sur tous les recours et sur la protection diplomatique.

En ce qui concerne la protection diplomatique ou une « revendication internationale », l'article 27 interdit à un Etat de les mettre en œuvre au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre Etat contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la Convention. Mais il s'agit moins d'une extinction que d'une sorte de suspension puisque le même article prévoit que l'interdiction est levée si l'autre Etat contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend. Dans cette dernière hypothèse, qui suppose une violation des articles de la Convention sur l'exécution des sentences arbitrales, on rentre dans l'application des règles générales du droit international public. Théoriquement, la conciliation peut se dérouler pendant qu'un Etat accorde la protection diplomatique ou formule une revendication internationale ; en effet la Convention est muette sur ce cas et il ne faut pas oublier que la conciliation joue entre le particulier

(16) Dans les Communautés européennes des actions en responsabilité de particuliers contre une organisation internationale ont fait apparaître une foule de problèmes mettant en cause les actions qu'ils peuvent intenter devant les tribunaux nationaux à la suite des mêmes faits Affaires jointes, 5, 7 et 13 à 24-26 et Affaire 30-66, Rec. Cour C.E. 1967, pp. 317 et 369.

et l'Etat hôte, alors que la protection diplomatique ou les « revendications internationales » mettent en rapport deux Etats. Toutefois, c'est là une vision bien théorique et en réalité on ne voit pas une procédure de conciliation garder quelque chance de succès si les conciliateurs étaient talonnés par les démarches que l'Etat pourrait suivre sur un autre plan. Ces démarches soulèveraient d'ailleurs un problème de principe beaucoup plus grave : un Etat pourrait-il dans l'exercice de la protection diplomatique ou de la revendication internationale faire valoir des considérations que dans leur accord l'Etat hôte et le particulier aurait consenti à laisser de côté ? Si l'on répond affirmativement on risque de priver la conciliation de ses seules chances. Aussi, en fait sinon en droit, est-il préférable de considérer que tant que la conciliation n'a pas perdu sa raison d'être les procédures proprement internationales devraient être suspendues.

En ce qui concerne les recours internes, l'article 26¹⁷ dispose que le consentement à l'arbitrage dans le cadre de la Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. Mais l'Etat hôte peut ne consentir à l'arbitrage que si les recours administratifs ou judiciaires internes sont épuisés. Comme précédemment, il serait peut-être indiqué que l'exercice ou le déroulement des autres recours soient suspendus pendant le déroulement de la conciliation.

*
**

En résumé l'examen de la Convention du 18 mars 1965 conduit à retenir, en ce qui concerne la compétence du Centre, qu'elle institue un certain nombre de thèmes dont les principaux sont les suivants :

1) La Convention est essentiellement souple, générale et abstraite, ce qui lui permet de s'adapter au plus grand nombre de situations de fait possible ; cet avantage est payé d'une incertitude : on ignore quel usage sera fait de la Convention et c'est seulement cet usage qui révélera sa vraie portée.

2) Instituant avant tout des mécanismes de solution de différends, la Convention s'abstient de poser des règles de fond ; cependant d'ores et déjà les Etats qui l'ont mise en vigueur ont, semble-t-il, accepté de reconnaître dans les cas concrets où elle sera appliquée des principes importants :

— La possibilité pour l'Etat et les collectivités publiques de recourir à un arbitrage qui ne soit pas nécessairement un arbitrage entre Etats.

(17) L'article 26 se sert de l'expression « tout autre recours » par rapport à l'arbitrage, mais il résulte du contexte et de l'article 27 qu'il s'agit des recours qui seraient disponibles dans les rapports entre l'Etat hôte et l'investisseur, c'est-à-dire pratiquement des recours internes (à l'exception de recours aussi exceptionnels que des recours privés en matière de droits de l'homme ?).

— La possibilité de dénationaliser et d'internationaliser en cas de besoin des contrats.

— L'impossibilité de bouleverser sans compensation l'équilibre financier d'un contrat quand cet équilibre a été garanti.

3) Il est impossible de traiter des mécanismes de la Convention sans mettre en parallèle les recours internes et toutes les formes de protection diplomatique, car

— pour une part à débattre et à déterminer les mécanismes de la Convention s'y substituent;

— dans une mesure à discuter, mais indéniable les diverses institutions en présence (mécanismes du Centre, recours locaux, protection diplomatique) subissent une mutuelle influence.

4) Les mécanismes du Centre présentent par rapport aux catégories une figure originale dont tous les traits ne sont pas établis.