

## La clause CIRDI dans les traités bilatéraux suisses de protection des investissements

CHRISTIAN DOMINICÉ

### *I. Une pratique suisse qui évolue*

1. L'œuvre de DIETRICH SCHINDLER frappe par sa diversité autant que par la solidité et la finesse du propos. On y trouve, entre autres, des études consacrées à la politique étrangère de la Suisse, aussi voulons-nous nous associer à ce témoignage d'estime et de reconnaissance en nous intéressant à un aspect particulier de la pratique actuelle de la Confédération, qui s'inscrit dans la politique générale d'encouragement et de protection des investissements.

Il s'agit de la manière dont les traités bilatéraux conclus dans ce domaine règlent – ou ne règlent pas, ce qui traduit également une conception du problème – la question des litiges susceptibles de se produire entre un investisseur et l'Etat de l'investissement, ou Etat d'accueil. On observe que la pratique des autorités fédérales s'est modifiée au cours des années, de sorte que l'on peut s'interroger sur les motifs de ce changement.

2. Il faut rappeler préalablement que la Suisse participe, avec d'autres pays, à un vaste mouvement visant à la conclusion d'accords bilatéraux relatifs à la promotion et à la protection des investissements privés, qui, amorcé au début des années soixante, est aujourd'hui caractérisé par l'existence d'un substantiel réseau. On peut recenser plus de 300 de tels accords<sup>1</sup>.

Pour sa part, la Suisse est liée par 36 traités bilatéraux, qui se répartissent en 19 «Accords concernant la promotion et la protection réciproques des investissements», 14 «Accords de commerce, de protection des investissements et de coopération technique», 2 «Accords de commerce et de protection des investissements», et enfin un

1 Cf. PAUL PETERS, *Investment Treaties: an Updating*, Rapport daté du 1<sup>er</sup> juillet 1988 présenté à la Conférence de Varsovie (août 1988) de l'International Law Association qui dénombre à la date indiquée 308 accords bilatéraux. Pour un examen d'ensemble, voir JEAN-PIERRE LAVIEC, *Protection et promotion des investissements*, Publication de l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève, P.U.F., 1985.

«Traité d'amitié et de commerce» contenant une clause de protection des investissements<sup>2</sup>.

L'un des traits caractéristiques de ces divers accords, indépendamment des règles de fond qu'ils contiennent, est la présence dans chacun d'eux, sauf un<sup>3</sup>, d'une clause d'arbitrage. Cette disposition vise les litiges susceptibles de se produire entre les Parties Contractantes au sujet de l'interprétation ou de l'exécution de l'accord lui-même, ou du moins de certains de ses articles. Il s'agit donc d'un arbitrage interétatique *ad hoc* qui, selon une clause standard, prévoit la constitution d'un tribunal de trois membres, dont les décisions sont obligatoires pour les Parties.

Ce type de clause d'arbitrage, on peut le relever, est de pratique courante dans bon nombre d'accords de protection des investissements conclus par d'autres pays. Ce ne sont cependant pas ces procédures entre Etats qui vont nous intéresser, mais bien celles qui sont destinées à mettre directement en présence l'investisseur et l'Etat d'accueil.

3. Un examen général des traités bilatéraux de protection des investissements montre que les Etats qui les concluent insèrent fréquemment dans le corps du traité une disposition qui prévoit qu'en cas de litige entre l'Etat d'accueil de l'investissement et l'investisseur, les parties au litige soumettront ce litige au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), institué par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, dite fréquemment Convention de Washington ou Convention de la Banque mondiale, du 18 mars 1965<sup>4</sup>.

Il faut observer que quelques années se sont écoulées entre l'entrée en vigueur de la Convention de Washington<sup>5</sup> et l'apparition des «clauses CIRDI» dans les traités bilatéraux de protection des investissements. Il fallait sans doute que les Etats fussent

2 Deux autres accords de la première catégorie (avec le Maroc et le Honduras) ne sont pas en vigueur faute de ratification par l'autre Etat. Il y a lieu de se reporter à deux études récentes: MATHIAS-CHARLES KRAFFT, Les accords bilatéraux sur la protection des investissements conclus par la Suisse, *Foreign Investment in the Present and a New International Economic Order*, Presses universitaires de Fribourg 1987, pp. 72-95; NGUYEN HUU-TRU, Le réseau suisse d'accords bilatéraux d'encouragement et de protection des investissements, *Revue générale de droit international public* 1988, pp. 577-671. On y trouve la liste des accords suisses, qui figure aussi dans l'ouvrage de LAVIEC (note 1).

3 Le Traité d'amitié et de commerce avec le Liberia ne contient pas de clause d'arbitrage.

4 Cette Convention a été ratifiée par la Suisse le 15 mai 1968, RO 1968, p. 1022 (Message du Conseil fédéral du 15.12.1967, FF 1967 II 1460). Sur la Convention de Washington, voir notamment ARON BROCHES, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of other States*, Recueil des cours de l'Académie de droit international, t. 136, 1972 II, pp. 331ss; GEORGES DELAUME, Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, *Journal du droit international* 1982, p. 775; REGULA OTT, *Die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten durch Schiedsgerichte*, Bern 1983.

5 La Convention est entrée en vigueur le 14 octobre 1966 après avoir reçu 20 ratifications (art. 68). Au 30 juin 1988, 97 Etats avaient signé la Convention de Washington, dont 89 l'avaient ratifiée, I.C.S.I.D., 1988 Annual Report, p. 14.

convaincus de l'opportunité d'une telle clause. On sait que parmi les traits caractéristiques du système instauré par la Convention de 1965, sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir, figure la disposition voulant qu'un Etat contractant ne soit pas admis à accorder sa protection diplomatique à son ressortissant partie à un litige soumis au CIRDI, sauf si, une fois la sentence rendue, l'autre Etat ne s'y conforme pas (art. 27). Au demeurant, on sait aussi que si, depuis quelques années, le CIRDI connaît une activité d'une certaine ampleur, il aura fallu attendre pour qu'il en soit ainsi.

C'est dans le courant des années 1970 que des dispositions prévoyant le recours au CIRDI sont apparues dans des accords bilatéraux. Ces clauses ne sont pas toutes identiques, leur contenu «varie substantiellement d'un texte à l'autre»<sup>6</sup>, mais elles sont de plus en plus fréquentes.

4. Du côté suisse, il faut constater que jusqu'en 1980 les accords bilatéraux de protection des investissements sont muets sur la question des procédures susceptibles de mettre en présence, directement l'investisseur et l'Etat d'accueil. Notamment, on n'y trouve aucune clause CIRDI.

L'explication de cette pratique est énoncée comme suit par l'Ambassadeur KRAFFT dans l'étude qu'il a consacrée aux accords conclus par la Suisse:

«Pendant longtemps, la Suisse a été opposée à l'inclusion, dans ses accords sur la protection des investissements, d'une disposition permettant l'arbitrage entre un Etat contractant et un investisseur de l'autre Etat contractant. La raison en était principalement que la mise en œuvre d'une telle clause aurait pu entraîner, pour les investisseurs suisses, la renonciation à la protection diplomatique de la Confédération, du moins pour ce qui est des clauses renvoyant aux règles de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (art. 27)»<sup>7</sup>.

