

## M. BERTHOLD GOLDMAN

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

### LE DROIT APPLICABLE SELON LA CONVENTION DE LA B.I.R.D., DU 18 MARS 1965, POUR LE REGLEMENT DES DIFFERENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS ENTRE ETATS ET RESSORTISSANTS D'AUTRES ETATS

1. On connaît les difficultés que rencontre l'arbitre, lorsqu'il est appelé à désigner, dans un arbitrage international auquel une au moins des parties n'est pas un Etat ou une organisation internationale<sup>1</sup> le droit applicable soit à la procédure, soit au fond du litige<sup>2</sup>. Elles tiennent, pour l'essentiel, à l'absence de systèmes de procédure et de règlement des conflits de lois qui lui soient impérativement imposés (comme le droit judiciaire et le droit international privé du for le sont au juge étatique), voire simplement d'application, pour lui, logiquement nécessaire; et aussi à l'inadaptation, souvent constatée, d'un droit matériel étatique quel qu'il soit pour régir, sous tous leurs aspects, les opérations du commerce international et régler les litiges qui en résultent<sup>3</sup>.

Ces difficultés comportent des aspects particuliers, au moins en ce qui concerne le droit applicable au fond du litige, lorsque l'une des

---

(1) L'arbitrage auquel ne sont parties que des Etats ou des organisations internationales est en dehors de notre propos; il ne fait du reste pas naître des difficultés de même type, puisque le règlement des différends qui en relèvent s'opère nécessairement dans le cadre du droit international public « classique », c'est-à-dire du droit des relations entre Etats ou organismes ne dépendant pas d'un Etat (v. S. Bastid, *L'arbitrage international*, in *J. Cl. Dr. int.*, fasc. 245; Ch. Rousseau, *Droit international public*, 1953, n° 640 s.; P. Reuter, *Droit international public*, 1958, pp. 292 s.; Dehaussy et Goldman, *Arbitrage (en général)*, in *Enc. Dall., Dr. int.*, nos 1 et 4; Dehaussy, *Arbitrage (Droit international public, ibid.)*.

(2) V. Fouchard, *L'Arbitrage commercial international*, Paris 1965, nos 471 s., 536 s.; Goldman, *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé*, *Rec. cours, Acad. dr. int.*, 1963, I, 347 s., 366 s.; *Enc. Dall., Dr. int.*, v. Arbitrage (droit international privé), nos 42 s., 187 s., 227 s.; Robert, *Arbitrage civil et commercial*, Paris 1968, nos 340 s., 347 s.

(3) V. Fouchard, *op. cit.*, nos 509 s., 576 s.; Kahn, *La vente commerciale internationale*, *passim*; Kahn, *The law applicable to foreign investments: The contribution of the World Bank convention on the settlement of investment dispute*; *Indiana Law Journal* 1968, vol. 44, n° 1, p. 15; v. aussi, dans le domaine des contrats entre Etats et entreprises, les références données *infra*, note 4.

parties à l'arbitrage est un Etat souverain<sup>4</sup>. Certes, la présomption que l'Etat ne pourrait vouloir soumettre les contrats qu'il conclut à une loi autre que la sienne<sup>5</sup> — et qui aurait pu simplifier le problème — est-elle généralement abandonnée<sup>6</sup>. Mais la loi de l'Etat qui contracte n'en conserve pas moins, indépendamment de toute présomption, plus d'un titre à s'appliquer. C'est en effet dans cet Etat qu'est situé le « centre de gravité » du contrat. Il en est manifestement ainsi pour tout investissement direct : exécution de travaux publics, et exploitation des services publics correspondants, exploitation de ressources naturelles, notamment minières, création et exploitation par l'investisseur d'entreprises industrielles, etc..., puisque toutes ces opérations se dérouleront sur le territoire de l'Etat hôte<sup>7</sup>; mais aussi, pour peu que l'on considère le but économique de l'opération, pour des ventes d'usines « clés en mains », et même pour des prêts consentis à l'Etat (ou à des entreprises dont celui-ci endosserait les droits ou obligations litigieux), puisque les fonds provenant de ces prêts sont destinés au fonctionnement des services publics, ou des entreprises emprunteuses.

A l'opposé, de sérieux arguments ont pu être invoqués contre l'application générale et impérative de la loi de l'Etat, partie au contrat. Cette loi peut être techniquement insuffisante<sup>8</sup>, encore qu'il ne faille pas négliger, à cet égard, l'effort fait par nombre d'Etats demandeurs de capitaux pour se doter d'une législation moderne et complète des investissements<sup>9</sup>; elle peut être considérée par l'investisseur étranger comme insuffisamment protectrice de ses intérêts, et partant, ne pas favoriser les investissements; on lui reproche enfin, et surtout, de faire dépendre le droit applicable d'une des parties au litige<sup>10</sup>, — mais il faut noter dès à présent que ce reproche n'est justifié que dans la mesure où les modifications de la loi de l'Etat contractant s'appliquent à un contrat antérieurement passé par celui-ci, ce qui mérite examen<sup>11</sup>. On ajoute que

(4) V., dans une littérature abondante : Carabiber, L'arbitrage entre gouvernements et particuliers, *Rec. Cours Acad.* La Haye, 1950, I, 221 s.; Delaume, *The Proper Law of Loans Concluded by International Persons*, A.J.I.L. 1962, p. 63 s.; Jennings, *State Contracts in International Law*, B.Y.W.A., 1961, 156 s.; J.F. Lalive, *Contracts between a State or a State Agency and a Foreign Company*, Int. & Comp. Law Qrly., 1964, 987 s.; Verdross, *Quasi-international agreements and international economic transactions*, *The Year Book of World Affairs*, 1964, 230 s.

(5) C. P. J. I., 12 juillet 1929, Emprunts serbes et brésiliens, D. P. 1930, 2, 45, *Journ. dr. int.* 1929, 977.

(6) V. Batiffol, *Dr. int. pr.*, 4<sup>e</sup> éd., 1967, n° 585 et les références.

(7) V. sur la difficulté de parvenir à une définition générale de l'investissement, en raison de la diversité des opérations que cette notion doit englober : Kahn, *Problèmes juridiques de l'investissement dans l'ancienne Afrique française*, *Journ. dr. int.*, 1965, 338 s., 343 s.; Rapport préliminaire sur les problèmes juridiques des investissements étrangers dans les pays en voie de développement, *International Law Association, Report of the 52nd Conference (Helsinki, 1966)*, pp. 835 s.

(8) V. par ex. : Sentence de Lord Asquith of Bishopstone, aff. Abu Dhabi, Int. & Comp. Law Qrly 1952, 242; Sentence Aramco du 23 août 1958, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, 272; cf. Batiffol, *La sentence Aramco et le droit international privé*, *ibid.*, 1964, 647.

(9) V. Kahn, article cité *supra*, note 7.

(10) V. Amadio, *Le contentieux international de l'investissement et la Convention de la Banque Mondiale du 18 mars 1965*, Paris 1967, p. 186.

(11) V. *infra*, n° 47 s.

l'emprunt obligatoire est généralement régi par la loi du lieu d'émission des obligations<sup>12</sup>, ce qui attire et rassure les prêteurs opérant sur cette place. Mais hormis ce cas particulier, une référence systématique à la loi de l'Etat dont relève l'investisseur se heurterait à des arguments homologues de ceux développés contre la compétence de principe de la loi de l'Etat bénéficiaire de l'investissement, et probablement plus convaincants.

2. Aussi bien la pratique arbitrale internationale, qui s'est développée surtout depuis les années 50 dans le domaine des concessions pétrolières ou de travaux publics<sup>13</sup> témoigne-t-elle de cette difficulté de désignation du droit applicable. Ainsi, dans la sentence, *Aramco*, tout en partant de la présomption de compétence du droit de l'Etat contractant, les arbitres y ont apporté « l'important correctif que ce droit doit, au besoin, être interprété ou complété par les principes généraux du droit, les usages suivis dans l'industrie du pétrole et les données de la science juridique pure<sup>14</sup> »; dans la sentence *Abu Dhabi*, l'arbitre unique écarte l'application du Coran, loi de l'Etat concédant, pour s'appuyer sur les « principes enracinés dans le bon sens et la pratique commune de la généralité des nations civilisées — une sorte de droit naturel moderne<sup>15</sup> »; dans l'affaire *Saphir*, la loi iranienne ne fut pas appliquée, principalement au motif que le contrat de concession ne lui donnait pas compétence, alors que selon l'arbitre, si les parties avaient voulu s'y soumettre, elles n'eussent pas manqué de le dire expressément<sup>16</sup>; et l'on citera encore la sentence de MM. Ripert et Panchaud<sup>17</sup> où les arbitres décident, sans s'expliquer sur la loi applicable, que « s'agissant d'un contrat international, conclu sans intention spéculative, il y a lieu d'admettre, comme cela a été jugé, que la garantie de dévaluation était voulue par les parties, sauf convention expresse » et « que, de plus, il serait contraire à la bonne foi que le gouvernement d'un Etat qui a commandé et reçu des prestations refusât d'en payer la vraie valeur et entendit tirer profit de la dévaluation considérable de la monnaie de paiement », se référant ainsi, semble-t-il, à une règle coutumière d'interprétation et à une notion de la bonne foi dans l'exécution des obligations, considérées l'une et l'autre comme appartenant au droit commun, voire à l'ordre public des relations contractuelles internationales.

(12) V. Delaume, *La convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, *Journ. dr. int.* 1966, 26, p. 46 et note 75.

(13) V. les sentences *Abu Dhabi* et *Aramco*, citées *supra*, note 8; *addé*, notamment : *Saphire International Petroleum Ltd c. National Iranian Oil Cy.*, extraits et commentaire par J.F. Lalive, *Un récent arbitrage suisse entre un organisme d'Etat et une société privée étrangère*, *Ann. suisse dr. int.*, 1962, 273; *Arbitrage de MM. Ripert et Panchaud, Société européenne d'études et d'entreprises c. République fédérale de Yougoslavie*, *Journ. dr. int.* 1959, 1074, et obs. du Gouvernement yougoslave, *ibid.*, 1960, 760.

(14) V. Sentence *Aramco*, citée *supra*, note 8, p. 316.

(15) V. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Paris 1965, n° 609

(16) Citée *supra*, note 13.

(17) Citée *supra*, note 13.

