

**M. Philippe KAHN**

Chargé de recherche au C.N.R.S.

## LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS PAR LA MÉTHODE DE L'ARBITRAGE

Le règlement des différends pouvant surgir entre un investisseur privé et le pays d'accueil en voie de développement constitue un des éléments essentiels d'une politique juridique destinée à faciliter le développement économique.

Les occasions de litige sont, en effet, nombreuses : la complexité des obligations assumées par l'investisseur et par le pays d'accueil — obligations qui viennent d'être décrites par M. Paillère, mais qui peuvent naître d'autres sources — laisse prévoir que les intéressés risquent d'être en désaccord sur l'interprétation de leurs conventions et sur le contenu de leurs obligations. Ils peuvent également se heurter à des obstacles imprévisibles rendant utile une réestimation des obligations assumées. Enfin, on ne peut exclure la survenance de différends provoqués par une expropriation directe ou indirecte de l'investisseur. Ainsi depuis le litige se rapprochant d'un litige d'ordre commercial jusqu'au litige qui touche l'investissement dans ses fondements, toute une gamme de différends appelle la mise sur pied de procédures adéquates de règlement.

Or le contentieux a, en cette matière, un particularisme accentué. Il oppose un Etat à un particulier étranger alors que la plupart des règles de droit international ont été établies soit pour les rapports des Etats entre eux, soit pour les rapports des personnes privées entre elles. Il en résulte que le droit applicable est incertain. Le danger est alors que les intéressés substituent à des relations juridiques des relations économiques et politiques. D'autant plus que l'Etat en cause est un pays en voie de développement. L'investissement au sujet duquel le différend est né et le règlement du différend ont une importance qui en dépasse la valeur financière considérée en dehors de tout contexte. C'est tout un secteur économique qui risque d'être perturbé et même toute une politique de développement qui risque d'être atteinte. On conçoit donc que l'Etat d'accueil soit plus attentif qu'un Etat industrialisé à tout ce qui est relatif à un investissement privé étranger.

Aussi l'institution d'un juge impartial, apte non seulement à dire le droit mais essentiellement à le créer pour un type de relations bien particulières, apparaît-elle comme une nécessité : c'est l'intérêt de l'invest-

tisseur qui reçoit la garantie d'un recours entre l'arbitraire des autorités administratives du pays d'accueil mais c'est aussi l'intérêt du pays d'accueil car l'établissement de relations confiantes est la condition préalable non pas de tout investissement étranger mais d'un investissement étranger conçu non seulement pour procurer un profit élevé et rapide à l'investisseur, mais aussi dans le sens d'une exploitation rationnelle des richesses du pays d'accueil. Reste à déterminer comment sera choisi ce juge ou quelles procédures de substitution pourront être utilisées. A cet égard plusieurs remarques doivent être faites.

Le premier juge auquel on pense est évidemment le juge qui relève du pays d'accueil de l'investissement. L'Etat est directement intéressé à l'investissement, qu'il ait passé une véritable convention ou accordé des avantages par acte administratif unilatéral, de plus l'ensemble des opérations d'investissement se déroule sur son territoire. Mais même si l'impartialité des juridictions de l'Etat d'accueil ne peut être suspectée — et il faut être franc, ce n'est pas toujours le cas — l'investisseur étranger reste réticent car le juge exerce une fonction publique et sa conception de la justice est forcément un reflet des grands intérêts de l'Etat dont il relève.

Tout autre juge appartenant à un système étatique (juge de l'Etat de l'investisseur par exemple) outre qu'on pourrait lui adresser le même reproche qu'au juge de l'Etat d'accueil, ne peut normalement empiéter sur la souveraineté de l'Etat qui reçoit l'investissement.

Ainsi la saisine d'un juge étatique — quand elle est possible — n'apparaît-elle pas comme une solution idéale.

A l'autre pôle, la Cour internationale de Justice, véritable juridiction internationale suprême, semble offrir le maximum de garantie. Mais les particuliers n'ayant pas accès en son prétoire, elle ne peut servir de juridiction de droit commun en matière d'investissement privé, d'autant plus que l'intervention de l'Etat, dont l'investisseur est le ressortissant n'est jamais obligatoire et qu'elle est souvent motivée par des raisons plus politiques que juridiques et que tous les pays en voie de développement — pays d'accueil des investissements — n'ont pas reconnu la juridiction obligatoire de la Cour. D'ailleurs la composition actuelle de la Cour, son statut, ses traditions, la lourdeur de sa procédure n'en font pas la juridiction de choix pour ce genre de différends. Il faut cependant souligner que saisie à l'occasion de certaines affaires, la Cour a rendu des arrêts qui ont marqué d'importantes étapes dans l'évolution du droit applicable aux investissements et à l'arbitrage (affaire de la Société commerciale de Belgique, affaire Losinger, affaire de l'usine de Chorzow, affaire Mavrommatis, affaire des emprunts serbes, affaire Ambatielos, Ad. de Seidl-Hohenveldern, « Judicial protection of foreign investments », *Mélanges Séphériade*, t. I, p. 251). Des remarques analogues peuvent être faites pour cette procédure de conciliation qu'est quelquefois la protection diplomatique. Dans la mesure où l'Etat est libre de ne pas intervenir au profit de son ressortissant qui se prétend lésé par les agissements d'un autre Etat, l'investisseur n'est jamais en droit de compter sur une réelle protection. Sans compter que les conditions d'exercice de la protection diplomatique (nationalité du réclamant, épuisement préa-

lable des recours internes, conduite correcte du réclamant) sont assez restrictives au moins pour les deux premières (voir sur l'ensemble de la question : Hocheplied, *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, éd. Pedone, Paris, 1965), et que la protection diplomatique, immixtion d'un Etat dans les affaires d'un autre, constitue une intervention peu appropriée pour la plupart des litiges relatifs aux investissements.

Aussi, en l'absence d'une véritable justice internationale et en raison de l'inadaptation des juridictions étatiques à véritablement satisfaire les besoins en cause, investisseurs et Etats d'accueil sont conduits à utiliser un procédé qui a fait ses preuves en matière de commerce international, l'arbitrage. En effet l'arbitrage présente des avantages réels qui expliquent qu'il soit de plus en plus proposé comme le moyen actuellement le plus adéquat pour régler les différends relatifs aux investissements.

D'abord, le tribunal arbitral mis sur pied par les parties peut ainsi recevoir une mission exactement adaptée aux circonstances. Ensuite, les parties peuvent choisir leur(s) juge(s) en fonction de la mission qu'elles veulent lui confier. Enfin, dans le cadre d'un véritable arbitrage international, les lois applicables à la procédure et au fond de l'affaire peuvent être déterminées avec une grande liberté et même le droit, être créé à cette occasion. Or, nous l'avons déjà remarqué, la notion d'investissement international est nouvelle, sa place parmi les autres catégories du droit international est encore incertaine, le droit applicable incertain. L'arbitrage apparaît alors comme un procédé commode et efficace pour entreprendre la construction du droit de l'investissement.

Il ne faut certes pas considérer l'arbitrage comme une panacée remplaçant les autres procédures de règlement des différends qui ont toutes leur rôle à jouer, ni comme un système définitif, mais simplement comme le système le meilleur pour le moment et pour un temps encore indéterminé. Tout en sachant, d'ailleurs, que le système trouve ses limites dans la bonne volonté des intéressés puisque reposant en grande partie sur leur volonté, il ne fonctionne vraiment bien que si les volontés sont claires et constantes. Aussi ce rapport sera-t-il essentiellement consacré à l'étude de l'arbitrage comme procédé de règlement des différends en matière d'investissement. Dans la suite de ce rapport, on n'envisagera pas toutes les questions susceptibles de se poser, mais seulement les plus importantes auxquelles une réponse assez précise permettrait l'admission de l'arbitrage comme un moyen préférentiel de règlement des différends et par voie de conséquence la facilitation des investissements privés dans les pays en voie de développement.