Cette explication est aussi celle que fournit NGUYEN HUU-TRU, qui précise que l'on semble avoir préféré, du côté suisse, «le recours immédiat à une intervention du gouvernement»<sup>8</sup>.

5. Depuis 1981, on observe néanmoins un changement de la pratique helvétique.

En effet, les quatre accords concernant la promotion et la protection réciproques des investissements conclus depuis lors par la Suisse contiennent un article consacré au règlement des différends entre une Partie contractante et un investisseur de l'autre Partie contractante. Il s'agit des accords avec Sri Lanka, du 23.9.1981 (art. 9)<sup>9</sup>, avec le

6 L'observation est de LAVIEC (note 1), p. 276.

7 KRAFFT (note 2), p. 84.

8 NGUYEN HUU-TRU (note 2), p. 658.

9 RO 1982, p. 929.

Panama, du 19.10.1983 (art. 9)<sup>10</sup>, avec la Chine, du 12.11.1986 (art. 12)<sup>11</sup>, et avec la Hongrie, du 5.10.1988 (art. 10)<sup>12</sup>.

Ces quatre dispositions sont toutes différentes les unes des autres.

Tout d'abord, deux de ces Etats ne sont pas parties à la Convention de Washington. Ce sont le Panama et la Chine. Les accords avec ces deux Etats ne renvoient donc pas au CIRDI, et nous aurons ultérieurement l'occasion de les examiner de plus près.

Ce sont donc l'Accord avec Sri Lanka, et le tout récent Accord avec la Hongrie, qui seuls contiennent une clause CIRDI, que nous analyserons plus loin. Ainsi, la Suisse a modifié sa pratique. A en croire l'Ambassadeur KRAFFT, ce sont les partenaires de la Confédération qui ont pris l'initiative de demander l'insertion d'une telle clause<sup>13</sup>. Cependant, ne paraissant pas partager les hésitations, pour ne pas dire plus, qui ont inspiré la politique des années antérieures, cet auteur ajoute que «les autorités fédérales devraient en principe, à l'avenir, se référer aux procédures du Centre pour les différends investisseur-Partie Contractante, les règles de la CNUDCI n'entrant en ligne de compte que vis-à-vis des Etats qui n'acceptent pas de se soumettre au CIRDI», et il indique derechef que le projet «standard» suisse comporte un nouvel article, dont l'objet est précisément une clause CIRDI<sup>14</sup>.

6. Il n'est pas sans intérêt de s'interroger sur l'opportunité de ce changement de politique. En faisant la part du désir, compréhensible, d'examiner tout d'abord si le système instauré par la Convention de 1965 pouvait fonctionner de manière satisfaisante, peut-on penser que la première attitude, soucieuse de n'apporter aucune restriction à l'exercice, par les autorités fédérales, de la protection diplomatique, avait des arguments pour elle, ou faut-il au contraire se réjouir de la nouvelle orientation amorcée récemment? Cette appréciation sera faite ici en examinant successivement, afin de les comparer, la situation qui se présente à défaut de clause CIRDI, ou de clause d'arbitrage plus généralement, et celle que l'on rencontre dans le cas d'un accord bilatéral contenant une telle clause.

## II. Le traité bilatéral ne prévoit pas l'arbitrage

### 1. Généralités

7. Les accords de protection des investissements stipulent diverses obligations à la charge de l'Etat d'accueil. Ce sont le plus souvent: une obligation générale de

<sup>10</sup> RO 1985, p. 1376.

<sup>11</sup> RO 1987, p. 589.

<sup>12</sup> Cet Accord est entré en vigueur le 16. mai 1989, RS 0.975.241.8.

<sup>13</sup> KRAFFT (note 2), p. 84.

<sup>14</sup> Ibid., p. 86-87.

traitement juste et équitable, y compris l'obligation de traitement national et la clause de la nation la plus favorisée, puis divers devoirs ponctuels, notamment en matière de transferts financiers, et enfin l'obligation de ne pas prendre de mesures d'expropriation, de nationalisation ou de dépossession, sauf pour des motifs d'utilité publique et à condition que ces mesures ne soient pas discriminatoires et qu'elles soient accompagnées d'une indemnité effective et adéquate<sup>15</sup>.

La transgression de l'une ou l'autre de ces obligations, comme de celles qui résultent en général du droit des étrangers, est susceptible d'engager la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil, et par conséquent de provoquer l'intervention, par la protection diplomatique, de l'Etat national de l'investisseur.

Celui-ci, c'est de doctrine classique, fait valoir son droit propre, lorsqu'il a été victime d'une violation du droit international en la personne de son ressortissant, et pour autant que celui-ci ait épuisé les moyens de recours internes<sup>16</sup>.

Il y a donc une étroite corrélation entre la violation du droit international et le lien de nationalité, dès lors qu'il ne peut y avoir atteinte à un droit internationalement protégé de l'Etat que si celui-ci est touché en la personne de son ressortissant, raison pour laquelle, fréquemment, dans les procédures arbitrales ou judiciaires, la question du lien de nationalité est abordée préalablement – elle fait même souvent l'objet d'une procédure sur exception préliminaire – avant que ne soit examiné le problème substantiel de la violation d'une obligation internationale. Nous nous proposons donc de commencer par là.

### 2. Le lien de nationalité

8. L'un des évidents mérites des accords bilatéraux de protection des investissements est qu'ils donnent une définition de ce que, aux fins de l'application de l'accord, il faut entendre par «ressortissant», «investissement de l'autre Partie», etc. Ils offrent la possibilité de trouver une solution à divers problèmes qui ne sont pas résolus de manière satisfaisante en droit international coutumier, et nous pensons particulièrement à la protection diplomatique des sociétés<sup>17</sup>, singulièrement lorsqu'il s'agit de sociétés

<sup>15</sup> Pour les accords conclus par la Suisse, voir plus particulièrement les études de KRAFFT et NGUYEN (note 2).

<sup>16</sup> Sur ces principes bien connus, cf. notamment HUBERT THIERRY/JEAN COMBACAU/SERGE SUR/CHARLES VALLEE, *Droit international public*, 5ème éd., Paris 1986, pp. 644ss, et NGUYEN QUOC DINH/PATRICK DAILLIER/ALAIN PELLET, *Droit international public*, L.G.D.J., 3ème éd., Paris 1987, pp. 701ss.

<sup>17</sup> Voir notamment PAUL DE VISSCHER, *La protection diplomatique des personnes morales*, Recueil des cours de l'Académie de droit international, t. 102, 1961 I, p. 395; LUCIUS CAFLISCH, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, La Haye 1969; IGNAZ SEIDL-HOHENVELDERN, *International Economic Law*, Recueil des cours de l'Académie de droit international, t. 198, 1986 III, p. 9, 85.

constituées dans le pays d'accueil de l'investissement par l'investisseur étranger. On sait que la législation de l'Etat d'accueil impose parfois ce type de construction juridique, qui, de toute manière, peut également être opportune pour d'autres motifs.