3. Mais dans aucun de ces cas — ni dans d'autres, qui complèteraient ce choix d'exemples — les arbitres n'ont pu, pour désigner le droit applicable, se fonder sur une règle générale et préexistante du droit écrit, leur fournissant les directives ou leur imposant des solutions. Ils ont puisé celles-ci dans les indications ou les silences du contrat litigieux lui-même, et emprunté celles-là à une coutume internationale de référence à des principes généraux du droit, ou à des usages suffisamment constants pour faire figure de sources du droit, contribuant du reste à former cette coutume, tout autant qu'ils la constataient.

C'est en effet dans la *convention européenne sur l'arbitrage commercial international*, signée à Genève le 21 avril 1961<sup>18</sup> que l'on rencontre pour la première fois, semble-t-il, une disposition relative au droit applicable au fond du litige<sup>19</sup>; c'est son article VII, ainsi libellé :

« Article VII. — *Droit applicable*

» 1. Les parties sont libres de déterminer le droit que les arbitres devront appliquer au fond du litige. A défaut d'indication par les parties du droit applicable, les arbitres appliqueront la loi désignée par la règle de conflit que les arbitres jugeront appropriée en l'espèce. Dans les deux cas, les arbitres tiendront compte des stipulations du contrat et des usages du commerce.

» 2. Les arbitres statueront en « amiable compositeurs » si telle est la volonté des parties et si la loi régissant l'arbitrage le permet. »

Cette disposition pourrait avoir à s'appliquer dans des arbitrages relatifs à des investissements<sup>20</sup>, se déroulant entre des personnes morales de droit public et des entreprises privées<sup>21</sup>, c'est-à-dire du même type, quant à l'objet du litige et aux parties en présence, que certains des

(18) La Convention est internationalement en vigueur depuis le 7 janvier 1964 [v. Enc., *Dr. int.*, v. Arbitrage (Droit international privé) par B. Goldman, n° 35]; elle a été publiée en France par le décret n° 68-117 du 28 janvier 1968, *J.O.* 9 févr. 1968, III, 33950; cf. Jean Robert, La convention européenne sur l'arbitrage commercial international signée à Genève le 21 avril 1961, *D.* 1961, Chron. 173 s.

(19) Aucune disposition de ce genre ne figure, en effet, dans les Conventions multilatérales antérieures; on y rencontre, en revanche, des textes relatifs à la loi applicable à la procédure : Protocole relatif aux clauses d'arbitrage, signé à Genève le 24 septembre 1923, *D.* 11 juill. 1928, *J.O.* 24 juill. 1928, par. 2. al. 1<sup>er</sup>; Convention pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères, signée à Genève le 26 septembre 1927, *D.* 25 juill. 1931, *J.O.* 11 août 1931, art. 1-c; Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, signée à New York le 10 juin 1958, *D.* 59-1039 du 1<sup>er</sup> sept. 1959, *J.O.* 6 sept. 1959, art. 5, par. 1-d; v. sur les dispositions de procédure de ces Conventions : J. Robert, *op. cit.*, *supra*, note 2, nos 324 s., 436 s.; B. Goldman, *op. cit.*, *supra*, note 18, nos 202 s.

(20) Selon son art. 1<sup>er</sup>, la Convention s'applique « aux conventions d'arbitrage conclues, pour le règlement de litiges nés ou à naître d'opérations de commerce international, entre personnes physiques ou morales ayant, au moment de la conclusion de la convention, leur résidence habituelle ou leur siège dans des Etats contractants différents »; mais dans les pays de l'Est, particulièrement intéressés par la Convention, il s'agira pratiquement toujours de personnes morales de droit public, et souvent d'opérations d'investissement.

(21) Cette hypothèse est expressément prévue par la Convention de Genève de 1961 : v. art. 1<sup>er</sup>.

arbitrages visés par la Convention de la B.I.R.D.<sup>22</sup>; pour cette raison, et aussi parce qu'elle consigne le résultat de travaux ayant porté sur la question du droit applicable dans des arbitrages entre collectivités publiques et entreprises privées, et plus généralement dans l'arbitrage commercial international, elle pourra, à certains égards, éclairer l'interprétation de l'article 42 de la Convention de la B.I.R.D., qui traite à son tour du droit applicable par le tribunal arbitral pour « (statuer) sur « le différend ».

C'est, historiquement, la deuxième en date des règles internationales de droit écrit en ce domaine; on en rappellera, à nouveau, dès l'abord, les termes :

« Art. 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 de droit international en la matière.

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

» 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*. »

4. C'est le commentaire de ce texte, et en particulier, de son premier paragraphe, portant directement sur la désignation du droit applicable, qui forme l'objet du présent rapport. Mais on voudrait auparavant — et après M. Paul Reuter — souligner les deux caractères généraux de l'arbitrage « offert aux parties » par la Convention de la B.I.R.D., qu'il ne faudra pas perdre de vue dans la recherche même du droit applicable : cet arbitrage est *international*, et il est *juridique*.

a) 5. L'arbitrage prévu par la Convention de la B.I.R.D. est de *caractère international*. On ne reviendra pas, pour le démontrer, sur les traits déjà soulignés par M. Reuter : sa réglementation a pour source une Convention entre Etats, et son organisation est confiée à un Centre, lui-même institution internationale créée par cette Convention.

Mais on s'arrêtera à deux autres éléments d'« internationalité », qui sont ceux-là mêmes qui caractérisent l'arbitrage commercial international *stricto sensu*<sup>23</sup> : aussi bien la *matière* du litige que la *procédure* de l'arbitrage sont ici, en effet, internationales.

i) Point n'est besoin d'insister sur le caractère international de l'investissement, avec lequel le litige doit être en « relation directe »

(22) V. Convention de la B.I.R.D., art. 25-1.

(23) M. Paul Reuter souligne dans son rapport « toute la différence qu'il peut y avoir... entre l'arbitrage commercial international et le contentieux de l'investissement »; v. sur les traits caractéristiques de l'arbitrage commercial international : R. David, Arbitrage international ou Arbitrage étranger, in *Festschrift für Hans G. Ficker*, pp. 121 s.; Fouchard, *op. cit. supra*, note 2, n° 10 s.; Goldman, *op. cit. supra*, note 2, nos 1-4, et *op. cit. supra*, note 18, nos 1-21.

pour que la Convention s'applique (Convention, art. 25-1), puisqu'aussi bien cet investissement sera nécessairement fait dans un Etat par le « ressortissant » d'un autre Etat; mais pour être évident, ce caractère ne devra pas être oublié dans l'interprétation du texte de la Convention relatif au droit applicable.

ii) Le caractère international de la *procédure d'arbitrage* se révèle ici, positivement, par l'abondance des règles matérielles contenues soit dans la Convention elle-même, soit dans le Règlement d'arbitrage adopté par le Conseil Administratif du Centre<sup>24</sup> : pour ne parler que de la Convention, ces règles couvrent tout le déroulement de l'instance arbitrale, depuis la *demande d'arbitrage* (art. 36), en passant par la *constitution du Tribunal* (art. 37 à 40), pour définir ensuite les *pouvoirs et les fonctions du Tribunal* (art. 41 : décisions sur la compétence; art. 43 : instruction; art. 45 : procédure par défaut; art. 46 : demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles), les règles d'élaboration et de notification de la *sentence* (art. 48-49), enfin, les recours en *interprétation*, en *révision* ou en *annulation* de la sentence (art. 50 à 52).

Négativement, d'autre part, l'exclusion de toute référence systématique à la loi de procédure d'un Etat résulte de l'art. 44 de la Convention :

« Art. 44. — Toute procédure d'arbitrage est conduite conformément aux dispositions de la présente section (intitulée : « Des pouvoirs et des fonctions du Tribunal ») et, sauf accord contraire des parties, au Règlement d'arbitrage en vigueur à la date à laquelle elles ont consenti à l'arbitrage. Si une question de procédure non prévue par la présente Section ou le Règlement d'Arbitrage ou tout autre règlement adopté par les parties se pose, elle est tranchée par le Tribunal. »

Ainsi, les règles de procédure contenues dans la Convention s'imposent-elles aux parties comme au Tribunal<sup>25</sup>. Celles du Règlement d'Arbitrage pourraient être écartées par les parties, si bien que l'on peut théoriquement concevoir que celles-ci se réfèrent, pour compléter la Convention, à la loi d'un Etat; mais en serait-il ainsi, que cette loi interviendrait comme un « règlement adopté par les parties », non en vertu d'une compétence subsidiaire propre, telle que reconnue par les autres Conventions internationales sur l'arbitrage<sup>26</sup>. De même, les lacunes de la Convention, du Règlement d'Arbitrage ou du « règlement adopté par les parties » seraient comblées par décision souveraine du Tribunal, sans qu'il lui soit prescrit de se référer, à titre subsidiaire, à la loi d'un Etat.

On doit aussi tenir compte du fait que les voies de révision et d'annulation de la sentence fonctionnent elles-mêmes sous l'égide du Centre, et que « chaque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans

(24) V. pour la procédure de conciliation (dont il n'est pas traité dans le présent rapport) : Convention, art. 33, et Règlement de conciliation.

(25) La Convention elle-même réserve, dans divers cas, l'accord des parties, dérogeant aux règles de procédure qu'elle édicte : v. par ex., pour la procédure d'arbitrage, art. 37, 39, 40, 62 et 63; mais elle ne prévoit pas une faculté de dérogation générale à ces règles, comme celle dont les parties disposent par rapport au règlement d'arbitrage (art. 44).

(26) V. les textes du Protocole et de la Convention de Genève, et de la Convention de New York, cités *supra*, note 19.

le cadre de la... Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un Tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat » (art. 54-1). Aucune procédure d'exequatur n'est prévue, puisque la reconnaissance et l'exécution de la sentence sur le territoire d'un Etat contractant est obtenue au moyen de la simple présentation d'une copie de la décision, certifiée conforme par le secrétaire général du Centre, au tribunal national compétent ou à toute autre autorité que ledit Etat contractant aura désignée à cet effet (art. 54-2).

Ainsi, aucune occasion n'est offerte à l'« irruption » de la loi d'un Etat dans le déroulement de l'arbitrage et le développement de ses effets, si ce n'est par le canal du par. 3 de l'art. 54, aux termes duquel « l'exécution (de la sentence) est régie par la législation concernant l'exécution des jugements en vigueur dans l'Etat sur le territoire duquel on cherche à y procéder », et de l'article 55, qui précise que « aucune des dispositions de l'article 54 ne peut être interprétée comme faisant exception au droit en vigueur dans un Etat contractant concernant l'immunité d'exécution dudit Etat ou d'un Etat étranger ». Mais ces textes concernent les limites, les modalités et les incidents de l'exécution forcée; ils n'affectent pas, en son principe, le caractère exécutoire reconnu à la sentence sans procédure complémentaire, et partant, sans possibilité de contrôle exercé en fonction de la loi d'un Etat contractant.