Dans ce qui est acquis actuellement, une évolution sensible peut être constatée depuis une quinzaine d'années. Les premières clauses compromissoires, sauf en matière pétrolière peut-être, passées entre Etats et investisseurs privés sont rudimentaires et mettent sur pied des arbitrages *ad hoc* souvent précédés de tentatives de conciliation. D'ailleurs, bien qu'il n'existe aucune statistique sérieuse et que, faute de publicité des sentences arbitrales, il soit difficile d'en dresser une, le nombre de sentences rendues à l'occasion d'un différend relatif à un investissement

semble relativement restreint. Ce qui indique soit un nombre également restreint de litiges, soit un grand succès des procédures de conciliation, soit, ce qui paraît plus vraisemblable, une faible extension des clauses compromissoires et le mauvais fonctionnement de l'arbitrage. En effet, les Etats d'Amérique latine sont particulièrement réticents à déposséder leurs tribunaux de la connaissance de ce type de litiges et la plupart des Etats africains sont encore dans la dépendance d'une métropole européenne. Depuis l'indépendance d'un nombre de plus en plus grand de pays, les clauses compromissoires se multiplient, car la plupart des codes d'investissement africains admettent la possibilité de prévoir un arbitrage international pour les différends relatifs aux investissements étrangers. Mais ces clauses continuent à mettre sur pied des arbitrages *ad hoc*, et même améliorées, sont encore rudimentaires. On peut alors se demander pourquoi l'arbitrage institutionnel n'a pas ici le même développement qu'en matière commerciale, alors qu'il offrirait les mêmes avantages (v. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965, pp. 164 et ss.).

La raison en est simple : l'arbitrage institutionnel exige pour se développer qu'une certaine expérience de la matière objet du différend soit acquise puisque l'arbitrage institutionnel va dans une certaine mesure la fixer. Il est également nécessaire que l'institution ait la confiance des intéressés, puisqu'ils vont s'en remettre à elle pour une grande partie des règles applicables à l'arbitrage. Aussi l'on est actuellement à un tournant et il faut s'attendre dans les années à venir à un large développement de l'arbitrage institutionnel. En effet, on connaît mieux les problèmes soulevés par l'arbitrage en matière d'investissement et un organisme particulièrement qualifié, la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (B.I.R.D.) a pris l'initiative de proposer aux gouvernements une convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, convention déjà ratifiée par vingt-huit Etats (à la date du 3 février 1967) qui met sur pied un arbitrage institutionnel. Il est donc à prévoir que les deux types d'arbitrage, arbitrage *ad hoc*, arbitrage institutionnel vont suivre un développement continu, l'un et l'autre ne répondant pas exactement aux mêmes besoins, mais que l'expansion de l'arbitrage institutionnel sera plus accéléré.

Aussi, suivant à la fois un ordre historique (antériorité) et logique (champ d'expérience) exposerons-nous d'abord — délaissant les autres procédures — les problèmes soulevés par l'arbitrage *ad hoc*, procédé de règlement des différends en matière d'investissement, puis ceux soulevés par l'arbitrage institutionnel. Etant entendu que lorsque les problèmes sont communs aux deux types d'arbitrage, nous les exposerons là où ils se présentent de la façon la plus caractéristique ou sont résolus le plus heureusement.

#### I. — L'ARBITRAGE AD HOC

L'arbitrage *ad hoc* conserve un grand intérêt car il convient bien en raison de sa souplesse aux petits et moyens investissements mais il sou-

lève plusieurs séries de difficultés qui, tout en étant analogues à celles que l'on rencontre dans l'arbitrage commercial international, prennent ici une coloration plus vive du fait que l'une des parties au différend est toujours un Etat (ou l'un de ses démembrements). Les unes ont trait à l'intervention de la volonté des parties dans l'établissement et le fonctionnement du tribunal arbitral, les autres au fait que la sentence arbitrale bien que rendue possible par un accord de volontés est une décision juridictionnelle.

#### A) L'arbitrage ad hoc, constructions des parties

Quatre questions : l'arbitrabilité du différend, la constitution du tribunal arbitral, la procédure d'arbitrage, la loi applicable au fond.

##### 1° L'arbitrabilité du différend :

La première difficulté est la délimitation du différend soumis à l'arbitrage, l'arbitrabilité du différend. Il est, en effet, rare de rencontrer une clause compromissoire déférant tous les litiges relatifs à un investissement à un tribunal arbitral. D'abord le terme « investissement » recouvre et synthétise des opérations complexes dont certaines ont leur régime juridique propre qui se juxtapose à celui de l'investissement. La compétence des tribunaux locaux paraît indiscutable : ainsi en est-il des litiges relatifs à la condition de l'étranger, à l'exécution des contrats passés par l'investisseur dans l'exercice de son activité, etc... sauf lorsque le litige met en cause la notion d'investissement. Mais à l'intérieur même de la notion d'investissement entendue au sens strict, la question de l'arbitrabilité du différend reste posée en raison de la rédaction plus ou moins précise des clauses compromissoires ou des compromis d'arbitrage.

Ainsi dans les accords pétroliers passés par l'Iran avec les compagnies occidentales (voir J.F. Lalive, « Un récent arbitrage suisse entre un organisme d'Etat et une société privée étrangère », *Annuaire suisse de droit international*, 1962, p. 273 ; J. Logie, « Les contrats pétroliers iraniens », *Revue belge de droit international*, 1965, p. 392), une distinction est faite entre les différends techniques et les différends juridiques, les premiers soumis à expertise, les seconds à arbitrage, encore que l'expertise soit en réalité un véritable arbitrage. (En ce sens Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, n° 413, note 43). En ce qui concerne les différends juridiques, l'accord Consortium par exemple renvoie à l'arbitre l'exécution et l'interprétation de l'accord (agreement) ainsi que la détermination des droits et obligations des parties. L'arbitrabilité de la validité de l'accord n'est pas précisée ni quels moyens peuvent utiliser les arbitres pour sanctionner l'inexécution des obligations. Or, par exemple, le Conseil des Ministres de l'Arabie séoudite par un décret du 25 juin 1963 a interdit aux établissements publics saoudiens d'accepter un arbitrage comme moyen de régler un différend surgissant entre eux et un particulier (personne physique ou personne morale) sauf dans les cas exceptionnels où l'Etat a accordé une concession. Ceci montre bien

qu'il peut y avoir de grandes difficultés pratiques d'interprétation dont on rapprochera celles qui ont surgi à propos de la faculté pour l'Etat français de compromettre (voir Cass. civ., I, 14 avril 1964, San Carlo ; *Clunet*, 1965, 645, note Goldman ; *Revue crit. dr. int. pr.*, 1966, 69, note Batiffol ; Cass. civ., I, 2 mai 1966 ; *Clunet*, 1966, 648, note Level). Si l'on se tourne du côté des codes d'investissement et des conventions d'établissement élaborés par les pays de l'Afrique noire francophone, on rencontre une large admission de l'arbitrabilité des différends. La réglementation la plus large se trouve dans le code du Cameroun :

« Le règlement des litiges relatifs à la validité, à l'interprétation ou à l'application des clauses de la convention prévue aux sections 3 et 4 du titre II et à la détermination éventuelle de l'indemnité due pour la méconnaissance des engagements pris fera l'objet d'une procédure d'arbitrage. »

La réglementation la plus habituelle est un peu moins développée. Ainsi l'article 10 du code ivoirien :

« Le règlement des différends résultant de l'application des dispositions d'une convention d'établissement et la détermination éventuelle de l'indemnité due pour la méconnaissance des engagements pris, pourront faire l'objet d'une procédure d'arbitrage dont les modalités seront fixées par chaque convention. »

Pour faire un tour d'horizon complet, voici quatre clauses compromissoires insérées dans les conventions d'établissement ivoiriennes pour leurs stipulations relatives à l'arbitrabilité du différend.