S'il n'y a pas lieu de préconiser l'abandon ou la modification des critères traditionnels (lieu d'incorporation, siège social) de détermination de la nationalité des sociétés<sup>18</sup>, il convient de trouver une solution judicieuse assurant le bénéfice de la protection internationale à des sociétés qui ont la nationalité de l'Etat d'accueil. C'est ainsi qu'en matière de règlement des différends relatifs aux investissements, la Convention de Washington permet aux parties à l'investissement de considérer une personne morale ayant la nationalité de l'Etat d'accueil comme ressortissant d'un autre Etat contractant aux fins de la Convention, en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers<sup>19</sup>.

Ce n'est pas ici le lieu d'analyser, sur ce point, la teneur des accords bilatéraux suisses. S'ils ne sont pas tous identiques, ils sont conçus de telle manière que ce critère du contrôle y joue un rôle important pour déterminer les bénéficiaires de la protection conventionnelle<sup>20</sup>.

Pour notre présent propos, il suffit d'observer que c'est à chaque accord bilatéral qu'il y a lieu de se référer pour déterminer quelles personnes et entités en bénéficient, et par conséquent quelles sont celles pour lesquelles la Suisse pourra, le cas échéant, exercer sa protection diplomatique.

### 3. La violation du droit international

9. Pour qu'il puisse être question de protection diplomatique, il faut que l'Etat de l'investissement ait commis un acte illicite international – fait internationalement illicite selon la terminologie de la Commission du droit international des Nations Unies – dont l'Etat de l'investisseur puisse se réclamer dans la relation interétatique de responsabilité.

C'est en soulignant que seule la violation d'une obligation de droit international public liant les Etats dans leurs rapports mutuels est susceptible d'engendrer un cas de responsabilité internationale donnant lieu à protection diplomatique que l'on va brièvement évoquer les diverses hypothèses qu'il convient d'envisager à ce titre, à

18 On rappellera l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, du 5 février 1970, C.I.J., Recueil 1970, p. 3.

19 Il s'agit de l'article 25, 2. b) de la Convention de Washington; voir notamment BROCHES (note 4), p. 354.

20 Cf. not. KRAFFT (note 2), p. 78. Le dernier accord conclu par la Suisse (avec la Hongrie) définit comme «investisseur» d'une Partie Contractante aussi bien les personnes morales constituées conformément à la législation de celle-ci que celles qui sont contrôlées par ses nationaux (art. 1<sup>er</sup>).

savoir, successivement, a) la violation du traité bilatéral, b) la question de la violation du contrat d'investissement, qui présente elle-même plusieurs aspects, c) la question du déni de justice du fait des juridictions de l'Etat d'accueil, et d) la question du refus de l'arbitrage.

#### a) La violation du traité bilatéral

10. L'accord bilatéral de protection des investissements est précisément destiné à établir des obligations réciproques entre les Etats qui le concluent. Si un investisseur couvert par lui est victime d'une mesure de l'Etat d'accueil consacrant une transgression du traité, il y a bien évidemment acte illicite international. Nous avons vu quelles sont généralement les obligations contenues dans ces accords et il n'y a pas lieu d'y revenir. On peut simplement préciser que lorsqu'on trouve dans le texte un renvoi au droit international, ou le recours à une expression empruntée au droit international général, l'accord est violé dans les mêmes conditions que le droit international coutumier.

A supposer qu'une violation du droit international ait été commise, elle ne saurait faire immédiatement l'objet d'une intervention au titre de la protection diplomatique. Il faut tenir compte de l'exigence de l'épuisement préalable des voies de recours internes, dont il sera encore question plus loin.

#### b) La question de la violation du contrat

11. La question, particulièrement importante et largement débattue de nos jours, de savoir si la transgression, par l'Etat d'accueil, du contrat qu'il a conclu avec l'investisseur constitue un acte illicite international présente plusieurs aspects<sup>21</sup>. Il convient d'examiner tout d'abord le problème dans ses termes généraux, puis d'évoquer le cas particulier qui se présente lorsque le contrat est soumis au droit international, et enfin de voir si un traité bilatéral de protection est de nature à introduire un élément spécifique.

12. L'analyse faite, par la doctrine, des contrats d'Etat est loin d'être uniforme<sup>22</sup>. Des points importants sont controversés. On doit cependant tenir pour certain que,

21 Cf. F. A. MANN, *State Contracts and State Responsibility*, *American Journal of International Law* 54 (1960), p. 572; STEPHEN M. SCHWEBEL, *On whether the Breach by a State of a Contract with an Alien is a Breach of International Law*, *Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, t. III, p. 401; GÜNTHER JAENICKE, *Consequences of a Breach of an Investment Agreement Governed by International Law, by General Principles of Law or by Domestic Law of the Host State*, *Foreign Investment in the Present and a New International Economic Order*, PUPIL 2, Fribourg 1987, p. 177; DENIS BETTEMS, *Les contrats entre Etats et personnes privées étrangères*, Lausanne 1988, pp. 161 ss.

22 Il y a lieu de se référer à la substantielle étude de JEAN-FLAVIEN LALIVE, *Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées*, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 181, 1983 III, p. 9ss.

quelle que soit la portée exacte des procédés qui, telle l'«internationalisation», visent à soustraire ces contrats à l'emprise exclusive du droit de l'Etat d'accueil, ils ne peuvent avoir pour effet de les transformer en instruments contenant des règles de droit international public. Il en résulte que la violation d'un tel contrat ne peut constituer, en tant que telle, un fait internationalement illicite, générateur de la responsabilité internationale interétatique<sup>23</sup>.

Ce n'est pas dire pour autant que l'Etat ne puisse, en certaines circonstances, se voir reprocher une transgression du droit international. Tel est le cas notamment lorsque, faisant usage de son pouvoir étatique, il porte atteinte aux droits que l'autre partie reçoit du contrat, qui sont protégés par une règle du droit international: respect des biens étrangers, interdiction des mesures discriminatoires, etc. L'atteinte portée au contrat est donc la manifestation d'une violation du droit international, mais ce n'est pas le cas de toute conduite non conforme à une stipulation du contrat<sup>24</sup>.

13. Faut-il faire une analyse différente lorsque, par hypothèse, le contrat a été soumis par les parties au droit international public?

Même si, dans la pratique, on ne va guère rencontrer des contrats soumis exclusivement au droit international public – qui est généralement rendu applicable en corrélation avec d'autres règles – il ne fait pas de doute qu'il existe un droit international des contrats<sup>25</sup>. Il résulte d'une pratique internationale à laquelle de nombreux Etats ont participé. Il détermine, notamment, les conséquences d'une violation des obligations contractuelles.

Quelles en sont les implications pour notre présent propos? Nous nous bornerons ici à deux observations.

Tout d'abord, même soumis au droit international, le contrat d'investissement n'en devient pas pour autant l'équivalent d'un traité<sup>26</sup>. Autrement dit, les stipulations qu'il contient ne sont pas des obligations internationales dont la violation serait *ipso facto* à l'origine d'une responsabilité interétatique. Sous cet angle, on doit admettre que la transgression d'une disposition du contrat n'est pas nécessairement une violation du droit international.

En second lieu, il est parfaitement possible, au plan de la construction juridique, que le droit international des contrats, qui lie les Etats dès lors qu'il est issu d'une

23 SCHWABEL (note 21), p. 406; JAENICKE (note 21), p. 186; BETTEMS (note 21), p. 204.

24 SCHWABEL (note 21), p. 412.

25 On rappellera que l'article 42 de la Convention de Washington, qui concerne le droit applicable, parle des «principes de droit international en la matière»; il faut également mentionner la Résolution de l'Institut de droit international de 1979 (Annuaire 1979 II, p. 191) dont l'article 2 indique que les parties à un contrat entre un Etat et une personne privée étrangère peuvent choisir le droit international comme loi du contrat.