Le « détachement » de l'arbitrage et de la sentence de tout ordre juridique national est ainsi pleinement réalisé quant à la procédure elle-même, et sans doute pour la première fois aussi complètement, du moins à l'égard d'arbitrages dont la matière n'est pas de pur droit international public. Mais détachement de tout ordre juridique national ne signifie évidemment pas que l'arbitrage organisé par la Convention ne soit pas un *arbitrage de droit* : tel est, au contraire, son second trait essentiel.

b) 6. L'arbitrage de la Convention est, en effet, de caractère *juridique*.

La « compétence » du Centre (qui est plutôt, on l'a noté, le domaine d'application de la Convention) le fait déjà apparaître, puisqu'elle « s'étend aux différends d'ordre *juridique*, etc... » (art. 25-1).

La procédure elle-même, pour être internationale, n'en est pas moins soumise à une loi, dont la désignation échappe, il est vrai, à toute difficulté (ce qui dispensera le rapporteur de s'y étendre davantage). Cette loi, c'est à titre principal la Convention elle-même et le Règlement d'Arbitrage, c'est-à-dire des instruments qui relèvent du droit international public « classique ». On a noté aussi que le Règlement d'Arbitrage pourrait être écarté par tout autre « règlement adopté par les parties<sup>27</sup> »; cette place, laissée à l'autonomie de la volonté pour régler — ici, partiellement — la procédure peut être actuellement considérée comme un principe commun de l'arbitrage international<sup>28</sup>. Que la Convention en ait

(27) V., sur la signification que l'on pourrait attacher à l'expression comparable figurant à l'art. 42-1 : « règles de droit adoptées par les parties », *infra*, nos 10, 16.

(28) V., pour les Conventions multilatérales en matière d'arbitrage, les références données *supra*, note 19; et pour le droit international privé non-conventionnel : Goldman, *op. cit. supra*, note 18, n° 187 et les références; J. Robert, *op. cit. supra*, note 2, nos 345 s.

tenu compte est peut-être une première indication que l'arbitrage dont elle fournit le cadre s'insère dans un ordre juridique débordant celui des relations entre Etats, pour s'étendre aux relations économiques internationales, quels qu'en soient les participants.

7. On aura à se demander, en recherchant le droit applicable au fond du litige, dans quelle mesure celui-ci exprime, à côté de l'ordre juridique de l'Etat contractant — qui absent de la procédure retrouvera de ce point de vue, largement son empire — (ou théoriquement d'un autre Etat), l'ordre juridique international classique, ou économique. Mais de cet éventail, tous les brins restent des systèmes de droit; c'est en choisissant l'un d'entre eux, ou en les combinant, que le tribunal arbitral réglera le différend. Juridique par son champ d'application et par sa procédure, l'arbitrage de la Convention l'est donc bien aussi quant au fond.

Les dispositions ci-dessus reproduites, des par. 2 et 3 de l'art. 42 ne font pas échec à cette constatation.

i) Le par. 2 décide, on s'en souvient, que « le Tribunal ne « peut refuser de juger sous prétexte du silence ou de l'obscurité du droit ». La formule n'est pas très éloignée de celle de l'art. 4 du Code civil français, dont on n'a jamais pensé qu'elle pût ôter, à nos jugements, le caractère juridique. Aussi bien signifie-t-elle que si le droit est obscur, le tribunal doit l'éclairer par l'interprétation; et s'il est « silencieux » (ce qui ne se conçoit que par rapport à une question litigieuse parfaitement circonscrite), qu'il devra combler cette lacune par les méthodes traditionnelles du raisonnement juridique, voire par la création d'une solution nouvelle, pourvu qu'elle soit conforme aux principes généraux du système juridique dans lequel elle viendra s'insérer<sup>29</sup>.

ii) Quant au par. 3, il a pour objet de maintenir au tribunal « si les parties en sont d'accord (la faculté) de statuer *ex aequo et bono* ».

A première vue, ce texte autorise l'amiable composition, et l'on notera avec intérêt qu'à la différence de l'article VII-2 de la Convention européenne (*supra*, n° 3), il ne la subordonne pas à la « permission » de la loi régissant l'arbitrage : nouvelle preuve que notre procédure est détachée de toute loi étatique. Mais que l'arbitre puisse être investi, par l'accord des parties, du pouvoir d'amiable compositeur n'empêche pas qu'il doive, en règle générale, statuer en droit; ce pouvoir ne lui interdit du reste pas mais le dispense seulement d'appliquer le droit — sous réserve encore de ne pas entamer le noyau « dur » de l'ordre public.

Au surplus, l'exégète pourrait s'interroger sur le sens exact du texte. L'expression « amiable composition » n'y est point employée; et rigoureusement, ce n'est pas s'y livrer que de statuer *ex aequo et bono*, car (dans la conception française, du moins) l'aimable compositeur peut décider tout ce dont les parties pourraient convenir par voie de transac-

(29) V. sur l'intervention des « principes du droit international en la matière », *infra*, n° 22 s.

tion<sup>30</sup>. Or, une transaction n'est pas toujours équitable; et si l'équité n'est pas le droit strict, elle poursuit, comme le droit, ce *suum cuiusque* qui est sans doute — ou devrait être — l'un des principes du droit économique international<sup>31</sup>.

8. Mais quelle place précisément le droit économique international occupe-t-il pour le règlement des différends, à côté des droits étatiques, et éventuellement du droit international public traditionnel ?

C'est à dessiner cette répartition des compétences législatives que l'on s'attachera désormais, en recherchant quel est, selon la Convention de la B.I.R.D., le droit applicable au fond du litige.

On commencera par la *détermination du ou des systèmes juridiques* compétents, qui fait l'objet de l'article 42-1; (I) mais ce texte laisse dans l'ombre le *domaine* du droit applicable selon ses dispositions, sur lequel il faudra également s'interroger (II).

#### I. — La détermination du droit applicable selon la Convention

9. Deux ordres de questions surgissent ici :

— comment est désigné le droit applicable ?

— quels systèmes juridiques les parties *peuvent-elles* désigner ou les arbitres *doivent-ils* appliquer, quel peut ou doit être, en d'autres termes, l'objet de cette désignation ?

##### 1° Modes de désignation du droit applicable.

10. Le droit applicable est désigné, en première ligne, par l'accord des parties, et à défaut seulement d'un tel accord, par le tribunal. Cette hiérarchie des modes de désignation résulte clairement du texte; elle a été d'autre part affirmée par un commentateur particulièrement autorisé, M. Brochès<sup>32</sup> qui écrit :

« (a) Article 42 c) clearly establishes party autonomy as the basic principle governing the law to be applied by the tribunal. (b) The remainder of Article 42 (1) gives subsidiary rules for the case where the parties have failed to prescribe the applicable law. »

Mais s'il est aisé de dire comment se fera, le cas échéant, la désignation subsidiaire (il s'agira en effet d'une décision du tribunal, exprimée et au besoin expliquée dans les motifs de la sentence : art. 48-3), il n'en est pas de même de la désignation principale du droit applicable. Celle-ci se fait par accord entre les parties; et l'on doit admettre que cet accord

(30) V. Cass. req., 27 février 1823. *Jur. gén. Dall.*, v° Arbitrage, n° 1025-4°; et sur la portée de la clause d'amiable composition : J. Robert, *op. cit. supra*, note 2, nos 161 et 337.

(31) V. Amadio, *op. cit. supra*, note 10, p. 178.

(32) V. Broches, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, in *International Arbitration, Liber Amicorum for Martin Domke*, edited by Pieter Sanders, 1967, pp. 12 s., 17.

pourrait intervenir, non seulement au moment où sont établis les actes juridiques qui prévoient l'investissement, mais également après coup, soit lors du consentement à l'arbitrage, soit même en cours d'arbitrage. Il suffit en effet que les « règles du droit » soient « adoptées » par les parties avant que le tribunal statue sur le différend.

Mais comment cet accord se manifesterait-il<sup>33</sup> ? A vrai dire, il n'y a pas de difficulté s'il s'agit d'un accord postérieur à l'opération initiale, car il sera, dans ce cas, nécessairement exprès. En revanche, l'accord sur les règles de droit applicables pourrait-il être déduit de la « localisation objective » du contrat d'investissement ou d'« indices » de la commune volonté des parties, même non expressément manifestée ? Littéralement, l'art. 42 n'impose pas une clause expresse, et l'on peut même dire qu'à le comparer à l'art. VII de la Convention de Genève de 1961, qui soulève la même difficulté<sup>34</sup>, il conduirait à exclure cette exigence. Selon le texte de la Convention européenne, en effet, les arbitres n'interviennent pour désigner la loi compétente qu'« à défaut d'indication par les parties du droit applicable », ce qui peut être raisonnablement interprété comme visant, à tout le moins, une clause du contrat litigieux d'où l'accord des parties puisse se déduire sans ambiguïté. Mais la Convention de la B.I.R.D. se contente, dans la version française de l'art. 42, d'une « adoption » par les parties des règles de droit que le tribunal devra appliquer<sup>35</sup>, ce qui pourrait se faire, à la limite, par une incorporation matérielle de ces règles au contrat, et ôterait ainsi au texte son caractère de solution de conflit<sup>36</sup>. Cela mis à part, et à considérer même la formule employée pour définir la condition du pouvoir propre du tribunal en ce domaine (« faute d'accord entre les parties ») force est bien de constater que selon la théorie de l'autonomie de la volonté en droit international privé, un tel accord pourrait être déduit de l'économie d'ensemble du contrat, ou de certaines de ses clauses qui n'ont pas pour objet direct la désignation de la loi compétente.

11. De sérieuses objections s'opposent, cependant, à cette interprétation.

a) On notera d'abord que le but d'une disposition comme celle de l'article 42-1 est d'accroître la sécurité et la prévisibilité juridiques, alors, précisément, que l'un des reproches faits à la théorie de l'autonomie de la volonté, dans son application classique, est de les compromettre en laissant finalement au juge une trop grande marge d'appréciation, nécessairement subjective, dans le choix de la loi compétente.