Prestations de service (1961) :

« En cas de difficultés entre les parties, elles décident de s'en remettre à une juridiction d'arbitrage international. »

Investissement en matière agricole :

« Au cas où des différends surgiraient entre les parties pour l'application de la présente convention, il serait statué par voie d'arbitrage... »

Investissement industriel :

« Tout différend entre les parties relatif à l'exécution de la présente convention et des textes qui en découlent, ainsi que, d'une façon générale, aux droits et obligations qui en résultent pour chacune d'elles, sera soumis à un arbitrage... »

Investissement pétrolier (1963) :

Même rédaction que pour l'investissement industriel.

Mais même avec des clauses compromissoires donnant une large compétence aux arbitres telle qu'elle vient d'être définie peut subsister un dernier problème. En effet, il a été soutenu devant la Cour internationale de Justice que « le fait de nationaliser l'industrie pétrolière qui découle de l'exercice souverain de la nation iranienne n'était pas susceptible d'arbitrage ». Or, d'une façon générale, la plupart des engagements pris par les pays d'accueil touchent de très près à l'exercice de la puissance publique. Si la thèse soutenue par le gouvernement iranien était admise, l'arbitrage en matière de différends relatifs aux investissements serait singulièrement restreint. La Cour internationale de Justice n'a pas eu finalement à se prononcer. Mais on doit souligner qu'à propos des nationalisations, l'Assemblée générale des Nations Unies, après avoir reconnu

le droit de souveraineté de chaque Etat sur ses richesses et ressources naturelles, admet la possibilité d'un arbitrage international si la question de l'indemnisation (en cas de nationalisation) donne lieu à controverse (Assemblée générale des Nations Unies, résolution 1803 (XVII) sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles du 14 décembre 1962. Voir Mahmoud Salem, *Souveraineté politique et indépendance économique des Etats nouveaux*, Mémoire pour l'obtention du diplôme d'Etudes Supérieures de Droit Public, Faculté de Droit et des Sciences économiques de Dijon, 1966, pp. 94 et s., ronéot.).

### 2° La constitution du tribunal arbitral :

Les clauses compromissoires dans leur grande majorité prévoient la nomination d'un arbitre par chacune des parties et la nomination d'un troisième arbitre par les deux premiers (sans qu'il soit toujours précisé si le troisième arbitre pourra seulement départager les deux premiers ou si le tribunal est réellement composé de trois arbitres indépendants. La tendance paraît dans ce dernier sens. La difficulté ici est double. D'abord, l'une des parties peut négliger ou refuser de désigner son arbitre. Les deux arbitres peuvent ne pas arriver à se mettre d'accord pour la désignation du troisième arbitre.

Il est le plus souvent prévu qu'une autorité étrangère aux parties désignera le ou les arbitres non désignés à la suite du déroulement normal de l'arbitrage. Cette personnalité est de plus en plus fréquemment le Président de la Cour internationale de Justice. Et pour le cas où la personnalité indiquée en premier lieu ne pourrait pas ou ne voudrait pas désigner les arbitres, plusieurs autres personnalités sont choisies à titre subsidiaire. Ainsi dans l'accord National Iranian Oil Company-Sapphire Petroleum Ltd, la désignation est faite par le Président du Tribunal fédéral suisse et à défaut et dans l'ordre par le Président ou un juge de rang équivalent des Cours Suprêmes du Danemark, de la Suède et du Brésil (voir Fouchard, *op. cit.*, n° 408 et s.).

La procédure de désignation des arbitres doit être soigneusement établie car autrement le tribunal arbitral ne peut pas se constituer et la convention arbitrale devient ainsi dépourvue d'efficacité ou complètement déformée (nomination des arbitres par le tribunal qui aurait été compétent en l'absence de clause compromissoire).

### 3° La procédure d'arbitrage :

Il s'agit de savoir selon quelles règles la procédure se déroulera devant les arbitres. Deux cas devraient être distingués selon que les parties ont donné dans la clause compromissoire des indications précises ou selon qu'elles ont ignoré le problème. Mais même quand les parties ont posé des règles de procédure, il est exceptionnel dans l'arbitrage *ad hoc* qu'elles soient suffisamment développées pour permettre son déroulement sans faire appel à d'autres principes. En effet, même les clauses compromissoires les plus détaillées vont rarement plus loin qu'indiquer les délais donnés aux arbitres pour se prononcer, quel que soit le lieu de l'arbitrage. Les clauses les mieux faites, prenant en quelque sorte acte

de l'impossibilité de faire des codes de procédure, laissent le soin aux arbitres de fixer eux-mêmes les règles qui leur paraîtront utiles.

Quelques exemples propres à éclairer la pratique suivie, vont être donnés.

Convention ivoirienne pour un investissement agricole :

« Le collège arbitral fixera un délai raisonnable et le lieu où il entend procéder à l'audition des parties et enquêter sur les faits constitutifs du litige. Le collège arbitral présentera son rapport et rendra sa sentence dans les soixante jours de la désignation du troisième arbitre, sauf accord des parties pour reporter la décision à une date ultérieure »... (suit un alinéa sur l'exécution de la sentence).

Convention entre le Gabon, le Congo et la Compagnie minière de l'Ogooué :

« L'arbitre unique ou le collège arbitral composé des deux arbitres et éventuellement du troisième arbitre statuant alors à la majorité de ses membres, sera maître de sa procédure et jugera souverainement comme amiable compositeur :

— Il fixera un délai raisonnable et le lieu où il entend procéder à l'audition des parties et des témoins, à toutes confrontations et plus généralement à toutes enquêtes sur les faits constitutifs du litige ;

— Il fixera le lieu où l'arbitrage sera rendu ;

— Il présentera son rapport et rendra sa sentence sur la base de la présente convention et de l'équité dans les meilleurs délais. »

Exécution de la sentence...

Convention entre la République Malagasy et la Société d'électrochimie, d'électrometallurgie et des aciéries électriques d'Ugine.

Le titre XI de la convention est consacré à l'arbitrage. Il comprend dix articles (35-44) ce qui est beaucoup pour ce type de convention. Il pose quelques règles sur le fonctionnement du tribunal et sur l'audition des parties et la constitution du dossier, puis (art. 42) pose la règle que :

« Les arbitres statuent comme amiables compositeurs dispensés d'observer les règles de procédure à l'exception de celles prévues dans la présente convention. »

Or les règles prévues dans la convention sont insuffisantes à répondre à tous les problèmes procéduraux soulevés au cours de l'instance arbitrée. Il faut donc rechercher quel système juridique doit s'appliquer pour suppléer les lacunes. Sans entrer dans le détail rappelons que deux systèmes surtout ont été proposés, l'un qui donne compétence au droit international privé du pays où siège la juridiction arbitrale, l'autre à celui du pays dont le droit matériel, expressément ou tacitement, a été choisi par les parties pour régir leur arbitrage ou le fond du litige (Sur l'ensemble du problème : B. Goldman, « Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1963, vol. 1, n° 7 et s.). Si ces deux conceptions se partagent les faveurs de la doctrine nous ne saurions les retenir. Outre les critiques décisives émises par M. Goldman dans son cours précité, on doit simplement souligner qu'en dehors d'une volonté expresse des parties au différend, il serait illogique de recourir à l'arbitrage parce que les juridictions étatiques ne répondent pas aux

besoins pour le règlement des différends nés en matière d'investissement et de réintroduire par la bande des droits nationaux procéduraux de façon encore plus arbitraire.

Ce que nous préconisons, et ce qu'un grand nombre d'investisseurs et des Etats d'accueil expriment de façon non douteuse, sinon expresse, en donnant aux arbitres la maîtrise de la procédure c'est le rattachement direct à un droit international procédural matériel que les arbitres doivent élaborer sur la base des arbitrages antérieurs et des règlements des institutions arbitrales (voir *infra*) et sur la base de leur propre expérience mais se référant à des principes admissibles par tous comme le respect des droits de la défense.