26 JAENICKE (note 21), p. 179.

pratique à laquelle ils ont été associés, qualifie d'acte illicite international tel type particulier d'atteinte à une disposition du contrat. Ainsi, par exemple, une norme internationale est susceptible de prescrire que le non-respect d'une clause de stabilisation dans un contrat d'Etat constitue un acte illicite international. Il convient, dans un cas particulier, de prouver l'existence d'une telle norme<sup>27</sup>.

Il faut observer également que si le contrat est soumis à un droit interne, mais qu'en vertu de la clause d'élection de droit il y a lieu de tenir compte du droit international, on peut aboutir à un résultat similaire.

14. On doit enfin se demander si, par l'effet d'une disposition particulière d'un traité relatif à la protection des investissements, la violation d'un contrat d'investissement peut constituer transgression dudit traité et par conséquent du droit international public<sup>28</sup>.

Des dispositions susceptibles d'avoir cet effet ne sont pas fréquentes, mais on peut en rencontrer quelques exemples. Ainsi, l'article 5 du traité entre la Suisse et la Chine<sup>29</sup>, qui est intitulé «Respect des engagements», stipule: «Chaque Partie Contractante assume à tout moment le respect des engagements assumés par elle à l'égard des investissements des investisseurs de l'autre Partie Contractante».

Une telle disposition ne constitue pas un rempart absolu, car elle s'efface notamment devant celle qui règle la question de la dépossession, mais elle peut être comprise en ce sens que la violation du contrat constitue une atteinte au traité. Il faut observer cependant que l'investisseur doit d'abord s'adresser aux tribunaux internes, sauf clause arbitrale.

En revanche, la disposition, fréquente dans les traités bilatéraux, qui énonce l'obligation de traitement juste et équitable, ne saurait se voir reconnaître un tel effet. Conçue en termes généraux, elle ne peut guère se voir attribuer, sur ce point particulier, une signification allant au-delà d'un rappel des règles du droit international général relatives à la protection des biens étrangers<sup>30</sup>. Ce n'est pas sans intérêt, car un comportement de l'Etat d'accueil contraire à ces règles serait une atteinte au traité.

### c) Le déni de justice

15. Quel que soit le motif pour lequel il s'adresse au juge de l'Etat d'accueil, l'investisseur peut être victime d'un déni de justice, et cela même si son action en justice n'est pas elle-même fondée sur une violation du droit international. Qu'il s'agisse d'un déni de justice au sens formel, ou au sens matériel – distinct d'un simple

27 La question a été discutée dans l'affaire Aminoil (sentence du 24.3.1982, Kuwait v. American Independent Oil Company, 21 ILM 976 [1982] et Journal du droit international 1982, p. 869).

28 JAENICKE (note 21), p. 179.

29 RO 1987, p. 589; RS 0.975.224.9.

30 Dans ce sens KRAFFT (note 2), p. 79.

mal jugé – il y a violation du droit international public. Ce fait internationalement illicite donne lieu à responsabilité internationale interétatique<sup>31</sup>.

#### d) Le refus de l'arbitrage

16. Lorsque le litige se rapporte à un investissement effectué en vertu d'un contrat qui contient une disposition prévoyant un arbitrage direct entre l'investisseur et l'Etat d'accueil, celui-ci peut se rendre coupable d'une violation du droit international s'il refuse l'arbitrage ou y fait obstacle.

L'excellente étude, convaincante, consacrée par le Juge SCHWEBEL à cette question, montre que l'Etat qui adopte cette attitude commet en définitive un déni de justice<sup>32</sup>. Il y a lieu de se rallier à ces conclusions, et d'admettre par conséquent que la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil est engagée. De ce fait, l'Etat national de l'investisseur peut exercer sa protection diplomatique, et cela, il faut le souligner, sans que l'investisseur doive au préalable épuiser les voies de recours internes<sup>33</sup>. L'arbitrage est précisément destiné à offrir une voie de droit distincte des juridictions locales, et le refus de l'arbitrage suffit à consacrer définitivement le fait internationalement illicite.

Bien évidemment, si la clause d'arbitrage contenue dans le contrat institue un mécanisme permettant de constituer le tribunal et de mener la procédure en dépit de l'obstruction de l'Etat, le demandeur doit en tirer parti et ce sera le refus de se conformer à la sentence qui constituera le déni de justice<sup>34</sup>. S'il s'agit d'une clause d'arbitrage qui prend appui sur un système particulier, tel le système CIRDI, les règles propres à ce système sont applicables<sup>35</sup>.

31 Cf. THIERRY et al. (note 16), p. 329; NGUYEN QUOC DINH et al. (note 16), p. 683.

32 STEPHEN M. SCHWEBEL, *International Arbitration: Three Salient Problems*, Cambridge 1987, pp. 61 ss.: «Chap. II Denial of Justice by Governmental Negation of Arbitration». Voir aussi CLAUDE REYMOND, *Souveraineté de l'Etat et participation à l'arbitrage*, *Revue de l'arbitrage* 1985, p. 517, 523.

33 SCHWEBEL (note 32), p. 115, et STEPHEN M. SCHWEBEL/J.G. WETTER, *Arbitration and the Exhaustion of Local Remedies*, *American Journal of International Law* 60 (1969), p. 484 (1966). On notera que la Convention de Washington (art. 26) stipule que l'acceptation de l'arbitrage implique renonciation à tout autre recours, mais laisse toutefois aux parties la possibilité de convenir d'une autre solution.

34 On peut rappeler que, par exemple, les célèbres arbitrages pétroliers libyens ont pu être menés jusqu'au prononcé de la sentence en dépit du défaut de l'Etat défendeur grâce au fait que la clause d'arbitrage prévoyait un mécanisme permettant de faire face à cette situation; il s'agit des arbitrages BP, ILR 53 (1979), p. 297 *Liamco*, ILM 20 (1981), p. 1 et *Topco/Calasiatic*, *Journal du droit international* 1977, p. 350.

35 Pour le CIRDI, voir particulièrement l'article 38 de la Convention de Washington qui permet au Président du Conseil administratif du Centre de constituer le tribunal.

#### 4. L'épuisement des voies de recours internes

17. Sauf si l'on est en présence d'une clause d'arbitrage, comme nous venons de le voir, il ne peut pas être question de protection diplomatique de la part de l'Etat national de l'investisseur tant que celui-ci n'a pas épuisé les voies de recours internes. Il n'y a pas lieu de s'arrêter plus longuement à ce principe bien connu du droit de la responsabilité internationale des Etats, sur lequel récemment encore la Commission du droit international des Nations Unies a attiré l'attention<sup>36</sup>.