(33) V. Kahn, article cité, *supra*, note 3.

(34) V. Goldman, *op. cit. supra*, note 18, n° 238 et les références.

(35) Le texte anglais évoque mieux l'idée d'un accord relatif à un système juridique généralement applicable : « The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties ».

(36) V., en ce qui concerne la question du soi-disant « contrat sans loi », *infra*, n° 16.

b) Ne risque-t-on pas d'autre part, avec une telle interprétation, de vider de sa substance la deuxième partie du texte, qui prévoit la désignation subsidiaire, par le tribunal, de la loi applicable ? Si l'on suit, en effet, la conception moderne de l'autonomie de la volonté, c'est-à-dire si l'on recherche, non pas la loi, mais la *localisation objective* du contrat voulue par les parties, pour en déduire la loi applicable<sup>37</sup>, on doit admettre que cette localisation sera toujours possible; et elle devrait toujours, à notre avis, situer le contrat dans le tissu des relations économiques internationales, et le soumettre par conséquent, dans tous les cas, au droit « transnational » de ces relations. Que si l'on conteste cette localisation, force sera bien de tenir compte du « centre de gravité » du contrat, qui se situe presque toujours, nous l'avons montré, sur le territoire de l'Etat « récepteur » de l'investissement; on aboutira ainsi à la compétence de la loi de cet Etat, mais *par l'effet de l'accord des parties*, non par celui de la désignation subsidiaire, ce qui laissera cette désignation sans objet, et pourra aussi avoir des conséquences différentes en matière de renvoi<sup>38</sup>.

c) Reviendra-t-on alors à la conception « subjectiviste » de l'autonomie de la volonté, en donnant pour mission au tribunal arbitral de « deviner », à défaut d'une clause expresse, la commune volonté des parties de se soumettre à un droit déterminé ? Notons alors que cette mission serait ici plus illusoire encore qu'au regard d'autres contrats internationaux, où l'on peut à la rigueur retenir comme indices d'un accord tacite ayant pour objet la loi applicable, la langue du contrat, une clause attributive de juridiction, ou l'emploi d'une formule de contrat-type établie dans le cadre d'une loi étatique. Mais ici, la langue du contrat sera soit commune aux deux parties, soit probablement celle de l'Etat d'accueil, par un privilège naturel qui ne saurait impliquer un accord sur l'application de sa loi; la juridiction compétente sera, par hypothèse, un tribunal arbitral fonctionnant dans le cadre de la Convention, ce qui confirme la localisation « transnationale » du litige, mais ne permet pas de tenir pour lettre morte le pouvoir de désignation subsidiaire de la loi applicable, précisément conféré à ce tribunal. Tout au plus retrouverait-on le choix d'un contrat comportant un rattachement législatif pré-déterminé dans certains cas particuliers, dont un exemple remarquable serait fourni par les « conventions d'établissement » mises au point par les Etats de l'ex-Afrique française<sup>39</sup>.

La vérité est qu'en dehors de ce cas limite, où l'on est tout près de la désignation expresse du droit applicable<sup>40</sup>, l'absence d'une telle dési-

(37) V. Batiffol, *op. cit. supra*, note 6, n° 572 s.

(38) V., en ce qui concerne l'application du renvoi, *infra*, n° 20-21.

(39) V. sur les « Conventions d'établissement » relatives à certains investissements dans les pays de l'ancienne Afrique française : Kahn, article cité *supra*, note 7, pp. 357 s., 380 s.

(40) On ne préjuge pas la question de savoir si la convention d'établissement est exclusivement rattachée au droit de l'Etat d'accueil ou si celui-ci se soumet également, en y souscrivant, à des principes de droit international.

gnation atteste, le plus souvent, que les parties ne sont pas parvenues à un accord à ce sujet<sup>41</sup>. Or, c'est précisément l'hypothèse où, selon l'art. 42, il revient au tribunal de déterminer le droit applicable.

12. On est dès lors tenté de conclure que pour exercer utilement la faculté que leur reconnaît l'art. 42, les parties devront désigner le droit applicable au moyen d'une clause ou d'un ensemble de clauses qui ne sont certes soumises à aucune règle impérative de forme, mais doivent être parfaitement claires.

La crainte a été exprimée, il est vrai, qu'une telle rigidité détourne les parties des arbitrages du Centre<sup>42</sup>. Mais ne doit-on pas redouter, au contraire, que les Etats d'accueil hésitent à y avoir recours, s'ils pensent que l'application de leur propre loi pourra être écartée sur la foi d'un accord tacite de volontés, allégué après coup, et constaté au résultat d'une interprétation plus ou moins divinatoire? Quant à l'investisseur, sa garantie réside surtout, au cas où le droit applicable est déterminé par le tribunal, dans l'intervention des « principes de droit international », qui n'est du reste pas exclue lorsque les parties auront elles-mêmes clairement désigné un droit national; on le constatera à présent, en recherchant quel peut être le droit désigné par l'accord des parties, ou quel doit être le droit appliqué par le tribunal, faute d'un tel accord.

## 2° Objet de la désignation du droit applicable.

13. Les prescriptions de l'art. 42 ne sont pas, à cet égard, les mêmes selon que le droit applicable est déterminé par les parties ou par le tribunal (a); mais bien que le texte ne les dégage pas clairement, il nous semble que plusieurs questions se posent, qui sont communes aux deux hypothèses (b).

### a) Questions particulières à chacun des deux modes de désignation du droit applicable.

#### i) Désignation du droit applicable par accord des parties

14. Les parties ont la faculté d'adopter « les règles de droit » auxquelles le tribunal devra se conformer pour statuer sur le différend. Ces règles peuvent bien entendu être celles d'un Etat — et pratiquement, de l'Etat d'accueil, ou plus rarement de l'Etat dont relève l'investisseur; on voit mal, en effet, pourquoi les parties choisiraient la loi d'un Etat tiers, sans que cela leur soit bien entendu interdit.

(41) V. la sentence *Sapphire*, citée *supra*, note 13; M. Kahn (article cité *supra*, note 3) pense que l'absence d'une clause désignant clairement la loi applicable peut s'expliquer par le désir de l'Etat d'accueil de ne pas « officialiser » sa soumission, même partielle, à une loi autre que la sienne, qui rencontre cependant le désir « d'un investisseur, par hypothèse puissant ». Mais est-il possible, dans ces conditions, de parler d'un véritable accord sur la loi applicable?

(42) V. Kahn, article cité *supra*, note 3.

Mais il est plus important de souligner que ces « règles de droit » peuvent aussi être celles du droit commun des relations économiques internationales<sup>43</sup>. Cette référence globale à la *lex mercatoria*<sup>44</sup> peut prendre diverses formes, et la pratique en offre des exemples<sup>45</sup>: ainsi, les parties conviendront que le contrat est soumis aux principes communs régissant les relations commerciales internationales, ou aux principes communs de leurs législations nationales respectives, complétés par des principes d'application plus générale, ou aux usages généralement suivis dans le commerce international, ou plus spécialement dans la branche d'activité intéressée (par ex. l'industrie pétrolière).

15. Le choix ainsi fait s'imposera au tribunal arbitral, sans qu'il soit peut-être nécessaire, pour l'admettre, de prendre parti sur la controverse théorique concernant l'autonomie du droit économique international, ou son intégration dans le droit international public traditionnel, dont on conviendrait de toute manière qu'il forme une branche distincte de celle qui gouverne les relations entre Etats<sup>46</sup>. Disons en passant que si l'on acceptait de prendre une vue globale de la société internationale, composée aussi bien d'Etats, d'organisations indépendantes des Etats, et de personnes morales et physiques, et animée par les relations entre les Etats et les organisations, entre personnes distinctes des Etats, ou entre les uns et les autres, le droit international serait lui-même formé par l'ensemble des règles gouvernant cette société internationale. Mais il resterait, même dans cette conception, pédagogiquement commode — et largement justifiée par des différences d'origine, d'esprit et de niveau d'évolution — de continuer à distinguer, à l'intérieur du droit international global, le droit international public (gouvernant les relations qui ne mettent en jeu que des Etats ou des organisations internationales, y compris le cas où les Etats assument, par la protection diplomatique, les intérêts de leurs ressortissants) et le droit international privé (qui régit les relations internationales entre personnes autres que les Etats ou les organisations internationales, étant entendu qu'il se compose de règles

(43) V. en ce sens: Amadio, *op. cit. supra*, note 10, pp. 181-182; Delaume, La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, *Journ. dr. int.* 1966, pp. 26 s., 48; Kahn, article cité *supra*, note 3, cf., plus réservé: Roulet, La Convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, *Ann. suisse dr. int.*, 1965, pp. 121 s., p. 148 et note 103.

(44) V. B. Goldman, *Frontières du droit et lex mercatoria*, *Arch. phil. du dr.*, 1964, 177.

(45) V. par ex. l'Accord relatif au Consortium International des Pétroles de l'Iran, art. 46, cité par Amadio, *op. cit. supra*, note 10, p. 190 et p. 203, note 55; v. un recensement s'étendant à 80 contrats: Delaume, Des stipulations de droit applicable dans les accords de prêt et de développement économique et de leur rôle, *Rev. belge dr. int.*, 1968, 2.

(46) V. dans une littérature abondante: sur le concept de droit international économique, et sur sa place par rapport au droit international public traditionnel: Vellas, *Droit international économique et social*, Tome I, 1965, pp. 9 s.; et spécialement en matière d'investissements: Amadio, *op. cit. supra*, note 10, pp. 194 s.; sur la place du droit international public en ces matières: J.F. Lalive, article cité *supra*, note 4, pp. 998 s.; et en ce sens que le droit international économique ne doit pas être érigé en un système juridique distinct du droit international public: Delaume, article cité *supra*, note 45.

matérielles aussi bien que de règles de conflit). Cependant, comme en droit interne, la zone frontière déborderait largement de part et d'autre de la ligne théorique de séparation, particulièrement dans le domaine des relations économiques entre Etats et entreprises, dont l'aménagement doit tenir compte de la présence d'une partie « souveraine », mais est cependant loin d'être en tous points différents de celui des relations commerciales entre entreprises<sup>47</sup>.