#### 4° La loi applicable au fond :

Dernier point où la volonté des parties joue un rôle prépondérant, celui de la loi applicable. Nous traiterons le problème à l'occasion de l'arbitrage institutionnel.

#### B) L'arbitrage ad hoc, procédé juridictionnel

L'arbitrage ne conduit pas à une conciliation ou un bon office mais à une décision qui se veut juridictionnelle : la sentence arbitrale. Si les parties l'exécutent de bonne foi, il n'y a aucune difficulté. Mais si l'une des parties refuse de s'incliner, les choses deviennent plus complexes. Plusieurs cas doivent être envisagés suivant que celui qui n'exécute pas est l'investisseur ou l'Etat d'accueil.

*Premier cas* : l'investisseur n'exécute pas. Mais l'exécution forcée est possible sur le territoire de l'Etat d'accueil. La difficulté est éliminée. Si l'exécution est impossible sur le territoire de l'Etat d'accueil mais est possible sur le territoire d'un autre Etat, l'Etat d'accueil devra faire appel aux autorités de l'Etat où l'exécution est possible, donc se soumettre à leur contrôle.

*Deuxième cas* : le pays d'accueil n'exécute pas. Il est peu probable que l'investisseur puisse obtenir l'exécution dans le pays lui-même. S'il essaye d'obtenir l'exécution à l'étranger, nous retrouvons le contrôle des autorités de l'Etat étranger auquel s'ajoutent ce qui est le plus grave pour l'investisseur, les immunités du droit international public telles l'immunité de juridiction ou d'exécution. Ces deux immunités qui ne jouent qu'à l'encontre de l'investisseur privé conduisent à la paralysie complète de la procédure arbitrale, donc du règlement du différend (voir notre note sous Aix, 14 février 1966, *Clunet*, 1966, 851).

Certes les parties essayent souvent de limiter les contrôles en cours d'exécution de la sentence en prévoyant que la sentence sera exécutable de plein droit, sans recours à l'exequatur donc sans contrôle d'une juridiction d'Etat. Mais les conséquences d'une telle stipulation sont limitées car les parties ne peuvent modifier les souverainetés étatiques. En matière d'arbitrage institutionnel, la convention B.I.R.D. a tenté de pallier les inconvénients liés à la notion de juridiction privée de façon originale. Il est d'ailleurs certain que l'arbitrage institutionnel peut apporter de grandes améliorations au fonctionnement de l'arbitrage.

## II. — L'ARBITRAGE INSTITUTIONNEL.

L'arbitrage institutionnel en matière d'investissement est récent. Ses premières manifestations se situent dans le cadre d'institutions d'arbitrage dont l'objet principal n'est pas le règlement des différends relatifs aux investissements mais qui ont été amenées à s'en préoccuper soit pour compléter leur activité, soit pour des raisons de frontières. Le premier organisme à citer est « La Cour permanente d'arbitrage de La Haye » dont l'objet primitif était d'offrir aux Etats un cadre permanent pour le règlement de leurs différends et qui depuis 1962 a modifié son règlement pour faciliter l'arbitrage et la conciliation des conflits internationaux entre deux parties dont une seulement est un Etat. Bien que l'activité de la Cour ne soit pas extrêmement grande, on trouve des clauses compromissaires récentes qui renvoient à sa « juridiction » (par exemple, la convention d'établissement entre la République islamique de Mauritanie et la Société Planet Oil and Mineral Corporation dont l'autorisation de conclusion est du 29 juillet 1966. Or à cette date, la République islamique de Mauritanie avait déjà signé, sinon ratifié la convention B.I.R.D. sur l'arbitrage. Le deuxième organisme qu'il faut retenir est la « Cour d'arbitrage près de la Chambre de Commerce internationale » (à laquelle il faut assimiler l'American Arbitration Association). En effet si la Cour est conçue surtout pour les litiges d'ordre commercial, la multiplication de ceux-ci où une autorité publique est intéressée, accompagnée de la multiplication de contrats portant sur des biens d'équipement ont entraîné un véritable glissement vers l'arbitrage des différends nés en matière d'investissement : ce type de litige représente actuellement environ 20 % de l'activité de la Cour. Mais la Chambre de Commerce internationale qui réunit l'ensemble des hommes d'affaires se rattachant à l'économie privée et à la libre entreprise ne peut constituer, quelles que soient par ailleurs la valeur de ses arbitres et leur impartialité, l'organisme de choix pour arbitrer les différends en matière d'investissement. En effet, si l'investisseur privé peut à juste titre éprouver une certaine méfiance à l'égard des juridictions de l'Etat d'accueil, ce dernier peut craindre de la même façon que ses intérêts — en tant qu'Etat — ne soient pas assez préservés ici. C'est pourquoi on peut considérer que le véritable organisme institutionnel existant actuellement est le Centre d'Arbitrage qui vient d'être créé par la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, convention élaborée sous les auspices de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (entrée en vigueur le 14 octobre 1966).

La convention B.I.R.D. sur la conciliation et sur l'arbitrage en matière d'investissement mérite une attention spéciale à plus d'un titre. D'abord dans le cadre général du droit de l'investissement, c'est la première convention multilatérale menée jusqu'à son terme, entrée en application. Elle a donc à ce point de vue une valeur exemplaire. Son objet limité et concret (le règlement des différends) répondant à un besoin pressant est sans doute une des explications de son succès. Il

faut ajouter que la procédure d'élaboration fondée sur la large consultation décentralisée des Etats a permis à tous les Etats qui le désiraient, quel que soit leur niveau économique, de faire entendre leur point de vue alors que les projets de convention antérieurs émanaient tous de pays industrialisés (organismes officiels ou privés). En second lieu l'institution d'arbitrage qu'elle met sur pied est la première institution de ce genre, pensée uniquement en fonction de litiges relatifs aux investissements — dans un cadre et des limites que nous aurons à déterminer mais il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'un arbitrage spécifique. Enfin les Etats par une convention interétatique reconnaissent aux particuliers un certain accès à un prétoire international qui pour n'être pas une juridiction au sens strict s'en rapproche beaucoup. C'est donc un des rares cas de ce genre. D'une façon générale les auteurs de la convention ont fait preuve de beaucoup de prudence en donnant à l'instrument d'arbitrage une grande souplesse et en conservant les données traditionnelles en matière d'arbitrage institutionnel. La convention institue un centre international d'arbitrage mais celui-ci ne prononce pas de sentence, il facilite par sa permanence et son organisation la mise sur pied des arbitrages particuliers, il supplée les silences ou les oublis des intéressés et pour ce faire, les auteurs de la convention ont tenu le plus grand compte de l'expérience acquise dans les arbitrages *ad hoc*. (Pour une bibliographie très restreinte, consulter plus particulièrement : Broches, « The Convention on the Settlement of investment disputes : some observations on jurisdiction », *Columbia Journal of Transnational Law*, 1966, 263 ; Delaume, « La convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats », *Clunet*, 1966, 26 ; Roulet, « La convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats », *Annuaire suisse de droit international*, 1965, 121).

## A) Organisation et compétence du Centre

L'organisation du Centre est très simple, en revanche sa compétence est un peu plus délicate à déterminer.

## 1° L'organisation du Centre :

Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements est une organisation internationale dotée de la personnalité morale. Ses liens avec la Banque internationale pour la reconstruction et le développement, s'ils sont réels (la Banque fournit au Centre l'appui de ses moyens matériels), n'ont pas juridiquement son indépendance.

Il est dirigé par un conseil administratif composé des représentants des Etats contractants et présidé par le Président de la B.I.R.D. La tâche essentielle du conseil est d'une part de prendre les décisions de principes concernant le budget et l'administration interne du Centre et d'autre part d'adopter ses règlements qui doivent permettre au Centre de jouer son rôle d'organe institutionnel d'arbitrage (règlement sur la procédure de conciliation, sur la procédure d'arbitrage, sur le déroulement

de l'instance etc...). Un règlement provisoire relatif au déroulement des instances de conciliations et d'arbitrage vient d'être adopté (2 février 1967).