#### 5. Conclusion

18. Lorsque le traité bilatéral de protection des investissements ne contient aucune disposition consacrée à l'arbitrage direct entre l'Etat d'accueil et l'investisseur, la situation, sous l'angle qui nous intéresse ici, celui de la protection diplomatique, se présente en résumé de la manière suivante:

i) Lorsque les parties à l'investissement ont elles-mêmes prévu le recours à l'arbitrage, la protection diplomatique sera possible pour déni de justice résultant de l'obstruction opposée à l'arbitrage, ou du refus d'exécuter la sentence. Il n'y a pas lieu à épuisement préalable des voies de recours internes.

Si l'engagement d'arbitrage se réfère à un système préétabli, il faut examiner quelle est la place que celui-ci laisse à l'intervention de l'Etat de l'investisseur.

ii) Lorsqu'il y a, du chef de l'Etat d'accueil, violation du traité bilatéral, ou des règles coutumières relatives aux biens étrangers, le mécanisme de la protection diplomatique est susceptible d'être mis en œuvre, mais seulement après épuisement des voies de recours internes, ou pour déni de justice du fait des tribunaux locaux.

iii) La seule violation du contrat d'investissement, en tant que telle, ne donne pas lieu à responsabilité internationale. Si elle fait l'objet d'une action devant le juge local, seul le déni de justice, et non le simple mal jugé, peut donner lieu à protection diplomatique.

### III. Le traité bilatéral prévoit l'arbitrage

#### 1. Observations liminaires

19. Il est bien évident que même si le traité bilatéral est muet sur ce point, il est loisible aux parties au contrat d'investissement d'instituer entre elles une obligation d'arbi-

36 Voir notamment l'article 22 du Projet d'articles sur la responsabilité internationale des Etats, *Annuaire de la Commission du droit international* 1980, vol. II (2ème partie), p. 30.

trage. Elles peuvent notamment convenir de recourir au CIRDI, si l'Etat d'accueil est, comme la Suisse, l'une des Parties à la Convention de Washington. Nous y avons déjà fait allusion et nous n'y reviendrons pas.

Ce qui va nous retenir maintenant, c'est l'examen de l'effet résultant de la présence, dans le traité bilatéral, d'un article relatif à l'arbitrage direct entre Etat d'accueil et investisseur, et nous avons déjà indiqué que les quatre plus récents accords conclus par la Suisse contiennent une telle disposition. Nous examinerons tout d'abord celles de ces dispositions qui ne renvoient pas au CIRDI, puis celles qui se réfèrent expressément à cette institution.

## 2. Les traités qui ne renvoient pas au CIRDI

20. Le Panama n'est pas lié par la Convention de Washington. Son Accord avec la Suisse, du 19 octobre 1983<sup>37</sup>, contient un article 9 composé de deux alinéas.

Le premier prévoit qu'en cas de divergences relatives à des investissements entre une Partie Contractante et un ressortissant ou une société de l'autre Partie Contractante<sup>38</sup>, des consultations amicales auront lieu entre les parties concernées.

Le deuxième alinéa stipule que si ces consultations n'apportent pas de solution dans un délai de six mois, les parties concernées devront recourir aux procédures spécifiques dont elles ont convenu, et qu'en l'absence de telles procédures «le différend sera soumis à l'arbitrage international conformément au Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International...».

Si la liberté des parties au litige quant au mode de règlement est préservée, la question qui se pose est celle de savoir si, à défaut d'accord entre elles sur ce point, la procédure d'arbitrage CNUDCI/UNCITRAL peut être mise en œuvre par requête unilatérale d'une des parties concernées. On a pu prétendre le contraire, en rappelant que le Règlement CNUDCI auquel renvoie l'article 9,2 exige, pour que l'arbitrage puisse avoir lieu, l'accord écrit des parties au différend<sup>39</sup>, mais nous pensons que cette interprétation viderait la disposition de son sens, puisqu'elle est précisément destinée à sortir ses effets lorsque les parties au litige ne se sont pas mises d'accord sur la procédure de règlement. La partie étatique a donné son consentement en ratifiant le traité bilatéral, de sorte qu'à tout le moins lorsque l'investisseur est demandeur il suffit qu'il manifeste par écrit sa volonté de recourir à l'arbitrage CNUDCI pour que la procédure puisse être engagée.

<sup>37</sup> RO 1985, p. 1376; RS 0.975.262.7.

<sup>38</sup> Pour les sociétés «suisses», c'est le critère de l'intérêt prépondérant qui est retenu, selon l'article 8 b).

<sup>39</sup> Cette thèse est défendue par NGUYEN (note 2), p. 660, qui tire argument de l'article 1er du Règlement CNUDCI.

21. La République populaire de Chine n'est pas non plus liée par la Convention de Washington. L'Accord qu'elle a conclu, le 12 novembre 1986<sup>40</sup>, avec la Confédération suisse contient un article 12 qui est intitulé: «Arbitrage entre une Partie Contractante et un investisseur». Il envisage deux hypothèses pour le cas où un règlement amiable n'a pas pu être trouvé dans un délai de six mois (chiffre 1er):

a) s'il s'agit d'un différend portant sur le montant de l'indemnité due pour dépossession (art. 7 de l'Accord), l'investisseur peut le soumettre «à l'arbitrage international», qui fait l'objet de précisions dans la suite de l'article;

b) s'il s'agit d'un différend portant sur une autre question «en relation avec le présent Accord», ce même arbitrage international peut être mis en œuvre, mais pour autant que les parties concernées en conviennent.

Les paragraphes suivants de l'article 12 ont pour objet les modalités de constitution de ce «tribunal arbitral international», composé de trois membres, ainsi que les règles de procédure, qui doivent être inspirées de celles du CIRDI, et enfin la force obligatoire des décisions du tribunal international.

22. Un bref commentaire suffira à ce stade.

Dans l'Accord avec la Chine, tous les litiges qui ne portent pas sur le montant de l'indemnité due pour expropriation échappent à l'arbitrage obligatoire. A défaut d'accord sur ce recours à l'arbitrage, on se trouve dans la situation décrite précédemment, qui laisse une certaine place à la protection diplomatique, mais après épuisement des voies de recours internes. On peut reconnaître néanmoins une certaine valeur d'incitation à l'article 12 de l'Accord avec la Chine, dans la mesure où il est plus facile de se mettre d'accord sur le recours à l'arbitrage lorsque les modalités en sont déjà fixées de manière claire dans un traité ratifié par l'Etat concerné.

L'arbitrage obligatoire, prévu dans l'Accord avec le Panama et partiellement dans celui avec la Chine – comme aussi, dans ce dernier cas, l'arbitrage accepté par les parties – a pour effet d'écarter toute intervention de l'autre Etat au titre de la protection diplomatique jusqu'au moment où, par hypothèse, l'Etat d'accueil viendrait à refuser de donner suite à une sentence arbitrale. En effet, tant le Règlement CNUDCI que l'article 12 de l'Accord avec la Chine offrent le moyen d'aller jusqu'à la sentence nonobstant défaut ou obstruction. Est-ce vraiment amoindrir la protection accordée à l'investisseur? Nous ne le pensons pas, dès lors que:

– l'obligation d'arbitrage a pour effet de supprimer l'exigence d'épuisement des voies de recours internes; il est en effet acquis que l'Etat qui souscrit à une telle obligation renonce du même coup à invoquer la compétence de ses tribunaux;

– l'arbitrage va permettre à l'investisseur d'invoquer, d'une part les droits qu'il reçoit de l'Accord de protection des investissements, et de manière générale du droit

<sup>40</sup> RO 1987, p. 589; RS 0.975.224.9.

international, et d'autre part, s'il est au bénéfice d'un contrat d'investissement, tous les droits qu'il peut en déduire.