16. Une autre question est de plus grand intérêt pratique. Le droit économique international comporte des lacunes, comme les droits nationaux, et davantage que la plupart de ceux-ci. Lorsque les parties l'auront choisi pour régir leurs rapports, comment le tribunal les comblera-t-il — ce qu'il doit nécessairement faire — car il ne peut pas « refuser de juger, sous prétexte du silence... du droit » (art. 42-2; v. *supra* n° 7) ?

Il convient, avant de tenter de répondre à cette question, d'en mesurer la portée exacte. Le contrat (et très souvent, l'ensemble complexe de contrats et d'actes juridiques unilatéraux) qui définit les droits et les obligations des parties à une opération d'investissement est généralement rédigé de manière fort minutieuse, si bien qu'il devrait fournir la solution de la plupart des questions litigieuses, sans appel à une loi générale.

On a énergiquement souligné, il est vrai, qu'en reconnaissant aux parties la faculté d'adopter des *règles de droit*, la Convention a condamné le concept du « contrat sans loi<sup>48</sup> ». Mais qu'il nous soit permis de dire que c'est là encore, à notre avis, un faux problème. Il est vrai, en effet, qu'un contrat ne peut pas être « sans loi », en ce sens que la force obligatoire de l'accord de volontés doit, à tout le moins, prendre appui sur le principe *pacta sunt servanda*, qui est un principe de droit, antérieur et extérieur au contrat, et en ce sens aussi que si le contrat comporte des lacunes, force sera bien de les combler en puisant dans un ou plusieurs systèmes de droit s'imposant aux parties. Mais il est vrai aussi que l'évolution des relations économiques internationales montre, d'une part, que le principe *pacta sunt servanda*, admis tant en droit international public que dans tous les systèmes juridiques nationaux, se rencontre aussi dans le droit commun, « transnational », de ces relations; et d'autre part, que l'accumulation progressive de règles matérielles formant ce droit « transnational » permet chaque jour davantage de s'y référer, pour compléter, en cas de besoin, le contrat sans avoir artificiellement recours à un droit national plus ou moins inadapté.

Tout cela n'empêche cependant pas qu'avant toute chose, le tribunal arbitral devra appliquer les clauses du contrat — sauf, naturellement, si elles étaient contraires aux règles impératives du système juridique choisi par les parties, ou à un ordre public véritablement international : on reviendra sur ce dernier point en examinant le rôle des « principes

(47) V. Kahn, La vente commerciale internationale, et article cité *supra*, note 3.

(48) V. en ce sens : Delaume, article cité *supra*, note 43. p. 45; Lalive, article cité *supra*, note 4, pp. 997-998.

de droit international » dans la solution du litige<sup>49</sup>. La Convention de la B.I.R.D. le dit moins clairement que celle de Genève de 1961 (v. art. VII-1 *in fine*, cité *supra*, n° 3). Mais on ne peut douter qu'elle ait entendu l'admettre, et l'on peut se demander, à ce propos, si en parlant de « règles de droit adoptées par les parties », la Convention n'a pas visé, en outre d'un système juridique général de référence, les dispositions mêmes du contrat, qui font, avant tout, la loi des parties.

Il en résulte que la nécessité d'un appel à la loi compétente n'apparaîtra qu'en cas de silence du contrat, et ce cas ne sera sans doute pas fréquent en notre domaine. Qu'il vienne à se produire, et le tribunal devra, croyons-nous, tenter de découvrir la solution en restant dans le seul cadre du droit économique international, si les parties s'y sont référées; cette référence indique en effet clairement qu'elles ont entendu exclure l'application d'un droit étatique. Peut-être le tribunal devra-t-il, pour y parvenir, créer de temps à autre du droit international; mais tel est le rôle de la jurisprudence, dans le cadre de tout système juridique, et l'arbitre l'exercera correctement, s'il fonde ses solutions sur les principes communs du droit des relations économiques internationales et sur les besoins auxquels ce droit doit satisfaire — ou plus spécialement, sur les principes et les besoins propres aux investissements internationaux<sup>50</sup>.

17. On hésitera davantage à dire que, réciproquement, le tribunal devrait s'abstenir de toute référence à la *lex mercatoria*, lorsque les parties ont choisi une loi étatique, et si celle-ci présente des lacunes que l'interprétation ne permet pas de combler; l'hypothèse n'est pas exclue, bien que le perfectionnement progressif des législations des Etats d'accueil doive la rendre de plus en plus rare.

Il est difficile de supposer, en effet, que la désignation d'une loi nationale traduise la volonté des parties d'exclure sans rémission l'appel à des principes communs, puisqu'aussi bien cette désignation n'empêche pas que l'investissement, comme l'arbitrage auquel elles se soumettent volontairement, revêtent dans tous les cas un caractère international. On rencontre ici pour la première fois cette constatation que si l'investissement peut relever du *seul* droit international, il est plus difficile de le cantonner dans les frontières d'un ordre juridique national : nous retrouverons ce point en étudiant les questions communes aux deux modes de désignation du droit applicable, après avoir examiné le cas où il est déterminé par le tribunal.

#### ii) Détermination du droit applicable par le tribunal arbitral

18. « Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend — y compris les règles relatives

(49) V., sur le rôle des principes de droit international comme constitutifs d'un ordre public international, *infra*, n° 23.

(50) V., très opposé à ce rôle créateur de l'arbitre international : Mann, *Lex facit arbitrum*, in *Liber Amicorum for Martin Domke*, 1967, pp. 157 s.

aux conflits de lois — ainsi que les principes de droit international en la matière » (art. 42-1, 2<sup>e</sup> phrase). L'objet de cette désignation du droit applicable par le Tribunal ne soulève aucune difficulté, pour autant qu'il s'agit du droit de l'Etat contractant; il va de soi, notamment, que lorsque c'est une collectivité publique ou un organisme dépendant d'un Etat contractant qui est partie au différend (v. art. 25-1), c'est la loi de celui-ci qui restera applicable en vertu de l'article 42.

19. On ne reviendra pas sur la question, précédemment évoquée (v. *supra*, n° 1), de la légitimité d'une compétence systématique de la loi de l'Etat, partie à l'opération d'investissement (et par conséquent, au différend qui s'y rattache). On sait qu'elle est contestable (et l'on peut noter qu'elle n'a pas été retenue par la Convention de Genève); mais moins sans doute que ne le serait celle de l'Etat (à le supposer unique, ce qui n'est pas toujours le cas) dont relève l'investisseur (sans parler de la loi d'un Etat tiers, dont on ne voit pas selon quel critère elle pourrait être choisie). Au surplus, la Convention de la B.I.R.D. n'admet cette compétence qu'à défaut d'accord entre les parties pour se référer à un autre système juridique, et elle y apporte, en outre, deux précisions : d'une part, le droit applicable de l'Etat contractant comprend les règles relatives aux conflits de lois, et d'autre part, le Tribunal devra également appliquer « les principes de droit international en la matière ».

Ces deux dispositions ne se rencontrent pas à propos de la désignation du droit applicable par l'accord des parties. Elles répondent cependant, à notre avis, à des questions qui peuvent se poser également dans cette hypothèse; de même, est commune aux deux modes de désignation la question de savoir si le droit compétent doit être appliqué en son état au moment de l'opération d'investissement, ou compte tenu des modifications qui lui ont été apportées entre cette date et celle de la saisie du tribunal arbitral.

b) *Questions communes aux deux modes de désignation du droit applicable.*

1) *Applicabilité des règles de droit international privé.*

*Question du renvoi*

20. On s'est étonné de l'application du renvoi, prévue par la Convention, car elle est généralement écartée dans le domaine des contrats; la loi d'autonomie est en effet considérée comme formée du seul droit interne de l'Etat où le contrat est juridiquement localisé<sup>51</sup>. Mais lorsqu'il s'applique en vertu de la décision du tribunal, c'est-à-dire faute d'accord entre les parties, le droit de l'Etat contractant n'est plus une loi d'auto-

(51) Kahn, article cité *supra*, note 3; on note ici que le rejet du renvoi en matière contractuelle n'est pas absolument général : v. Batiffol, op. cit. *supra*, note 6, p. 358, note 52 bis.

nomie; sa compétence ne repose pas sur la commune volonté des parties, mais précisément sur l'absence de cette commune volonté. Il n'existe donc, dans cette hypothèse, aucune raison théorique d'exclure le renvoi.

Pratiquement, on en a donné pour exemple le cas d'un emprunt émis dans un Etat, pour les besoins d'un autre Etat; si le droit international privé de l'Etat emprunteur « dispose que la loi applicable au contrat d'emprunt est celle du pays d'émission, c'est à cette loi que le tribunal devra se référer<sup>52</sup> ». On peut ajouter le cas où la loi de l'Etat contractant, partie au différend, donne compétence à la loi du lieu de conclusion pour régir un contrat<sup>53</sup> et où celui-ci a été conclu sur le territoire d'un autre Etat.

21. Mais le renvoi peut-il également intervenir lorsque le droit applicable a été désigné par l'accord des parties, c'est-à-dire lorsque ce droit est compétent *en tant que loi d'autonomie* ?

Peut-être convient-il ici de distinguer.

Au cas où le droit désigné par les parties est celui d'un Etat, il appartiendra au tribunal arbitral de décider si l'exclusion du renvoi en cette matière est bien un principe de droit international privé commun; le tribunal ne pourra pas, en effet, puiser la solution dans le droit international privé d'un Etat déterminé, puisqu'il n'existe pas, en ce sens, de *for*. Pour notre part, nous pencherions pour l'affirmative, car tout commande de penser que les parties se réfèrent expressément à la loi d'un Etat lorsqu'elles estiment que les dispositions matérielles de cette loi conviennent à leur contrat; — ou du moins lorsque l'une d'elles a pu imposer à l'autre leur application. Mais bien entendu, rien ne s'opposerait à ce que les parties précisassent qu'elles choisissent le droit d'un Etat, *y compris ses règles de droit international privé*.

On hésitera bien davantage dans un second cas, — celui où les parties auront choisi le droit économique international. Sur le plan théorique, il serait en effet bien artificiel de distinguer à l'intérieur de ce système juridique, entre « droit interne » et « droit international privé »; il s'agit en réalité d'un ensemble de règles qui ont toutes pour objet les relations internationales, en les aménageant soit par des dispositions matérielles, soit éventuellement par « délégation de compétence » à un droit national. Pratiquement, d'autre part, refuser de tenir compte du renvoi fait par le droit économique international au droit d'un Etat serait se priver d'un moyen parfaitement naturel de combler les lacunes de ses dispositions matérielles, qu'il y a lieu, pour l'instant du moins, de craindre davantage ici qu'en présence d'un droit national. Et il ne semble pas que l'admission de renvoi soit, dans cette hypothèse, contraire à la volonté des parties; car en se référant exclusivement au « droit commun

(52) V. Delaume, article cité *supra*, note 43, p. 46, et notes 75 et 77.