A côté du conseil administratif, fonctionne un secrétariat dirigé par un secrétaire général, éventuellement aidé par des secrétaires généraux adjoints et qui constitue également le greffe du Centre d'arbitrage. M. Broches, conseiller juridique de la B.I.R.D., a été nommé Secrétaire général du Centre par le Conseil administratif au cours de ses délibérations du 2 février 1967.

Enfin une double liste de conciliateurs et d'arbitres est proposée au choix des parties dans des conditions que nous verrons plus bas. L'établissement des deux listes est capital pour le développement de l'arbitrage institutionnel en matière d'investissement. En effet, non seulement ils vont supporter la responsabilité d'être le rouage essentiel d'une institution nouvelle mais encore ils devront exercer leurs aptitudes sur une matière également nouvelle, le droit des investissements. Des erreurs seront donc possibles en plus grand nombre qu'ailleurs et leurs conséquences plus graves. Chaque Etat contractant a la possibilité de désigner quatre personnes pour figurer sur chacune des listes ; il n'est pas nécessaire qu'il nomme des personnes ayant sa nationalité. Le Président du Centre peut désigner deux personnes pour figurer sur chaque liste, mais elles doivent toutes être de nationalités différentes (art. 13 de la convention). Les auteurs de la convention, très conscients de l'importance du choix des arbitres ont donné des directives destinées à guider les Etats : les personnes désignées doivent jouir d'une haute considération morale, être très compétentes particulièrement en matière juridique, être indépendantes. De plus le Président dans ses désignations doit s'attacher à ce que les principaux systèmes juridiques du monde et les principaux secteurs de l'activité économique soient représentés. Ces directives sont sanctionnées par une récusation éventuelle d'un arbitre par l'une des parties.

## 2° La compétence du Centre :

Les auteurs de la convention se sont trouvés devant une difficulté : lui donner le plus grand domaine d'application compatible à la fois avec la susceptibilité des Etats qui, ayant accepté la compétence du Centre, ne doivent pas se sentir pris au piège d'une juridiction même arbitrale qui apparaîtrait mal adaptée et avec l'objet limité de la convention. Aussi des conditions d'ordre objectif et d'ordre subjectif ont-elles été posées.

### a) Les conditions d'ordre objectif :

Elles sont relatives à la personne des litigeants et à l'objet du différend.

1° La personne des litigeants. Aux termes de l'article 25 de la convention, le différend doit s'élever entre un Etat contractant (ou une entité dépendant de lui) et le ressortissant d'un autre Etat contractant.

La définition de l'Etat contractant soulève peu de difficultés. En revanche la détermination des collectivités publiques ou des organismes dépendants de lui est plus délicate. Il eut été très insuffisant de ne retenir

que la personne, de l'Etat lui-même. En effet une grande partie des investissements étrangers dans les pays en voie de développement se font par l'intermédiaire d'entités gouvernementales personnalisées ou avec leur accord (voir à titre d'exemple les accords N.I.O.C. — compagnies pétrolières, pour l'Iran). L'existence et les pouvoirs de ces entités touchent directement à l'exercice de la souveraineté de l'Etat dont elles émanent et il a semblé aux auteurs de la convention qu'il serait peu heureux que les arbitres soient amenés à trancher ce point. Aussi un critère formel a-t-il été retenu : c'est à l'Etat contractant à communiquer au Centre d'arbitrage la liste des organismes qui relèvent de lui pour l'application de la convention. Mais la constatation que tel organisme relève d'un Etat contractant laisse entière la question de savoir si cet organisme a le droit de compromettre. C'est un point que nous avons déjà soulevé en traitant de l'arbitrabilité des différends dans l'arbitrage *ad hoc*. Et c'est un point très important. Aussi la convention a-t-elle voulu donner une solution prudente mais certaine. Lorsque le compromis est passé par un organisme d'Etat, le consentement devra être donné par l'Etat dont il relève, à moins que ce dernier n'ait indiqué au Centre qu'un tel consentement n'est pas nécessaire. Ainsi l'Etat qui, lui, en ratifiant la convention s'est engagé au regard du droit international à respecter la convention serait responsable si l'arbitrage ne pouvait avoir lieu. On se rapproche de la méthode utilisée par la B.I.R.D. quand elle prête de l'argent à une entreprise étatique ou privée en demandant la garantie de l'Etat dont ressortit la dite entreprise. Il n'est pas sûr cependant que toutes les conséquences du consentement de l'Etat sur l'engagement d'arbitrage aient été suffisamment explicitées.

En face de l'Etat doit se trouver le ressortissant d'un autre Etat contractant. Plusieurs remarques doivent être faites :

On peut se demander s'il était bien utile d'exiger qu'il s'agisse d'un autre Etat contractant. Est-ce que la seule mention d'un autre Etat n'aurait pas été suffisante ? Les particuliers ont — dans leur majorité — réclamé depuis longtemps l'arbitrage des différends en matière d'investissements. Ce sont les Etats qui étaient plutôt réticents. Il est donc largement suffisant que l'Etat d'accueil accepte la convention B.I.R.D. sans que l'Etat d'origine l'accepte également. La contrepartie — la suspension de la protection diplomatique — est moins importante que le règlement du différend et n'aurait pas dû entraîner une telle limitation du champ d'application de la convention. Autrement on en arrive à la situation un peu incongrue suivante : actuellement onze Etats de l'ancienne Afrique française et la Tunisie ont ratifié la convention ; certains d'entre eux ont déjà inséré dans des clauses compromissaires où le contractant est français des renvois au Centre d'arbitrage. Mais comme la France n'a pas encore ratifié la convention, la clause compromissoire est paralysée et la bonne volonté de l'Etat d'accueil découragée (1).

Cela étant, la détermination de la nationalité des personnes physiques offre peu de difficulté, la date de référence étant celle de la décision

(1) La ratification de la France a été enregistrée quelques jours après le Colloque... (N.D.L.R.).

de s'adresser au Centre. Il est bien précisé qu'en cas de double nationalité dont l'une est celle de l'Etat partie au différend, la convention est inapplicable. En revanche rien n'a été expressément prévu pour les apatrides. Une interprétation libérale devrait utiliser le domicile comme substitut de la nationalité et de l'allégeance.

La situation est plus complexe pour les personnes morales. On se reportera au rapport de M. Luchaire pour l'ensemble de la question. Mais il faut indiquer ici que la convention entend par ressortissants d'un autre Etat contractant toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend. Mais aucun critère de la nationalité des personnes morales n'est donné dans la convention. Or, ici, les solutions sont moins nettes que pour la nationalité des personnes physiques. Elles sont même âprement discutées. Entre les critères de l'incorporation, du siège social, du contrôle (avec ses variantes) les auteurs de la convention n'ont pas voulu choisir. Ils ont sans doute espéré que lorsque se trouveraient réunis le critère de l'allégeance juridique (siège social ou incorporation) et le critère de l'allégeance politique (contrôle) — selon une terminologie courante mais qui nous semble inexacte — il n'y aurait aucune discussion. Une atténuation à la règle de principe a été apportée pour le cas pratique le plus important. L'atténuation, c'est la possibilité pour une société ayant la nationalité de l'Etat contractant partie au différend d'être considérée — par accord entre elle et cet Etat — comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers. Le cas visé est celui où une société, bien que contrôlée par des intérêts étrangers, a son siège social dans le pays d'accueil ou est considérée comme ayant la nationalité locale en raison de textes d'opportunité relatifs au droit des sociétés. Cette utilisation du système du contrôle est intéressante mais soulève de grandes difficultés d'application car une société peut être contrôlée par des intérêts étrangers ayant plusieurs nationalités : que fera-t-on dans le cas d'une société ayant un siège social dans le pays d'accueil mais dont la moitié des actions appartiendront à des ressortissants d'un Etat contractant et l'autre moitié à des ressortissants d'un Etat non contractant ? En réalité, ici comme pour la plupart des questions importantes, les auteurs de la convention, d'une façon très pragmatique, s'en remettent aux parties pour décider quelle société est étrangère ou non. Il est possible que dans la mesure où les Etats d'accueil se sentant libres de ne reconnaître une nationalité étrangère qu'au regard de certains intérêts, ils accepteront plus facilement le recours à l'arbitrage. Mais n'est-ce pas parce que le problème de la nationalité est mal posé et que l'on confond trop facilement la loi applicable à l'activité d'une société qui dépend normalement de son domicile et la détermination de son allégeance (nationalité) qui dépend normalement du contrôle. En tout cas sur ce point, l'appel trop fréquent à la volonté des parties risque de retarder l'établissement par la juridiction arbitrale de règles de droit précises propres aux investissements.