### 3. Les clauses CIRDI

23. L'Accord conclu par la Confédération suisse avec Sri Lanka du 23 septembre 1981<sup>41</sup>, contient un article 9 dont le titre est «Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements». Cette disposition n'est pas un modèle de clarté.

On y trouve en effet un premier alinéa qui précise que les litiges entre investisseur et Etat d'accueil seront soumis au CIRDI «dans la mesure où les deux parties sont d'accord». On doit en déduire que rien ne peut être fait sans l'accord des parties au litige, et l'on s'interroge sur l'utilité d'une telle disposition, encore qu'elle ait le mérite d'attirer l'attention sur les possibilités offertes par la Convention de Washington.

Cependant, on rencontre ensuite un deuxième alinéa. Il précise tout d'abord qu'une société constituée sur le territoire de l'un des deux Etats sera considérée, conformément à la Convention de Washington, comme une société de l'autre Etat si des ressortissants ou sociétés de celui-ci la dirigent. Puis il poursuit en indiquant que si une solution n'a pas été trouvée au litige «dans un délai de douze mois par des procédures gouvernementales intérieures ou par une autre voie, et lorsque le ressortissant ou la société intéressé(e) a également signifié par écrit qu'il(elle) était d'accord de soumettre le cas faisant l'objet du litige au Centre de règlement des différends, pour conciliation ou arbitrage dans le cadre de l'Accord, chaque partie peut introduire la procédure, en présentant une proposition à ce sujet au Secrétaire général du Centre...».

Sauf à constater une totale incohérence dans cet article, il faut bien admettre qu'il institue la possibilité de mettre en œuvre la conciliation ou l'arbitrage CIRDI par requête unilatérale dès que l'investisseur a accepté par écrit la compétence du Centre pour un cas particulier. A notre avis<sup>42</sup>, en exigeant l'accord des deux parties, le premier alinéa ne concerne que l'hypothèse de la saisine du Centre dès la naissance du litige, sans attendre l'expiration du délai d'une année fixé par le deuxième alinéa. C'est à l'expiration de ce délai que joue le mécanisme conciliation/arbitrage obligatoire, si l'investisseur en prend l'initiative. Peut-être faut-il trouver un argument à l'appui de cette interprétation dans le fait que l'on trouve encore, toujours dans la même disposition, la précision que lorsque les parties n'arrivent pas à s'entendre sur le choix de la procédure (conciliation ou arbitrage), «c'est le ressortissant ou la société intéressé(e) qui décidera».

<sup>41</sup> RO 1982, p. 929; RS 0.975.271.2.

<sup>42</sup> Voir cependant KRAFFT (note 2), p. 85, et NGUYEN (note 2), p. 659.

L'article 9 précise encore (alinéa 3) que les Parties Contractantes s'interdisent le recours à la protection diplomatique pour un litige soumis au Centre, à moins qu'il ne s'avère que celui-ci n'est pas compétent, ou que l'une d'elles ne se soumette pas à la sentence rendue, mais ce sont là des principes qui résultent de toute manière de la Convention de Washington.

24. Le plus récent traité bilatéral de la Suisse est celui qu'elle a conclu, le 5 octobre 1988, avec la République populaire hongroise, elle-même partie à la Convention de Washington depuis le 6 mars 1987<sup>43</sup>.

Il contient un article 10, intitulé «Règlement des différends entre une Partie Contractante et un investisseur de l'autre Partie Contractante», qui prévoit tout d'abord (alinéa 1<sup>er</sup>) des consultations entre les parties concernées, puis stipule (alinéa 2) qu'à défaut de solution dans un délai de six mois, «les parties au différend pourront procéder comme il suit:

a) Un différend concernant l'article 6 du présent Accord sera, à la requête de l'investisseur, soumis au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements... .

b) Dans l'éventualité d'un différend auquel ne se réfère pas l'alinéa 2, lettre a), du présent article, ce différend sera soumis, si les deux parties en conviennent, au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements».

L'article 6 de l'Accord est celui qui concerne l'expropriation et la compensation, de sorte que nous trouvons ici la même distinction que nous avons déjà rencontrée dans l'Accord avec la Chine entre l'arbitrage obligatoire à l'initiative de l'investisseur en cas de dépossession, et l'arbitrage facultatif. Il en résulte que tous les litiges qui ne concernent pas un cas d'expropriation, et notamment ceux qui ont trait au contrat d'investissement, demeurent de la compétence des juridictions de l'Etat d'accueil, si celui-ci ne consent pas à l'arbitrage.

### IV. Observations finales

25. Même si, depuis 1981, il s'est produit un changement, la pratique suisse n'est pas encore très claire. Certes, il faut faire la part des choses. Lorsqu'il s'agit de conclure un accord bilatéral, l'autre Partie Contractante a sa propre vision. Ainsi, en l'occurrence, le Panama et la Chine n'ayant pas accepté la Convention de Washington, il n'était pas possible pour la Suisse, en aurait-elle eu le désir, d'obtenir une clause CIRDI. Quant à la teneur des dispositions prévoyant l'arbitrage direct entre Etat d'accueil et investis-

<sup>43</sup> ICSID Report (note 5). L'Accord Suisse-Hongrie est publié RS 0.975.241.8.



seur, il est difficile de se rendre compte dans quelle mesure lorsque l'obligation prescrite n'est que partielle (p. ex. Accords avec la Chine et la Hongrie), c'est un reflet de la volonté de la Suisse ou de l'autre partie.

Toujours est-il que sur les quatre Accords que nous avons rencontrés, deux manifestent clairement la volonté des Parties Contractantes d'imposer l'obligation d'arbitrage à l'Etat d'accueil d'une manière limitée (seulement pour le contentieux d'indemnisation), alors que les deux autres sont ambigus, c'est le moins qu'on puisse dire.

Faut-il voir là le reflet de la persistance, du côté helvétique, des préoccupations dominantes qui ont déterminé la politique menée jusqu'en 1980? Ce n'est pas exclu, aussi bien voulons-nous, pour conclure, comparer les mérites de la protection diplomatique et de l'arbitrage en général, puis plus particulièrement de l'arbitrage CIRDI.

26. Comme nous l'avons vu, les Accords de protection des investissements résolvent, par la vertu de prescriptions spécifiques, la question du lien de nationalité. Ils donnent aux obligations de l'Etat d'accueil un contour précis, ce qui permet d'en constater plus aisément l'éventuelle violation. Ils ne modifient cependant pas les exigences traditionnelles auxquelles l'exercice de la protection diplomatique est subordonné.

Dans le système des traités suisses jusqu'en 1980, la Confédération reste libre sans doute d'exercer sa protection diplomatique dans les conditions prescrites par le droit international, jusqu'à faire valoir sa prétention en recourant à l'arbitrage interétatique institué par les accords. Elle doit cependant pouvoir établir qu'un acte illicite international a été commis par l'Etat d'accueil, ce qui signifie notamment qu'une simple violation du contrat d'investissement reste, le plus souvent, en dehors du système. Elle doit surtout attendre que l'investisseur helvétique ait épuisé tous les recours que lui offre la législation locale, le cas du déni de justice étant réservé. Cela peut impliquer des incertitudes et de longs délais.