(53) V. par ex. : C. Civ. Ital., art. 25 : Principes du droit de l'U.R.S.S. et des Républiques fédérées, trad. Rev. crit. dr. int. pr. 1964, 810.

des nations », on peut admettre que les contractants ont entendu se soumettre à tous les instruments que ce droit met en œuvre pour aménager les relations internationales. Il va de soi, en tout cas, que comme lorsqu'elles désignent le droit d'un Etat, les parties pourraient expressément déclarer qu'elles entendent se soumettre tant aux dispositions matérielles qu'aux règles de conflit du droit économique international.

On ne reconnaîtra naturellement un intérêt pratique à la question qui vient d'être évoquée que si l'on admet l'existence d'un droit international privé commun, c'est-à-dire véritablement international; on a tenté, en un autre lieu, de montrer qu'un tel droit commun n'est pas, en tous domaines, inconcevable et que l'on peut présentement en déceler les premières manifestations<sup>54</sup>.

ii) *Applicabilité des « principes de droit international en la matière »* (art. 42-1 *in fine*)

22. Selon l'art. 42, le tribunal « applique le droit de l'Etat contractant... ainsi que les principes de droit international en la matière ».

Les commentateurs s'accordent pour considérer que ces « principes » doivent être puisés dans les diverses sources du droit international public énumérées à l'article 38 du Statut de la Cour Internationale de Justice<sup>55</sup>; l'avant-projet de la Convention s'y réfère expressément et c'est, a-t-on expliqué, par une inadvertance que cette partie du texte n'a pas fait l'objet des ultimes discussions et a été, en définitive, omise<sup>56</sup>. Il est vrai qu'elle n'aurait pas été de bien grande utilité, car l'article 38 fournit un tableau des sources du droit international public, dans la perspective des relations entre Etats; le rapport des Administrateurs souligne du reste (par. 40) que « le terme 'droit international' doit ici être interprété au sens de l'article 38 (1) du Statut de la Cour Internationale de Justice, compte tenu cependant du fait que cet article 38 est destiné à s'appliquer à des relations interétatiques ».

De toute manière, ce n'est pas l'article 38 qui pourra éclairer le tribunal sur le contenu des principes du droit international qu'ils auront à appliquer. Sans doute certains de ceux qui gouvernent les relations interétatiques devront-ils être retenus : ainsi, le principe *pacta sunt servanda* (mais il est commun, aussi, à toutes les législations étatiques de droit public ou de droit privé); également, sauf contestations, le principe que les expropriations, confiscations ou nationalisations sous toutes leurs formes doivent comporter une indemnité, en tout cas lorsqu'elles frappent des étrangers. Mais la jurisprudence arbitrale aura également à se prononcer sur la valeur universelle, ou suffisamment générale d'autres principes : par exemple, la *stabilité* de la législation applicable à l'investissement (v. *infra*, n° 47 s.), ou la validité des clauses de garantie de

(54) V. Goldman, *op. cit. supra*, note 2, pp. 415-451.

(55) V. Broches, article cité *supra*, note 32, p. 17; Kahn, article cité *supra*, note 3.

(56) V. Broches, *op. cit. loco*.

change dans les contrats internationaux<sup>57</sup>, voire la présomption qu'une telle garantie y est toujours « voulue par les parties<sup>58</sup> »; on a suggéré aussi que la protection de la liberté du consentement des Etats d'accueil pourrait faire l'objet de principes nouveaux, propres à la matière des investissements<sup>59</sup>.

23. Il va de soi, cependant, que les « principes de droit international en la matière », visés par l'art. 42-1 *in fine* ne recouvrent pas l'ensemble du droit économique international, ni même toutes les règles de ce système juridique concernant les investissements ou pouvant y trouver leur application. Il ne faut pas oublier, en effet, que dans l'hypothèse présentement examinée, ces « principes » ne formeront pas, à eux seuls, le droit applicable; ils s'ajouteront seulement au droit de l'Etat contractant pour en combler les lacunes ou aider à l'interpréter, ou interviendront éventuellement pour l'écarter, lorsqu'il apparaîtra au tribunal que ce droit méconnaît ceux de ces principes dont la sauvegarde est indispensable<sup>60</sup>.

Mais leur intervention, ainsi comprise, ne nous paraît pas devoir être circonscrite à l'hypothèse où le droit applicable est déterminé par le tribunal, bien que la Convention ne la mentionne qu'à ce propos. Nous avons déjà noté pourquoi les principes du droit économique international pouvaient et devaient être pris en considération par le tribunal pour interpréter et éventuellement compléter le droit national applicable, même lorsque celui-ci a été choisi par les parties (v. *supra*, n° 17). Ajoutons ici que si certains de ces principes forment un ordre public international (au sens plein du terme, car il s'agit de l'ordre public de la société internationale, dans les relations économiques), on ne voit pas pourquoi ils n'auraient pas pour effet d'exclure les dispositions contraires d'un droit national, sous prétexte qu'il a été choisi par les parties; c'est là en effet la fonction habituelle de l'ordre public, qui s'exerce, en droit international privé, quelle que soit la règle de rattachement ayant donné compétence à une loi déterminée et, en particulier, lorsqu'il s'agit de la loi d'auto-nomie applicable à un contrat<sup>61</sup>.

Encore une fois, il restera à la jurisprudence arbitrale à définir les limites de cet ordre public international. Ce faisant, les arbitres devront se montrer prudents, pour ne pas écarter trop souvent la loi normale-ment compétente; mais ils devront aussi tenir compte du fait qu'ils statuent sur des opérations essentiellement internationales, dont le rattachement au système juridique d'un seul pays est quelque peu artificiel.

(57) V. Cass. civ., 21 juin 1950, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1950, 609, note Batiffol, D. 1951, 749, note Hamel, S. 1951, 1, 1, note Niboyet, J.C.P. 1950, II, 5812, note J. Ph. Lévy; cf. sur cet arrêt : Lerebours-Pigeonnière, A propos du contrat international, *Journ. dr. int.* 1951, 1.

(58) V. la sentence de MM. Ripert et Panchaud, citée *supra*, note 13.

(59) V. Kahn, article cité *supra*, note 3.

(60) V. dans le même esprit, mais avec une formule légèrement différente : Broches, *loc. cit. supra*, note 55.

(61) V. par ex. Cass. com., 21 avril 1950, D. 1950, 557, note Ripert, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1950, 427, note Delaume; Dayant, *J. Cl. Dr. int.*, fasc. 552-B, nos 21 s.

Hasardons-nous à prévoir, à titre d'exemples, que la règle *pacta sunt servanda* et le *respect des biens et droits de l'investisseur* (en ce sens, rappelons-le, que leur expropriation doit comporter une indemnité adéquate) déjà mentionnés pourront être considérés comme des principes de l'ordre public international; on pourra y ajouter, sans doute, le *respect de la vie, de la liberté et de la propriété privée des étrangers employés par l'investisseur*. On débattrait, au contraire, du caractère d'ordre public de la *stabilité des prestations*, au moyen d'une garantie de change stipulée ou présumée; et sans préjudice d'autres questions, qui surgiraient à mesure que se développerait la jurisprudence arbitrale, on se demanderait également si la *stabilité du droit applicable à l'investissement* revêt ou non ce caractère. Cette interrogation s'insère dans la question, plus générale, de la date à laquelle il convient de se placer pour définir le contenu du droit applicable; c'est la dernière « question commune » que l'on se propose d'examiner.

### iii) Stabilité et modifications du droit applicable

24. On a déjà noté (v. *supra*, n° 1) que l'une des principales objections contre la compétence de la loi de l'Etat d'accueil était que cette loi dépend de l'une des parties à l'opération d'investissement, qui pourrait ainsi modifier à sa guise sinon le contenu concret des obligations des parties, du moins les règles dont dépend leur interprétation, voire leur validité ou leurs effets.

Il n'est guère possible d'écarter l'objection par un simple recours aux règles générales du conflit de lois. Même lorsque le droit applicable a été choisi par les parties, il est généralement admis, en effet, dans la doctrine générale de l'autonomie de la volonté, que celle-ci ne s'exerce pas au profit d'une loi « figée » en son état au jour du contrat, mais à pour effet de localiser le contrat dans un système juridique nécessairement évolutif, et tel qu'il sera à chaque instant de cette évolution<sup>62</sup>. Il faut ajouter que selon un principe également reçu (en tout cas en droit international privé français), c'est la loi compétente qui fixe, par ses règles de droit transitoire, les conditions de son application dans le temps<sup>63</sup>, sans même que sa rétroactivité soit, *sauf circonstances particulières*, considérée comme contraire à l'ordre public international<sup>64</sup>. Au surplus, dans la mesure où une loi nouvelle ne s'appliquerait qu'aux effets à venir du contrat d'investissement, il s'agirait pas de rétroactivité, mais seulement de non-survie de la loi ancienne.

(62) V. Dayant, *op. cit. supra*, note 62, n° 6; Graulich, in *Enc. Dall. Dr. int.*, v° Conflits de lois dans le temps, nos 106 s.

(63) V. Gavalda, *Les conflits dans le temps en droit international privé*, 1955, pp. 360-362, 385-389; Graulich, *op. cit. supra*, note 62, nos 89 s.

(64) V. par ex. Paris, 2 juill. 1954, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1954, 810, note H. Batifol, *Journ. dr. int.* 1955, 142, note Ponsard.

Il demeure cependant que dans le cas, pratiquement de loin le plus fréquent, où le droit national compétent sera celui de l'Etat récepteur de l'investissement, on ne peut admettre, sans nuance, que la loi du contrat soit à sa merci.

25. La Convention est muette sur cette question, qui se posera, elle aussi, quel qu'ait été le mode de désignation du droit de l'Etat hôte comme loi applicable, — sous cette réserve importante, cependant, que lorsque ce droit est choisi par les parties, celles-ci pourraient préciser qu'elles entendent s'y référer, en son état à la date du contrat, et exclure, sauf nouvel accord, l'applicabilité des modifications qu'il subirait à l'avenir<sup>65</sup>. Mais hors un tel accord (qui ne pourrait pas, répétons-le, être présumé si l'on s'en tenait à la théorie générale de l'autonomie de la volonté), ou lorsque le droit de l'Etat est compétent par désignation du tribunal, comment la difficulté pourrait-elle être résolue ?