Une dernière remarque doit être faite concernant les personnes ayant accès au Centre. Apparemment les personnes relevant du droit interna-

tional, mais qui ne sont pas les Etats ni, par définition, les ressortissants d'un Etat, ne peuvent pour les investissements qu'elles font ou éventuellement qu'elles reçoivent, recourir à la procédure de conciliation ou d'arbitrage du Centre. A la lettre des textes c'est le cas de la B.I.R.D. et de ses filiales et celui de plusieurs établissements financiers internationaux. Il y a là un paradoxe qui s'explique si l'on considère que la convention est une convention interétatique mais n'aurait-il pas fallu tenir compte du processus d'élaboration et en particulier que le traité a été conclu sous les auspices d'un organisme international, ce qui permettrait d'y voir un acte unilatéral à caractère normatif général (voir Dehaus, « Les conventions multilatérales conclues sous les auspices des organisations internationales », *Mélanges Séphériades*, t. I, p. 23).

2° *La nature du différend* : il doit s'élever entre les personnes sus-indiquées un différend d'ordre juridique relatif à un investissement.

Un différend d'ordre juridique : les auteurs de la convention ont voulu préciser par là que le différend doit porter comme le dit excellemment M. Delaume (« La convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats », *Clunet*, 1966, p. 35) : « sur l'existence ou la portée d'un droit ou d'une obligation, ou sur la nature ou l'étendue des réparations qui seraient dues pour méconnaissance de ce droit ou violation de cette obligation ». Il n'y a rien à ajouter. Sont donc exclus les différends de nature politique ou économique qui bien qu'en relation avec un investissement, ne répondent pas à la définition qui vient d'être donnée (par exemple désaccord sur l'opportunité de modifier le statut juridique de l'investissement).

Différend relatif à un investissement : la condition est essentielle puisque le but même de la convention est d'encourager les investissements en facilitant le règlement des différends qui pourraient s'élever entre investisseurs et Etats d'accueil. Or la convention ne contient pas de définition de l'investissement. D'après M. Delaume (*op. cit.*, pp. 35 et 36), on a voulu éviter en donnant une définition soit d'être trop vague (inutilité), soit d'être trop précise et de limiter alors le domaine d'application de la convention. D'autant plus que l'intervention des parties dans la saisine du Centre permet de limiter l'inconvénient qu'il y a à ne pas avoir de définition. Il est probable également que les négociateurs n'ont pas réussi à se mettre d'accord sur une définition et que la rédaction de l'article 25 constitue un compromis (voir notre rapport : « Problèmes juridiques des investissements étrangers dans les pays en voie de développement », *International Law Association*, Congrès d'Helsinki, 1966, pp. 5-15). Il est quand même un peu dommage que des définitions par catégorie d'investissements n'aient pas été données même à titre indicatif, pour guider l'interprète (comp. O.C.D.E., Code de libération des échanges, Annexes).

b) *Les conditions d'ordre subjectif* :

Il n'en existe qu'une. C'est la nécessité du consentement des parties, aussi bien de l'Etat contractant que du ressortissant d'un autre Etat contractant. Le fait d'avoir ratifié la convention n'engage pas un Etat à



soumettre tous ses différends relatifs à un investissement au Centre, il lui donne simplement le droit de le faire (et de participer à l'administration du Centre). Il doit donner son consentement pour chaque cas. Il en est de même pour l'investisseur. Le consentement pourra d'ailleurs être donné à l'avance (clause compromissoire avec référence au Centre) ou après la naissance du différend (compromis). Le consentement doit être donné par écrit mais non nécessairement dans le même acte ou dans un acte solennel. Il suffit enfin qu'il soit donné avant la saisine du Centre (voir Delaume, *op. cit.*, pp. 30 et s.). Mais — et c'est un grand progrès — le consentement ne peut pas être retiré unilatéralement, ce qui est une garantie précieuse de bon fonctionnement.

L'importance donnée à la volonté des parties pour saisir le Centre explique que les auteurs de la convention aient pu sur certains points rester discret (nationalité des sociétés) ou silencieux (définition de l'investissement). Il n'en reste pas moins que l'exigence des conditions de compétence doit pouvoir être sanctionnée.

c) *Contrôle du respect des conditions :*

Les auteurs de la convention ont introduit un contrôle à deux paliers :

D'abord le Secrétaire général du Centre reçoit le droit (art. 36) de refuser d'enregistrer une requête qui lui paraîtrait excéder manifestement la compétence du Centre. Il est à prévoir qu'il exercera avec prudence des prérogatives qui, pour être utiles, sont néanmoins dangereuses.

Ensuite et surtout la commission de conciliation ou le tribunal arbitral sont juges — de leur compétence. On rejoint ici un des grands principes de la procédure qui veut que chaque juge soit juge de sa compétence et qui a été si discutée pour l'arbitrage. Son affirmation dans la convention va faciliter sa généralisation à l'ensemble de l'arbitrage international.

B) *Le déroulement de la conciliation et de l'arbitrage*

1° *L'élaboration de la sentence :*

a) Il faut d'abord que les intéressés saisissent le Centre de leur différend. Cette saisine s'opère par une requête adressée par écrit au Secrétaire général et contenant des informations sur l'objet du différend et sur ses circonstances, de façon à permettre la vérification de la compétence du Centre (art. 28 et 36). La requête est unilatérale ou bilatérale.

b) Ensuite, la Commission de conciliation ou le Tribunal arbitral doit être constitué (nous exposerons dorénavant le cas du Tribunal arbitral sauf à faire les distinctions nécessaires). Le choix des arbitres appartient normalement aux parties qui peuvent s'en remettre à un seul arbitre ou à plusieurs pourvu qu'il s'agisse d'un chiffre impair. A défaut, pour les parties de s'être mises d'accord sur le procédé de nomination et sur le nombre des arbitres, le Tribunal comprend trois arbitres : chaque partie nomme un arbitre et le troisième arbitre qui préside est désigné d'accord parties. Enfin, si le Tribunal n'a pu se constituer dans les 90 jours qui suivent l'enregistrement de la requête, le Président du Centre

à la requête de la partie la plus diligente, opère les désignations nécessaires. Mais, alors que les parties sont absolument libres de choisir des arbitres inscrits sur la liste du Centre, ou non inscrits, en d'autres termes, de choisir qui elles veulent (sous la réserve de l'exigence de compétence et d'indépendance de l'art. 14), le Président ne peut désigner que des arbitres inscrits sur la liste du Centre et à condition qu'ils ne possèdent ni la nationalité de l'Etat contractant partie au différend, ni celle de l'Etat contractant dont le ressortissant est partie au différend. En tout état de cause (nomination par les parties) la majorité des arbitres composant le Tribunal ne doit pas avoir la nationalité d'un de ces Etats. Ces deux règles qui tendent à assurer l'impartialité du Tribunal doivent être approuvées, mais n'aurait-il pas fallu aller plus loin et prendre des dispositions à l'égard des arbitres désignés par un Etat contractant pour être inscrits sur la liste du Centre et qui n'ont pas sa nationalité.