27. Nous avons déjà rappelé que l'arbitrage direct entre l'Etat d'accueil et l'investisseur permet à celui-ci d'invoquer tous ses griefs, soit d'une part, la violation du droit international – notamment des dispositions du traité bilatéral – et, d'autre part, des atteintes aux droits qu'il reçoit du contrat d'investissement. En outre, l'obligation d'arbitrage, sauf stipulation contraire, fait disparaître la compétence des tribunaux locaux, de sorte qu'il n'y a pas lieu à épuisement des voies de recours internes.

Ces avantages n'impliquent pas pour autant que la protection diplomatique devienne inopérante.

Nous avons vu que, du chef d'un Etat, faire obstruction à une obligation d'arbitrage qu'il a acceptée à l'égard d'un investisseur, c'est se rendre coupable d'un déni de justice au sens du droit international. Si la clause d'arbitrage est rédigée de telle manière que l'arbitrage puisse être conduit jusqu'à la sentence, nonobstant défaut ou obstruction de

l'Etat, ce sera le refus de respecter la sentence qui constituera le fait internationalement illicite.

On peut donc dire que l'appui résultant pour l'investisseur des mécanismes de la responsabilité internationale des Etats n'est pas mis en péril par la présence, dans le contrat d'investissement, d'une clause d'arbitrage. Si l'acte illicite international se présente sous un jour spécifique, la protection diplomatique de l'Etat de l'investisseur peut intervenir dans des conditions qui ne sont certainement pas moins bonnes qu'en l'absence d'une telle clause, et sans doute plus rapidement.

Il y a cependant une observation qui doit être faite. Si la procédure arbitrale est marquée de graves irrégularités, si la sentence est manifestement injuste à l'égard de l'investisseur, s'il y a violation évidente du droit applicable au litige, quelle va être la situation? On peut sans doute mettre en lumière des principes généraux de l'arbitrage international, dont il sera possible de déduire la nullité de la sentence, mais si l'Etat en cause ne se prête pas à une nouvelle procédure, qui va pouvoir agir? Les actes du tribunal arbitral, contrairement à ceux du juge interne, ne sont pas attribuables à l'Etat partie au litige, de sorte que nous ne sommes pas sur le terrain de la responsabilité internationale. Même si l'hypothèse envisagée peut trouver des solutions, qu'il n'y a pas lieu de discuter ici, le problème mérite d'être évoqué.

28. Si l'insertion d'une clause d'arbitrage dans le contrat d'investissement présente à l'évidence des avantages, et ne constitue pas un handicap pour l'exercice de la protection diplomatique, peut-on penser que la présence dans l'Accord interétatique d'une disposition relative à cet arbitrage peut être utile et apporter une protection supplémentaire? Rappelons l'exemple des traités avec le Panama et la Chine.

Un article qui se borne à indiquer que l'arbitrage est possible avec l'accord des parties au litige a peut-être valeur d'incitation mais n'a guère d'utilité, sauf à certains égards s'il vient apporter un encadrement à l'accord des parties, une fois qu'il est intervenu. Ainsi, par exemple, l'Accord avec la Chine n'institue aucune obligation d'arbitrage pour tous les litiges qui ne concernent pas l'indemnité de dépossession, mais il organise un système susceptible d'être mis en œuvre dès qu'il y a accord pour l'arbitrage, qu'il s'agisse d'un accord préalable par clause contractuelle ou d'un accord *ad hoc*.

Lorsqu'il institue la possibilité pour l'investisseur d'agir par requête unilatérale, le traité bilatéral marque à notre avis un progrès sensible. Les avantages de l'arbitrage sont garantis – puisque l'Etat d'accueil accepte une obligation de droit international à cet égard – alors que toute entorse à cette obligation, qu'elle se produise à l'occasion de la mise en œuvre de celle-ci ou en corrélation avec l'exécution de la sentence, est du même coup une violation du traité bilatéral, placée au niveau interétatique.

Quant à son contenu précis, une telle clause d'arbitrage direct – sauf renvoi au CIRDI évoqué ci-après – a sans doute avantage à comporter l'indication précise du mécanisme de l'arbitrage, à l'exemple de l'article 12 de l'Accord entre la Chine et la

Suisse. Une telle solution préserve le contrôle direct de l'Etat de l'investisseur, au niveau du droit international public, sur l'arbitrage. Un renvoi à un système comme l'arbitrage CNUDCI ou l'arbitrage CCI, tout en présentant des mérites, fait cependant passer l'arbitrage à un niveau différent, en ce sens que ces systèmes sont prévus au premier chef pour des litiges entre personnes privées et que, suivant le lieu de l'arbitrage et la manière dont il est conduit, la procédure est susceptible d'être soumise au contrôle d'un juge interne.

Le système de l'arbitrage dont les modalités sont instituées par le traité bilatéral lui-même permet sans doute un meilleur contrôle par l'Etat de l'investisseur des difficultés susceptibles de surgir du fait des actes du tribunal lui-même, difficultés que nous avons évoquées plus haut.

29. Vient enfin la question du CIRDI. Il faut se demander, à cet égard, si l'arbitrage CIRDI se compare avantageusement à d'autres types d'arbitrages, et s'il faut souhaiter que dorénavant les accords conclus par la Suisse retiennent cette solution de préférence à d'autres.

Dans l'optique de la présente étude, celle de la protection diplomatique exercée le cas échéant par la Suisse, le recours au CIRDI implique-t-il une limitation ou restriction des possibilités d'intervention de la Confédération?

On sait que l'article 27 de la Convention de Washington précise en son alinéa 1er:

«Aucun Etat contractant n'accorde la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre Etat contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, sauf si l'autre Etat contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend»<sup>44</sup>.

Si c'est cette disposition qui a provoqué des craintes expliquant la politique des autorités fédérales<sup>45</sup>, il faut bien dire qu'elles doivent être dissipées.

Sur ce point de la «mise en suspens» de la protection diplomatique, l'arbitrage CIRDI ne se distingue pas de l'arbitrage en général.

Celui-ci exclut le recours à la protection diplomatique, sans doute, tant que l'investisseur n'a pas tenté de bonne foi d'obtenir la reconnaissance de ses droits en faisant jouer la clause arbitrale. La protection diplomatique conserve néanmoins toute sa valeur dès lors qu'il y a obstruction à la procédure arbitrale ou non-respect de la sentence. Dans le cas du CIRDI, les dispositions de la Convention de Washington permettent d'assurer la conduite de la procédure arbitrale jusqu'à la sentence – pour

44 Le deuxième alinéa du même article 27 précise que «la protection diplomatique ne vise pas les simples démarches tendant uniquement à faciliter le règlement du différend».

45 C'est ce que révèle le Message du Conseil fédéral concernant l'approbation de la Convention de Washington (note 4).

autant bien sûr que la compétence initiale du CIRDI ait été acquise – de sorte que l'article 27 n'apporte aucune restriction particulière, il se borne à rappeler un principe qui résulte du droit international général.