La solution extrême consisterait à admettre que la stabilité de la législation régissant l'investissement est précisément un principe, non seulement du droit international, mais de l'ordre public international en matière d'investissement. On en déduirait que les modifications du droit applicable sont en tout cas sans application, — qu'il s'agisse, du reste, du droit de l'Etat d'accueil, ou d'un autre Etat, voire du droit économique international; la justice ainsi comprise voudrait que les parties ne pussent se voir opposer des règles autres que celles qu'elles connaissent au moment de contracter, et « en contemplation » desquelles elles se sont liées.

Mais à l'exposer ainsi dans sa rigueur logique, cette solution apparaît excessive. Il est certes présomptueux de tenter de prévoir, alors que la Convention est à peine entrée en vigueur, ce que sera, sur cette question, la jurisprudence arbitrale. Mais du moins peut-on avancer que la modification du droit applicable ne devrait pas être considérée, *en soi*, comme contraire à l'ordre public international en matière d'investissement; elle ne revêtirait ce caractère que lorsqu'elle méconnaîtrait, *par ses conséquences*, l'un des principes de l'ordre public international<sup>66</sup>.

Par exemple, si une loi nouvelle venait subordonner la validité d'un contrat d'investissement à l'approbation législative, alors qu'auparavant une décision gouvernementale suffisait, l'Etat qui prétendrait l'appliquer à des contrats en cours, pour les renier, enfreindrait ainsi la règle *pacta sunt servanda*; il y aurait violation de l'ordre public, non en raison de la modification législative elle-même, mais de ses conséquences. En revanche, si une loi nouvelle venait modifier les effets de la garantie des vices

(65) V. les exemples cités par Amadio, *op. cit. supra*, note 10, p. 189; on pensera aussi à l'effet « stabilisateur » que peuvent avoir les conventions d'établissement conclues par les Etats de l'ancienne Afrique française : v. Kahn, article cité *supra*, note 7.

(66) Il en serait toutefois autrement, et la modification apparaîtrait comme contraire au principe *pacta sunt servanda*, si la loi antérieure était matériellement incorporée au contrat; ses dispositions deviendraient, dans ce cas, des clauses contractuelles que l'Etat hôte ne saurait unilatéralement modifier.

cachés, son application immédiate aux effets à venir d'un contrat de vente d'usine clés en mains en cours d'exécution ne heurterait pas l'ordre public international, — à moins que les indemnités et les exigences de perfection technique prévues soient telles que son application risque de dépouiller le constructeur de son dû; il y aurait alors, en effet, par voie de conséquence, violation des droits contractuels de l'investisseur, sans indemnité adéquate.

26. Les exemples que l'on vient d'imaginer paraîtront sans doute laborieux; le rapporteur en trouvera une excuse dans le fait qu'il a tenté de les maintenir dans le domaine de la *lex contractus*. Or, il est permis de se demander, en dépit du silence de la Convention sur ce point, si le droit applicable en vertu de ses dispositions couvrira l'entier domaine de l'investissement.

## II. — Le domaine du droit applicable selon la Convention

27. Par sa structure — et sous réserve d'une terminologie, du moins dans la version française, qui permet d'y voir aussi la simple consécration de la force obligatoire du contrat<sup>67</sup> — l'art. 42-1 de la Convention apparaît comme une règle de conflit relative à la loi applicable à un contrat; autrement, on ne concevrait pas qu'il laissât aux parties, à titre principal, le soin de désigner cette loi, puisqu'en droit international privé, l'autonomie de la volonté n'a de place qu'en cette matière, et en celle des testaments.

Or, plusieurs auteurs ont souligné que si l'investissement supposait, bien entendu, un accord de volontés entre l'investisseur et l'Etat d'accueil (ou un organisme dépendant de ce dernier, ou encore une société ayant son siège sur son territoire), il n'en est pas moins une opération fort complexe comportant le règlement de nombreuses questions qui relèvent, notamment, du droit administratif, fiscal, social, monétaire et des changes, et qui ne sont pas habituellement du domaine de la loi du contrat<sup>68</sup>.

Mais, précisément, les litiges relatifs à un investissement concerneront souvent — le plus souvent peut-être — des questions de cette nature : l'Etat d'accueil reprochera, par exemple, à l'investisseur d'éluder

(67) V., sur la signification que pourrait revêtir le mot « adoptées », dans la première phrase de l'article 42-1, *supra*, nos 10, 16.

(68) V. sur les éléments de l'investissement nécessairement régis par la loi territoriale : Delaume, article cité *supra* note 43; Kahn, articles cités *supra*, notes 3 et 7; et en général, sur les limites à apporter au domaine de la loi du contrat : Batiffol, *op. cit. supra*, note 6, nos 5, 576, 605.

ses obligations fiscales, ou de ne pas respecter la réglementation du travail en vigueur sur son territoire; réciproquement, l'investisseur se plaindra de restrictions indues à la liberté de ses mouvements de fonds. Si de tels litiges sont soumis à l'arbitrage, il n'est pas pensable qu'ils soient réglés par application d'une loi autre que celle de l'Etat hôte, dont la compétence territoriale ne fait aucun doute en de telles matières. Il est dès lors difficile d'envisager que la Convention ait voulu donner aux parties la faculté de les soustraire à la loi territoriale; en tout cas — et c'est l'observation la plus importante, en pratique, — une référence globale des parties à la loi d'un Etat autre que l'Etat d'accueil, ou au droit économique international, ne saurait avoir pour effet d'écarter, pour les questions dont il s'agit, la compétence de la loi territoriale. Celle-ci est du reste pratiquement admise par tous les systèmes de règlement de conflits, si bien qu'elle est, précisément, un principe du droit international dont le tribunal arbitral devra tenir compte.

28. Normalement, la solution indiquée ne paraît pas devoir être modifiée lorsque, comme il arrive, les parties incorporent au contrat des clauses relatives aux matières fiscales, sociales ou monétaires. Certes, si ces clauses dérogent aux règles de droit commun de l'Etat d'accueil dans les mêmes matières (par exemple, si le contrat comporte des exonérations fiscales, ou prévoit des obligations d'ordre social plus rigoureuses que celles pesant sur les entreprises « internes », ou exempte l'investisseur de la nécessité d'autorisation pour certains mouvements de capitaux), elles devront être respectées, et le législateur territorial ne pourra y porter atteinte; mais c'est là, encore un coup, l'application du principe que le contrat fait la loi des parties. Seulement, on ne voit pas que l'interprétation de telles clauses, si elle était litigieuse, puisse être faite en se référant à un droit autre que l'Etat d'accueil : par exemple, c'est dans la loi de cet Etat qu'il faudra chercher la qualification d'un impôt, pour savoir s'il est parmi ceux dont l'investisseur est exonéré, ou celle d'un mouvement de fonds, pour décider s'il bénéficie de la liberté éventuellement reconnue à l'investisseur pour certaines exportations d'argent, mais pas pour d'autres.

Il ne pourrait en être autrement que dans l'hypothèse, purement théorique — voire difficilement concevable — où les parties auraient expressément déclaré qu'elles entendaient se référer, pour l'interprétation de toutes les clauses du contrat sans exception (y compris les clauses fiscales, monétaires, etc...) à une loi autre que celle de l'Etat d'accueil; ou encore dans le cas, appelé sans doute à disparaître, où la loi de cet Etat serait trop rudimentaire pour fournir des concepts et des règles d'interprétation du contrat (on pense toujours aux droits inspirés du Coran qui ont paru si manifestement étranges à Lord Asquith of Bishopstone), et où force serait bien au tribunal de les chercher soit en droit comparé, soit dans le droit de l'Etat dont relève l'investisseur.

29. Ce n'est pas à dire, cependant, que dans le domaine qui est nécessairement le sien, la loi territoriale doive régner sans partage : on

retrouve ici, comme pour la loi du contrat, le problème de sa stabilité, et celui de sa compatibilité avec l'ordre public international.

a) Les modifications des lois fiscales et monétaires sont parmi les plus redoutées par les investisseurs. Il ne semble pas qu'elles puissent être opposées à des clauses expresses du contrat, surtout si l'on a pris soin de préciser que ces clauses continueront de s'appliquer, nonobstant la modification du droit commun dans les matières qu'elles concernent.

A défaut, nous pensons que les solutions précédemment esquissées à propos de la loi du contrat (*supra*, n° 25) trouveraient également ici leur application. L'augmentation d'un impôt frappant l'investisseur à l'égal des autres entreprises de même nature de l'Etat d'accueil ne peut manifestement pas être considérée comme contraire, en soi, à l'ordre public international; mais si elle est discriminatoire (en droit ou en fait) et à plus forte raison si elle atteint, en outre, des proportions telles qu'elle aboutit à une quasi-expropriation déguisée, les principes du droit international devraient conduire le tribunal à en refuser l'application.

Le raisonnement est du même type, mais pourrait aboutir à des conclusions différentes en présence d'une dévaluation de la monnaie nationale (si celle-ci est monnaie du contrat, fût-ce partiellement) ou de restrictions nouvelles aux mouvements de capitaux. De telles dispositions ne devraient de toute manière pas l'emporter sur des clauses contractuelles expresses de garantie de change ou de libre rapatriement des capitaux, dont on est bien tenté de considérer que la validité est un principe d'ordre public des contrats internationaux, éminemment favorable, du reste, au développement des investissements; mais à défaut de telles clauses, il est beaucoup plus difficile de dire que ces mesures seraient inapplicables, parce que non compatibles avec l'ordre public international, — à moins là encore, qu'elles n'aboutissent à une expropriation substantielle de l'investisseur.

b) Abstraction faite de tout problème d'application dans le temps, on peut également supposer que la loi territoriale est, *ab initio*, contraire à l'ordre public international. Elle sera alors écartée, par un mécanisme fort classique du règlement des conflits de lois; mais l'hypothèse est d'école, car on peut supposer que l'investisseur exigera des dérogations contractuelles expresses à de telles dispositions.

\*

\*\*

Bien d'autres le furent, d'école, parmi les hypothèses que l'on a imaginées; mais était-il possible de faire autrement, en l'absence de toute jurisprudence appliquant et interprétant la Convention? Du moins exprimera-t-on l'espoir que la discussion des questions soulevées sera, dans la formation de cette jurisprudence, de quelque utilité.