On constatera là encore que la première place est laissée à la volonté des parties dans le cadre de l'organisation du Centre qui offre d'abord des facilités, puis en cas de déficience des parties, quelle qu'en soit la raison, des règles subsidiaires qui deviennent impératives et qui permettent à l'arbitrage de fonctionner beaucoup plus facilement que dans les arbitrages *ad hoc*. La même remarque pourra être faite avec l'étude du déroulement de la procédure et la recherche des règles qui lui sont applicables.

c) Sans entrer dans les détails techniques — et d'ailleurs, ici ce sont plutôt les grandes directives qui importent — les règles procédurales sont établies par la convention elle-même et par le règlement d'arbitrage (ou de conciliation) en vigueur à la date où les parties au différend ont consenti à le soumettre au Centre. Il n'en serait autrement que si dans la mesure où les parties auraient indiqué d'autres règles. En cas de lacune c'est le Tribunal lui-même qui doit trancher le point de procédure qui fait difficulté. Un règlement provisoire a été adopté mais à la date où nous écrivons ce rapport nous n'avons pu en prendre connaissance.

La convention à laquelle est nécessairement subordonné le règlement prévoit les conséquences du défaut ou de l'abstention et autorise le Tribunal à utiliser les moyens de preuve qui lui paraîtront appropriés (enquêtes, transport sur les lieux, audition des témoins, etc...).

Ce qui est le plus nouveau par rapport à l'arbitrage, *ad hoc*, est l'élimination de la recherche de la loi (nationale) applicable à l'instance arbitrale. En principe, l'ensemble convention-règlement doit suffire ; sinon les arbitres tranchent directement au fond la difficulté procédurale soulevée et ils ne peuvent le faire qu'en s'inspirant de l'esprit de la convention et d'un droit international procédural matériel qu'ils vont pour partie élaborer.

d) La détermination du droit applicable au fond du litige, en d'autres termes la détermination du droit qui régit l'investissement, est un des problèmes les plus importants et les plus complexes de la matière. Il ne saurait donc être question de l'examiner dans toute son ampleur et à peine de l'aborder bien qu'il domine l'arbitrage, qu'il s'agisse d'un

arbitrage *ad hoc* ou d'un arbitrage institutionnel. On se contentera d'exposer le système retenu par la convention B.I.R.D. et les solutions possibles.

Le système de la convention B.I.R.D. tient en deux propositions : les arbitres doivent appliquer les règles de droit adoptées par les parties. A défaut d'accord des parties, ils doivent appliquer le droit de l'Etat contractant partie au différend — y compris les règles relatives aux conflits — ainsi que les principes de droit international en la matière (art. 42, 1).

Sous réserves des précisions contenues éventuellement dans le règlement, le système tel qu'il vient d'être énoncé semble à la fois discutable en ce qui concerne les rattachements retenus et imprécis en ce qui concerne son application.

Imprécis, car il n'est pas dit comment se manifeste l'adoption de règles de droit par les parties. Et ce n'est pas une querelle de mots. Lors de la conférence diplomatique sur l'unification du droit de la vente internationale (La Haye, 1964) une discussion du même genre a surgi. Faut-il que les parties énoncent expressément le droit auquel elles veulent soumettre leur accord ou suffit-il qu'un examen de l'ensemble de leurs rapports permette d'en déduire le rattachement à un système donné. Et finalement, on a dû renoncer à exiger une référence expresse. De l'une ou l'autre interprétation dépend une plus ou moins grande liberté des parties et en même temps un plus large pouvoir d'appréciation de l'arbitre. En second lieu, en ne précisant pas — dans le silence des parties — quand il faudra se référer au droit matériel de l'Etat en cause et quand il faudra se référer à son droit des conflits. On va donc au devant de sérieuses difficultés. Le renvoi en matière contractuelle n'est pas si fréquent qu'on puisse d'ores et déjà s'appuyer sur une pratique comparatiste commune. Enfin il n'est pas indiqué dans quel ordre hiérarchique il faut retenir le droit de l'Etat en cause et les principes de droit international étant entendu qu'il s'agit du droit international au sens de l'article 38 des statuts de la Cour internationale de Justice. La sentence *Aramco* a montré que ce n'était pas une question abstraite d'autant plus que le droit international ainsi défini est fait pour régir des relations interétatiques et non des rapports Etat/particulier.

Mais, même si ces points avaient été réglés par la convention (ou le règlement), nous nous demanderions encore si les rattachements retenus ne sont pas trop traditionnels et mal adaptés. En effet une des raisons qui justifie le recours à l'arbitrage est l'inadaptation des tribunaux de l'Etat d'accueil et une certaine méfiance que peut éprouver légitimement l'investisseur. Il en est rigoureusement de même pour le droit dudit Etat surtout si on retient l'interprétation d'un commentateur particulièrement autorisé (Delaume, *op. cit.*, p. 47) qui soutient que la loi applicable est la loi en vigueur au jour où l'affaire est soumise au Tribunal et non celle en vigueur au jour de l'investissement (ou de l'accord d'investissement).

En réalité, la solution retenue par la convention B.I.R.D. reprend, adaptée à la matière, celle énoncée par la Cour permanente de Justice

internationale dans l'affaire des emprunts serbes. Elle a le mérite, sans doute, de permettre de trouver une loi assez facilement, mais elle va à l'encontre des solutions qui étaient en train d'être dégagées au cours des grands arbitrages récents (Cheik d'Abu Ohabi, *Aramco*, *Sapphire*) : le droit des investissements devrait être rattaché directement au droit international. Non pas au droit international public dans l'acception du terme comme il a été soutenu par quelques auteurs (voir surtout : F.A. Mann, « The law governing state contracts », *B.Y.B.*, 4, 1944, 11-33 ; « The proper law of contracts (enclused by International Persons) », *B.Y.B.*, 4, 1959, 34-57) mais un droit économique international en cours de formation et dont une des branches essentielles serait justement le droit des investissements. Ce droit qui est un droit matériel, serait bien sûr subordonné au droit international public (pour un exposé de cette thèse voir Jessup, *Transnational Law* ; Goldman, *op. cit.* ; Ph. Kahn, *Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française*, *Clunet*, 1965 ; Verwilghen, « Le régime juridique des investissements au Congo », *Cahiers économiques et sociaux*, 1966, 151 ; Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965 ; Motulsky, « L'exécution des sentences arbitrales », *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, 1964 ; Schmitthoff (sous la direction), *The Sources of the law of international trade*).

## 2<sup>e</sup> Exécution de la sentence :

C'est, nous l'avons vu, le domaine où, dans l'arbitrage *ad hoc*, on rencontre le plus d'obstacles. Aussi, les auteurs de la Convention B.I.R.D. ont-ils tenté de les lever.

Il est d'abord prévu, mais c'est classique, que la sentence est obligatoire à l'égard des parties et qu'elle ne peut faire l'objet d'aucun appel ou d'aucun recours sous réserve de la procédure spéciale en interprétation, en révision ou en annulation des articles 50 à 52.

Mais — et c'est ce qui est le plus intéressant — chaque Etat contractant doit considérer une sentence rendue dans le cadre de la Convention comme obligatoire et plus précisément comme ayant la même valeur qu'un jugement définitif d'un Tribunal fonctionnant sur son territoire. Il suffit que le bénéficiaire de la sentence en présente une copie certifiée conforme par le Secrétaire général du Centre au Tribunal compétent ou à l'autorité désignée par l'Etat sans qu'une véritable instance en exequatur — avec le contrôle d'authenticité. Toutefois, la Convention réserve expressément le droit pour l'Etat sur le territoire duquel on demande l'exécution de maintenir l'immunité d'exécution. De plus l'exécution a lieu selon les lois en vigueur dans l'Etat contractant où l'on cherche à exécuter. On peut donc admettre que, soit à titre de lois de police, soit au nom de l'ordre public, un certain contrôle de l'Etat d'exécution va pouvoir s'opérer.