L'arbitrage CIRDI n'implique donc pas de restriction particulière par rapport à l'arbitrage en général. Il présente par conséquent les mêmes avantages que celui-ci, qui ont déjà été mis en lumière. Il permet notamment à l'investisseur de faire valoir directement les prétentions qu'il entend déduire tant d'une violation du contrat que d'une transgression du droit international – comprenant notamment les stipulations d'un Accord bilatéral de protection des investissements – et cela sans plus avoir à se préoccuper de défendre ses droits devant les juridictions de l'Etat d'accueil<sup>46</sup>.

S'il offre les avantages de l'arbitrage, le système du CIRDI présente en outre d'autres qualités. Elles ont été déjà soulignées à plusieurs reprises, de sorte que seules les principales d'entre elles seront succinctement rappelées ici:

- tout le système bénéficie de l'encadrement général établi par la Convention de Washington; il relève entièrement du droit international public, de sorte qu'un arbitrage CIRDI, contrairement à la plupart des arbitrages internationaux, est à l'abri de l'intervention du juge interne, singulièrement celui de l'Etat d'accueil ou celui du lieu de l'arbitrage;
- l'arbitrage s'appuie sur l'appareil permanent du Centre, particulièrement utile pour faire en sorte que la procédure se déroule sans accroc, et qui est destiné notamment à permettre la conduite de l'arbitrage jusqu'à son terme, en dépit d'éventuelles obstructions<sup>47</sup>;
- la sentence est obligatoire et exécutoire non seulement pour les parties au litige, mais encore, en ce qui concerne les obligations pécuniaires imposées par la sentence, pour tous les Etats liés par la Convention de Washington<sup>48</sup>;
- la sentence peut faire l'objet d'une procédure en interprétation, en révision ou en annulation<sup>49</sup>; nous avons eu l'occasion de signaler les difficultés qui peuvent surgir lorsque le tribunal arbitral – les êtres humains, même les arbitres, sont faillibles – commet des erreurs, ou se rend coupable d'arbitraire, car il n'y a pas là matière à responsabilité internationale de l'Etat; fort sagement, la Convention de Washington donne une solution à ce problème; il faut souhaiter que les dispositions relatives à

46 Rappelons que selon l'article 26 de la Convention de Washington, le consentement à l'arbitrage CIRDI implique, sauf stipulation contraire, renonciation à l'exercice de tout autre recours. Voir sur ce point SCHWEBEL/WETTER (note 33), p. 499.

47 Voir notamment le Chapitre IV, Section 2, de la Convention de Washington.

48 Article 54 de la Convention; il s'agit d'un véritable titre relevant du droit international public.

49 Chapitre IV, Section 5, articles 50–52 de la Convention.

l'annulation ne seront pas interprétées trop largement<sup>50</sup>; ce qui doit rester une procédure exceptionnelle de cassation pour des motifs limités compris strictement deviendrait une sorte de recours plus fréquemment utilisé; la prolongation de la procédure et l'accroissement des frais qui en résulteraient seraient de nature à porter préjudice au CIRDI;

enfin, il y a lieu de tenir compte de la récente Convention établissant l'agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI/MIGA)<sup>51</sup>; conclue, comme la Convention CIRDI, sous les auspices de la Banque mondiale, elle est en vigueur depuis le 12 avril 1988<sup>52</sup>; il est prévu que l'Agence conclue des contrats de garantie avec des investisseurs (art. 16 de la Convention), étant entendu que certaines conditions doivent être remplies à cette fin, parmi lesquelles il faut compter la qualité de la protection juridique donnée à l'investissement (art. 12, d); on peut penser que la présence d'une clause CIRDI dans le contrat d'investissement sera considérée comme particulièrement souhaitable<sup>53</sup>.

30. Lorsque la Convention de Washington a été conclue, elle a généralement été saluée comme marquant un réel progrès, notamment parce que l'arbitrage qu'elle institue met en présence directement les parties à l'investissement, parce qu'il évite les inconvénients politiques de la protection diplomatique, et pour d'autres motifs déjà soulignés.

Le Conseil fédéral en a paru convaincu, qui a très rapidement proposé la ratification par la Suisse, mais il a néanmoins semblé craindre pour la protection de l'investisseur, de sorte que lors de la conclusion des traités bilatéraux de protection des investissements, l'on a pensé que mieux valait ne pas recourir au système du CIRDI. Il est certain qu'aujourd'hui les conclusions doivent être différentes.

L'arbitrage en général, l'arbitrage CIRDI en particulier, ne font pas disparaître la protection diplomatique, il ne lui porte même pas ombrage, dès lors qu'en tout état celle-ci ne peut pas se déployer avant l'épuisement des voies de recours internes.

On en vient donc à conclure qu'il est à tous égards souhaitable que les traités bilatéraux de protection des investissements instituent désormais l'arbitrage, et si possible l'arbitrage CIRDI, comme mode de règlement des litiges entre les parties à l'investissement.

Lorsque l'autre Etat contractant n'est pas partie à la Convention de Washington, il y a lieu, à nos yeux, et pour les raisons que nous avons indiquées, de préférer la solution consistant à fixer dans le traité les modalités de l'arbitrage, selon l'exemple fourni par l'Accord Suisse-Chine. Lorsque l'arbitrage CIRDI est possible, il faut l'instituer. Dans un cas comme dans l'autre, et contrairement à ce qui a été fait avec la Chine, d'une part, avec la Hongrie, d'autre part, il convient de faire en sorte que ce soient tous les litiges qui puissent être soumis à l'arbitrage par requête unilatérale de l'investisseur.

Certaines réserves ont été émises à l'égard du CIRDI<sup>54</sup>, notamment la lourdeur du système. Elles ne nous paraissent pas justifiées, et elles négligent le fait que la présence d'une obligation d'arbitrage CIRDI est de nature à engager les parties à faire preuve de modération dans leurs rapports mutuels, et à les inciter à trouver une solution amiable en cas de difficultés.

On peut se réjouir de lire sous la plume autorisée de l'Ambassadeur KRAFFT, qui estime lui-même que les autorités fédérales devraient en principe se référer aux procédures du CIRDI<sup>55</sup>, que le projet «standard» suisse contient un nouvel article qui prévoit effectivement le recours obligatoire au Centre, pour autant que l'investisseur y consente par écrit (exigence de la Convention de Washington). C'est certainement un changement de politique qui mérite l'approbation.

50 Certaines craintes ont été exprimées à ce sujet à la suite des annulations qui ont été prononcées, voir, p. ex., PATRICK RAMBAUD, L'annulation des sentences Klöckner et Amco, *Annuaire français de droit international* 1986, p. 259.

51 Cf. IBRAHIM F. I. SHIHATA, The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and the Legal Treatment of Foreign Investment, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 203, 1987 III, p. 95, et L'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI), *Annuaire français de droit international* 1987, p. 601; JEAN TOUSCOZ, Les opérations de garantie de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI), *Journal du droit international* 1987, p. 901.

52 La Suisse a ratifié cette Convention, cf. le Message du Conseil fédéral du 26.11.1986, FF 1987 II 134.

53 Cf. IBRAHIM F. I. SHIHATA, The Role of ICSID and the Projected Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA), *Aussenwirtschaft* 41 (1986), p. 105.

54 Cf. OTT (note 4), p. 209 ss.

55 KRAFFT (note 2), p. 86-87.