## DISCUSSION

M. KOVAR :

Je voudrais faire trois petites observations :

1° M. Lalive a déclaré dans son rapport que les arbitrages non institutionnalisés, *ad hoc*, avaient souvent l'avantage d'éviter des difficultés concernant la constitution du tribunal ou l'application de la loi applicable et de bien préciser les conditions de mise en œuvre et de prévoir des possibilités de passer outre la mauvaise volonté d'une des parties.

Je voudrais simplement signaler un fait : j'ai eu l'occasion d'étudier le problème de la congolisation de l'Union Minière et notamment d'avoir en ma possession la Convention passée entre l'Union Générale Congolaise des Minerais et la Société Générale des Minerais belges, qui prévoit un système d'arbitrage. Or, à ma grande surprise, je n'ai pas lu dans celle-ci un seul mot quant à la détermination de la loi applicable. Elle contenait une lacune absolue sur ce point.

2° M. Goldman a parlé de la stabilisation des règles applicables et notamment du droit interne. Il a fait allusion, par exemple, au problème de l'augmentation massive de la fiscalité.

Effectivement dans l'affaire de l'Union Minière du Haut Katanga, l'argument était le suivant : en un an, la transformation de la fiscalité au Congo transformait un bénéfice de l'ordre de 800 millions de francs belges en un déficit de l'ordre de 800 millions de francs belges. Cet argument reste bien entendu à vérifier et cela est très difficile en cette matière. Cependant, si la stabilisation est prévue dans le contrat d'investissement, il restera certes des difficultés, mais elles seront mineures.

En revanche, une stabilisation en dehors de toute stipulation contractuelle me semble bien difficile. On peut s'en sortir par le recours à la notion d'abus de droit : toute modification abusive et qui recherche comme finalité à mettre, en réalité, en cause les droits conventionnels de l'investisseur doit être considérée comme contraire au principe.

3° Je voudrais faire une remarque sur le petit membre de phrase « ainsi que les principes de droit international en la matière » qui figure dans l'article 42 à la fin de son premier alinéa.

Je reconnais que le mot « ainsi que » et sa place à la fin de l'alinéa me semble poser un problème. Je ne suis pas certain que l'interprétation du professeur Goldman sera admise facilement à savoir que « ainsi que » veut dire « avant tout » et que les principes en question constituent un ordre public international auquel on ne peut déroger. Cette interprétation du mot « ainsi que » est évidemment souhaitable car c'est une des garanties essentielles de l'investisseur dans l'hypothèse que vous avez envisagée de l'application de la loi de l'Etat autre mais c'est là qu'on

peut se demander si ce « ainsi que » est une satisfaction ultime donnée ou prend la place prééminente comme l'a montré le professeur Goldman.

M. DEHAUSSY :

Cet « ainsi que » m'inquiète car je voudrais savoir effectivement comment on conciliera, quant à leurs qualités respectives, les notions de droit de l'Etat contractant et les principes de droit international lorsqu'il adviendrait qu'il n'y a pas parfaite conformité de l'un avec l'autre. Est-ce que cet « ainsi que » devient « last but not least » ou au contraire est un coup de chapeau donné aux principes généraux ? Je suis extrêmement sceptique sur les interprétations qui seront données.

Je voudrais d'autre part faire une brève observation sur les mesures qui seraient de nature à rassurer les Etats disposés à ratifier la Convention. Il y avait peut-être des éléments de réponse dans l'intervention de M. Brochès concernant la procédure un peu inquiétante qui consisterait à imposer certaines mesures de rétorsion, notamment dans le domaine financier, à un Etat qui n'exécuterait pas une sentence. Je crois que, sur le fond, nous avons à tenir compte du consensualisme qui règne en maître en matière d'arbitrage et qui est posé parfaitement dans cet article 42. Certes, la première phrase de l'article 42 parle des règles de droit adoptées par les parties et ensuite des règles de droit que le tribunal appliquera faute d'accord des parties. Mais je dirai que ce « faute d'accord des parties » suppose toujours à la base l'accord des parties et que c'est toujours sur un consensualisme essentiel que repose l'application d'un droit que n'ont pas expressément défini les parties. Les parties à l'arbitrage savent fort bien, lorsqu'elles ont conclu une clause compromissoire que c'est la convention qui fait la loi des parties à l'arbitrage et par conséquent elles savent fort bien qu'à défaut pour elles d'avoir défini certaines règles juridiques, qu'elles veulent précisément voir appliquées à l'arbitrage, ce seront le droit de l'Etat contractant et les principes de droit international qui seront appliqués, sauf si elles savent d'avance que ce sera le tribunal qui aura à déterminer cela.

Je voulais très simplement mettre en lumière, souligner très fortement le consensualisme éminemment essentiel à l'arbitrage puisqu'il survient une fois lorsqu'on adopte la Convention, et une autre fois quand on décide d'appliquer la Convention en concluant la clause compromissoire.

M. PEPY :

Ayant essayé, à plusieurs reprises, de donner des conseils à des Etats susceptibles de bénéficier d'investissements, je me suis trouvé placé quelquefois dans des conditions auxquelles il a été fait allusion tout à l'heure, c'est-à-dire essayer d'aider ces Etats, à voir de quelle manière les problèmes économiques pourraient être résolus par eux-mêmes.

J'avoue que j'ai été très inquiet au début de l'intervention du Professeur Goldman devant ses très brillantes variations sur le point de savoir ce que pourraient être les règles de droit applicable qui ne seraient pas celles adoptées par les parties. L'expérience que j'ai eue montre que dans la plupart des cas et en tout cas en ce qui concerne les Etats d'Afrique Noire francophones, les investisseurs privés ou semi-publics qui investissent dans ces Etats prennent d'extrêmes précautions et ne se contentent pas simplement de prévoir une clause compromissoire mais s'efforcent et exigent au besoin avec des arguments que vous connaissez bien qu'un certain nombre de règles de droit soient fixées.

Les deux questions que l'on peut à ce moment-là se poser ont été en partie envisagées par M. le Professeur Goldman mais je voudrais insister sur l'une et l'autre.

— La première question est de savoir si, dans le cas où des clauses extrêmement précises ont été prévues par la Convention d'établissement qui inclue en même temps la clause compromissoire, ces clauses sont limitatives ou ne le sont pas. Autrement dit, règlent-elles tous les problèmes (et ce qui est en dehors de ces problèmes ne peut alors donner lieu à arbitrage) ou y a-t-il malgré tout possibilité d'un arbitrage ?

— La deuxième question, et M. Goldman y a fait allusion à la fin de son intervention, est celle du contenu même des clauses. Je parle des clauses de fond et non plus des clauses de procédure ou des clauses éventuelles de compétence.

Ces clauses de fond, on les envisage généralement, surtout dans nos pays, sous l'aspect de clauses destinées à protéger l'investisseur privé. Mais il faut également penser que des clauses contractuelles doivent satisfaire les deux cocontractants et j'appuierai la remarque faite par M. Goldman lorsqu'il a justement souligné combien certaines de ces clauses pouvaient être contraires non seulement au principe de souveraineté dont tous les Etats sont les défenseurs mais aussi à l'exigence de développement de ces Etats. Il s'agit, par exemple, des clauses fiscales. Il est bien évident que, dans certains cas, ces clauses fiscales peuvent être prises simplement pour évincer telle ou telle entreprise qui a été réalisée sur place par des investissements venus de l'étranger mais il se trouve également que, dans les Etats en voie de développement comme dans les Etats industrialisés, le développement de la fiscalité est une constatation que nous faisons, chaque année, les uns et les autres. Par conséquent, un certain développement de la fiscalité des pays en voie de développement est supportable. Je dirais même qu'un développement plus rapide de cette fiscalité est plus normal que dans les pays industriels parce que c'est précisément dans ces pays en voie de développement que la fiscalité était la moins développée car les équipements publics et les services rendus par l'Etat étaient les moins poussés ; et c'est précisément une des conséquences même de l'Etat de sous-développement. A partir de quel moment, si des clauses précises ne sont pas prévues dans le contrat d'investissement ou à l'occasion du contrat d'investissement, un tribunal arbitral pourra-t-il décider que de telles clauses sont contraires

aux principes de droit international ou, pour reprendre l'expression utilisée tout à l'heure, constituent un abus de droit ? Cela devient quelque chose d'extrêmement difficile et je me demande personnellement si la solution à laquelle il est le plus normal de se référer n'est pas celle qui est finalement retenue par l'article 42. Le principe qui me semble être retenu par l'alinéa 1 de cet article 42 est que ce sont les conventions passées entre les investisseurs et un Etat, ou les subrogés de cet Etat, qui règlent les problèmes de fond et que c'est seulement en cas d'absence de toute Convention sur ces problèmes qu'il faut recourir aux règles de droit existantes. Dans la mesure où certains problèmes comme la stabilité fiscale sont formulés expressément et dans tous leurs détails par le Contrat (je prends cet exemple parce que c'est un des plus faciles à régler et le plus souvent invoqué en la matière), dans la mesure où le contrat d'investissement se contente de dire par exemple que les taxes indirectes vont rester ce qu'elles sont, cela ne veut pas dire qu'on empêche l'Etat d'exercer sa souveraineté. Si les parties contractantes voulaient arriver à une cristallisation empêchant l'Etat d'exercer ses droits légitimes en la matière, il faudrait qu'on le dise de la manière la plus explicite. Je crois que, sans cela, on aboutirait à un désordre complet et qu'en voulant régler trop de choses et les régler trop bien, on aboutirait finalement à l'inverse de ce que l'on souhaite. A plusieurs reprises, les organismes professionnels français intéressés au problème, en particulier le C.N.P.F., se sont préoccupés de cette question et les projets qu'ils ont élaborés me paraissaient si détaillés, si précis, si minutieux que je craignais qu'ils ne soient pas applicables. D'ailleurs, à ma connaissance, ils n'ont pas vu le jour. A force de vouloir régler toutes les situations, on risque soit de ne pas aboutir à l'investissement, ce qui n'est ni l'intérêt de l'investisseur privé ni l'intérêt des Etats bénéficiaires, soit à l'inverse d'établir un régime juridique si étroit qu'il ne soit plus appliqué et qu'on aboutisse à une situation que les constitutionnalistes connaissent bien avec les constitutions africaines : elles sont parfaites mais elles ne sont pas appliquées.