Enfin l'Etat dont le ressortissant est bénéficiaire de la sentence recouvre son droit de protection diplomatique si l'Etat d'accueil n'exécute pas la sentence rendue contre lui.

D'une façon générale — et ce sera notre conclusion — la Convention B.I.R.D. constitue une expérience fort importante qui devrait réussir. Les auteurs de la Convention, contre ce grand avantage que constitue

pour les investisseurs privés l'existence d'un Centre d'arbitrage bien organisé, ont pris de très grandes précautions pour que la souveraineté des Etats contractants soit sauvegardée. On peut même se demander si sur certains points, ils ne sont pas restés en deça de ce que l'évolution du droit international aurait permis. A vrai dire, l'exemple récent des conventions de New-York et de Genève montre qu'une certaine prudence doit être gardée, mais les mécanismes du Centre sont suffisamment souples pour permettre toutes les évolutions. Il faut donc attendre pour porter un jugement qui est pour lors prématuré. Nous n'irons pas jusqu'à espérer que des différends vont bientôt naître. Mais nous savons que, s'ils surgissent, ils pourront être réglés par des arbitres bien armés pour le faire.

#### ANNEXES

##### CLAUSE D'ARBITRAGE CONCERNANT UN INVESTISSEMENT EN COTE D'IVOIRE

###### Article 32. — Arbitrage :

Tout différend entre les parties relatif à l'exécution de la présente Convention et des textes qui en découlent, ainsi que, d'une façon générale, aux droits et obligations qui en résultent pour chacune d'elles, sera soumis à un arbitrage rendu dans les conditions prévues par la Convention sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, Convention passée avec la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement et ratifiée, en ce qui concerne la République de Côte d'Ivoire, par décret n° 65-238 du 26 juin 1965.

##### CLAUSE D'ARBITRAGE CONCERNANT UN INVESTISSEMENT AU MEXIQUE

Tous différends relatifs à l'interprétation ou à l'exécution du présent contrat seront réglés par voie d'arbitrage amiable à l'exclusion de tout recours aux Tribunaux.

En cas de différend, la partie la plus diligente enverra à l'autre partie une lettre recommandée demandant l'arbitrage et désignant son arbitre. Dans le délai d'un mois, l'autre partie devra faire connaître le nom de son propre arbitre ; faute par elle de le faire, cet arbitre sera désigné par M. le Président du Comité suisse de la Chambre de Commerce internationale sur demande de la partie la plus diligente.

Les deux arbitres ainsi désignés s'entendront sur la contestation, soit verbalement, soit par écrit, dans le délai de deux mois à compter de la désignation du dernier arbitre.

A défaut d'entente, ils désigneront un troisième arbitre et, s'ils ne sont pas d'accord dans le délai d'un mois sur le choix de ce troisième arbitre, celui-ci sera désigné par M. le Président du Comité suisse de

la Chambre de Commerce internationale sur demande de la partie la plus diligente. Ce troisième arbitre sera d'une nationalité différente de celle des deux parties. Les arbitres décideront, à la majorité des voix, leur sentence devant intervenir dans un délai de deux mois à compter de la désignation du troisième arbitre. *Les arbitres statueront comme amiables compositeurs.* Ils régleront eux-mêmes leur procédure et décideront de l'attribution des frais relatifs à la procédure d'arbitrage. Leur sentence sera définitive et sans recours.

Le siège de l'arbitrage sera à Paris.

##### CLAUSE D'ARBITRAGE CONCERNANT UN INVESTISSEMENT EN COTE D'IVOIRE

###### TITRE IX. — ARBITRAGE

###### Article 46. — Arbitrage :

Tout différend entre les parties, relatif à l'exécution de la présente Convention et des textes qui en découlent ainsi que, d'une façon générale, aux droits et obligations qui en résultent pour chacune d'elles, est soumis à un arbitrage rendu dans les formes et conditions ci-après :

L'arbitrage est suspensif.

Il a lieu à Abidjan.

La partie qui entend faire appel à l'arbitrage, notifie à l'autre, par lettre recommandée avec accusé de réception, les points sur lesquels elle entend solliciter l'arbitrage.

Dans un délai maximum de 30 jours à compter de ladite notification, les parties se mettent d'accord si possible sur le choix d'un collège arbitral composé de trois arbitres.

A défaut pour les parties de s'être mises d'accord dans ce délai, le collège arbitral est désigné, à la requête de la partie la plus diligente par le Président de la C.I.S. ou, en cas d'empêchement de celui-ci, par le Vice-Président de ladite Cour. Les arbitres doivent avoir une nationalité différente de celle des parties.

En cas d'empêchement de l'un des arbitres, pour quelque cause que ce soit, il en serait désigné un autre dans les mêmes formes et délais.

Le collège arbitral, composé de trois arbitres statuant à la majorité de ses membres, est maître de la procédure.

Il procède à l'audition des parties et témoins, à toutes confrontations et plus généralement à toutes enquêtes sur les faits constitutifs du litige.

Il peut décider de toute mesure d'instruction qu'il juge utile.

Elle fixera également le montant des honoraires et frais d'enquête dus aux arbitres ainsi que la répartition des dites dépenses entre les parties. A titre provisionnel, les frais relatifs à l'arbitrage sont avancés par le demandeur.

La sentence est rendue à titre définitif et les parties renoncent dès à présent formellement et sans réserve à tout droit de l'attaquer ou de faire échec à son exécution par n'importe quel moyen et à tout recours devant quelque juridiction que ce soit.

CLAUSE D'ARBITRAGE CONCERNANT UN INVESTISSEMENT  
AU GABON

Article 35. — Arbitrage :

Tous différends découlant de la présente Convention seront tranchés définitivement suivant le Règlement de Conciliation et d'Arbitrage de la Chambre de Commerce internationale, sous réserve toutefois des dispositions de l'article 47 du Code des Investissements.

Compte tenu de l'article 47 précité dudit Code, chacune des parties en litige devra désigner un arbitre. En cas de désaccord des arbitres, un troisième arbitre sera désigné d'accord partie ou, à défaut, par le Président de la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce internationale. La sentence aura un caractère définitif. Les arbitres seront maîtres de la procédure et pourront statuer comme amiables compositeurs.

CLAUSE D'ARBITRAGE CONCERNANT UN INVESTISSEMENT  
EN MAURITANIE

Article 18 :

Les parties conviennent de soumettre tous différends découlant de la présente convention, de ses annexes ou des contrats qui en résulteront, à une procédure d'arbitrage.

Les parties recourront à cet effet aux services du Bureau de la Cour permanente d'arbitrage à La Haye. Elles acceptent les dispositions contenues dans la section 1 du règlement d'arbitrage et de conciliation pour les conflits internationaux entre deux parties dont une seulement est un Etat, élaboré par le Bureau en février 1962, étant précisé que :

— chacune des parties désignera un arbitre ;

— le troisième arbitre sera désigné d'un commun accord entre les parties, que faute par les parties de désigner dans un délai de trente jours suivant l'introduction de l'instance d'arbitrage leur propre arbitre ou faute par elles de se mettre d'accord sur le nom du troisième arbitre dans un délai de trente jours suivant la désignation du dernier des arbitres désignés par les parties ou faute par l'un des trois arbitres désignés d'accepter cette désignation dans un délai de trente jours, la ou les désignations nécessaires seront effectuées par le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage, conformément aux dispositions de l'article 6.

— que la langue à employer sera la langue française ;

— le tribunal arbitral statuera *ex aequo et bono* ;

— l'introduction d'un recours en arbitrage aura un effet suspensif ;

— la sentence arbitrale sera rendue à titre définitif et irrévocable, les parties renonçant formellement et sans réserves à tout droit de l'attaquer ou de faire échec à son exécution par n'importe quel moyen et à tout recours devant quelque juridiction que ce soit.